

Revue de la Recherche Juridique

DROIT PROSPECTIF

FACULTAS JURIS

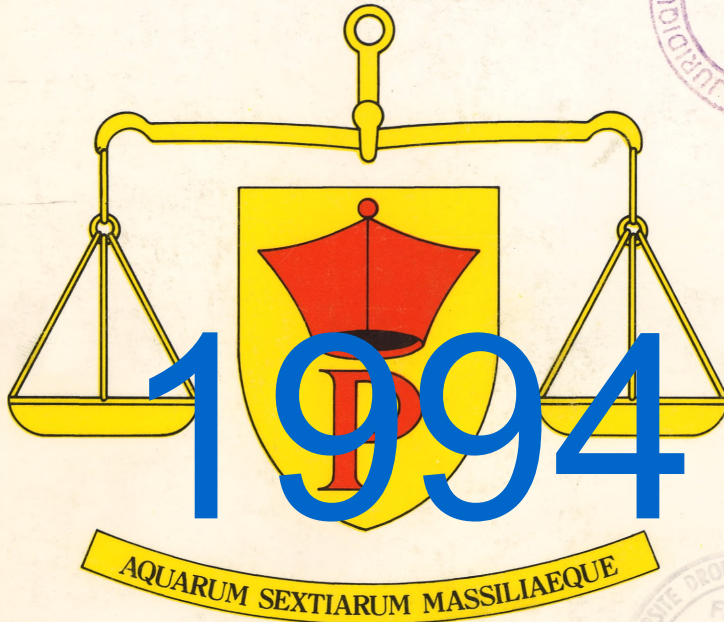


TABLE DES MATIÈRES

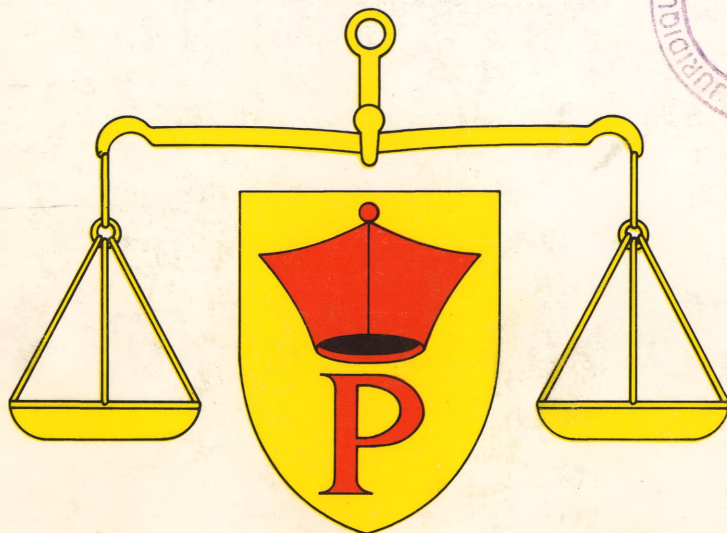
- In memoriam : Fernand BOULAN
- Éditorial
- ARTICLES
 - Jean-François ABEILLE, Bioéthique - Faut-il légiférer ?
 - Anne ENSMINGER, Le droit privé en toute privauté : trois illustateurs du Code civil français.

(Suite page 4 de couverture)

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE
1994 - 1

DROIT PROSPECTIF

FACULTAS JURIS



AQUARUM SEXTIARUM MASSILIAEQUE

TABLE DES MATIÈRES

- In memoriam : Fernand BOULAN
- Éditorial
- ARTICLES
 - Jean-François ABEILLE, Bioéthique - Faut-il légiférer ?
 - Anne ENSMINGER, Le droit privé en toute privauté : trois illustreurs du Code civil français.

(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.

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3° a), d'une part, que les "copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective" et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, "toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause, est illicite" (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE

DROIT PROSPECTIF

1994-1

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

Abréviation de référence : R. R. J.

N. XIX - 56 (19ème année - 56e numéro)
(4 Numéros par an)

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE

COMITÉ DE PATRONAGE

M. Paul AMSELEK	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Jean-Marie AUBY	Professeur à l'Université de Bordeaux I Président honoraire de l'Université de Bordeaux I Correspondant de l'Institut
M. le Doyen Henri BATIFFOL (†)	
M. Xavier BLANC-JOUVAN	Professeur à l'Université de Paris I
M. le Doyen Fernand BOULAN (†)	
M. Pierre CATALA	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Charles DEBBASCH	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Président honoraire de l'Université
M. Roland DRAGO	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Louis FAVOREU	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Président honoraire de l'Université
M. Maurice FLORY	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
M. André de LAUBADÈRE (†)	
M. Michel LESAGE	Professeur à l'Université de Paris I Directeur du Service de Recherches Juridiques Comparatives (C.N.R.S.)
M. le Recteur Didier LINOTTE	Professeur à la Faculté de Droit de Nice
M. Edmond LISLE	
M. le Doyen Guillaume MATRINGE	Professeur à l'Université de Paris II
M. Bruno 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
J. BOURDON
J.-Y. CHEROT
Y. DAUDET
Ch. DEBBASCH
Ph. DELEBECQUE
L. FAVOREU

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

ÉQUIPE DE RÉDACTION

L. FAVOREU
M. GARCIN
J. MESTRE

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

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

ABONNEMENT : 4 numéros par an - Tarif 1994

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

Abonnement étranger : 450 F
Numéro (France) : 110 F

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

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

Sciences Juridiques, Économiques et Sociales

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

Cartes de Fidélité - Recherches Bibliographiques

TABLE DES MATIÈRES

<i>IN MEMORIAM</i> - Fernand BOULAN.....	9
<i>ÉDITORIAL</i>	13
ARTICLES	
- Jean-François ABEILLE, Bioéthique - Faut-il légiférer ?	17
- Anne ENSMINGER, Le droit privé en toute privauté : trois illustrateurs du Code civil français	29
- Bénédicte MOISSON de VAUX, Pour l'avènement d'une obligation accessoire de surveillance (Contribution à une meilleure qualification de dépôt).....	47
- Stéphane PIEDELIÈVRE, Les fruits et les revenus en droit patrimonial de la famille	75
- Emmanuel PUTMAN, Retour sur "le droit de ne pas payer ses dettes" in <i>Mémoriam Georges Ripert</i>	109
- Xavier AGOSTINELLI, Le concubinage homosexuel dans la loi D.M.O.S. du 17 janvier 1993 : le législateur a-t-il ouvert la boîte de Pandore ?	121
- Antoine LECA, La genèse médicale et juridique de l'article 311 alinéa 1 du Code civil (Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972)	139
- Édouard RICHARD, L'étendue de l'autonomie communale dans les statuts médiévaux de Bonifacio (XIIe - XIVE siècle)	151
- Lakhdar BOUMAZA, La réforme de la procédure d'expulsion avec la loi du 24/08/1993 relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France	175
- Pierre-Alexis FERVAL, Aspects du droit communautaire des marchés publics de services	203
- Otto PFERSMANN, Temporalité et conditionnalité des systèmes juridiques	221

- L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation : Présentation par Alain SÉRIAUX.....	245
- Denys de BÉCHILLON, <i>Réflexions critiques</i>	247
- Michel TROPER, <i>Réplique à Denys de Béchillon</i>	267
- Michel SÉGUILLON, Raymond TRÉMOLIÈRES, Ergonomie logicielle : la loi est-elle du côté des utilisateurs ?	275
- Françoise THIBAUT, <i>La Finlande. Se souvenir, au seuil de l'Europe</i>	291

ACTUALITÉS DOCTRINALES

"Évaluation législative et lois expérimentales", Séminaire sous la direction de C.-A. MORAND (Présentation par Emmanuel PUTMAN).....	313
- Philosophie juridique européenne par Jean-Marc TRIGEAUD (Présentation par Alain SÉRIAUX).....	317
- La protection de la personnalité. Bilan et perspective d'un nouveau droit. Contributions en l'honneur de Pierre Tercier pour ses cinquante ans (Présentation par Alain SÉRIAUX).....	321
- The nature of the law and related legal writings par Eric VOEGELIN (Présentation par Alain SÉRIAUX).....	325

IN MEMORIAM

DISCOURS PRONONCÉ LE 3 NOVEMBRE 1993

Par le **Professeur Christian LOUIT**
Doyen de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille
à l'occasion de l'hommage de la Faculté de Droit rendu au
DOYEN FERNAND BOULAN

Le Doyen Fernand Boulan est mort à l'étranger, en mission universitaire, dans la soirée du 26 octobre. Nous sommes réunis aujourd'hui, en présence de son épouse et de ses enfants (Michel, avocat, ancien du Magistère), Françoise étudiante chez nous, pour lui rendre un hommage universitaire : lui qui était devenu un homme politique tenait beaucoup à sa qualité d'universitaire, de professeur des Facultés de Droit. Il me disait, il n'y a pas si longtemps, combien était passionnante sa tâche de maire, mais aussi le plaisir qu'il avait à se retrouver dans ces locaux et à y exercer son métier.

Je dis à sa famille, au nom de l'ensemble de la communauté universitaire, notre émotion sincère, notre chagrin à tous dans cette Faculté de Droit qu'il a dirigée pendant onze ans.

Je vais, en quelques mots, évoquer sa carrière, en ayant conscience de ce que les mots peuvent avoir de dérisoire pour parler d'une vie, surtout aussi remplie ; et combien il peut être difficile de présenter un collègue qui fut aussi un ami.

Fernand Boulan est né en 1939 à Marseille dans une famille modeste. Sa famille appartenait à une communauté qui a beaucoup souffert historiquement : cela lui avait donné le goût du combat et du dépassement.

Il s'est inscrit à la Faculté de Droit en 1959-1960 dans ces locaux, et il a commencé à se révéler comme juriste à partir de la licence ainsi qu'en témoignent les mentions obtenues. Après les deux DES nécessaires à l'époque pour envisager une carrière universitaire, il soutient sa thèse en 1971 sur "la transaction en Droit privé", devant un jury composé des Professeurs Bertrand, Bonassies et Jauffret, sur convocation du doyen Debbasch.

Il est entre-temps moniteur, puis assistant en 1966, chargé de cours en 1971. Il est reçu au concours d'agrégation des Facultés de Droit, concours de droit privé, en 1973.

Il choisit, en tant que "Maître de Conférences agrégé" qui est le titre à l'époque, l'Île de la Réunion comme premier poste. Le Centre universitaire de la Réunion dépend alors d'Aix et je pense qu'il y relève le Professeur Y. Guyon. Le choix est au demeurant limité, lorsque le doyen aixois en exercice vous dit clairement (j'évoque là un souvenir personnel) qu'il est beaucoup plus facile de rentrer à Aix en faisant ce choix.

C'est là, un an plus tard, arrivant à mon tour à la Réunion, que je ferai vraiment sa connaissance et celle de sa famille : je pus découvrir sa gentillesse, et celle de son épouse, sa disponibilité, son attention aux autres. Et je voudrais rappeler aux jeunes qui envisagent une carrière universitaire, que l'enseignement, fut-il universitaire, est essentiellement la capacité d'être attentif aux autres.

C'est aussi à la Réunion qu'il fait preuve de ses talents de créateur : Directeur de l'Institut d'Études Juridiques, avec au moins vingt heures de cours par semaine que nous impose l'insuffisance d'encadrement, il met en place une formation pour les avocats mauriciens.

Cette formation est l'embryon de ce qui est aujourd'hui le département de droit de l'Université de Maurice. Et il garde là-bas les amis nombreux qu'il s'y est fait, du premier ministre A. Jugnauth à Venchard, ancien solicitor general, ou Anhée, Juge à la Cour suprême : les témoignages reçus l'attestent.

Il devient, à son retour à Aix en 1977, Directeur de l'Institut de Sciences Pénales et de Criminologie, succédant ainsi à Raymond Gassin, et Assesseur du Doyen Louis Favoreu.

Lorsque celui-ci accède à la présidence de notre Université, il est élu doyen de la Faculté de Droit et de Science Politique. Il le restera onze ans. Seuls les doyens honoraires, les doyens en exercice et les futurs doyens pourront complètement mesurer ce que cela suppose de travail, de disponibilité et de sacrifices. Être doyen est un honneur, mais c'est aussi une charge. L'être pendant onze ans relève de l'exploit, surtout en faisant preuve de l'imagination qu'il témoigna, par exemple dans la gestion des locaux (problème déjà crucial), qu'il aménagea du sous-sol jusqu'aux combles.

Lorsqu'il quitta ces fonctions en 1989, il le fit, malgré le sentiment d'injustice ou en tout cas d'ingratitude qui fut alors le sien, avec discrétion et avec dignité. C'était, à mes yeux, deux autres de ses qualités, d'autant plus précieuses qu'elles ne sont plus, me semble-t-il, très répandues dans notre société.

Il continua d'assurer son rôle d'enseignant-chercheur, à travers son Centre de Droit Pénal International et de Criminologie Comparée, le DEA qu'il dirigeait, les thésards travaillant sous sa direction. Les fonctions qu'il occupait témoignent de la reconnaissance scientifique qui lui était faite :

Rédacteur en Chef de la Revue Internationale de Droit Pénal,
Vice-Président de l'Association des Criminologues de langue française,
Délégué national de la Société Internationale de Criminologie et représentant celle-ci au Conseil de l'Europe,
Membre du Conseil d'Administration du Centre International de Criminologie Comparée de Montréal.

Là, comme dans ses fonctions de doyen, il avait cette autorité, cette attention accordée à l'autre, qui expliquait notamment l'importance à ses yeux des relations internationales. Dans la tradition de la Faculté, il a beaucoup contribué à développer ces relations (Canada, Varsovie, LSU, Japon, Australie,...) ; j'ai le souvenir de quelques missions communes, à Québec, à Tübingen, qui me laissent l'image d'une personne qui n'engendrait pas la mélancolie.

Je crois, qu'il était quelqu'un de gai, de simple : on peut faire sérieusement son travail d'universitaire, sans que pour autant cela se fasse dans la tristesse, sans pour autant se prendre exagérément au sérieux.

Il était un professeur actuel, répondant aux besoins qui sont ceux de l'Université d'aujourd'hui : enseignant, chercheur, mais aussi gestionnaire, avec ce que ce dernier rôle peut avoir d'ingrat et d'indispensable : il est la condition de notre liberté, si l'on veut éviter que notre institution ne soit dirigée par quelque énarque, ou plus vraisemblablement sous énarque de service.

J'ai évoqué notre liberté. Fernand Boulan est tombé, victime de l'intolérance et de l'obscurantisme. Nous tous devons savoir, et particulièrement les jeunes, que la liberté se mérite, qu'elle se gagne, qu'elle est, comme la dignité, un combat permanent et non un acquis. Nous le savons de par l'histoire, que nous avons dans certains cas vécue. Ceux qui seront l'Université de demain doivent le savoir parce que nous le leur disons : la liberté et la dignité sont aussi fragiles que la vie d'un homme. Nos sociétés de relative liberté et de relative tolérance sont minoritaires, en nombre et en population : qu'ils gardent en leur mémoire l'exemple du doyen Boulan.

Dans des moments comme celui-là, où nous venons de perdre de façon brutale et injuste, un collègue et un ami, l'épreuve nous ramène à l'essentiel.

L'essentiel, c'est notre solidarité, le sentiment de participer à une mission commune, celle de l'enseignement de nos valeurs.

L'essentiel réduit à l'insignifiant les petites épreuves, les petites mesquineries qui peuvent être celles de la vie quotidienne, dont il avait pu souffrir et qui ne sont que les manifestations affaiblies de l'intolérance et de la bêtise.

Le Ministère des Universités l'a proposé au grade de Chevalier de la Légion d'Honneur : nous nous en réjouissons au nom de notre collègue.

La Faculté de Droit et de Science Politique honorera son souvenir, le symbole de ce qu'il est devenu, selon une formule que nous déciderons en Conseil de Faculté.

En hommage à la mémoire du Professeur Boulan, en témoignage d'estime et d'amitié à son épouse et à ses enfants, je vous demande maintenant d'observer une minute de silence.

ÉDITORIAL

QUI A PEUR DU COMTE FALLOUX ?

Le réalisateur d'un film d'épouvante, lorsqu'il est en mal de scénario, recourt généralement à des artifices primaires et trop faciles : bruits grinçants, couleurs terrifiantes, musique d'angoisse, pour faire monter la pression. Mais à la fin du spectacle, le spectateur, pourtant un moment secoué, retrouve ses esprits et juge sévèrement l'artifice du procédé.

C'est un peu ce qui vient d'arriver avec la reprise, sur la scène nationale, d'une vieille tragédie : "La Querelle de l'École". Tragédie en cinq actes et en vers, à l'intrigue mal ficelée, sans achèvement réel et où la morale de l'histoire n'apparaît point.

Il devrait pourtant se trouver dans ce pays, à quelques encablures du troisième millénaire de l'ère chrétienne, une majorité d'esprits pour tomber d'accord sur quelques points qu'on ose qualifier de "raisonnables".

1 - École publique et école privée remplissent, chacune à leur manière, une mission de service public. La première en se fondant sur la neutralité, la seconde en insistant sur son caractère propre. Cette façon d'assurer un même service public n'est pas originale : hôpital public et hôpital privé participent d'un même service public qu'ils assument pourtant, chacun, selon des modalités propres à chaque catégorie d'établissements hospitaliers.

Ce que font l'une et l'autre école : dispenser un savoir, vérifier des connaissances, inculquer des valeurs non incompatibles avec notre organisation politique et juridique, apprendre la vie collective, etc..., constitue bien un service public.

2 - L'enseignement est une liberté fondamentale, c'est-à-dire qu'est reconnue à tous nos compatriotes une possibilité de choix entre envoyer leurs enfants dans un ordre d'enseignement ou dans un autre. Pour qu'il y ait liberté de choisir, il faut qu'il y ait équivalence entre les termes du choix. En particulier, il ne faut point que l'un de ces termes soit, pour les familles, beaucoup plus onéreux que l'autre. Sinon l'égalité prétendue ne serait qu'un leurre.

3 - L'une des conditions essentielles à cette égalité est que la prise en charge par les collectivités publiques des dépenses afférentes à l'enseignement soit réalisée dans les mêmes conditions, ni plus ni moins, que l'enfant soit scolarisé dans le secteur privé ou dans le secteur public.

4 - Dans ces conditions, la loi Falloux est dépassée, et quoiqu'ait cru devoir juger -pour le moins d'étrange façon- le Conseil constitutionnel, le 13 janvier 1994, il reste qu'elle paraît bien contrevenir aux exigences d'égalité dans l'accès aux libertés telles qu'elles résultent de la Convention européenne des droits de l'homme, du moins dans l'interprétation qu'en donne la Cour de Strasbourg.

Il faudra bien, un jour très proche, revenir à cette abrogation pour, enfin, la prononcer.

5 - Il n'y a là rien de difficile et le scénario (qui ne serait point, celui-là, d'un mauvais film d'épouvante) peut aisément en être tracé.

Dans un premier temps, l'inventaire des besoins urgents et le classement des priorités tous enseignements confondus, par des experts indépendants, permettrait une loi de moratoire sur cinq ans pour opérer un rattrapage.

Dans un second temps, seraient fixées les conditions d'aide aux divers établissements en se fondant sur trois critères : le nombre d'enfants scolarisés avec pondération selon le niveau d'études, la prise en compte de la superficie des locaux avec coefficient minorateur ou majorateur selon le degré de vétusté ou de qualité, les exigences particulières de l'établissement.

Le tout serait ensuite pérennisé selon un système qui pourrait être contractuel mais que l'auteur de ces lignes préférerait législatif.

6 - Il y a urgence car on ne peut davantage laisser le service public de l'enseignement, qu'il soit assuré par le "public" ou par le "privé", se délabrer et faire les frais d'une "guéguerre" où Clochemerle rejoint Fantomas.

Il y a urgence car il faut repenser l'école et cesser de contraindre l'enseignement public à jouer tous les matins, à guichets fermés, un mauvais *remake* de "Mission impossible".

Il y a urgence car l'enseignement privé ne supportera pas indéfiniment l'ostracisme dont il est victime. D'autant que l'on n'est pas loin de penser que cet ostracisme vise non point le caractère privé de cet enseignement, mais le fait qu'il soit, pour l'essentiel, catholique. Si tel était le cas, la chose serait très grave et relèverait du racisme ordinaire le plus abject.

7 - Il faut, enfin, une bonne fois pour toutes, cesser de penser la question de l'école en termes d'influence syndicale, de bataillons mobilisés (combien de centaines de milliers de manifestants en 1984 contre combien de centaines de milliers en 1994 ?), de clientèle électorale, de mauvais procès faits aux gouvernements (de P. Mauroy en 1984, d'É. Balladur en 1994).

Oui, c'est vrai, nos gouvernants, tous nos gouvernants, sont plus soucieux de l'intérêt général qu'on ne le dit souvent.

Oui, c'est vrai, les parents, tous les parents, ont droit à un égal respect de leurs convictions exprimées notamment par le choix d'une école pour leurs enfants.

Oui, c'est vrai, nos maîtres, tous nos maîtres, sont dignes de respect.

Mais, par-dessus tout, il y a un enfant qui a sur les adultes que nous sommes, un droit absolu à ce que nous le mettions en état de devenir un jour pleinement un homme et un citoyen.

C'est-à-dire un être capable de se déterminer librement dans ses choix privés comme dans ses choix sociaux.

Cet enfant est le centre, la mesure et la fin de tout système éducatif qui entend faire réellement sa place à un être appelé à devenir, dans la plénitude de l'acception du mot, une personne.

R.R.J. 1994-1
Pages 15 à 310

ARTICLES

BIOÉTHIQUE - FAUT-IL LÉGIFÉRER ?

Par

Jean-François ABEILLE

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

INTRODUCTION

L'autorité juridique d'une part et l'autorité morale d'une autre divisent en matière d'éthique en général et de bioéthique en particulier juristes et sociologues du droit (1).

Si l'on s'en tient à la question de savoir si le droit peut être pensé comme un ordre purement normatif, indépendant de toute notion de morale, le débat n'est certainement pas nouveau qui, de Durkheim à Kelsen (2) en passant par Duguit, a déjà suscité nombre de pages de doctrine.

Qu'il s'agisse de soutenir la spécificité du droit par rapport à la morale ou au contraire de critiquer une telle dichotomie, dans un cas comme dans l'autre, il semble que l'on alimente vainement la querelle entre positivistes et jus-naturalistes (3).

Toutefois, dès lors que l'on s'attache au problème soulevé par la bioéthique et plus précisément à la question de savoir si une intervention du législateur est en ce domaine véritablement opportune, le débat semble s'éclairer sous un jour nouveau.

En effet, dans la plupart des cas, le droit intervient afin de permettre le passage du possible au licite; c'est, du moins, ce qui est communément admis.

Mais en matière de bioéthique, le problème paraît parfois posé de façon inadéquate et, avant de s'interroger sur la nécessité d'une législation particulière ainsi que sur son contenu, il conviendrait certainement d'appréhender davantage les modalités d'élaboration de la règle de droit.

Est-il envisageable ici de demander à la loi d'édicter des principes de vie, qui relèvent de l'évidence la plus élémentaire ?

Un peu à la manière du philosophe qui s'interrogeait sur l'opportunité d'une loi venant édicter que le coupe-vent doit être installé à l'avant (4), faut-il attendre que le législateur vienne ainsi réglementer l'essentiel des questions qui touchent aux Procréations Médicalement Assistées ?

(1) Sur ce point voir notamment ouvrage collectif édité chez LGDJ, Norme juridique et régulation sociale, Collection Droit et société, sous la direction de F. Chazel et J. Commaille, 1991.

(2) Pour n'en citer que quelques-uns.

(3) Voir notre intervention au 65^e Congrès de la Confédération Nationale des Avocats (Marseille 2 avril 1993), Barreau de France Juin 1993.

(4) Cf. Alain, "Pensées", Le Cormoran.

Le débat reste sans aucun doute ouvert. Cependant, dans un domaine proche de celui qui nous préoccupe, l'actualité récente vient de nous montrer que devant la force de l'évidence et les nécessités inhérentes à la réalité des choses, il est des solutions qui se justifient sans pour autant procéder du support d'une quelconque autorité législative.

En effet, on a vu récemment que la Cour de Cassation a opéré un "revirement" de jurisprudence particulièrement retentissant concernant l'admission de la rectification de la mention du sexe en marge des actes de l'état-civil au bénéfice des transsexuels (5).

La Cour suprême vraisemblablement en raison de la condamnation de la France par les instances européennes, également peut-être en raison des réticences de certains juges du fond à une position de principe encore réaffirmée le 21 mai 1990, sans doute aussi pour éviter une intervention législative en ce domaine, s'est pliée aux "injonctions" de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (6).

En effet, dans un tel contexte, si la Haute Juridiction le 11 décembre 1992 avait rejeté les deux pourvois, la pression aurait été telle qu'elle aurait pu entraîner une réaction du législateur qui jusque là avait sagement refusé d'intervenir.

Bien qu'il soit très regrettable qu'en raison du problème tout de même statistiquement marginal du transsexualisme, et au nom du droit au respect de la vie privée, puisse tout de même, contrairement à ce qu'affirment ces arrêts, être remis en cause le principe fondamental de l'indisponibilité de l'état des personnes, il semble toute de même que le juge français soit parvenu à conserver une certaine latitude pour contrôler le bien-fondé des demandes qui seront formulées.

En effet, il ressort de la motivation essentielle des deux décisions dont s'agit que la Cour de cassation ne considère pas que la personne présentant le syndrome du transsexualisme acquiert un sexe nouveau, mais plutôt qu'elle a "pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe auquel correspond son comportement social".

En outre, elle ne considère comme digne d'être prises en considération que les interventions chirurgicales à but thérapeutique.

On peut ainsi constater que, dans un domaine aussi sensible que celui de l'état des personnes, le pouvoir normatif du législateur n'est pas nécessairement la panacée.

Dès lors, en notre matière, la question reste entière : une loi est-elle vraiment nécessaire ?

Doit-on oublier qu'il existe des principes généraux du droit qui d'évidence s'appliquent en matière de bioéthique ?

Pour autant, ces principes nécessaires sont-ils suffisants et intangibles (7) ?

I - NÉCESSITÉ DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT

"Quoi que l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie" (8) ; c'est dire qu'il ne faut pas mésestimer les besoins juridiques créés par l'évolution actuelle des techniques et des moeurs, mais les lois positives donnent tout de même dès réponses obligées.

(5) Ass. Plén., 11 décembre 1992, JCP 1993, II, 21991-2 arrêts, note G. Mémeteau.

(6) Cass. Civ., I, 21 mai 1990, JCP 90, II, 21588 ; Cour Européenne des Droits de l'Homme, 25 mars 1992, JCP 92, II, 21955. D. 92, S 325.

(7) Cf. Analyse statistiques réalisée par J. Rubellin-Devichi, rapportée par P. Ladrière in Normes Juridiques et régulation sociale, p. 281 et 282.

(8) Portalis, Discours préliminaire sur le projet de Code Civil.

A - LA DEMANDE DE DROIT

Les gènes n'ont pas de morale (9).

Cette proposition qui touche aux frontières philosophiques et juridiques de ce débat tombe sous le sens.

Toutefois, la question qui tend à déterminer quelles sont les réponses que le droit est en mesure d'apporter aux problèmes éthiques soulevés par l'évolution de la biologie et de la médecine, reste en suspens.

Le problème n'est pas nouveau (10). Il mérite cependant que l'on s'y arrête à l'heure où l'Assemblée Nationale a examiné et adopté en première lecture le projet de loi relatif au "corps humain" (11). Le domaine de l'éthique n'est pas récent (12), mais jamais, dans l'histoire de l'humanité, la limite entre le moral et l'immoral n'a fait l'objet de réflexions aussi approfondies (13).

A l'heure où les avis du Comité Consultatif s'amoncellent (14), à l'heure où la doctrine se divise quant à la nécessité d'édicter une législation précise en matière de procréation médicalement assistée (15), à l'heure enfin où une partie du travail parlementaire, sur ce point, vient d'aboutir, la question demeure, qui débouche, à défaut de réponse précise, sur la constatation : "jamais la demande de droit n'a été aussi vive" (16).

Sans doute, face aux évolutions de la science en ce domaine, notre droit positif n'est-il pas totalement désarmé ? Récemment, nous avons vu encore, à l'occasion d'un pourvoi opéré dans l'intérêt de la loi que la Cour de cassation a rendu, à grands renforts de principes généraux, une décision tendant à l'illicéité du procédé dit des mères de substitution (17).

Cependant, aujourd'hui, la limite semble devoir être dépassée et susciter l'intervention du législateur.

Déjà, bon nombre de questions restent en l'état, tenant à l'intervention de la loi dans un domaine qui touche bien plus à la biologie et à la médecine qu'au droit stricto sensu ou encore tenant à l'effectivité réelle d'une norme législative qui, une fois figée dans le temps, restera, quoiqu'il advienne, soumise aux aléas des progrès scientifiques en ce domaine.

Mais au-delà de ces premières interrogations, le doute reste entier sur le contenu réel d'une telle intervention législative. Certes, existe-t-il bon nombre de précédents : le texte sur le don de sang date de 1952 (18), celui relatif à l'interruption volontaire de grossesse ou encore aux prélèvements d'organes remonte au milieu des années 1970 (19).

(9) Cité par G.W. Hunold, "Génie génétique - critères pour un discernement éthique", Revue éthique n° 2, 1991, ed. Universitaires p.47 in fine.

(10) En 1975 lors de la discussion de la loi sur l'interruption volontaire de grossesse, déjà de telles questions avaient été abordées pour malheureusement rester en suspens.

(11) Assemblée Nationale, 1ère session 1992/93, texte adopté le 25 novembre 1992, N° 733.

(12) Voir en ce sens G. Memeteau, "Rendez à César ce qui lui appartient", article in Revue éthique n° 8, 1993-2, p.106 et s..

(13) Cf. G. Memeteau op. cit. p. 107 in fine.

(14) Cf. Ch. Byck, "La bioéthique en Europe. Un paysage éclaté" JCP 1991, I, 3526.

(15) Cf. Jacques Robert, La biologie et la génétique face aux incertitudes du droit, Colloque génétique, procréation et droit 1985, Actes Sud Éditions, p. 363.

Add. J.-L. Baudoin et Catherine Labrusse-Riou, Du désir d'enfant au droit à l'enfant, In : Produire l'homme de quel droit ? PUF Collection Les Voies du droit, p. 147, 1987.

(16) Cf. Loïc Cadiet, questions bioéthiques, réponses juridiques in Revue juridique de l'ouest, 1991, n° spécial p. 3 et s..

(17) Cass. Civ. 8 mai 1991 sur pourvoi formé contre Cour d'Appel de Paris, 15 juin 1990, D. 90, p. 540, note F. Boulanger.

(18) Loi n° 52-8854 du 21 juillet 1952.

(19) Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 et loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976.

Pourtant, si l'éthique n'a pas attendu l'aube du XXIème siècle pour pénétrer les frontières du droit, les contradictions sont trop présentes aujourd'hui si bien qu'elles permettent de s'interroger sur la nécessité réelle d'une intervention législative en ce domaine particulier que sont les procréations médicalement assistées.

Contradictions qui tiennent au refus de proclamer légalement un statut juridique de l'embryon humain (20), contradictions qui tiennent aussi à la remise en cause de certaines règles relatives au droit de la filiation (21) et au rejet pur et simple de cette grande victoire qui se dessinait déjà au lendemain de la loi de 1972, à savoir la vérité biologique (22).

Contradictions enfin qui procèdent du sacrifice de certains principes fondamentaux de notre droit entérinés par une longue tradition juridique.

Alors voit-on brandir dans le sens d'une nécessaire intervention législative l'étendard du "vide juridique". Mais pour opportune qu'elle puisse être aux yeux de certains (23), il n'est pas faux de prétendre que la consécration législative des procréations médicalement assistées viendrait à combler un soi-disant quelconque "vide juridique" ; si l'on admet que l'ordre éthique est distinct de l'ordre juridique, il peut en effet se présenter des situations où la protection de certains principes essentiels nécessite la reconnaissance d'un lien étroit direct entre les règles éthiques et la loi. Dès lors, dans la mesure où la loi se présenterait comme un relais normatif nécessaire des considérations éthiques, elle ne saurait se présenter comme un ensemble de dispositions techniques ou simplement conjoncturelles.

Ainsi posé, apparaît tout le problème de la nécessité d'une intervention législative. Partant du principe qu'il convient avant toute chose d'assurer le respect de principes fondamentaux, il apparaît important de déterminer, en l'état de la protection telle qu'elle apparaît assurée au travers de nos principes généraux, si l'intervention du législateur se justifie réellement.

La question est d'autant plus importante que si l'on en croit le projet retenu par l'Assemblée Nationale, son adoption n'est pas sans porter quelques atteintes au droit de la filiation et à ces mêmes principes généraux auxquels nous faisons référence.

B - LES RÉPONSES DU DROIT POSITIF

Ni les juges, ni bien sûr le législateur, ne peuvent ignorer les principes généraux du droit, et certains d'entre eux permettent de poser des règles qui s'imposent à tous.

Concernant l'insémination post-mortem "toute entreprise d'immortalité est contraire à l'ordre public" (24).

De même, aucun individu n'a le pouvoir, par testament ou autres dispositions, de rattacher un enfant à un homme déjà mort lors de sa conception (25).

C'est le droit de l'enfant à avoir une filiation maternelle et paternelle qui permet de prohiber les inséminations de célibataires...

(20) Sur ce point, voir notamment J.-P. Durand in *Bioéthique et droit*, 1988, PUF, p. 62 et s. ; Ch. Atias, "La situation juridique de l'enfant conçu" in : *La vie prénatale, biologie, morale et droit*, Actes du sixième colloque national des juristes catholiques, 1985, Téqui, p. 119.

(21) J.-F. Vouin, "La procréation artificielle et la remise en cause du droit de la filiation et de la famille", in "la vie prénatale, biologie morale et droit", op. cit. p. 139.

(22) Sur l'évolution de cette notion cf. J.-P. Gridel, "Vérité biologique et droit positif de la filiation", *D.* 1993, Chron., p. 191 et s.

(23) Sur l'opportunité d'une intervention législative à la lumière des précédents législatifs, cf. D. Truchet : "L'intervention du législateur en matière d'éthique médicale", *Revue juridique de l'ouest*, op. cit. p. 53 et s.

(24) J. Carbonnier, "Droit Civil" Tome 2, collection *Thémis*, PUF, 12e édition 1983, (p. 24).

(25) J. Rubellin-Devichi, op. cit.

Notre droit positif contient une réserve parfois insoupçonnée de règles ou références qui permettent de faire face aux questions les plus actuelles.

C'est ainsi que l'on comprend que certains se soient rangés dans le camp de ceux qui sont hostiles à une intervention législative en la matière, et ce tant au regard du droit de la filiation qu'au regard du principe de l'indisponibilité de la personne humaine.

Ces principes demeurant évidemment intangibles, ils constituent des réponses sinon suffisantes, tout au moins nécessaires.

a - Le droit de la filiation

Dans un récent article publié dans la presse nationale (26), M. Jean Michaud, Conseiller à la Cour de Cassation et Vice-président du Comité Consultatif National d'éthique, démontrait à quel point tout refus de législation n'était pas sans risque.

Il n'en demeure pas moins qu'en l'état actuel de notre droit, la mise sur pied d'une législation ayant pour objet les procréations médicalement assistées et autres inséminations artificielles présenterait certaines incompatibilités au regard des règles qui régissent aujourd'hui le droit de la filiation. En effet, si l'on s'en tient par exemple aux dispositions de l'article 312 du Code Civil ("l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari") (27), dans le cas d'une insémination artificielle par tiers donneur que pourrait-il rester de cette présomption de paternité, pierre angulaire de la filiation légitime ?

Sans doute, le projet de loi "relatif au corps humain" adopté en première lecture par l'Assemblée Nationale (28) prévoit-il d'insérer dans le Code Civil un article 311-19 ainsi rédigé "En cas de procréation médicalement assistée avec un tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation. Aucune action en responsabilité ou à fins de subsides ne peut être exercée à l'encontre des donneurs". Partant, le mari de la mère inséminée bénéficiera-t-il de la même présomption ? Mais si le but d'une présomption est de permettre d'avancer sur le chemin de la vérité, comment la concilier, dans ce cas, avec une réalité contraire à la vérité biologique ?

De la même manière, le projet précité prévoit une disposition aux termes de laquelle le désaveu du mari ne sera pas recevable dès lors qu'il est établi que l'enfant a été conçu par voie d'insémination artificielle et qu'il (le mari) a donné son consentement (29).

Ainsi peut-on lire dans l'article 311-20 du projet : "Nul ne peut contester la filiation d'un enfant pour une raison tenant au caractère médicalement assisté de la procréation de ce dernier. L'enfant ne peut réclamer un autre état sur ce fondement. Toutefois, les actions en contestation de filiation ou en réclamation d'état peuvent être exercées lorsque le mari ou le compagnon de la mère n'a pas consenti à la

(26) Le Figaro, 29 juillet 1993 : "bioéthique : Il faut une loi".

(27) Sur la présomption de paternité voir notamment Pratte et Fortis Homjal, D. 1988, Chron., p. 31, add Bouvier, RTD Civ 1990, p. 394.

(28) Sur ce point cf. l'art. de J.-P. Gridel, "Vérité biologique et droit de la filiation", D. 1993, Chron., p. 191, Ad J Rubellin-Devicchi : Procréations assistées et stratégies en matière de filiation, JCP 1991, I, 3505.

(29) Sur ce point la jurisprudence avait déjà admis qu'"il est sans intérêt de rechercher si le mari a donné son consentement à l'opération dès lors que la preuve de son incapacité absolue de procréer est faite et l'action en désaveu doit être déclarée fondée". TGI Nice, 30 juin 1976, D. 1971, Chron., p. 45 note Huet-Weiller ; JCP 1971, II, 18597.

procréation médicalement assistée, ou lorsqu'il est soutenu que l'enfant n'est pas issu de celle-ci" (30).

D'une part, il est difficile de concilier de telles dispositions avec le principe posé par l'article 311-9 du Code Civil selon lequel "les actions relatives à la filiation ne peuvent faire l'objet de renonciation" ; au surplus, maintenir la possibilité de contester la filiation seulement lorsque que l'enfant n'est pas issu d'une technique de procréation médicalement assistée posera des problèmes de preuve, quant à la certitude de l'insémination (31).

Dans le même ordre d'idée doit-on, en revanche, envisager que l'action en contestation offerte à la mère doit être maintenue en cas en procréation médicalement assistée ? Si l'on admet le rejet de l'action en désaveu offerte au père, il faut aussi donner à la mère toute possibilité de contester, un jour, la paternité du mari en se remarquant avec le véritable père. Sans doute, une telle action n'a-t-elle que peu de chance d'aboutir dans la mesure où l'anonymat du tiers donneur doit être garanti. Mais à l'évidence, nous assistons ici à un rejet exprès de toute préoccupation tenant à la vérité biologique, qui ne semble guère correspondre à l'évolution actuelle de notre droit (32).

b - Le principe de l'indisponibilité de la personne humaine

Bien sûr, nonobstant ce qui précède, il est admis que la finalité des procréations médicalement assistées est de pallier les "oublis" de la Nature et permettre d'apporter certaines solutions à de douloureuses situations.

Pour étayer cette contribution d'aucuns mettent en avant certaines notions telles que "droit à la vie" ou encore "droit à l'enfant à naître"; outre le fait que ces notions ne semblent correspondre à aucune réalité juridique (33), ne serait-il pas opportun, avant que de reconnaître un véritable droit à l'enfant, de s'accorder au préalable sur le statut juridique qu'il convient de donner à l'embryon ?

Sur ce point, en effet, la fécondation assistée pose des problèmes juridiques et moraux qui dépassent pour beaucoup la seule contradiction que nous avons relevée concernant le droit de la filiation.

Comment en effet proclamer dans un sens que chacun a droit au respect du corps humain et permettre, dans un autre, en oubliant volontairement toute référence juridique à l'embryon, de fouler aux pieds un principe fondamental qui préside à l'ensemble de notre système juridique ?

En 1986, le professeur Atias soulignait en des termes non équivoques l'incontestable nullité du contrat de substitution de mère et soulignait l'impérieuse nécessité de ne pas transgresser le principe de l'indisponibilité de la personne humaine (34).

Il serait peut-être temps, dès lors, de cesser de s'abriter derrière toute vaine hypocrisie. Les techniques relatives à la procréation médicalement assistée ont suffisamment évolué pour permettre de se faire une idée précise sur la principale interrogation qui, en fait, domine l'ensemble du débat : dès lors que l'on intervient

(30) Cette disposition ne fait que confirmer la jurisprudence ; cf. en effet TGI Bobigny, 18 janvier 1990, D. 1990, 332, note Sanjot ; JCP 1990, II, 21592, Note Guiho ; Add Paris, 29 mars 1991, D. 91, 562, note Sériaux, RTD Civ 1991, p. 591, Obs. Huet-Weiller.

(31) Sur les difficultés inhérentes à la recevabilité des moyens de preuve d'ordre médical, cf. Melennec et Belleil, Le secret professionnel et la recevabilité des certificats médicaux comme mode de preuve en justice, Gaz. Pal. 1976-1, p. 30.

(32) Cf. J.-P. Gridel, op cité.

(33) Cf. notre intervention au Congrès de la Confédération Nationale des Avocats et notion de synthèse de ce Congrès.

(34) Cf. Atias, D. 198, Chron., p. 67.

sur l'embryon (nous n'envisagerons pas ici le problème posé par les embryons surnuméraires) tout se ramène à la question de savoir si celui-ci doit ou ne doit pas être considéré comme un être humain.

Ainsi, malgré l'évolution actuelle des techniques et des moeurs qui entraîne une demande pressante de droit, les principes généraux du droit positif qui par eux-mêmes apportent réponse à nombre des questions pour le moins posent des limites qu'il convient de ne pas dépasser.

Pour autant, ces principes ne paraissent pas suffisants; le droit positif qui exprime la nature d'une société ne peut, par définition, demeurer une règle intangible.

II - INSUFFISANCE DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT

Par définition, le droit positif est évolutif, c'est dire qu'il comporte en lui même ses limites qui déterminent pour l'avenir ce qui est possible en matière de législation.

A - LES LIMITES DU DROIT POSITIF

Les principes généraux du droit apportent certaines réponses aux questions posées par la bioéthique, pour autant, l'évolution même de la matière fait qu'en cas de carence absolue du législateur, il y aurait *tout d'abord* risque non pas de vide, mais de détournement juridique.

En effet, les personnes désirant masquer leur recours aux procréations médicalement assistées pourraient par exemple utiliser l'institution de l'adoption à des fins opposées à celles pour lesquelles elle a été créée.

Si l'adoption concerne les enfants nés, elle ne saurait en aucun cas être envisagée pour des enfants à naître.

En raison du développement des découvertes scientifiques, et de leur incidence sur notre organisation sociale et juridique, il faut considérer que le droit ne doit pas être dépendant du progrès, le législateur ne saurait se contenter de ratifier a posteriori plus ou moins tacitement les évolutions de la science sans avoir de prise sur elle.

Le législateur ne doit donc pas se limiter à autoriser telle ou telle pratique déjà appliquée, il se doit d'apporter une cohérence à son action générale.

La carence du législateur peut donc n'être que relative s'il se contente de subir la politique du fait accompli imposée par les faits ou par certains groupes de pression, voire même par des règles communautaires.

Il existe *en outre* un risque européen non négligeable, et il faut admettre que notre législateur devra légiférer avant que d'autres ne s'en chargent à sa place.

Certes, la France a pris l'initiative en mettant en place en juillet 1983 le Comité Consultatif National d'Éthique, mais aujourd'hui, si la majorité des pays européens a légiféré en matière de bioéthique, tel n'est pas le cas de la France, et l'absence d'harmonisation au plan européen risque d'entraîner des "paradis procréatifs" (35).

La Communauté Européenne ne restera pas longtemps inactive, elle obligera vraisemblablement les États à adopter une base de règle commune qui pourrait ne pas être conforme à nos traditions.

La France dotée d'une législation en matière de bioéthique même réduite serait certainement mieux placée pour imposer ses principes juridiques en vue d'une harmonisation qui paraît à terme inéluctable.

(35) C. Byk, op. cit.

On a vu comment certaines pressions internes ou communautaires ont entraîné le revirement d'une jurisprudence qui paraissait bien établie (36), on peut également mentionner la directive européenne 89-381 du 14 juin 1989 qui dispose que les dérivés plasmatisés ont le statut de médicaments, et que, par conséquent, le sang est une matière première (non inéluctablement gratuite) pour les médicaments.

Le 2 décembre 1991, un avis du Comité Consultatif National d'Éthique a refusé de prendre en compte cette directive, le conflit est d'autant plus grave que la Cour de Justice des Communautés Européennes a affirmé l'effet obligatoire et direct des directives dans les États membres.

Enfin, le législateur doit dire quels sont tous les fondements de la filiation, "il ne suffit pas de produire de la chair humaine, encore faut-il l'instituer, c'est à dire nouer le biologique, le social et l'inconscient par des moyens juridiques qui fassent loi généalogique pour le sujet" (37).

Les chercheurs doivent disposer de limites au-delà desquelles sont édictés des interdits absolus, le législateur doit sinon répondre à toutes les nouvelles questions qui lui sont posées, tout au moins donner aux citoyens les moyens de faire face aux nouvelles situations créées par l'évolution des mœurs et de la science.

C'est là son rôle traditionnel.

Mais pour autant, le législateur peut-il réglementer tout ce qui est techniquement possible, peut-il seulement imaginer ce que sera l'avenir ?

La nature même du problème suppose que la réponse législative ne peut que tracer un cadre à l'intérieur duquel sont édictés ou rappelés les principes fondamentaux et à l'extérieur duquel des interdits sont érigés.

B - LA LÉGISLATION POSSIBLE

Cette législation doit au moins proclamer que l'embryon est un être humain (38).

Cette position n'est pas nouvelle, elle est conforme à l'avis du Comité Consultatif National d'Éthique du 22 mai 1984 selon lequel "l'embryon doit être reconnu comme une personne humaine potentielle qui est ou a été vivante, et dont le respect s'impose à tous" (39).

Le législateur devrait au regard de la bioéthique réaffirmer les grands principes de notre droit et rappeler leur portée en ce domaine.

Ainsi, s'il n'existe aucune définition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort, il n'en demeure pas moins que l'individu est considéré comme une personne selon les distinctions classiques opérées par le droit, dès l'instant de sa naissance, et ce, jusqu'à son décès.

Le Conseil d'État a rendu sur la question de la mort un très important arrêt affirmant que "les principes déontologiques fondamentaux relatifs au respect de la personne humaine, qui s'imposent au médecin dans ses rapports avec son patient, ne cessent pas de s'appliquer avec la mort de celui-ci", unité profonde de l'être humain, voire sa destinée ultime, paraissent sous-tendre cette décision qui envisage deux hypothèses dérogatoires, la première est législative, c'est la loi de 1976 sur le

(36) Voir Ass. Plén., 11 décembre 1992, op. cit.

(37) P. Legendre, L'inestimable objet de la transmission, Étude sur le principe généalogique en Occident, Fayard 1985.

(38) Depuis le 13 décembre 1990, l'Allemagne dispose d'une loi relative à la protection des embryons. Pendant naturel et logique du principe fondamental du respect de la dignité humaine, cette législation protège l'embryon dès les premiers instants de la fécondation. Le projet adopté récemment par l'Assemblée Nationale n'y fait pas référence.

(39) Avis du Comité Consultatif National d'Éthique du 22 mai 1984 sur "les prélèvements de tissus d'embryons ou de foetus humains morts", Commentaire de G. Mémeteau au JCP 1985, I, 3191.

prélèvement d'organes, l'autre est jurisprudentielle : expérimentation post-mortem n'est légale qu'à trois conditions cumulatives : la mort doit avoir été constatée, l'expérimentation doit répondre à une nécessité (et non à un seul besoin) scientifique reconnue, un accord doit avoir été donné par l'intéressé de son vivant par ses proches (40).

Longtemps la question s'est posée de savoir s'il faut pour autant considérer que la personnalité commence avant la naissance et se prolonge au-delà de la mort (41). Le débat n'est d'ailleurs pas clos qui, dans un cas (42) comme dans l'autre (43) entretient encore une partie de la doctrine.

Sans doute les différentes questions qui tendent aujourd'hui à remettre en cause l'embryon ou le foetus (44) dépendent-elles de la réponse qu'il convient d'apporter à la détermination du statut juridique qu'il nous faut donner à cet être que l'on présente classiquement comme étant doté de la personnalité juridique sous la condition suspensive de venir au monde vivant et viable.

Toutefois, entre la théorie de la personnalité juridique par anticipation (45) et celle de la rétroactivité fictive au jour présumé de la conception de l'enfant (46), le droit civil appréhende généralement, au travers de l'adage "*infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur*", l'enfant conçu comme une personne. Ainsi, l'enfant conçu doit-il être considéré comme né, toutes les fois qu'il y va de son intérêt, à condition qu'il naisse vivant et viable (47).

Héritée du droit romain (48), cette règle n'est pas inscrite en tant que telle dans le Code Civil. Mais il n'en demeure pas moins que certaines dispositions peuvent être sollicitées qui y font implicitement référence.

Ainsi l'article 725 du Code Civil dispose-t-il que "pour succéder il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession. Ainsi sont incapables de succéder celui qui n'est pas encore conçu, l'enfant qui n'est pas né viable".

De même, l'article 906 du Code Civil dispose-t-il que "pour être capable de recevoir par donation, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur. Néanmoins, la donation ou le testament n'auront d'effet qu'autant que l'enfant sera né viable".

Il peut être intéressant de noter que dans l'une comme dans l'autre des rédactions de ces deux textes le législateur a entendu marquer une certaine différence

(40) Assemblée, 2 juillet 1993, Milhaud, AJDA 1993, p. 579 et Chron., p. 530.

(41) Voir les deux arrêts fondamentaux du Conseil d'État qui affirment que la personne, et pas seulement la vie, commence avant la dixième semaine de grossesse, Assemblée, 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, ADJA 1991, pp. 157-161.

- "Le Conseil d'État, le droit à la vie et le contrôle de la conventionnalité" par C.M., F.D. et Y.A., AJDA 1991, pp. 91-110, mais surtout, pour la question traitée, pp. 92-95.

(42) Cf. not. G. Mémeteau, "La situation juridique de l'enfant conçu" in RTD Civ. 1990, p. 611.

(43) Voir aussi E. Putman & F. Ringel, "Après la mort...", D. 1991, chron. p. 24.

(44) Sur cette distinction cf. R. Théry, "La condition juridique de l'embryon et du foetus", in D. 1982, chron. p. 231, spéc. la note référencée 1.

(45) Sur cette théorie, cf. L. Sebag, "La condition juridique des personnes avant la naissance", Thèse Paris, 1938 ; add. J.-Cl. Hallouin, L'anticipation, Thèse Poitiers, 1979.

(46) Sur cette distinction, empruntée pour beaucoup à la théorie de la fiction développée par Ihering et Planiol en ce qui concerne l'attribution de la personnalité juridique aux personnes morales, cf. not. les développements consacrés à la question par X. Labbé in "Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort", Presses de l'Université de Lille, 1990.

(47) Sur la viabilité de l'enfant nouveau-né, cf. l'étude menée par Philippe Salvage in RTD Civ 1976, p. 725 et s..

(48) Sur la question, voir de façon complète, René Lalou, "Etude de la maxime *infans conceptus...*" Thèse Paris, 1904.

entre l'enfant simplement conçu et l'enfant viable (49). Reste cependant que la victoire de la théorie de l'anticipation dont l'effet principal serait d'accorder à l'enfant, dès le moment de sa conception, la personnalité juridique n'est pas totalement acquise en doctrine (50). Notre intention n'est pas ici d'alimenter les braises d'une querelle qui divise depuis longtemps une doctrine autorisée (51).

D'autant qu'en ce qui concerne la jurisprudence les exemples ne manquent pas qui permettent de reconnaître la personnalité juridique à l'enfant simplement conçu (52).

Récemment encore, la Cour de cassation a censuré un arrêt de la Cour d'Appel de Paris (53) qui avait écarté les enfants simplement conçus, et en l'espèce nés viables, pour le calcul de la majoration d'un capital-décès prévu par une police d'assurance.

Pour G. Mémeteau, cette décision rendue par le juge suprême (54) est d'autant plus importante qu'il reconnaît la généralité du principe assimilant l'enfant conçu à la personne née (55). Il convient cependant, il est vrai, de modérer ce principe que l'on présente volontiers comme un principe général du droit.

En effet, dire que l'enfant simplement conçu est titulaire, dès sa conception, d'une personnalité juridique ne correspond pas à la réalité. Ce n'est que par un artifice juridique que notre droit permet à l'enfant venu au monde vivant et viable de faire rétroagir, à condition qu'il y aille de son intérêt, sa personnalité au jour présumé de sa conception. Bien plus, envisagé sous l'angle d'une "pars mulieris", l'enfant ne saurait dès lors être entendu comme un sujet indépendant, titulaire de droits subjectifs.

On voit donc que la question d'une intervention législative reste toujours actuelle, mais il conviendrait alors de ne pas se tromper de cible.

Remettre en cause des pans entiers de notre tradition juridique au bénéfice de dispositions qui, de toute façon, seront rapidement dépassées par les progrès scientifiques, ne peut entrer dans les limites de la mission en l'occurrence confiée au législateur.

Seule une "loi cadre" peut inclure l'affirmation au regard de la bioéthique des principes incontournables en la matière et tracer les limites du possible.

En outre, ce type de loi permettrait à la jurisprudence d'exercer pleinement son rôle en se développant et en évoluant de façon autonome sous le contrôle unificateur de la Cour de Cassation.

L'on ne peut s'empêcher de penser à la loi du 17 juillet 1970 sur le respect de la vie privée, qui, s'inspirant d'une ancienne doctrine et de la jurisprudence internationale et interne, a posé ou rappelé des principes, tracé des limites, laissant le champ libre aux juges du fond.

(49) De laquelle on pourrait facilement déduire que le législateur a entendu accorder ainsi à l'enfant conçu une personnalité juridique conditionnelle.

(50) Sur ce point, voir les intéressants développements que consacre X. Labbé à la question, op. cit., p. 80 et s. l'auteur, se livrant à une analyse exégétique des articles 725 et 906, en arrive à conclure que l'enfant conçu ne saurait être considéré comme capable et partant, n'est pas titulaire, dès sa conception, d'une personnalité juridique conditionnelle.

(51) Ainsi le Doyen Cornu estime-t-il que (ce n'est que) "par l'effet d'une fiction favorable à l'enfant (que) le droit moderne consacre la maxime coutumière..." (et que) "... les contraintes de la nature empêchent que ce soit, pendant la période intra-utérine, une personnalité complète apte à se déployer dans la plénitude de ses attributs", in Droit Civil, Tome 1, 4e édition, p. 158, n° 461.

(52) Cf. not. Cass. civ. 24 avril 1929, D. H. 1929, 298 ; add. Cass. civ. 4 janvier 1935, D. 1935, I 5, note Rouast ; Ch. Réunies, 8 mars 1939, S. 1941, I, 25, note Batiffol ou encore Cass. civ. 2°, 21 avril 1966, JCP 1966, II, 14710.

(53) CA Paris, 24 mai 1984, D. 1984, p. 143, conclusions Paire.

(54) Cass. civ. 1°, 10 décembre 1985, B. C. I., N° 339 ; add. Gaz Pal 9/10 juillet 1986, note Piedelièvre.

(55) Cf. G. Mémeteau, op. cit., pp. 614 et 615.

En cela, la loi du 17 juillet 1970 était parfaitement conforme à la tradition juridique française qui a toujours voulu limiter au minimum indispensable l'intervention du législateur en droit de la famille (56).

Il est évident qu'une loi en matière de bioéthique ne pourrait être aussi synthétique, ni la doctrine, ni la jurisprudence interne ou communautaire n'étant unanimes, mais il s'agit là d'une orientation.

L'intervention du législateur ne devrait sans doute pas donner lieu à une réglementation de toutes les techniques de procréation médicalement assistée.

Cette loi devrait réaffirmer la protection du droit à la vie et à l'intégrité physique de l'embryon humain, sans pour autant tendre vers une remise en cause du droit existant relativement à la filiation, sans pour autant non plus fouler aux pieds les principes les plus essentiels tel celui de l'indisponibilité de la personne humaine (57).

Il est des domaines où la loi n'a peut être pas à intervenir si ce n'est pour rappeler certains principes élémentaires de morale qu'il conviendrait de ne pas méconnaître.

Mais tel n'est pas la finalité d'un texte dont la raison d'être se doit avant tout de réglementer, voire de sanctionner.

Dès l'instant qu'il n'est pas question ici de proclamer un quelconque droit (58), entre un pôle normatif, dont l'utilité, ici ne paraît pas certaine et un pôle simplement déclaratif dont on pourrait douter de l'effectivité réelle, ne faut-il pas laisser la place à la souplesse jurisprudentielle seule à même d'intervenir au moyen d'un arsenal juridique qui depuis longtemps a fait ses preuves ? La question mérite une fois encore d'être posée.

(56) "L'amour du droit est réductible en cas d'excès" : article 0 du Code Civil vu par le Doyen Carbonnier - Conclusion de la journée consacrée le 22 janvier 1990 par l'Université de Paris II au Centenaire de la Promulgation du Code Civil Japonais de Boissonade.

(57) La Confédération Nationale des Avocats, réunie pour son Congrès à Marseille les 2 et 3 avril 1993 a voté en matière de bioéthique la résolution suivante :

- la CNA a étudié les trois projets de loi consacrés à la bioéthique
 - la CNA, consciente des difficultés pratiques de mise en oeuvre d'une réglementation en ce domaine entend affirmer :

. que le vote d'une loi-cadre, qu'impose le formalisme du consentement, est nécessaire tant pour favoriser les progrès de la science que pour en éviter les débordements ;

. que le législateur français doit rechercher des solutions ayant pour vocation d'être adoptées par tous les États-membres de la CEE et de la Communauté Internationale.

. que les textes doivent, en tout état de cause, rappeler avec force la dignité et l'indisponibilité de la personne humaine, ainsi que l'intérêt de l'enfant.

(58) Cf. notre intervention au Congrès précité.

LE DROIT PRIVÉ EN TOUTE PRIVAUTÉ : TROIS ILLUSTRATEURS DU CODE CIVIL FRANÇAIS

Par

Anne ENSMINGER
*Chargé de Recherche au C.N.R.S. -
École Normale Supérieure de Fontenay-Saint-Cloud*

INTRODUCTION

Le Code civil serait-il un des monuments pittoresques de la France ? Déjà, diverses exportations le laisseraient penser ; quant aux représentations figuratives et aux illustrations, si passées de mode et si méconnues qu'elles soient, elles ont adopté, sur le plus célèbre de nos recueils de lois, le point de vue dont bénéficient ordinairement les sites touristiques. Il y aurait néanmoins quelque excès à enfermer pêle-mêle ces productions dans le fourre-tout où s'entassent les vestiges hétéroclites de la napoléonolâtrie et de la bonapartomanie. Ce n'est pas qu'elles témoignent d'un goût bien meilleur, loin s'en faut ; mais c'est que leur nature même oblige à établir entre elles de nettes distinctions, qui tiennent d'une part à l'aspect, d'autre part à la chronologie. Quand des sculpteurs et des peintres - Mauzaisse (1), Flandrin (2),

(1) Jean-Baptiste Mauzaisse (1784-1844), fils d'un modeste organiste de Corbeil, entra à l'École des Beaux-Arts en 1803, dans l'atelier de François-André Vincent, le maître d'Horace Vernet. Il débuta au Salon de 1808, et remporta un grand succès quatre ans plus tard, avec "L'Arabe pleurant son coursier" (Musée d'Angers). Il bénéficia de plusieurs commandes à la création du Musée Historique de Versailles, exécuta quelques décorations au Louvre et collabora avec Gros. Peintre d'histoire, ennemi des intrigues, il ne fit point fortune, malgré une production importante et soignée. Au nombre de ses tableaux, on compte une "Bataille de Valmy", une "Bataille de Fleurus" et un "Napoléon sur le champ de bataille d'Eylau" (Versailles). Mauzaisse a donc peint le Maître écrivant le Code, le regard figé par l'extase législatrice ; l'oeuvre se trouve à la Malmaison. On en voit une reproduction dans *Les lieux de mémoire II*, "La nation", sous la direction de P. Nora, Paris, Gallimard, 1986, p. 303, pour illustrer l'article "Le Code civil" du Doyen Jean Carbonnier.

(2) Hippolyte-Jean Flandrin (1809-1864), d'abord élève de l'École des Beaux-Arts de Lyon, fut à Paris le disciple d'Ingres. Prix de Rome en 1832, Membre de l'Institut en 1853, il se spécialisa, par conviction et sentiment, dans la peinture religieuse, dont il devint le plus grand représentant au XIXe siècle. Outre ses vastes travaux pour des églises parisiennes (Saint-Séverin, Saint-Germain-des-Prés, Saint-Vincent-de-Paul) et l'église Saint-Paul de Nîmes, il donna de nombreux portraits. Le plus célèbre est celui de Napoléon III en général de division (1863, Musée de Versailles). Fait notable, ce grand décorateur d'églises avait peint en 1848 une allégorie de la République. Quant au "Napoléon législateur", destiné au Conseil d'Etat, que Flandrin exposa au Salon de 1847, et qui brûla en 1871, nous en gardons une

Jacquand (3), Simart (4), Gilbert (5) et Cavalier (6) - s'adonnent à des variations sur un thème imposé, à savoir Napoléon législateur, ils traitent le Code matériellement comme un livre vu de loin, de l'extérieur, et idéologiquement comme un objet miraculeux, produit de la thaumaturgie intellectuelle consulaire, puis impériale (7). Ouvert ou fermé, posé ou tenu, le Code est montré de telle sorte que nul spectateur, contemplatif ou pressé, ne puisse manquer le don providentiel d'un nouveau Droit au vieux pays par un homme neuf. Ainsi la France des arts s'en va-t-elle accrocher les lois au milieu des armes de la panoplie impériale. Eponyme et promoteur du Code civil, l'Empereur assure la publicité - au sens trivial - du corps de lois. Et le moyen de ne pas se sentir quelque peu bibliophile, quand il est si fortement suggéré qu'avec le Code, la France tout entière est allée à la reliure ? On sera d'autant moins censé ignorer l'existence de la loi qu'on ne saurait ignorer celle de son auteur : l'imagerie, grâce à ce raccourci, confond, le temps d'un regard, question de droit et question de fait. Mais outre que les représentations du Code-livre sont presque obligatoirement liées à l'image personnelle de Napoléon, leur période de confection ne s'étend guère au-delà du Second Empire. Voilà donc introduite, par contraste, une autre famille iconographique, celle qui, sous le Second Empire d'abord, puis sous la IIIe République surtout, ne représente plus un volume inconsultable en proclamant, par suscription, qu'il s'agit du Code Napoléon, mais choisit d'en illustrer précisément les dispositions. Pas toutes, bien sûr, car, à supposer qu'il fût réalisable, ce travail eût perdu en chemin la fantaisie que l'on cherchait, par lui, à instiller dans le Code. Les

description acide - qui détonne avec les dithyrambes incorporés à l'article "Flandrin", et s'accorde assez mal avec la grande habileté reconnue à ce peintre - dans l'article "Napoléon", in fine, du *Grand Dictionnaire Universel du XIXe siècle* (tome XI, 1874, p. 818, D). Le rédacteur anonyme cite complaisamment Théophile Thoré, qui éreinte le tableau en ces termes : "L'empereur est debout sur un trône en bois blanc, peint de jaune malsain <...>. Devant les trois marches de cette échoppe, je ne sais quel terrain glaireux badigeonné de la même couche jaunâtre, le tout appliqué à plat sur fond de papier bleu. La tête est extrêmement commune, et la main tient un pain d'épices où sont tracées des lettres majuscules".

(3) Claude, dit Claudius, Jacquand (1804-1878) obtint le Prix de peinture de l'Ecole des Beaux-Arts de Lyon en 1821. Il commença à exposer au Salon de 1824, fut médaillé de première classe en 1836, et s'installa à Paris en 1838. Peintre d'histoire productif et décoré, il s'intéressa aussi à l'art sacré, comme en témoignent les décorations qui composa pour la chapelle de la Vierge à Saint-Philippe-du-Roule. Jacquand avait épousé la fille du comte de Forbin, peintre et grand "antiquaire" sous la Restauration, à qui l'on doit notamment la réorganisation du Louvre après 1815. C'est en 1852 que le peintre réalisa, pour le Palais de Justice de Boulogne-sur-mer, une fresque intitulée "Napoléon publiant son Code".

(4) Pierre-Charles Simart (1806-1857), d'abord apprenti-menuisier à Troyes, entra à l'Ecole des Beaux-Arts en 1824, où il fut l'élève de Dupaty et Pradier. Grand Prix de Rome, il exposa au Salon de 1831 à 1855, et exécuta d'importantes commandes officielles, dont les figures colossales de la Barrière du Trône. Simart défraya aussi la chronique avec sa reconstitution de la Minerve chrysoléphantine de Phidias (Salon de 1855). Mais les grands bas-reliefs du tombeau de Napoléon aux Invalides restent son oeuvre capitale : ils comprennent "La Légion d'Honneur", "Les Travaux publics", "Le Commerce et l'Industrie protégés", "La Cour des Comptes", "Le Concordat", "La promulgation du Code", "Le Conseil d'Etat", "L'organisation de l'Administration publique", "La pacification des troubles civils" et "L'organisation de l'Université". Simart ne put d'ailleurs en achever que sept, de 1846 à 1852. Le Musée de Troyes possède, entre autres pièces de lui, une série de sculptures consacrées à Orphée et un "Code civil".

(5) François-Ambroise-Germain Gilbert (1816-1891) qui fit en 1833, pour l'Arc de Triomphe, une "Apothéose de Napoléon", fut l'élève de Cortot et se spécialisa dans la sculpture industrielle. Il débuta au Salon en 1845. Il a exécuté notamment quatre statues et dix bas-reliefs pour la grande salle de la Bourse de Marseille, ainsi que douze bas-reliefs pour la Salle des Pas perdus du Palais de Justice de la même ville, au nombre desquels un "Napoléon législateur".

(6) Pierre-Jules Cavalier (1814-1896) entra à l'Ecole des Beaux-Arts en 1831. Il y eut pour maîtres David d'Angers et Paul Delaroche. Prix de Rome en 1834, professeur aux Beaux-Arts en 1864, membre de l'Institut en 1865, titulaire de nombreuses médailles, il a réalisé un groupe allégorique représentant la Justice (église de la Trinité). Au Salon de 1861, il présenta une statue figurant une fois de plus Napoléon en législateur : et il n'omit ni le costume antique, ni les nouvelles Tables de la Loi, ni la méditation profonde de l'officiant.

(7) Pour les nombreuses manifestations, non seulement iconographiques mais aussi littéraires, de cette codicologie, voir notre thèse *Re-création de la forme, récréation de la norme : trois versifications du Code civil français au XIXe siècle*, Montpellier I, 1986, 992 p. dactyl. ; spécialement 2e partie, chapitre III, 3e section.

illustrateurs de cette seconde famille (8) opposent donc, à l'appréhension globale, externe, qui distingue les iconographes de l'oeuvre impériale en tant que telle, une représentation interne, partielle, d'un livre qui est avant tout un corps de lois, qui ne vaut qu'en tant qu'il intéresse un peuple de citoyens et de justiciables, bref dont l'inspirateur passe tout à fait à l'arrière-plan. Descendue du trône impérial, la loi est prestement plongée dans un folklore volontiers canaille, et à "l'esprit du Code Napoléon" tel que le révérait le baron Locré se substitue l'atmosphère des chansons de Béranger ou de Bruant. Jusqu'à plus ample informé - car l'exhaustivité est malaisée à garantir en matière de "curiosa" -, on a pu répertorier trois éditions qui, du Code civil, font un livre d'images.

La première date de 1862 : c'est *Le Code civil commenté par Cham* (9), accompagné d'un sous-titre prometteur : "ouvrage destiné aux personnes qui désirent avoir des démêlés avec la Justice" ; la seconde, de 1925, quand Joseph Hémard orne de dessins en couleurs le seul premier livre du même Code (10) ; la dernière, des années 1932-1933, lorsque Pierre Noël agrément de soixantaine de bois gravés la réédition du *Code Napoléon mis en vers français* par Decomberousse (11). On remarquera qu'en égard à la date de publication du Code, ce sont des travaux tardifs : il aura fallu attendre près de soixante ans pour voir réalisée la première transposition en images ; en outre, la distribution chronologique laisse perplexe, puisqu'après une percée sous Napoléon III, il s'écoule encore soixante ans avant que l'idée soit reprise sur nouveaux frais ; mais alors, elle le sera deux fois en l'espace de quelques années. La diversité des partis-pris mérite aussi d'être soulignée : si le Code est pour Cham un support malléable, Hémard et Noël se contentent d'insérer leurs dessins dans un texte sur lequel ils n'interviennent pas. En revanche, ils partagent un même souci, celui de délasser, fût-ce par le biais de la gauloiserie : *Codex Gallorum* (12)... Enfin, aucun de ces trois livres ne donne le texte littéral du Code civil depuis le premier jusqu'au dernier article : ils s'appuient soit sur des citations très restreintes (Cham), soit sur un choix d'articles (Hémard), soit sur une versification (Noël). Quoique dépourvus de toute prétention intellectuelle, ces divertissements peuvent à bon droit susciter au moins deux questions chez ceux qu'intéresse, à un titre ou à un autre, la culture juridique. En premier lieu, y a-t-il déjà là des lectures - même déviantes - du Code, et si tel est le cas, vers quelles visions de la juridicité tendent-elles ? D'autre part, ces trois versions manifestent-elles un suffisant degré de compatibilité entre elles pour faire apparaître un tuf culturel commun, régulièrement sollicité dans les

(8) Des trois artistes qui, à notre connaissance, ont illustré le *Code civil*, seul Joseph Hémard (voir ci-dessous, notes 10 et 20) a récidivé, en mettant en images, - ces deux fois, il est vrai, dans leur intégralité - d'abord, aux Editions littéraires de France, le *Code pénal*, Paris, s.d. (mais après 1928, puisque *Joseph Hémard Autobiographié par lui-même*, Paris, éd. Henry Babou, 1928, 45 p., ne le mentionne pas parmi les 40 titres de sa bibliographie), puis le *Code général des Impôts directs et Taxes assimilées*, Paris, Editions littéraires et artistiques, 1944, X + 330 p. (Bibliothèque Sainte-Geneviève, F 8° Sup 8110, Réserve). Plus récemment, Dubout semble avoir affectionné aussi l'ornement comique de ce type d'ouvrages : *Code des Impôts*, Paris, Maurice Gonon, 1958, 273 p. puis, chez le même éditeur, *Code de la Route*, 1959, 245 p., et *Code du Voyage et du Tourisme*, 1960, 242 p.

(9) *Le Code civil commenté par Cham, ouvrage destiné aux personnes qui désirent avoir des démêlés avec la Justice*, Paris, Martinet, 1862 (B.N. Estampes : Tf. 512, tome II, 1862-1870), trois parties de 15 feuilles chacune, non paginées.

(10) *Code civil. Livre I. Des personnes. Illustrations en couleurs*, Paris, Kieffer, 1 vol. in 8°, 1925 (B.N. Estampes : Tb. 183 in 4°), 129 p.

(11) *Code Napoléon mis en vers français, orné de plus de 60 bois originaux de Pierre Noël*, Paris, Editions d'Art de l'Intermédiaire du Bibliophile, 1932-1933, 2 vol. in 8° (B.N. Réserve p. Ye. 972). L'édition originale de cet ouvrage s'intitulait *Code Napoléon mis en vers français par D***, ex-éclésiaste*, Paris, Clément frères, 1811, XVI-666 p. in 12 (B.N. : F.31638).

(12) C'est d'ailleurs le titre d'une traduction du Code en latin, sortie de l'encrier d'un juriste poitevin, Jérôme-Bonaventure Gibault : *Codex Gallorum Civilis*, Pictavii, ex typis St. P.-J. Catineau, Bibliopolae, 1806, VIII-456 p. in 8° (B.N. : F.31683) ; sur cet ouvrage, voir la thèse précitée, eod.loc.

entreprises de dépicition plastique du Droit, et qui soit de quelque enseignement sur le processus de réception des normes ?

Des trois artistes qui crayonnèrent autour du Code, Cham (1819-1879), dont la notoriété fut quasiment égale à celles de Gavarni et de Daumier (13), jouit seul, à l'heure actuelle, d'une célébrité véritable. La diversité de son talent le conduisit des mathématiques à la caricature et au théâtre, pour lequel il écrivit quelques pièces (14). Fils d'un pair de France, Charles-Henri-Amédée de Noé, revêtu de son pseudonyme biblique, défendit les prêtres en moquant leurs contempteurs, ridiculisa volontiers les socialistes et les barbus, et plaisanta méchamment les impressionnistes au nom d'un bon sens, pour le coup, bien bourgeois (15). Les paradoxes du personnage évoquent parfois ceux d'Henri Rochefort, qui du reste fut son ami. Cham une fois disparu, les amateurs d'humour et les lecteurs du *Charivari* préférèrent parler de sa joyeuse causticité que d'options véritablement réactionnaires ; aussi ce conservateur dont le sens critique était si aigu bénéficia-t-il d'une caractérisation flatteuse : plus que tout autre, il aurait incarné "l'esprit français", ennemi des excès, mais lucide sur la médiocrité du "juste milieu" (16).

On ne sait à la suite de quelle inspiration, ou de quelle sollicitation, Cham s'intéressa au Code civil : peut-être faut-il y voir une conséquence drolatique de son amitié pour Paul Dalloz (17), directeur du *Monde Illustré*, et second fils de Désiré Dalloz, le créateur du *Répertoire* et du *Recueil*. Non seulement Cham émerge du trio des illustrateurs par sa stature d'artiste et sa plus grande ancienneté, mais il s'en distingue encore par la nature très particulière de sa contribution : son album ne présente les articles du Code civil que sous forme de prélèvements limités, et le sous-titre montre assez que l'approche en est délibérément frondeuse. Loin d'exercer sa verve dans les marges d'un texte, comme plus tard Hémard et Noël, il n'hésite pas à en intégrer les mots, par détournement, au processus comique. Matériellement, son ouvrage se présente en trois parties équilibrées, qui rassemblent cent quatre-vingts dessins à la plume, groupés à quatre par page. Chaque croquis est accompagné, au rez-de-chaussée, d'une légende appropriée. C'est presque toujours un article du Code

(13) A cet égard, sa réputation a beaucoup évolué. Autant le *Grand Dictionnaire Universel du XIXe siècle* (article "Cham", tome III, 1867, p. 866, C) est élogieux à son égard, autant la dernière édition (1976) du Dictionnaire de Bénézit se montre réservée : idéologiquement et esthétiquement, les positions de Cham ont beaucoup vieilli.

(14) Ainsi que le rendent sensible les légendes de tous ses dessins, Cham était fort attaché au comique d'écriture. Il a consacré une bonne partie de ses efforts aux textes de spectacles, écrits le plus souvent en collaboration. Exemples : *Une Martingale, vaudeville en un acte* (1865) ; *Le serpent à plumes, opéra-bouffe en un acte* (1865) ; *Le myosotis, aliénation mentale et musicale* (1866) ; *Un malade au mois, pièce en un acte avec écurie et remise* (1869).

(15) A défaut de biographie récente, on consultera le livre de Félix Ribeyre Cham, *sa vie et son oeuvre* (Paris, Plon, 1884, 282 p.), préfacé par Dumas fils. Comme Cavalier, son aîné de cinq ans, Cham fut d'abord un élève de Paul Delaroché.

(16) Tel est le sens général des jugements portés par les contemporains. En regardant les portraits-charges de Cham, "On se sent fier d'être français", écrit un des rédacteurs du *Grand Dictionnaire* (tome III, p. 866 C), qui poursuit : "Bon nombre de gens se sont laissé prendre aux apparences : ils ont vu, mais à tort, une pensée arrêtée de réaction politique là où il n'y avait que du dépit, ou plutôt de l'insouciance artistique. L'esprit vraiment français, qu'il jaillisse des lèvres, du crayon ou de la plume, n'a jamais été réactionnaire". Après la mort de Cham, un article dans le *Second Supplément* du même dictionnaire (1877, p. 772 A) renchérit : Cham a été et restera "un des types les plus charmants et les plus étincelants de l'originalité française". Enfin, quand Dumas fils écrit en 1877 à Waddington, alors Ministre de l'Instruction Publique, pour faire décorer l'artiste de la Légion d'Honneur, il le sollicite "d'honorer en Cham cet esprit français dont il est un des représentants à la fois le plus éclatant et le plus honorable" (cité par F. Ribeyre, op.cit., p. 208).

(17) Avocat et publiciste, Paul Dalloz (1829-1887), gagnant son procès contre Rouher devant le Tribunal de Commerce en 1868, fut cause que parut sous ce titre, dès le 1er janvier 1869, le *Journal Officiel*. A la mort de Cham, il ouvrit une souscription pour ériger une statue à la mémoire du caricaturiste, ce à quoi l'opposition de la veuve le fit renoncer. Enfin, lié avec Alphonse Daudet, Paul Dalloz est le dédicataire de *Le Petit Chose*.

qui est sur la sellette, mais il arrive aussi qu'un Titre, un chapitre, voire une notion juridique, servent de cible à la plaisanterie. Chose remarquable, la ventilation des dessins ne privilégie aucunement le livre "Des personnes". Cependant, deux lacunes affectent la régularité et l'homogénéité de la distribution imagière : on ne trouve rien sur les fameux engagements qui se forment sans convention, et presque rien non plus sur ce qui va de l'article 1400 jusqu'à la fin du Code, soit que la lassitude personnelle, ou que l'urgence d'autres commandes ait, pour finir, écourté le travail entrepris.

Le petit monde de cet album se compose de 430 personnages, dont 15 % de femmes seulement, 8 % d'enfants, et 7 % de militaires ; on compte 6 hommes de loi, 8 voyous, 7 alcooliques et autant d'étrangers indigènes. Une scène sur deux se déroule en intérieur, une sur quatre dans la rue, une sur quatre encore à la campagne. Enfin, duels, bagarres, accidents et scènes domestiques animent près de la moitié des images, et font que l'univers de Cham tend à se peupler d'agités pathologiques, phénomène d'ailleurs constant dans le reste de son oeuvre. En revanche, l'obscénité est totalement absente de ces dessins, malgré la représentation de six adultères, et cinq mises en scène de convoitises érotiques masculines. Cette population se distingue par sa diversité : pêle-mêle, y figurent représentants de l'ordre et de l'Etat, domestiques, rentiers, comédiens, chasseurs, un jongleur de cirque, un musicien, un cuisinier, un cocher, un peintre, un dentiste ou encore des scieurs de long. Foisonnement qui rassure, en suggérant que tous vivent sous la même loi, mais qui déconcerte quand on observe à quels comportements est appliqué le texte de la loi : car les différentes conditions ne sont finalement rassemblées que par un commun égarement. A ce panorama sociologique, Cham ajoute quelques fantaisies géographico-historiques : la Chine, Adam et Eve, et les siècles passés, particulièrement les XVIIe et XVIIIe. De sorte que les prescriptions du Code, dégagées des contraintes d'une insertion spatio-temporelle précise, participent simultanément de l'éternité et de l'ubiquité. Enfin les animaux, dont la mention est, comme on sait, fort discrète dans le Code civil, interviennent massivement : ours, abeilles, poissons, souris, baleine, crocodile et chats trouvent place dans ce bestiaire pour citadins, propriétaires d'animaux domestiques, et habitués du Jardin d'Acclimatation. Ce sont d'ailleurs les chiens, parce qu'ils autorisent nombre d'audaces anthropomorphiques, qui se taillent la plus belle part : ainsi, en vertu de l'article 55, s'en va-t-on déclarer la naissance d'une portée de chiots ; ou bien une dame s'autorise-t-elle de l'article 66 pour refuser son consentement au mariage de ses chiens ; et des représentants de l'espèce canine, rivos à une même chaîne, illustrent encore, pour l'article 1197, l'obligation solidaire. Partout, dans les albums, on les rencontre, mordeurs, écrasés, mis à la fourrière, savants ou enragés. Mais certains animaux exotiques ou dangereux permettent à Cham des suppositions biscornues : l'article 103 présente une élection de domicile dans la mâchoire d'un crocodile ; et, dans le testament imaginé à l'article 1040, la condition, pour recueillir un héritage, serait d'aller faire les ongles à l'ours du Jardin des Plantes. Au total, les dessins figurent un univers à la fois cohérent et composite ; cohérent, parce que sa base est constituée d'un environnement familier, le plus souvent contemporain - la rue, la campagne, le salon -, avec lequel le public d'alors se sentait de plain-pied ; mais composite, dans la mesure où la fantaisie y a disséminé une foule de traits irréalistes, en général cocasses, au gré d'interférences culturelles qui imposent une prise de distance assez paradoxale, vu que s'y trouvent étrangement combinés des éléments ultra-reconnaissables. Bref, le "commentaire" du Code se développe sur un fond de trivialité, dans ce monde des années 1860, mais sous l'oeil désabusé d'un moraliste pour qui faire la bête est tellement dans la nature de l'homme, qu'afin de le dénoncer, force est souvent de faire faire l'homme à la bête.

Pour mieux feindre de ruiner le sérieux et l'efficacité de la "raison écrite", Cham va s'en prendre à son sens même. Des procédés qui concourent à ce résultat, aucun n'est, d'emblée, graphique : l'essentiel des effets est piloté par la courte légende qui explicite chaque vignette, et le dessin proprement dit a surtout pour fonction de faciliter la visualisation d'un comique d'écriture. Cette légende reprend systématiquement quelques mots de l'article ou de l'intitulé extraits du Code, et les travestit, tout en les reliant à une illustration dont la signification serait, sans cela, quasiment indéchiffrable. Ainsi le caricaturiste utilise-t-il à la fois les ressources d'un matériau juridique, d'une satire terminologique, et d'un graphisme outrancier. Le ressort fondamental de ce mécanisme pseudo-exégétique consiste en une stratégie d'émiettement, compliquée soit de faux-sens délibérés, soit de sophismes ahurissants. Car si par hasard il n'y a pas, dès le départ, un glissement de sens - revenant à donner à tel nom ou à tel adjectif du Code, isolés de leur contexte, une acception rien moins que juridique -, l'humoriste s'empresse d'introduire quelque hypothèse abracadabrante. Autrement dit, ou bien c'est le langage qui dérape, ou bien c'est la société qui s'affole. Alternative qui n'a d'ailleurs rien d'exclusif, car nombre de dessins combinent allègrement les deux types de falsifications. Quelques exemples rendront plus sensibles ces divers procédés. Commençons par un cas-limite, dans lequel la sobriété de la citation enveloppe une mauvaise foi patente : c'est l'article 544, ainsi arrangé : "La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue. Les pianistes en usent par trop, de cet article-là !" Sur le dessin, une femme au clavier, et un voisin en bonnet de nuit qui entr'ouvre la porte. Or le législateur ajoutait : "pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements". L'interprétation n'est pas, pourtant, sans refléter un niveau de compréhension médiocre de la loi, assez répandu chez les demi-habiles qui fortifient leur bon plaisir de quelque maxime plus ou moins juridique, destinée à fermer la bouche de ceux dont, précisément, ils lèsent les droits. Le plus souvent, l'attribution à tel ou tel terme d'une signification impropre est facilitée par l'existence d'acceptions juridiques qui se contentent de "spécialiser" des mots du lexique ordinaire. La supercherie serait moins commode à partir de vocables aussi rétifs à la polysémie que "stellionat", "anti-chrèse" ou "emphytéotique". En revanche, "l'acte de décès" peut plaisamment s'entendre comme action qui cause la mort, une morsure de chien être analysée en "possession provisoire", ou les "meubles" se réduire au mobilier du ménage, tandis que l'"acceptation pure" consisterait à se laisser servir du vin sans le couper d'eau. Tous les niveaux du jeu sémantique sont représentés, depuis la simple restriction - pour les "meubles" -, jusqu'à l'absurdité dont est affligé l'article 125, en passant par un canular - "l'acceptation pure" - et par la réinterprétation d'une expression toute faite, pour "acte de décès". Le plus souvent, un sens physique est substitué à un sens plus abstrait, mais le processus contraire se rencontre aussi : les "vues sur la propriété" d'un voisin sont alors comprises comme l'envie que l'on a de le dépouiller, et Cham de dessiner un tireur de montre. Ailleurs, l'artiste profite de l'homophonie entre "seing" et "sein", "fonds" et "fond". Ou bien, il utilise jusqu'à l'approximation morphologique, pour tirer parti du contraste entre l'acribie d'une citation, même tronquée, et le "cuir" bien épais qui fait prendre un mot pour un autre. Le Code n'est plus seulement lu, il est aussi, à l'occasion, entendu de travers, et l'écriture du Droit se montre menacée par les distorsions de l'oralité. Quant au procédé qui consiste à raisonner selon le Code dans des cas parfaitement extra-juridiques, et dont l'évocation même défie le bon sens, on en trouve un exemple éloquent à propos de l'article 684 : le droit de passage doit être fixé à l'endroit le moins dommageable à celui sur le fonds duquel il est accordé. Arrêtant la citation au mot "dommageable", Cham répudie tout contexte foncier, et suggère : "Pas sur le pied d'un goutteux, par exemple". Certes, l'énergie fait ici singulièrement défaut à la "vis comica". Mais

l'important est ailleurs. Car ces étirements sophistiqués soulignent le fait que l'application du Droit à des domaines précis et limités ne va pas de soi. Non seulement il y a moyen de faire dire à la loi tout autre chose que ce que le législateur escomptait, mais ce Droit débridé peut être invoqué dans n'importe quelle circonstance, et le fait qu'il présente les caractères formels, le "style", grâce auquel le profane reconnaît, à première vue, un texte juridique - un appareil spécifique de définitions, permissions, obligations et hypothèses - n'est pas le moins inquiétant, dans les perspectives qu'il ouvre sur d'éventuels dévoiements de la juridicité. Enfin, la technique la plus élaborée consiste à additionner toutes ces recettes comiques, comme dans la vignette consacrée à la reconnaissance des enfants naturels. Cham commence par retailer le texte et parle de "reconnaissance des enfants" tout court. Puis, il substitue au sens objectif du mot le sens subjectif : la reconnaissance devient le fait des enfants eux-mêmes. Enfin, cette "reconnaissance" est entendue en un sens purement affectif. Triple distorsion, qui autorise le sarcasme : "Ne comptez pas là-dessus, il y en a qui battent leur bonne". Le sens du dessin n'apparaît donc qu'au bout d'un long enchaînement : le plus curieux reste que, malgré l'évaporation du contexte juridique initial, on rejoint une problématique d'autorité qui ressortit également au Code : car ce sont les articles 371 et suivants qui se profilent derrière cette petite scène de la vie bourgeoise, et mettent en question les rapports socio-éducatifs compliqués que les domestiques entretiennent avec les "petits maîtres".

La vision burlesque du Code civil est donc le résultat d'un montage de caricatures, dont chacune représente déjà une combinaison de dérives, et cette masse tire sa consistance des liens inattendus qui se créent entre, d'une part, un Code émietté, et, d'autre part, des situations qui burinent le destin social des individus avec une force que les bouffonneries masquent imparfaitement. La perversion du Droit révèle, à un premier degré, un dérangement complet de la société humoristique recrée par Cham ; mais, rapporté à la société véritable, ce détraquement fait saillir les tensions et les passions sous-jacentes à la vie quotidienne. Car s'il est clair que toutes ces libertés, prises tant avec la lettre qu'avec l'esprit du texte légal, empêchent de trouver, sous la plume de Cham, le texte du Code dans sa forme attendue, elles ne contreviennent pas pour autant à la pertinence d'un certain questionnement du Droit. Plus le "commentaire" délire, plus il rend manifeste, fût-ce de manière imprécise, le propre du texte commenté, dont l'authenticité, même en l'absence de comparaison directe, transpire pour ainsi dire au travers des élucubrations élaborées à son sujet. La satire, la perversion, l'écart, ne sont compréhensibles que s'ils intègrent la mesure de leur divergence par rapport à une norme certes inexplicitée, mais dont le tracé néanmoins subsiste, même si c'est seulement à l'état de trace. La rémanence de ce tracé en pleine fantaisie avérée, grâce à quoi est instinctivement appréciable l'amplitude des libertés que s'accorde l'artiste, conditionne précisément la réussite de la caricature : si le sérieux ne subsistait pas au tréfonds du rire, comme valeur de référence créatrice d'adhésion irréflectée, celui-ci ne serait jamais que rire de dément, incompréhensible et donc incommunicable. Ainsi, dans la pochade de Cham, l'importance de l'enjeu juridique est-elle à chaque instant flagrante, de sorte que se trouvent, non pas traités, bien sûr, mais spontanément rencontrés, trois problèmes d'épistémologie juridique.

Le premier concerne l'épineux statut de la citation des textes normatifs. Il n'y a pas, dans un Code, d'unité de type narratif : il abrite des textes courts qui, sans être hétérogènes, sont découpés de telle sorte qu'ils émigrent sans peine, si besoin est, dans un argumentaire. Le texte du Code civil n'est jamais convoqué "in extenso", mais "per partes". Or Cham est un conteur d'histoires-flashes, et son travail ordinaire de caricaturiste, s'il s'oppose radicalement, en tant que scénographie, au principe de l'écriture normative, met cependant aussi en oeuvre une forme courte : si bien que

l'artiste retrouve, avec le Code civil, une autre collection de parcelles sémantiques, dont la structuration parataxique ne diffère pas essentiellement de celle qu'il présente dans ses albums-recueils. L'extraction de telle ou telle portion du texte législatif ne pose donc pas "a priori" beaucoup plus de difficultés que celle d'un dessin légendé - mais "a priori" seulement. Car si la vignette autonome est bien en mesure de courir sa chance isolément, sans l'aide d'un contexte ou d'un commentaire extrinsèque, l'article de Code, lui, ne peut être délivré tel quel : il lui faut appuyer du discours, ou s'appuyer sur du discours. On reproduit un dessin, mais on produit un article. La citation du Code suppose un protocole spécifique pour être pratiquée à bon escient : il faut qu'elle arrive "à point nommé", que le texte d'accueil en épouse parfaitement les contours, sans mutilation ni contresens. La convergence des deux formes - caricature monadique, loi compartimentée - met donc surtout en relief, très au-delà de la liberté du fait d'art, les conditions contraignantes de la citation d'un scriptum normatif de part en part hétéronome. Reste un problème majeur, c'est-à-dire le phénomène de tension intéressée, qu'il s'agisse de citation tendancieuse ou de commentaire orienté : il est, on le sait, malaisé, le plus souvent, de clore un débat, de résoudre une question, par la seule production d'un article du Code, en dépit du penchant fort répandu à recourir aux citations juridiques pour donner à telle argumentation la force qui, sans cela, lui ferait défaut. A moins qu'invoquer des textes ne revienne à en décourager d'avance la vérification, par le fait même que les moyens en paraissent d'emblée fournis. Puis que, par proximité, l'argumentaire bénéficie de cet effet de référence inexaminée - parce que trop ostensiblement examinable -, dont procède, au moins sur l'instant, un réflexe de révérence. La réaction est banale chez les non-initiés, mais on ne dédaigne pas toujours d'y recourir, entre professionnels à la recherche d'un temps d'avance sur l'adversaire. En somme, la citation du Droit ne fait pas plus le Droit que l'hirondelle le printemps, et les caricatures métajuridiques de Cham indiquent, tant par leur nature sémiologique de formes brèves que par leur contenu sémantique consacré à la dé-figuration du Droit, la difficulté qu'il peut y avoir à dire ou à faire dire le Droit avec du Droit - en quoi réside effectivement une part non négligeable de la *délicatesse* du Droit.

Le second problème tient au taux exceptionnel de masculinité qu'on relève dans la micro-société de cet album, et qui n'est guère explicable - à la fois parce qu'il est sans autre exemple dans l'oeuvre de Cham, et parce que même la misogynie conduit à représenter des femmes - si l'on ne la met pas en rapport avec la juridicité masculinocentrique du Code civil originel. A partir de la capacité juridique supérieure qui, dans ce corpus, est accordée au sexe masculin, le caricaturiste a vraisemblablement glissé vers la mise en scène d'une subjection juridique préférentielle qui, pour finir, surreprésente l'homme jusqu'à ne plus faire des femmes qu'une exception démographique. Or, quoiqu'il n'existe pas à proprement parler de "monde du Code civil", la fréquentation, sinon la lecture systématique, de son texte par un artiste déjà en possession de sa propre vision de la société, agit à la manière d'un filtre de correction qui accentue certains traits : il y a donc comme l'émergence d'un *monde de l'après-lire Code*. Peu importe que, dans le cas présent, l'influence de la simple approche du Code civil par Cham se limite à un amincissement des silhouettes féminines dans un album de caricatures. En revanche, et ce filtrage, que la lecture d'un scriptum juridique a été de nature à opérer sur la représentation ultérieure, et la diffusion iconographique, de lambeaux ou de pans entiers de la vie sociale, méritent d'être pris au sérieux. Si l'on admet que la seule rencontre du scriptum juridique induit une adaptation comportementale spontanée, on peut considérer que le seul fait que le Droit soit écrit entraîne, y compris en l'absence de tout usage spécifiquement juridique, des modifications irréversibles relativement aux points de vue que portent sur eux-mêmes des individus et des groupes.

Enfin, la troisième question posée par les albums émane de l'agressivité quasi constante dont sont affectés les personnages, au sein même de relations censées être juridiquement régulées. Revu et corrigé par Cham, le Code se fait "incivil", c'est un recueil de mauvaises manières et de procédés douteux. Le jeu sur deux des sens de "civil" - le Droit, la bonne éducation - avait déjà été exploité, vers la fin de la Restauration, par la petite industrie éditoriale d'Horace-Napoléon Raison (18). Et l'exemple de Cham, reprenant l'idée avec toute la force que confère la provocation négatrice, invite à méditer sur le devenir de la connexion fort ancienne qui lie les relations selon le Droit aux relations selon les moeurs, dès l'instant où celles-là font l'objet d'une publication et d'une publicité spécifiques. N'a-t-on pas vu, jusqu'à nos jours, régulièrement fleurir des manuels de sociabilité du type de ceux de Raison, qui s'est, le premier, tapageusement inspiré du "genre Code" ? Mais la forme la plus récente et la plus érudite de ce type de production a été offerte au public par le Préfet Gandouin (19) et il n'est pas indifférent qu'elle soit préférentiellement diffusée par les librairies spécialisées dans la distribution des ouvrages juridiques. La confluence culturelle est remarquable qui, presque deux siècles après la promulgation du Code civil, fait perdurer l'appariement réussi de la civilité protocolaire et de l'aire culturelle des juristes. Elle témoigne que, dans la mesure où une société s'est accoutumée à vivre avec un Droit hyperscriptural, une double tendance s'y dessine, qui consiste, d'une part, à conférer aux relations non-juridiques une coloration de juridicité, par souci d'un certain ordre intersubjectif pourvoyeur de sécurité, et d'autre part, à cultiver oralement une hypojurisprudence relationnelle génératrice d'efficacité. Le vieux débat qui portait sur l'opposition du Droit selon le Code et du Droit selon le peuple pourrait donc bien s'être mué en une problématique constructive, axée sur les interactions de l'imprimé et de l'exprimé.

Rien ne prédisposait la librairie Kieffer, spécialisée dans le livre d'art, à la publication d'un ouvrage juridique : du reste, quand il lui est arrivé d'éditer le Code civil, elle s'en est tenue au livre I, titres V à XI, rehaussé de dessins aquarellés. Joseph Hémard, chargé de cette illustration (20), affectionnait le trait souple et la ligne nette. Ni hachurés, ni foisonnants, ses personnages évoluent dans le vert acide, le rouge carmin, le rose tendre, le bleu clair. La première image présente une femme en péplum, accoudée sur les tables de la loi, avec la suscription : "Dura lex, sed lex" ; la dernière montre la Justice, glaive et balance en mains, mais borgne : d'ores et déjà, l'illustration se place sous le signe de la féminité, et il n'y a rien ici d'étonnant. En effet, comme l'omission délibérée des quatre premiers titres engage à une concentration exclusive sur la partie du Livre I spécifiquement consacrée à la cellule familiale, l'imagerie se trouve ramenée aux dimensions d'un théâtre minuscule : les enfants, les parents, la constitution du couple et sa vie quotidienne. On n'expose là qu'un Droit civil minimal, bien qu'essentiel, celui des relations familiales, succes-

(18) *Code civil, manuel complet de la politesse, du ton, des manières, de la bonne compagnie*, 2e éd. Paris, Roret, 1828, 269 p. in 18. Sur ce type d'ouvrages, voir la thèse précitée, eod.loc.

(19) J. Gandouin, *Guide des protocoles et usages*, Paris, Stock, 1993 (1ère éd. 1972), 641 p.

(20) Joseph Hémard (1880-1961) consacra presque toute son oeuvre à l'édition illustrée. Raymond Mahé, *Les artistes illustrateurs, répertoire des éditions de luxe de 1900 à 1928 inclus. Complément de la bibliographie des livres de luxe et addenda*, Paris, Kieffer, 1943, 256+67 p.; p. 112/113, ne relève pas moins de 38 collaborations entre 1912 et 1928, parmi lesquelles les *Contes Drolatiques*, les *Chansons érotiques* de Béranger, la "Satire contre les femmes" de Boileau, *Jacques le Fataliste*, ou *La guerre des Boutons*. On peut y ajouter *La vie et la passion de Dodin-Bouffant*, gourmet, (1ère éd. 1924, rééd. Stock 1984, 233 p.), et les *Oeuvres complètes* de Courteline. Un *Formulaire magistral*, édité par Kieffer en 1927, recueil de recettes pharmaceutiques de 143 p., présente la même technique d'illustration et de mise en page que celle du Code effectuée deux ans plus tôt. Mais Hémard est également l'auteur à part entière de textes pseudo-didactiques qui, l'humour en plus, rappellent les productions pédagogiques du Jésuite Buffier (1661-1737) : la géographie et l'Histoire, mais aussi la grammaire et l'arithmétique bénéficient, en 1927-1928, de sa sollicitude à la fois scripturale et graphique.

sions exclues. Les contrats, l'activité sociale productive et rémunératrice, restent à distance. Le Code sera vu préférentiellement sous l'angle "ménager". Du reste, une notule liminaire, qui donne aussi la justification du tirage (21), explicite le projet éditorial : "Cette nouvelle édition du Code civil est appelée à rendre de très grands services à tous ceux qui, par profession ou autrement, magistrats, avocats, hommes mariés et bibliophiles, ont besoin de connaître la loi, mais en craignent l'aridité". La maison Kieffer néglige de s'adresser aux célibataires, et soupçonne sans ambages les professionnels eux-mêmes d'être rebutés par la sécheresse législative. Quoique cet essai d'enjolivement graphique soit postérieur d'un siècle à la vulgarisation poétique tentée par Decomberousse, il trahit donc des conceptions beaucoup plus étriquées : le public est défini assez restrictivement, par masses de "spécialités" et par catégories à l'intérieur même de l'état-civil (22).

Le cadre historique et social de cette enluminure humoristique est résolument contemporain : les costumes, les coiffures, les types de personnages sont bien ceux des années vingt. La petite population d'Hémard comprend une bonne centaine d'individus, dont 20 % de jeunes avérés et 20 % d'enfants : certes, la matière s'y prête, mais la proportion reste relativement fort élevée. Les vieillards ne sont que 7 %, l'équilibre numérique entre les sexes est respecté, on compte trois marginaux et trois représentants de l'ordre (23), mais aucun juge, aucun avocat : tout au plus entrevoit-on un commissaire-priseur. Enfin, une femme sur cinq est plus ou moins dévêtue, et, sur 64 vignettes - dont un cinquième de culs-de-lampes et de frontispices -, un quart présente des scènes violentes ou très agitées. Les lois du genre ont conduit Hémard à exagérer fortement les situations décrites ou prévues par le Code, sans que jamais le comique sombre, comme chez Cham, dans l'extrapolation bouffonne. Au fil du texte de loi, l'artiste a ménagé l'alternance de trois niveaux de paraphrase illustrée. L'image est à son "degré zéro", ou presque, lorsqu'elle se borne à une représentation anodine, fût-elle partielle, de tel ou tel article. Ainsi le numéro 144 est-il illustré par un couple, sans explicitation des termes de la loi relatifs à l'âge minimal requis pour le mariage ; ou encore, l'article 407, qui règle la composition du conseil de famille, réunit-il, autour d'une table, une petite assemblée : l'humour ne perce que dans l'uniformité des mines rébarbatives et contractées. Mais, plus souvent, l'image est quelque peu forcée, et le comique profite d'un étirement du sens de la loi, voire d'une discrète superposition de textes. Par exemple, aux articles 162 et 163, qui prohibent certains mariages consanguins : la fillette accompagnée d'un nourrisson, ou le grand-oncle chenu tenant par la main une petite-nièce encore occupée avec sa poupée relèvent presque davantage de l'article 144. Au numéro 180, alinéa 2, qui prévoit l'annulation du mariage en cas d'erreur sur la personne, une jeune mariée découvre qu'elle vient d'épouser un cul-de-jatte : l'identité, au sens juridique, se télescope alors avec l'identification commune et empirique d'autrui, toujours tributaire d'un jeu d'apparences. Les aliments dus aux ascendants fournissent aussi matière à des variations cocasses. A l'article 206, un gendre fort maigre apporte à une belle-mère copieuse un énorme plat de nourriture,

(21) Les exemplaires de tête, 50 sur japon et autant sur vergé, étaient ornés d'un dessin original ; le reste du tirage était composé de 800 exemplaires sur vergé.

(22) On est loin de la belle unité nomophilique promue par le versificateur. Les promoteurs de l'édition qu'illustre Hémard constatent une difficulté de lecture, et y répondent par une sélection anticipée du lectorat. Loin de porter le moindre jugement sur l'agrément du Code, Decomberousse se préoccupe même d'y attirer le public féminin, grâce à la forme poétique, dont il était réputé fêru : "Ce Code célèbre", disait-il, "doit répandre sa lumière dans toutes les classes de la société. <...> Pourquoi ne fixerait-on pas l'attention des femmes sur le Code Napoléon en piquant leur curiosité ?" ("Préface", p. I-VII).

(23) Respectivement : un souteneur, qui pose le pied sur la nuque d'une femme nue prosternée (article 213), un bagnard (art. 221), et un prisonnier engagé (art. 468) ; un gardien de bagné (article 221 encore), un gendarme (art. 376) et un sergent de ville (art. 490).

ce qui laisserait supposer que la loi a proportionné la pension aux seuls besoins du bénéficiaire, sans se soucier des moyens du malheureux, qui succombe sous le tribut. On ne trouve pas véritablement la contrepartie de cette exagération dans l'image qui agrémente l'article 208 : cette fois, c'est à une douairière desséchée qu'un homme filiforme tend deux petits pois sur une assiette, mais le dessin traduit toujours mieux les besoins supposés de l'alimenté(e) que les revenus de l'alimentant(e). On touche ici la limite d'une illustration qui, pour faire court et drôle, a substitué "alimentation" au légal "aliment" : la corpulence est plus voyante que le portefeuille, le contenant que le contenu. Enfin, plus rarement, l'interprétation imagière est poussée, non sans intention, jusqu'à la lisière du contresens. C'est ainsi que la protection du mari et la soumission de la femme, spécifiées à l'article 213, sont illustrées par le proxénétisme. L'article 334, qui traite de la reconnaissance de l'enfant naturel par un acte authentique, montre un homme à la mine dubitative, en train de comparer le visage de sa fillette putative et une photographie : "acte authentique" est compris comme "élément permettant d'authentifier sans risque d'erreur". Enfin, sur la vignette de l'article 366, profitant de l'attroupelement suscité par une publication judiciaire, un satyre importune une jeune femme. L'élément croustillant sert évidemment ici de dérivatif au contenu plutôt technique de l'article. On n'est plus loin de la pure et simple anecdote imagée, sans rapport direct avec le texte juridique qui était censé lui servir de support. C'est le fragment d'une historiette sociale, demeurée à l'état d'intention.

Mais justement, en ce qui concerne la manière dont Hémard a choisi de représenter la société de son époque, la conjonction et la confrontation des trois nuances interprétatives est tout à fait éclairante. Image après image, s'affine la peinture d'une petite ou moyenne bourgeoisie, dans laquelle les enfants sont nombreux jusqu'à l'insupportable, les femmes autoritaires et provocantes, les maigres aux prises avec les gros, évoquant pour finir les comiques américains d'alors, avec leurs catastrophes et leur chapelet d'absurdités réfléchies, qui défient en permanence la loi physique et la loi tout court. Hémard, lui, exploite avec prédilection quatre thèmes : la combativité des femmes, la mésentente conjugale, la prolifération des enfants, les appétits de jouissance des jeunes gens.

Un personnage sur deux, on l'a vu, est féminin, et, qu'il s'agisse de fidélité, de devoir conjugal ou de vie domestique, il est le plus souvent revendicatif, sûr de lui et batailleur. Telles les héroïnes de Victor Marguerite (24), les jeunes femmes d'Hémard ont coupé leurs cheveux, et remonté l'ourlet, tandis que leurs aînées manifestent avec acrimonie cette volonté de décider et de discuter que la loi, aux lendemains de la Grande guerre, leur refuse encore. La soumission à l'autorisation maritale, au vote marital, à la sexualité maritale, vole en éclats au cours de scènes de ménage dans lesquelles l'homme est loin d'avoir toujours le dessus (25). Garçonnes ou viragos, peu importe : les femmes ont fait la preuve qu'elles avaient su vivre en "bons pères de famille", pendant que leurs maris, pères, fils ou frères, devenus "enfants de la patrie", étaient allés s'inhumer dans les tranchées. Entre le rag-time et

(24) Le célèbre roman *La Garçonne*, publié en 1922, était le premier volet d'une trilogie intitulée *La femme en chemin*. Sur le succès de *La Garçonne* - livre que désavouèrent, d'ailleurs, des chefs de file du féminisme comme Jeanne Misme, Maria Vérone ou Cécile Brunschvicg -, on consultera A.-M. Sohn, "La Garçonne face à l'opinion publique : type littéraire ou type social des années 20 ?" in *Mouvement social* n° 80, juillet-sept. 1972.

(25) A l'article 227, un mari tire au revolver sur sa femme, pour échapper à une tentative d'égoisement. Mais au numéro 231, qu'illustrent deux images, l'homme est giflé et menacé avec des pincettes, tandis que la deuxième vignette évoque son incapacité à remplir le "devoir conjugal". A l'article 490, déjà embroché d'une fourchette et d'un couteau, il est bombardé par sa femme d'objets hétéroclites. Enfin, au numéro 407, il se fait tirer les oreilles. Face à ces déchaînements, deux dessins seulement montrent le triomphe de la violence masculine : la prostituée humiliée par le souteneur à l'article 213, et un rapt au numéro 340.

l'envolée des casseroles, Hémard rend vigoureusement sensible, non pas une révolution féministe, mais une crise réelle du statut juridique de la féminité (26). Si la mésentente conjugale est depuis longtemps un pont-aux-ânes du comique, elle prend cependant dans cette illustration une coloration bien particulière, à propos de laquelle il convient également de faire sa part à un trait d'époque. On sait que les années d'après-guerre furent, judiciairement parlant, très encombrées par les affaires de divorce. Il y avait à cela plusieurs raisons : les couples déséquilibrés par la séparation, et surtout le fait que le règlement de nombreuses situations matrimoniales avait été retardé par le conflit. De la prolifération des divorces, il est aisé de déduire, même si cela mériterait d'être nuancé, une montée, dans l'immédiat après-guerre, des dissensions conjugales : en tout cas, Hémard saute allègrement la pas. Le dessinateur interprète le déchirement des couples comme une lutte qui se règle à l'arme blanche et au revolver, suggérant par là que le théâtre des opérations belliqueuses s'est déplacé, pour se poursuivre, à domicile, sous forme de guerre des sexes ; la mésentente conjugale s'alimente peu ou prou d'un fantasme ordinaire aux démobilisés qui, déjà marqués par une longue abstinence forcée, se découvrent ou s'imaginent trompés au cours de leur absence. Quant aux enfants, très représentés sur les images, ils semblent, pour la plupart, être nés après-guerre. Ce n'est pourtant pas systématique : une grande fille ou un adolescent, en compagnie d'un aïeul, évoquent discrètement l'existence d'une masse d'orphelins de guerre. Sans qu'on puisse véritablement parler de "baby-boom" dans les années vingt, on a cependant constaté une très nette poussée démographique en 1919-1920, consécutive à la démobilisation (27). Que cette petite flambée des naissances se soit assez vite essoufflée importe

(26) Faut-il rappeler à quel point les lendemains de la guerre furent décevants pour les mouvements féministes ? Sans doute comptera-t-on 8 393 000 femmes au travail en 1921, sans doute le nombre des étudiantes, en Droit par exemple, a-t-il décuplé, sans doute enfin la Chambre des Députés s'est-elle prononcée, au mois de mai 1919, en faveur du vote des femmes. Mais l'hostilité du Sénat à l'égalité civique des deux sexes reste inébranlable (novembre 1922), et les lois anti-avortement des 31 juillet 1920 et 27 mars 1923, soutenues par les tenants du natalisme, vont encourager la sévérité des juges : alors qu'il y avait 72 % d'acquittements dans les procès pour avortement entre 1880 et 1910, on n'en trouve plus que 19 % entre 1925 et 1934. L'année 1925, qui voit la publication de ce Code illustré, est aussi celle où la Chambre revient, sans succès, à l'assaut du Sénat pour obtenir le droit de vote féminin, et celle où se créent deux nouvelles associations féministes : "l'Union nationale pour le vote des femmes", d'Edmée de La Rochefoucauld - qui rassemble le Tout-Paris des duchesses -, et "l'Union féminine civique et sociale" d'Andrée Butillard - liée à l'Action catholique.

(27) Le taux de nuptialité était tombé en dessous de 5 pour mille pendant la Grande guerre, pour remonter au-delà de 30 pour mille en 1920. Ce furent le creux le plus profond et le pic le plus élevé pour toute la période 1800-1970, la moyenne se situant aux alentours de 15 pour mille. Voir A. Sauvy et alii, *Éléments de démographie*, Paris, P.U.F., 1976, 385 p. ; p. 56. Le taux de natalité, tombé à 9,5 pour mille en 1916, passa brutalement de 13, en 1919, à 21,4 pour mille en 1920, et se maintint autour de 19 pour mille jusqu'en 1925. Cet écart fut le plus important observé dans le siècle (op.cit., p. 346). Marcel R. Reinhardt (*Histoire de la population mondiale de 1700 à 1948*, Paris, Domat-Montchrestien, 1949, 795 p. ; p. 606) évalue à 1,6 million le nombre de naissances empêchées par la guerre. En ce qui concerne la nuptialité, on peut observer, après-guerre, des unions conclues entre gens plus jeunes, plus attachés aux valeurs sentimentales, et peut-être moins influencés par la présence ou l'absence de dot. Mais les unions deviennent instables à partir de ce moment précis : "la Grande guerre avait interrompu les divorces, mais elle avait accru leurs causes, ils se multiplièrent après la paix. Entre 1914 et 1919, il n'y avait, par an, que 6 330 divorces ; entre 1921 et 1930, on en prononça 24 000 en moyenne annuelle ; ce nombre ne fléchit guère dans les années suivantes : 24 300 en 1938. La diminution de l'âge des conjoints a pu contribuer à la fragilité d'unions conclues à la hâte, mais cette évolution est liée à l'évolution générale de la civilisation", observe M. Reinhardt (op. cit., p. 612). Et, de même que la surnuptialité est en partie érodée par le taux élevé de divorcialité, le renouveau des naissances est minoré par les 200 000 victimes de la grippe espagnole. Les natalistes avaient donc beau jeu de prôner la repopulation du pays. L'"Alliance nationale contre la dépopulation", fondée en 1896, imprimait brochure sur brochure et faisait porter son effort sur l'éducation des jeunes. Paul Hauray, ancien normalien, agrégé d'Histoire et professeur au lycée Condorcet, tirait la sonnette d'alarme dans *Pour que la France vive, éléments d'un enseignement nataliste et familial*, Paris, Ed. de l'Alliance nationale, s.d., 224 p., et s'en prenait simultanément au mariage à l'essai, au divorce et au féminisme. L'intrication de la réalité et des interprétations idéologiques de la démographie présente donc, à l'époque, un spectacle contrasté, où tout fait tension : il y a des enfants, sans doute, mais pas assez ; on se marie beaucoup, mais on divorce trop ; et, plus que jamais, la question féminine est au coeur du débat.

peu ici, où comptent essentiellement les expériences vécues stylisées par la fantaisie. En 1925, dans cette portion de Code illustrée, les enfants du retour ont entre trois et six ans, et leurs pères sont volontiers des hommes mûrs, ou mûris par la guerre. Déchargé des souffrances imputables à la défense de la patrie, l'ancien combattant se retrouve ainsi chargé de famille : Hémard fait sourire de cet échange de fardeaux, en accablant les ménages d'une progéniture envahissante. Reste la jeunesse, celle qui a vu le feu, et l'autre, la chanceuse, née après le siècle. Deux infirmes confrontent le lecteur aux "gueules cassées" (28), mais avec la distance propre à la comédie. L'infortuné cul-de-jatte de l'article 180, pitoyable de désir et d'amenuisement, découvre, dans le drame, qu'on lui préférera toujours un mari intact. A cet autre mutilé, en revanche, les infirmités vaudront d'être dispensé des soins d'une tutelle (article 434). En face de ces déchéances prématurées, on voit gambader nombre d'ingambes : l'article 476 est prétexte à une danse de joie des mariés. Ainsi, la ligne de partage tracée par Hémard au sein de la jeunesse passe-t-elle moins par l'appartenance à une catégorie sociale déterminée, que par la possibilité d'exprimer ou non une joie de vivre un peu tapageuse. La danse et le bondissement célèbrent le culte de la jambe, et si cela ne va pas sans quelque provocation, c'est moins à cause du dénudement qu'en considération des nombreuses béquilles qu'on imagine sur les trottoirs.

Le Code civil a-t-il finalement été interprété par Hémard en fonction du retour aux normes de la vie civile ? Il semble en effet que tout le travail de l'illustrateur soit inspiré, plus encore que par le texte même des articles, par le passé récent de la démobilisation, de ses séquelles, voire des débordements qui l'ont suivie. A travers ces quelques Titres du Code, on entrevoit une société qui échappe enfin aux contraintes de la guerre, et qui renoue avec les règles du Droit ordinaire : on comprend alors la préférence marquée pour le livre "Des personnes". Dans une France urbaine et colonialiste (29), les guerriers redeviennent des "homines juridici", qui redécouvrent les heurs et malheurs de la vie à deux : Hémard juxtapose au texte de la loi une brève chronique des "années folles", avec leur goût de l'ostentation et leur américanisme. On sent ainsi filtrer, entre les articles du Code, un souci d'actualité, voire une sympathie pour la mode, qui tranche avec la formulation "intemporelle" de la loi. Il semble bien que, dans un premier temps, l'imagerie soit l'occasion de s'évader du Droit strict, et, sans pour autant renier la raison juridique, de marquer intérêt et compréhension pour tout ce qui ressortit au passionnel, qu'il s'agisse des attitudes individuelles décrites dans les vignettes, ou, plus généralement, du style propre à ces illustrations, de leur dramatisation appuyée, du coloriage tapageur qu'elles intercalent entre les alinéas législatifs. Et cependant, du fait que le Droit n'est pas, loin s'en faut, découplé de l'évolution des moeurs, le parti-pris récréatif d'Hémard retrouve inéluctablement un débat passionné de l'époque, celui qui portait sur la condition juridique de la femme mariée. Si cruciale qu'elle fût, cette question n'épuisait pas l'ensemble des revendications féministes, mais elle contribuait à faire contester un peu plus ce Code civil dont l'autorité se trouvait déjà, sur d'autres plans, mise largement en question (30). Quoique les dessins d'Hémard témoignent, vis-à-

(28) Sur les trois millions et demi de blessés et malades que fit approximativement la guerre, un tiers restèrent invalides et furent pensionnés à ce titre. On sait que leur réinsertion dans le monde du travail fut particulièrement difficile. Mais leur vie personnelle fut plus atteinte encore : l'amputé, l'aveugle, le tuberculeux, le défiguré, trouvent malaisément à se marier ; le grand blessé n'est pas toujours en état de procréer, et sa contribution aux besoins du ménage s'avère souvent problématique.

(29) On ne voit pas un seul paysan dans les dessins de Joseph Hémard, dont l'univers semble même très "parisien". En revanche, exception faite du baigneur, les possessions coloniales sont présentes - à l'article 417, qu'illustre une indigène, appuyée à un palmier.

(30) C'est en effet le moment où plusieurs juristes prennent la plume pour s'interroger sur le devenir du Droit civil. Le Montpelliérain Joseph Charmont avait déjà, peu avant la guerre, consacré un ouvrage à cette question : *Les transformations du Droit civil*, Paris, A. Colin, 1912, XV + 294 p. Dès la fin du

vis du Code, d'une verve aimablement chahuteuse, ils ne cherchent pas le moins du monde à conforter les positions des militantes. Dans ce livre explicitement destiné à des hommes, le jeu du Code reste en deçà de toute mise en cause ; il allie charge et prudence, humour et attentisme, et s'il arrive que le travail de l'artiste laisse transparaître quelque malaise socio-juridique, il ne le dénonce jamais.

L'ouvrage illustré en 1932-1933 par Pierre Noël est précieux à plus d'un titre : c'est une réédition de la versification du Code civil donnée par Decomberousse en 1811, et qui n'avait pas été réimprimée depuis lors ; pour ce livre de luxe - grandes marges, tirage limité, papier "nippon teinté" - Maurice Garçon donna une préface ; enfin, on ne lésina pas sur les images, 84 bois, culs-de-lampes compris. Le caractère bibliophilique ne procède donc pas uniquement de l'illustration : il s'agissait de rééditer confidentiellement un texte rare, et déjà artistique par lui-même. En combinant de la sorte sérieux et raffinement, on visait évidemment la clientèle des juristes lettrés. Pierre Noël, graveur, peintre et dessinateur, travailla beaucoup pour l'édition illustrée entre 1925 et 1970 ; il appartint également au corps des peintres de la marine (31). Si l'on met de côté toute la partie nautique de sa production, on note un goût prononcé pour l'Histoire et les scènes lestes. L'illustration du Code Napoléon a permis la conjonction de ces deux tendances. Dans ces vignettes sombres jusqu'à l'empatement, et où l'on distingue des trognes plutôt que des visages, défile la France du Consulat et de l'Empire, avec ses bourgeois, ses paysans, ses femmes, ses notables, ses gendarmes et ses mauvais garçons. Au total, près de 250

conflit, son compatriote et ami Gaston Morin reprend le sujet avec *La révolte des faits contre le Code*, Paris, Grasset, 1920, XV + 254 p. Quelques années plus tard, dans *La loi et le contrat. La décadence de leur souveraineté*, Paris, Alcan, 1927, 167 p., le même Morin remarque que l'autorité judiciaire a tendance à se substituer à l'autorité législative et à l'autorité contractuelle, que la souveraineté de la loi est émettée depuis que les groupements sociaux et économiques revendiquent des lois professionnelles, etc. Il était fort sensible à la manière dont évoluait le contrat, sous la double pression des pouvoirs publics et des groupements professionnels. Une formule, qu'il aimait répéter - "Un moment arrive où le vin nouveau fait éclater les vieilles outres" - résume bien l'esprit de ce que le Doyen Jean Carbonnier a appelé "un genre littéraire du transformisme ou évolutionnisme juridique" (*Droit civil*, tome I, Paris, P.U.F., 15e édition, 1984, p. 83).

(31) Pierre Noël (1903-1981) naquit à Troyes, dans une famille de militaires monarchistes, catholiques et traditionalistes, qui donna à la marine et à la cavalerie plusieurs officiers supérieurs - il y a un "Quai Noël" à l'arsenal de Toulon, du nom d'un ancêtre ingénieur qui travailla aux ports de Toulon, Gênes et Alger. Placé jusqu'en 1914 au Collège de Soissons, puis à Fontainebleau, Arcachon et Sainte-Croix d'Orléans, il est chassé de ce dernier établissement pour avoir dessiné des nus, sous prétexte d'illustrer l'opérette *Fifi*. C'est alors qu'il décide d'être artiste. Elève libre à l'École des Beaux-Arts de Paris, il apprend le métier d'illustrateur chez René Lelong, puis chez Billoul. En 1927, Noël épouse Marthe Coulon, elle aussi fille d'officier, elle aussi artiste - elle apprend la sculpture. Marthe descend des banquiers Doumerc, qui protégèrent le jeune Ingres et employèrent le père de Balzac aux Vivres et Approvisionnements de l'armée du Nord ; ce fut même grâce à Daniel Doumerc que Bernard-François Balzac épousa Laure Sallambier, fille d'un correspondant du banquier, et future mère de l'écrivain (voir M. Bardèche, *Balzac*, Paris, Julliard, 1980, 697 p. ; p. 12/13). Jusqu'à sa mobilisation en 1939, Pierre Noël illustra une vingtaine d'ouvrages : des textes littéraires (Balzac, Salluste, Hérodote, De Foe, Mirabeau) et des albums pour enfants à la librairie Gründ. Rentré du front, il abandonne la toile pour le carton, le papier, le dessin et l'aquarelle. Peintre de la Marine à partir de 1944, il voyage régulièrement sur les avisos de l'École navale et fournit des milliers de dessins aux périodiques spécialisés, dont la revue *Neptunia*. Après 1950, il réalise des laques sur bois précieux dorés à la feuille. Mais son activité d'illustrateur n'en souffre pas, et il collabore encore à plus de cinquante ouvrages jusqu'en 1970 : Stendhal, Daudet, Dumas, Stevenson, Cronin, Tony Burnand, Chamson, etc. Le plus grand éclectisme présidait au choix des auteurs qu'il mit en images, pourvu qu'il s'agit d'aventures et d'Histoire. Pierre Noël a régulièrement exposé au Salon de la Marine ; le Musée de la Marine a organisé une rétrospective de ses oeuvres (1940-1975) du 30 avril au 30 juin 1976 ; les villes de Soissons (juin-juillet 1979) et de Garches (mai-juin 1981) exposèrent aussi soit Pierre Noël seul, soit Pierre et Marthe Noël. Artiste figuratif, Pierre Noël semble s'être résolument tenu à l'écart de tous les grands courants esthétiques contemporains. Il a manifesté un goût certain pour les sujets scabreux, voire scatologiques (voir *Neptunia* n° 55, 1959-3, p. 20). Enfin, il est représenté, entre autres, aux musées de l'île de Ré et à celui de Nice. Pour plus de détails, on consultera un Numéro spécial de *L'Art et la Mer* (revue de l'Association des peintres officiels de Marine), n° 9, 15 avril 1976, 24 p., ainsi que l'abondant dossier dont dispose le service de la Documentation au Musée de la Marine.

personnages, dont deux tiers d'hommes et une douzaine d'enfants des deux sexes. Si l'éventail des âges est largement ouvert pour le sexe masculin, avec 15 % de vieillards, en revanche toutes les femmes sont jeunes. Et pour cause : une sur trois est montrée nue, plus de la moitié dévoilent, par hasard ou par intention, quelque endroit de leur corps. Trente scènes sont franchement galantes, soit près d'une illustration sur deux. D'une manière générale, l'équilibre est réalisé entre scènes de ville et de campagne, d'intérieur et d'extérieur. Les gens de justice - une vingtaine - ne sont guère plus représentés que les gendarmes, soldats, gardes-champêtres - une quinzaine. Ces professionnels de l'ordre sont aux prises avec une trentaine de truands et de marginaux qui boivent, inquiètent, et assomment au coin des rues. Car la violence est presque aussi présente que le sexe : une vignette sur trois est consacrée à des scènes de bagarres ou d'agressions.

Délibérément placée dans un cadre historique précis, l'illustration de Noël s'attache à reconstituer, avec minutie en général, l'environnement consulaire et impérial, à travers le mobilier, la décoration, les costumes. C'est d'ailleurs dans la logique de cette réédition, car la métromanie napoléonolâtre de Decomberousse figeait le texte dans son état de 1804. Mais l'évasion n'est pas totale, et des astérisques, par lesquels sont signalés les articles modifiés ou abrogés à la date de 1933 (32), témoignent d'un indéniable scrupule juridique : même si cet ouvrage ne prétend pas être un manuel, on n'a pas voulu qu'il risquât seulement de semer le trouble dans l'esprit des lecteurs. Ainsi le Code civil transparait-il à travers deux écrans : la version de 1804 se profile derrière la versification, tandis que l'évolution législative qui aboutit au Code de 1933 est prise en compte négativement. De sorte que, sans avoir élaboré une édition savante, l'éditeur a néanmoins produit une édition triplement critiquée : d'abord par la réécriture du versificateur, qui ne laisse pas son modèle intact (33), puis par l'usage discret et systématique d'indices de péremption, enfin, par ces illustrations qui assignent au texte de la loi une incarnation sociale tendancieuse, ou même en altèrent la signification. De fait, l'interprétation de Pierre Noël cède en permanence aux séductions du libertinage charivarique, et l'artiste en prend à son aise avec le sérieux et la sérénité dont le Code est normalement empreint. Telle qu'il la présente, l'existence n'est en effet ni paisible, ni morale. Tandis que la première image, frontispice du Livre I, mais aussi de tout le Code, illustre l'adultère de l'épouse, la toute dernière vignette est une scène de lupanar. On va ainsi de la femme entre deux hommes à l'homme entre deux femmes : les deux sexes savent trouver des accommodements avec la monogamie telle que la formule l'article 147, ou que l'exige, plus généralement, la civilisation judéo-chrétienne. Le ton est donné : tout, état des personnes, biens, successions, contrats, va subir l'impact considérable des appétits, notamment sexuels. Noël ne manque jamais de faire la part belle aux situations déréglées : contestations, litiges, disputes, infractions, crimes même, tout écart qui révèle une crise bénéficie préférentiellement d'une image. C'est le juge qui refuse de remplir son office, c'est le titre "Du domicile" concrétisé par une roulotte de romanichels, ce sont les sévices conjugaux, la dissipation du patrimoine, la bataille autour de l'héritage, et cette Justice borgne et boiteuse qui revient dans trois culs-de-lampes. Les violents, les tricheurs, les dissipateurs, donnent l'impression que la vie en société est faite pour eux seuls, qu'ils soient bourgeois ou petit peuple. Du mépris des règlements à l'appétit de jouissance, les relations sociales apparaissent entièrement conditionnées par un individualisme immodéré qui confine au trouble caractériel. En systématisant le détraquement des attitudes, Noël rappelle combien le législateur a affaire à forte partie. Derrière

(32) Au total 272 articles.

(33) Voir la thèse précitée, Première partie.

l'aspect cocasse de certaines situations outrées, et par-delà même le comique qu'engendre à son tour la répétition des outrances, perçoit un désabusement profond sur les comportements humains. L'illustration insiste sur ce en prévision de quoi la loi dispose, et qui ne manque pas de se produire en dépit d'elle. Par là, l'imagerie suggère à quelles divagations serait immanquablement abandonné un monde sans le Code. Certes, l'homme est médiocre, mais la loi qu'il s'applique l'empêche d'être complètement mauvais, de même que l'art de légiférer requiert la patience du moraliste.

A l'instar de ses prédécesseurs, Noël goûte parfois la farce intellectuelle qui consiste à entendre de travers le vocabulaire juridique et la signification des articles. Contresens, confusions, lectures tendancieuses, s'imbriquent sans trop exagérément distendre le fil qui les relie au sens exact de la loi. La jouissance des droits civils est ainsi assimilée au droit qu'aurait le permissionnaire de s'enivrer en compagnie de civils ; le mot d'"observation" est pris au sens visuel et non moral ; le "curateur au ventre" devient une manière d'obstétricien, sinon même de voyeur ; la femme est volontiers comptée au nombre des biens, en nue-propriété bien sûr ; quant au droit d'accession sur ce qui est produit par la chose, il autorise proxénétisme et assassinat. On quitte alors le Droit civil pour le Droit pénal. Mais ces excès sont autant de cas-limites : ils détonnent dans la masse des illustrations anodines réalisées par l'artiste qui, le plus souvent, se contente d'ajouter un élément pittoresque au pur et simple énoncé du Code. D'ailleurs, la présence de ces extrapolations n'est pas sans évoquer l'écriture de Decomberousse, volontiers enclin à semer quelques considérations de son cru dans une versification scrupuleusement fidèle au Code - avec, cependant, cette différence que Decomberousse prêtait sa plume à ce qu'il jugeait être l'esprit du Code, tandis que Noël s'éloigne du Code pour faire de l'esprit. Mais il se cantonne soigneusement dans les limites de certaines plaisanteries bien traditionnelles, d'approximations et d'antiphrases sans subtilité. Ainsi, même lorsqu'il paraît s'écarter du sens doctrinalement reçu, l'illustrateur rejoint-il un folklore tout aussi balisé. Le phénomène est particulièrement flagrant dans l'usage qu'il fait de l'humour graveleux. Il est indéniable que, sur ce point, il y a rupture totale entre le texte du Code, surtout tel qu'il est réécrit par Decomberousse, et les vignettes de Noël, dans lesquelles tout devient prétexte à salacités, soit que des termes comme "possession" ou "jouissance" facilitent les équivoques, soit que la situation envisagée par la loi se trouve soumise à un décalage lubrique, soit encore que la lascivité s'introduise par des déshabillés suggestifs. Le seul exemple de l'article 180, où l'erreur sur la personne devient erreur sur le sexe, donne la mesure de cette tendance. On ne saurait porter au compte du seul tempérament de l'artiste cette obstination dans l'indécence, puisqu'il exécutait un travail de commande. Comment justifier une coloration si peu adaptée, a priori, tant à la dignité du Code qu'au moralisme militant de Decomberousse ? Sans doute, dans la mesure où les gens de justice ont souvent à connaître du comportement intime des prévenus, des accusés, des plaignants ou des simples clients, la pratique quotidienne du Droit véhicule-t-elle sa propre tradition libertine. Mais si l'on s'intéresse à l'atmosphère de ces images galantes dans lesquelles la femme, mariée ou non, est toujours présentée comme un objet, plus ou moins récalcitrant, à l'usage de l'homme, on devra constater l'imperméabilité de Pierre Noël aux valeurs féministes de son époque. La reconstitution historique facilitait l'expression de cette antipathie probable, puisque c'est le Premier Empire, et non la Troisième République finissante, qui est censé servir de cadre à des ébats imprégnés d'une mentalité pour le moins rétrograde. Faut-il ajouter qu'on ne recrutait pas dans le milieu des juristes, à qui ce livre était particulièrement destiné, les plus ardents défenseurs des thèses en question ? En tout cas, Noël avait trouvé un bon moyen de pimenter la lecture du Code sans que la loi elle-même fût la cible de la

moindre dérision agressive. Etayée par un comique éculé, mais assuré de faire recette, la caricature reste à la périphérie du Code, et la polissonnerie sert de fusible à une loi déjà protégée par la versification.

Ainsi Decomberousse refait-il surface dans les années 30, tandis que l'auteur de son illustration posthume n'a rien de plus pressé que de s'immerger dans la France napoléonienne. Il y avait là un chiasme profitable à l'originalité de cette réédition et qui, au-delà d'un amusant paradoxe, trahit peut-être une certaine complaisance pour des rêveries de juristes nostalgiques, indisposés par l'évolution inéluctable du fameux Code. Car, en ce qui concerne la reconstitution d'un univers évocateur, par le décor et les costumes, des premières années du XIXe siècle, il faut souligner que si la versification de Decomberousse incitait à un certain passéisme, l'illustration lui confère aussi, par effet de retour, un statut quasi muséologique, qui fait d'elle comme un conservatoire du Code originel, sans préjudice d'un parfum de roman historique, ou devenu tel aux yeux de la postérité, bref d'une odeur de roman daté. Par là le Code, que la versification rend bifide, simultanément présent et absent, est engagé sur deux voies non exemptes de difficultés relativement au statut même de la juridicité, à savoir la réinstallation bruyante du texte normatif dans son époque génésique (que vaut-il donc pour aujourd'hui ?) et son attraction par un univers fictionnel (que vaut-il donc pour les gens ordinaires, dans la réalité ?) : même si ces problèmes n'affleureront ici que sous le regard d'initiés, il reste que ce jeu graphique et éditorial, exploitant peu ou prou l'obsolescence globale du Code Napoléon, manifeste très discrètement un malaise socio-juridique. Toutefois, la versification de Decomberousse, quoique rare et curieux produit juridico-littéraire, ne justifiait sans doute pas, à elle seule, le risque financier d'une réédition, d'où le recours aux planches lestes de Pierre Noël, pour assurer à cet ouvrage de luxe un peu de la faveur que s'attirent les livres dits du "second rayon". Mais on n'en remarquera pas moins le parallélisme inversé qui caractérise la connaissance respective de la sexualité et celle de la loi : nul n'est censé ignorer celle-ci, et rares sont pourtant ceux qui effectivement la connaissent ; tout le monde en revanche est au courant de celle-là, quoiqu'il soit convenu de n'avoir jamais l'air trop versé en la matière. Or, la convergence ponctuelle, dans cette édition illustrée, du savoir réputé et du savoir acquis, permet de renforcer l'un par l'autre ces deux types d'initiation, en dépassant l'antinomie artificielle de la nature et de la culture. Au surplus, les fortes tendances licencieuses de Noël ont pu se trouver confortées, au début des années 30, par une tradition de verve comique, réputée bien française, et en un mot gauloise : et une forme de nationalisme peut s'être exprimée de la sorte, à la charnière des années folles et des années tristes (34). Pour finir, on reconnaîtra que la mise en scène de la sexualité ne s'insère pas si malaisément dans l'envers du Code, dans ce dont il ne dit mot tout en le prenant en compte, et qu'elle contribue ainsi à déployer, grâce à l'élément libertin, un espace de liberté qu'affirme, en silence, le Code libéral.

(34) Le fait que Noël n'ait pas reculé devant une caricature antisémite tendrait à le laisser penser. Rappelons que l'artiste vit lui-même le jour en pleine affaire Dreyfus, et dans un milieu qui ne pouvait guère ne pas être antidreyfusiste. Pour illustrer l'article 1832 (tome II, p. 271), Noël montre donc cinq personnages forts en nez, sous l'enseigne : "Jacob Isaac et Cie, fourreurs". L'un d'eux, installé au bureau, tient les comptes, un autre apporte des sacs d'or, un troisième donne un chat crevé, tandis qu'un quatrième tient un lapin derrière son dos. Voilà beaucoup de stéréotypes à la fois : vue basse, kipa, pelleterie, richesse, avarice, malhonnêteté, et solidarité ethnique qui a raison de tout.

CONCLUSION

Par-delà les ressemblances que montre évidemment la déclinaison des thèmes comiques, l'unité fondamentale de ces trois réalisations graphiques pourrait bien, au bout du compte, résider surtout dans la démonstration d'un certain effacement du Code civil sous les crayonnages dont il était l'objet. En premier lieu, les scènes de transgression, si fréquentes chez les trois artistes, témoignent déjà suffisamment d'une propension à tirer le Droit, même civil, en direction, sinon vraiment du pénal, du moins d'une acception ordinaire du juridique, qui donne le pas à la contrainte sur la régulation, à la digue sur l'écluse. Le Droit civil illustré apparaît moins comme l'armature du monde pour nous ordinaire, que sous l'apparence d'une censure opposée à l'expression effrénée de tempéraments humains souvent inquiétants, mais toujours passionnants, et en général spectaculaires. Le Droit, quelle que soit sa branche de spécialisation, est finalement ce qui empêche l'humanité de se donner complètement en spectacle à elle-même - d'où la tentation de suggérer, en marge du Code qu'on prétend illustrer, ce à quoi l'on échappe grâce à son existence. C'est là le juridisme maximal de ceux qui n'aiment que médiocrement le Droit, et, parmi eux, les artistes. Ensuite, il n'est pas indifférent, on l'a vu, que ni l'intégrité, ni même l'intégralité du texte légal n'aient été délivrées dans ces ouvrages - et tel est bien au fond le paradoxe de ces entreprises hors du commun : d'une part, elles ne tirent leur légitimité éditoriale que d'un rapport affiché avec un texte courant, aisément consultable, qu'il est facile de reproduire sans grands frais, et d'autre part, une fois cette lettre de la loi convoquée, elles la plantent là pour s'en aller quérir - originalité et mercantilisme obligent - un esprit fort éloigné de celui qu'y décèleraient en principe les lecteurs autorisés. On constate donc un double écart, relativement à l'ordinaire des commentaires sur la législation, mais relativement aussi aux modalités habituelles de l'illustration des textes, qui supposent de la part de l'intervenant une attitude de fidélité éclairante.

Pourtant, cette quasi disparition du Code, défiguré dans sa lettre et méconnu dans son esprit, se trouve comme compensée par le surgissement de nouveaux éléments sémiologiques, par le biais desquels s'expriment certaines des impulsions qui traversent la corps social, en tant qu'il est juridiquement normé, et qu'il a, dans son ensemble, la conscience plus que la science de son Droit. Dans l'espace qui sépare ainsi l'esprit du Code de l'esprit que les artistes font soit sur lui, soit à partir de lui, vient alors se loger l'expression libre, ingénue et sincère des adhésions, des éloignements, des indifférences, qui affectent telle branche du Droit, ou tel état du Droit, ou encore le Droit comme tel. Dans ces conditions, caricatures légendées, dessins coloriés et bois gravés, rassemblés qu'ils sont par leur commun point de vue, organisent un profond paysage national où le Code civil, "mutatis mutandis", tient la place que font aux fortifications les grouillants panoramas portuaires de Joseph Vernet.

POUR L'AVÈNEMENT D'UNE OBLIGATION ACCESSOIRE DE SURVEILLANCE

(CONTRIBUTION À UNE MEILLEURE QUALIFICATION
DE DÉPÔT)

Par

Bénédicte MOISSON de VAUX
Docteur en droit, Chargée de cours à l'Université de Paris XI

INTRODUCTION

1 - A l'occasion de nombreuses relations contractuelles, le propriétaire d'une chose peut être amené à l'entreposer avec l'espoir légitime de la récupérer. Mais comme l'écrit le doyen Rodière (1), "Il n'y a dépôt, dans le sens légal du mot, qu'autant que la conservation de la chose a été le but principal de la remise de cette chose. Si la remise a été faite pour une autre fin, ce n'est plus un dépôt, mais un autre contrat bien que celui qui a reçu la chose soit obligé de la restituer". C'est donc par le biais de l'intention des parties que l'on pourra établir l'existence d'un contrat de dépôt, ce, indépendamment de la dénomination attribuée à la convention. Le principe valable pour tout contrat revêt ici un intérêt particulier. A cause de la pauvreté du langage, le mot dépôt est couramment utilisé pour décrire un fait matériel et non un acte juridique beaucoup plus lourd de conséquences ; il y a alors un décalage important entre la notion matérielle de dépôt et la notion juridique de contrat de dépôt.

2 - Le dépôt est un contrat antique qui existait déjà à l'époque romaine ; il était alors conçu comme un contrat d'ami (2), donc comme un contrat gratuit, réel et de garde. Cette conception fut reprise par les juristes de l'Ancien Régime et les rédacteurs du code civil (3).

(1) R. Rodière, D. rép. civ., V° Dépôt.

(2) Au sujet du contrat de dépôt, de mandat et de prêt à usage, le doyen Carbonnier écrit : "Ces contrats ont une sanction juridique mais dans le régime que la loi leur donne, ils se souviennent encore d'avoir été originellement de purs arrangements amicaux, dominés par une exigence de gratuité et de confiance personnelle" (Flexible droit L.G.D.J., 6ème éd., 1988, p. 293).

(3) Pour plus de détails sur l'évolution historique du contrat, V. R. Rodière, art. cit. n. 1, n° 1 et ss ; R. de Quenaudon, J.Cl.civ. art. 1915 à 1954, fasc. 10 n° 4 et ss.

3 - L'article 1917 du code civil précise que "le dépôt proprement dit est un contrat essentiellement gratuit". Pour les rédacteurs du code civil, la situation de principe est la gratuité, l'étendue de l'obligation du dépositaire est alors déterminée par l'art. 1927, le dépôt salarié dont le régime est prévu par l'art. 1928 ne représente que l'exception. Mais aujourd'hui, la situation s'est inversée ; le contrat de dépôt s'est professionnalisé et, dans la majorité des cas, il est salarié. La jurisprudence, se-reinement, a tenu compte de cette évolution. Pour appliquer son régime, elle n'estime plus, contrairement à ce qu'elle pensait au XIXème siècle, que la gratuité est essentielle à ce contrat (4) et même, décide que, "comme le mandat, le dépôt est présumé salarié lorsqu'il est commercial ou reçu par un professionnel" (5). Bien qu'ayant perdu sa gratuité, le contrat de dépôt a cependant conservé une des caractéristiques du contrat de l'amitié : la confiance ; autrefois, on avait confiance en l'ami philanthrope, maintenant on fait confiance au professionnel auquel l'on s'adresse.

4 - L'art. 1919 al. 1 ainsi rédigé : "il n'est parfait que par la tradition réelle ou feinte de la chose", établit le caractère réel du contrat de dépôt (6). Il exige pour sa formation non seulement l'accord des parties mais aussi la remise de la chose au débiteur. Comme chaque fois qu'il est fait référence à cette classe de contrat, il y a contestation (7) et, pour une partie de la doctrine contemporaine, le contrat de dépôt est consensuel (8). L'intérêt de la controverse ne se situe pas au niveau de la validité de la promesse de dépôt reconnue par tous mais à celui de sa nature. Selon les partisans de la thèse réaliste, cette promesse n'est qu'un contrat préliminaire, la sanction de son inexécution sera la condamnation à des dommages et intérêts et non l'exécution forcée. Selon les partisans de la thèse consensualiste, cette promesse vaut dépôt, la sanction de son inexécution pourra être l'exécution forcée. Les tribunaux n'ont pas eu à se prononcer sur le caractère réel de la convention, contrairement à ce qui s'est passé pour le contrat de prêt (9) ; sans doute, parce que, dans la pratique, la question présente moins d'intérêt pour le premier que pour le second. Mais on peut voir une manifestation du caractère réel du dépôt dans l'importance que revêt la matérialité dans l'analyse des situations concrètes (10).

(4) Civ. 23 janvier 1884, D.P. 1884 1 254. Au XXème siècle, elle ne se soucie plus de cette question et considère qu'il y a dépôt qu'il y ait ou non salaire, Com. 8 février 1961, Bull. transp. 1961 110.

(5) Ph. Malaurie et L. Aynès, les contrats spéciaux, Cujas, 5ème éd., n° 863.

(6) En ce sens : La doctrine classique et une partie de la doctrine contemporaine : Planiol et Ripert, traité pratique de droit civil français, L.G.D.J., 2ème éd., t. 11 par Savatier n° 1167 ; A. Weill et F. Terré, les obligations, Dalloz, 4ème éd., n° 127, Ph. Malaurie et L. Aynès, op. cit. n. 5, n° 861 ; J. Ghestin, L.G.D.J., 2ème éd., les obligations, le contrat : formation,

(7) Flour et Aubert, les obligations, Armand Colin, 6ème éd., vol. 1, n° 0303 ; Marty, Raynaud et Jestaz, les obligations, Sirey, 2ème éd., n° 60 ; Rodière, art. cit. n. 1, n° 19 ; B. Starck, les obligations, Litec, 2ème éd., n° 1175. Comme l'écrivent Ph. Malaurie et L. Aynès, op. cit. n. 5 n° 848 : "pour ces auteurs, le prétendu caractère réel de ces contrats traduirait seulement cette règle de bon sens que les obligations du dépositaire et celles de l'emprunteur ne sauraient commencer avant la remise de la chose".

(8) M. N. Jobard-Bachelier, Existe-t-il encore des contrats réels en Droit Français ? Rev. trim. dr. civ. 1985 1.

(9) Pour la Cour de Cassation, le prêt est un contrat réel, promesse de prêt ne vaut pas prêt (Req. 15 mars 1886, D.P. 1887 1 28, S. 1986 1 296 ; Req. 5 décembre 1906, D.P. 1908 1 545 ; Civ. 1ère 12 juillet 1977, B. n° 330 ; Civ. 1ère 20 juillet 1981, B. n° 267, Def. 1982 a.32.915 n° 45 p. 1085, n. Aubert).

(10) V. infra n° 16.

Contrat réel, le dépôt ne peut donc avoir pour objet qu'un meuble (art. 1918) (11) susceptible de tradition (art. 1919) ; sont donc exclus les immeubles et meubles incorporels (12).

5 - L'article 1915 fait apparaître la troisième et la plus importante caractéristique du contrat de dépôt : "Le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui à charge de la garder, et de la restituer". Elle tient aux obligations du dépositaire, beaucoup plus à l'obligation de garde qu'à celle de restitution qui existe dans d'autres contrats (13). C'est l'existence à titre principal, de cette volonté de garder et de faire garder qui permettra la qualification du contrat de dépôt. La remise de la chose est nécessaire, elle est insuffisante ; le contrat est certes réel mais requiert le consentement des parties sur l'obligation principale qui est la garde de la chose.

6 - Il ressort de ce qui précède que le contrat de dépôt a évolué et a perdu une de ses caractéristiques pourtant essentielle à l'origine : la gratuité liée à l'amitié. Cette évolution lui a permis de voir le nombre de ses applications se multiplier par le biais de la professionnalisation des dépositaires (14). Mais il est demeuré un contrat réel et un contrat de garde. Dans la vie pratique, c'est cette obligation de garde qui revêt le plus grand intérêt à cause du lourd régime de responsabilité qu'elle fait peser sur son débiteur. Aussi est-il tentant d'essayer de voir un contrat de dépôt dès lors qu'il est légitime de récupérer en bon état une chose entreposée. La jurisprudence a succombé à cette tentation et a tendance à appliquer ce contrat à des conventions dont le but essentiel n'est pourtant pas la garde de la chose, ce, afin d'octroyer une réparation. Si bien que le contrat de dépôt a trouvé encore des occasions d'applications supplémentaires mais a risqué de perdre sa caractéristique essentielle et presque ultime qui est d'être un contrat de garde. Cependant, une évolution se fait sentir et certains arrêts octroient une réparation pour manquement à une obligation accessoire de surveillance sans pour autant qualifier la relation contractuelle de contrat de dépôt. Cette obligation accessoire de surveillance peut donc peser sur une des parties indépendamment de l'existence d'un contrat de dépôt.

Elle est d'abord née dans des hypothèses où des relations contractuelles, dont la nature n'est pas un dépôt, existent entre deux personnes dont un professionnel et où l'une d'elle, à l'occasion de l'exécution de la convention, entrepose une chose qui, non seulement, n'est pas l'objet de l'obligation, mais, plus encore, est sans rapport avec elle (par exemple, lorsque le client d'un coiffeur entrepose son manteau pour se faire coiffer...). Pour l'élaboration de cette obligation accessoire de surveillance, la jurisprudence s'est livrée à une démarche qu'il est intéressant d'analyser (15) (I. Du

(11) - Un animal peut être l'objet d'un contrat de dépôt, en l'espèce, une pouliche donnée en pension (Civ. 1ère, 10 janvier 1990, D. 1990, I.R. 30 ; Rev. trim. dr. civ. 1990 517, obs. Ph. Rémy ; Rev. trim. dr. com. 1990, 460, obs. B. Bouloc). Le fait que l'animal nécessite certains soins ne transforme pas le contrat de dépôt en contrat d'entreprise parce que ces obligations de faire sont la suite naturelle de l'obligation de garde.

- Même un cadavre humain peut être l'objet d'un dépôt (Civ. 2ème, 17 juillet 1991, B. n° 233, Rev. trim. dr. civ. 1992, 412, obs. P. Y. Gautier).

(12) Sur l'ensemble de la question, V. J.P. Brill, n. ss Com., 9 janvier 1990, D. 1990, 173 ; sur l'exclusion des immeubles, V. Lyon, 23 décembre 1980, D. 1982, I.R. 182.

(13) Sur les contrats de restitution, V. M. Malaurie, les restitutions en droit civil, th. Paris II, Cujas 1991, préf. G. Cornu.

(14) Entreprises de garde-meubles, de stockages de denrées diverses, d'entrepôts frigorifiques ou non, etc...

Un auteur a même soutenu que le contrat passé avec un professionnel devait être distingué du contrat classique et s'appeler contrat de garde (Tunc, le contrat de garde, th. Paris 1941, préface H. Solus). Pour une critique de cette position, V. Rodière art. cit. n. 1 n° 12.

(15) Sera laissé volontairement de côté le cas où un employé pour exécuter son contrat de travail entrepose une chose dans les locaux de son employeur. En effet, s'il y a eu en la matière, vers les années 1930, une évolution similaire à celle existant pour les contrats avec des professionnels, avec la

contrat de dépôt accessoire à l'obligation accessoire de surveillance). Cette obligation apparaît aussi mais plus timidement dans des hypothèses où la chose entreposée a un rapport avec l'objet de l'obligation principale sans que le but premier de la convention en soit la garde (par exemple, le propriétaire d'une embarcation l'entrepose sur un emplacement prévu à cet effet ou, encore, celui d'un véhicule l'entrepose chez un garagiste pour le faire réparer...). Il est à notre avis souhaitable qu'elle s'y développe (II. Les perspectives de l'obligation accessoire de surveillance).

Le recours à l'obligation accessoire de surveillance évitera une qualification distributive ou exclusive erronée de la relation contractuelle et permettra la légitime réparation de la détérioration ou de la disparition de la chose.

Le contrat de coffre-fort n'a pas sa place dans cette étude dont le souci est de démontrer que par le biais de l'obligation accessoire de surveillance on obtient une plus juste qualification du contrat. Effectivement, si le contrat de coffre-fort ne doit pas être considéré comme un dépôt (il ne l'a d'ailleurs jamais été), ce n'est pas parce que la garde n'est pas sa finalité principale (16) mais bien parce qu'il n'entraîne pas une remise de la chose entre les mains du banquier et qu'ainsi il ne présente aucun caractère réel. Le juge qui a longtemps qualifié le contrat de coffre-fort de louage de choses tout en soulignant l'importance qu'y revêtait la surveillance (17) semble maintenant en tenir pour un contrat autonome et innommé (18). Par ailleurs, il continue d'estimer que l'obligation pesant sur le banquier est une obligation de résultat (19) contrairement à celle du dépositaire qui n'est qu'une obligation de moyens renforcée.

I - DU CONTRAT DE DÉPÔT ACCESSOIRE A L'OBLIGATION ACCESSOIRE DE SURVEILLANCE

7 - Une personne s'est adressée à un professionnel (coiffeur, restaurateur, entreprise de spectacle, club de sport, fournisseur, etc...), dans le cadre du contrat qui les lie, souvent pour lui faciliter la tâche, elle a entreposé dans ses locaux une chose (vêtement, véhicule, etc...) sans rapport avec le dit contrat. Si cette chose vient à être détériorée ou à disparaître, n'est-il pas équitable d'obliger le professionnel à réparer le dommage que cause à son client cette détérioration ? Ce souci d'équité n'est pas apparu immédiatement et, après son émergence, les fondements du droit à réparation ont varié. Au départ, et l'on peut situer les premières affaires vers le tout début du XXème siècle, la tendance des tribunaux comme celle de la doctrine (20) est d'estimer, sauf preuve contraire rapportée par le client, que la réception de la chose par le

reconnaissance d'un contrat de dépôt par la jurisprudence (Civ., 7 février 1928, S. 1928, 1, 197), cette évolution s'est figée à ce niveau à cause de l'intervention légale (loi 1er janvier 1948, art. R 232-24 C. trav.) qui oblige l'employeur à prévoir des installations pour recevoir la chose (armoires individuelles fermant à clef) et facilite ainsi la qualification de contrat de dépôt. Les interventions jurisprudentielles concernent seulement les clauses relatives à la responsabilité. Ainsi la clause d'un règlement intérieur prévoyant : "l'entreprise décline toute responsabilité pour perte, vol, détérioration des effets, espèces ou objet de toute nature déposés dans les vestiaires et armoire individuelle" est illicite (C.E., 4 mai 1988, Liaisons soc. 1988, n. 6123 p. 3 ; 26 novembre 1990, Gaz. pal. 22 février 1991, 53).

(16) Elle est au contraire son but essentiel, la mise en jouissance du compartiment n'étant qu'une modalité de la garde de la chose.

(17) Req., 11 février 1946, D. 1946, 365, n. A. Tunc, Rev. trim. dr. civ. 1947, 365, obs. J. Carbonnier ; Com., 27 avril 1953, B. n° 148 ; Civ. 1ère, 21 mai 1957, B. n° 226.

(18) Paris, 19 avril 1984, J.C.P. 1985, II, 20367, n. Prevault, Rev. trim. dr. civ. 1985, 455, obs. R. Perrot ; 9 octobre 1986, Rev. trim. dr. civ. 1987, 568, obs. Ph. Rémy ; Civ. 1ère, 15 novembre 1988, B. n° 318, D. 1989, 349, n. Ph. Delebecque.

(19) Com., 15 janvier 1985, B. n° 23, D. 1985, I.R. 344, obs. Vasseur ; Civ. 1ère, 29 mars 1989, J.C.P. 1990, II, 21415, n. E. Putman et B. Sollety, Rev. trim. dr. civ. 1988 560, obs. Ph. Rémy.

(20) Ainsi Planiol estimait qu'un restaurateur ou un cafetier ne devient dépositaire que s'il organise un vestiaire tenu par un employé chargé de délivrer des tickets aux clients (n. D.P. 1905, 2, 185 ss trib. civ. Marseille, 26 février 1903).

professionnel est un acte de complaisance sans portée juridique (21). Parce qu'il n'y a pas acceptation expresse d'être dépositaire et que le client n'a qu'à surveiller ses affaires ou choisir un autre établissement plus sûr. Vers 1930, la nécessité d'une réparation se fait plus forte. Pour la justifier, les juges procèdent à une qualification distributive de la relation contractuelle ; ils estiment qu'à côté de la convention principale, les parties ont passé un contrat de dépôt (A. La réparation fondée sur un contrat de dépôt accessoire). Ensuite, même si le premier procédé reste malheureusement encore utilisé dans certaines décisions, un glissement s'opère au niveau des juridictions du fond, approuvé par la cour suprême ; il y aura réparation mais sans contrat de dépôt, simplement pour manquement à une obligation accessoire de surveillance intégrée au contrat principal. (B. La réparation fondée sur une obligation accessoire de surveillance).

Aujourd'hui, comme hier, demeure toujours une hypothèse où il n'y aura pas lieu à réparation sur la base de la responsabilité contractuelle, celle ou celui qui a reçu la chose l'a fait par pure complaisance (22). Pour que les parties soient engagées, elles doivent l'avoir voulu, c'est-à-dire avoir eu conscience d'entrer dans le domaine du droit et de quitter celui de la courtoisie. "L'entrée d'un accord dans la sphère juridique et donc, corrélativement, les frontières du droit et du non droit, constituent une question juridique sur laquelle la Cour de Cassation exerce fortement son contrôle" (23). Dans l'acte de complaisance ou de courtoisie, il y a bien accord de volonté mais celui-ci n'oblige pas parce qu'il n'a pas été donné en vue d'établir un rapport juridique qui permettrait d'exiger l'exécution de l'obligation. Pour qu'il y ait acte de complaisance, celui qui reçoit la chose doit l'avoir fait pour rendre service sans y trouver aucun intérêt personnel et sans avoir l'intention de garder ou surveiller la chose. Ainsi il y aura acte de complaisance sans dépôt ou obligation de surveillance :

- quand une personne, pour rendre service, accepte la remise d'une chose dont elle ignore la valeur en vue de la transmettre à un tiers qu'elle ne connaît pas (24) ;
- quand le chasseur d'un établissement renommé (le Regine's club), pour éviter à un client "une recherche estimée fastidieuse d'un emplacement de stationnement sur la voie publique" gare son véhicule (25).

En matière de dépôt gratuit, la frontière entre le contrat et l'acte de complaisance est particulièrement difficile à établir, ce, à cause de la conception originelle d'acte d'amitié de cette convention. Et J. Hemard et B. Bouloc estiment : "Sans doute l'article 1917 du code civil dispose-t-il encore que le dépôt est "un contrat essentiellement gratuit" mais en cas de gratuité totale, il existe une tendance à ranger l'opération dans les actes de pure complaisance qui seront exclus du domaine de la responsabilité contractuelle" (26). Cette tendance est explicable. On a utilisé sereinement des textes écrits pour un contrat essentiellement gratuit pour un contrat devenu essentiellement onéreux. Il est logique que l'on manifeste, maintenant, une certaine répugnance à faire peser la même responsabilité sur le philanthrope et le professionnel. N'ayant pas exclu le second du champ d'application des textes du code civil, on en vient par un réflexe d'équité à en soustraire le premier.

(21) Lyon, 11 mai 1900, S. 1904 2 21, D.P. 1904 2 327 ; Trib. civ. Fontainebleau, 10 décembre 1903, D.P. 1904, 2, 179 ; Trib. civ. Lyon, 10 août 1903, S. 1905, 2, 118, D.P. 1904, 2, 469 ; Trib. paix Toulouse, 4 avril 1906, D.P. 1906, 5, 59.

(22) Sur la distinction des contrats et des actes de complaisance, V. Ph. Malaurie et L. Aynès, Droit civil, les obligations, Cujas, 3ème éd., n° 347 et ss ; A. Weill et F. Terré, op. cit. n. 6, n° 30.

(23) J. Mestre, obs. ss Civ. 1ère, 24 juin 1986, Rev. trim. dr. civ. 1987, 532.

(24) Com. 25 septembre 1984, B. n° 242, Rev. trim. dr. com. 1985, 564, obs. J. Hemard et B. Bouloc. En l'espèce, un portraitiste avait confié au préposé d'un bar un album de ses oeuvres dont devait prendre connaissance un amateur et qui avait disparu.

(25) Paris, 14 janvier 1988, Rev. trim. dr. civ. 1988, 521, obs. J. Mestre.

(26) J. Hémarid et B. Bouloc obs. cit. n. 24.

A - La réparation fondée sur un contrat de dépôt accessoire

8 - La jurisprudence qui reconnaît l'existence d'un contrat de dépôt accessoire quand certaines conditions sont réunies doit être appréciée.

1) *Les conditions de la reconnaissance d'un contrat de dépôt accessoire*

9 - L'hypothèse où le cocontractant accepte expressément d'être dépositaire, de passer en plus du contrat principal un contrat de dépôt, ne sera pas étudiée car elle ne présente ni difficulté ni particularité. Mais si le cocontractant ne manifeste pas sa volonté expresse, va-t-il quand même avoir le statut de dépositaire, dans un contrat de dépôt volontaire ?

10 - Doivent être exclus immédiatement les qualifications de dépôt nécessaire (27) et de dépôt hôtelier dont les domaines exceptionnels sont respectivement et limitativement précisés par le code civil aux arts. 1949 et 1952 et ne peuvent être étendus par analogie.

Dans le cas envisagé, l'éventuel déposant n'est pas contraint par un événement (ce serait plutôt pour l'éventuel dépositaire que le dépôt serait forcé!) et la condition de l'art. 1942 tenant aux circonstances particulières dans lesquelles ce dépôt intervient n'est pas remplie.

Ne sont pas non plus remplies les conditions cumulatives exigées par l'art. 1952 et tenant à la qualité des parties :

- un hôtelier et pas n'importe quel logeur,
- un client voyageur logeant dans l'hôtel et pas un simple consommateur.

Une jurisprudence constante refuse d'appliquer le régime du dépôt hôtelier lorsque les parties ont un statut proche mais pas identique (28).

11 - Pour que le contrat de dépôt volontaire soit formé, il doit y avoir remise de la chose (art. 1919 c. civ.) et consentement des parties (art. 1921 c. civ.) soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant. Bien que le contrat soit réel, la remise de la chose est insuffisante (29), le fait d'entreposer des choses mobilières chez un tiers n'a pas, en principe, pour effet juridique automatique de créer un contrat

(27) Refus d'application du dépôt nécessaire constant au niveau de la Cour de Cassation : Civ., 24 juillet 1923, D.P. 1923, 1, 141 ; Civ., 24 juillet 1929, D.H. 1929, 474 ; Paris 24 juin 1982, Gaz. pal., 22-23 décembre 1982, Rev. trim. dr. com. 1983, 123, obs. J. Hemard et B. Bouloc. Mais très nombreuses décisions anciennes des juges du fond appliquant le dépôt nécessaire à ce type de situation (V. celles citées par Rodière, art. cit. n. 1 n° 242 à 246 et par R. de Quenaudon art. cit. n. 3, fasc. 20, n° 16) et même des décisions récentes (Douai, 10 avril 1987 inéd. ; Bordeaux, 17 octobre 1991, juris-data n° 045692).

La confusion est née des termes de l'art. 1952 relatif au dépôt hôtelier qui prévoit : "Le dépôt de ces sortes d'effets doit être regardé comme un dépôt nécessaire". Cette formulation a suscité le trouble et fait tenir pour équivalents les deux termes "dépôt hôtelier" et "dépôt nécessaire". Pourtant ce texte en indiquant "doit être regardé comme un dépôt nécessaire" sous-entend bien "dépôt qu'il n'est pas" !

(28) - Refus d'application du dépôt hôtelier aux restaurateurs : Civ., 26 janvier 1875, S. 1875, 1, 256, D.P. 1875, 1, 219 ; Civ. 1ère, 11 mars 1969, D. 69, 492 ; Besançon, 28 février 1978, Gaz. pal. 1978 somm. 474, Rev. trim. dr. civ. 1979, 624, obs. G. Cornu ; Paris, 3 décembre 1987, D. 88, IR 28.

- Refus d'application du dépôt hôtelier aux "logeurs" : Société des wagons-lits, Civ., 3 février 1896, D.P. 98, I, 502 ; exploitant d'une clinique d'accouchement, Civ. 1ère, 17 décembre 1957, B. n° 494, D. 58, 96, J.C.P. 58, II, 10452 ; "logeurs en garni", Rodière art. cit. n. 1, n° 263-264.

Quid des exploitants de résidence para hôtelière ? Leur appliquerait-on le régime du dépôt hôtelier ou celui des logeurs en garni ? Application du régime du dépôt hôtelier : Cass. 1, 26 févr. 1991, B. n° 78, Rev. trim. dr. civ. 1992, 141, obs. P.Y. Gautier.

(29) "La remise de la chose ne constitue qu'un fait alors que le dépôt est un contrat", Rodière art. cit. n. 1, n° 47.

de dépôt, et l'accord des volontés est indispensable (30), simplement, ce caractère réel limite le rôle de ce dernier.

12 - Dans les hypothèses que nous étudions, la difficulté ne naîtra pas de la preuve de la remise de la chose, en général non contestée, mais de l'existence de la volonté des parties de passer un contrat de dépôt et donc de l'existence de ce contrat.

Puisqu'il s'agit d'un dépôt volontaire, la preuve de la remise de la chose obéit au droit commun (31), et doit, selon l'art. 1341, être prouvée par écrit si la valeur excède 5000 F. Ce principe, dans la réalité, ne s'appliquera pas pour deux raisons qui peuvent jouer concurremment ou isolément :

- parce que, et ce sera très souvent le cas, l'art. 1341 ne s'applique plus, la preuve devient libre lorsque le défendeur est commerçant et agit dans l'intérêt de son commerce (32) ;

- parce que, selon l'art. 1348, l'art. 1341 ne s'applique pas s'il y a eu impossibilité de se procurer un écrit (33), l'impossibilité pouvant résulter des usages (s'il est d'usage de ne pas demander d'écrit) (34).

13 - Les éléments caractéristiques qui permettent de qualifier une convention de dépôt sont l'obligation de garde et de restitution, intimement liées puisque l'une permet l'autre (35). Aussi, dans les hypothèses qui nous intéressent, convient-il d'examiner si les parties ont consenti essentiellement en vue de la garde et de la restitution de la chose.

L'existence du consentement de l'éventuel déposant ne pose pas de difficulté : en général, il ne conteste pas avoir eu cette volonté puisqu'en cas de disparition de la chose confiée, il a tout intérêt à ce que la qualification de contrat de dépôt soit reconnue. Il n'en est pas de même pour le consentement de l'éventuel dépositaire qui souhaite échapper à la sévérité de l'obligation de garde et de restitution. Son consentement pouvant être tacite et présumé, le juge examine les circonstances de fait qui ont entouré l'événement et se demande si elles permettent de présumer l'acceptation.

La première circonstance qu'il étudie est l'attitude de l'éventuel dépositaire ou de son préposé au moment où la chose a été entreposée. Cette attitude, si elle revêt un aspect actif, permet d'établir son consentement au contrat de dépôt car on

(30) "Celui qui a déposé dans la cour d'un immeuble des objets qui, dans la suite, ont été enlevés, ne saurait rendre le propriétaire de l'immeuble responsable de leur disparition lorsque celui-ci n'a pas accepté les objets en dépôt, lorsqu'il n'a pas pris l'engagement de les restituer..." Req. 20 juillet 1925, D.H. 1925, 496 ; même sens : Paris, 5 avril 1930, D.H. 1930, 338.

(31) Ce droit commun ne s'appliquerait pas s'il y avait dépôt nécessaire ou dépôt hôtelier. Peut-être est-ce pour cette raison qu'à une certaine époque l'on a essayé d'utiliser ces deux types de dépôt ? Nous ne le pensons pas. La confusion naissait plutôt de la parenté des circonstances puisque, comme nous le voyons, même en appliquant le droit commun de la preuve, les mêmes facilités sont données au prétendu déposant.

(32) Com., 12 octobre 1982, B. n° 313, Civ. 1ère, 31 mai 1983, B. n° 159.

(33) L'appréciation de cette impossibilité est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, jurisprudence constante : Civ. 3ème, 24 octobre 1972, B. n° 540.

(34) Req., 4 novembre 1908, D.P. 1909, I, 188 ; Paris, 5 juillet 1954, D. 1954, 705 ; Civ. 1ère, 18 juin 1963, J.C.P. 63, IV, 107, B. n° 324.

(35) Ce principe a été énergiquement rappelé dans une affaire relative à la convention intervenue entre un joueur au loto national et le tenancier du bureau de validation. Elle n'est pas un contrat de dépôt parce que le contrat de dépôt implique pour le dépositaire l'obligation de garder et de restituer en nature la chose reçue. Or le tenancier du bureau de validation, s'il a l'obligation, d'après le règlement du jeu, de transmettre le volet A au centre de paiement de Paris et de conserver le volet C, n'a pas l'obligation de restituer au joueur ni le volet A ni le volet C. En d'autres termes, puisqu'il n'a pas l'obligation de restituer en nature l'un ou l'autre des objets prétendument déposés, le tenancier du bureau de loto ne peut être considéré comme dépositaire (Civ. 1ère, 19 janvier 1982, B. n° 23, D. 1982, 457).

l'assimile, alors, à une offre de contracter. Ainsi la jurisprudence décide qu'il y a dépôt :

- lorsqu'un restaurateur prend en charge lui-même, ou par l'intermédiaire d'un de ses employés, les vêtements ou autres accessoires de ses clients : "le fait qu'un préposé du restaurant ait pris un manteau de fourrure pour l'accrocher au portemanteau caractérise la conclusion d'un dépôt volontaire qui rend le dépositaire responsable de la non restitution de l'objet résultant d'un vol (36)" ;
- lorsqu'un tenancier d'établissements de bains, ou ses préposés, acceptent que les clients lui confient leurs vêtements (37) ;
- lorsqu'il y a remise d'une preuve de réception de la chose par le cocontractant (38) ;

En l'absence d'attitudes caractéristiques de l'éventuel dépositaire, le juge s'intéresse aux indices matériels qui ont entouré l'opération. Ainsi, un minimum d'organisation pour recevoir la chose, du vestiaire à la simple patère en passant par le parc de stationnement organisé (39), considérée alors comme une offre de contracter, lui permettent de présumer du consentement du dépositaire et de l'existence du contrat de dépôt. Sa participation active à la réception de la chose va tellement s'amenuisant qu'elle disparaît sans que, pour autant, la qualification de la convention soit modifiée.

14 - Mais il est impossible de déduire d'une quelconque manifestation du prétendu dépositaire, qu'il s'agisse de son attitude ou des aménagements matériels de son local (vestiaire, patère, parc de stationnement) qu'il a consenti au dépôt si, par ailleurs, est affiché un avis ou est incluse, dans des documents annexés ou dans la convention principale, une clause signalant qu'il refuse d'être dépositaire.

Dans ce cas, les circonstances qui ont entouré l'opération n'ont plus besoin d'être examinées, il suffit de tirer la conséquence du panneau : il n'a pas été accepté de passer un contrat de dépôt en plus du contrat principal. Les documents annexes ou le panneau pour produire un tel effet doivent remplir les conditions habituelles. Hier comme aujourd'hui, ils n'auront de valeur et donc d'efficacité "qu'à la double condition que l'autre contractant sache qu'ils font partie du contrat et qu'il puisse en prendre connaissance" (40). Le juge, d'une sévérité constante en la matière quel que soit le contrat concerné (41), met à la charge de ceux qui s'en prévalent la preuve de ce que l'autre partie en a eu connaissance et l'a accepté au moment où s'est formé le contrat, mais si cette preuve est rapportée, il les applique (42). Cette clause ou ce

(36) Reims, 28 juin 1976, D.S. 1978, I.R., 207, n. C. Larroumet, même sens : Trib. civ. Nantes, 11 mars 1947, D. 1947, 359 ; Paris, 3 décembre 1987, D. 88, I.R., 26 ; Montpellier, 4 décembre 1990, juris-data 3683 ; Bordeaux, 17 octobre 1991, juris-data n° 045692.

(37) Trib. paix Paris, 12 novembre 1930, Gaz. pal. 1930, 2, 913.

(38) Remise d'un ticket (Trib. civ. Marseille, 26 février 1903, D.P. 1905, 2, 185, n. Planiol) ou remise d'un jeton (Paris, 23 avril 1902, D.P. 1903 2 323).

(39) - portemanteaux : Trib. paix Paris, 3 février 1928, D.H. 1928, 162 ; Paris, 21 octobre 1949, D. 50, 758, n. Giverdon ; Trib. civ. Seine, 30 mars 1950, Gaz. pal. 1950, 1, 299 (les trois espèces se passant chez un coiffeur).

- vestiaire : Trib. civ. Seine, 16 mai 1927, D.H. 1927, 504, Trib. civ. Seine, 29 décembre 1931, D.H. 1932, 111 (joueurs ayant laissé leurs vêtements dans le vestiaire du club sur le terrain de sport) ; Trib. civ. St Étienne, 24 mars 1942, Gaz. pal. 1942, 285 (spectateur ayant laissé vêtements et autres objets encombrants au vestiaire d'un théâtre).

- parc de stationnement organisé : Lyon, 24 janvier 1929, S. 1929, 2, 95 : "En réservant dans son établissement un local ou un emplacement pour les automobiles de sa clientèle et en organisant un service de surveillance, une société d'eaux minérales devient dépositaire des automobiles..." ; même sens, Rennes, 12 mars 1987, juris-data 043161, pour un restaurateur.

(40) J. Ghestin, op. cit., n. 6 n° 305.

(41) Pour une vue générale de la question, V. J. Ghestin, op. cit., n. 6, n° 305 et ss., G. Berlioz, Le contrat d'adhésion, th. Paris 1976, 2ème éd., L.G.D.J., préf. B. Goldman ; A. Robert, Une source mineure du Droit Civil : les affiches et écriteaux, J.C.P. 1958, I, 1458.

(42) Civ. 1ère, 1er mars 1988, B. n° 57, Rev. trim. dr. civ. 1988, 521, obs. J. Mestre : "Attendu qu'un panneau avait été placé au-dessus" du "portemanteau situé à l'entrée de la salle de spectacle..."

panneau ne constituent pas une clause de non responsabilité. Ceux-là agissent en amont et empêchent la formation du contrat ; pour cette raison, ils ont une efficacité parfaite et échappent aux restrictions qui grèvent celle-ci.

15 - Une fois la qualification de contrat de dépôt établie, on peut appliquer au cocontractant la responsabilité du dépositaire non salarié (art. 1927), l'obligation de garde qui pèse sur lui est une obligation de moyen renforcée (43) ; il peut s'exonérer en démontrant son absence de faute ou en produisant une clause relative à sa responsabilité. Cette clause, comme celle empêchant formation du contrat, pour produire un quelconque effet doit aussi avoir été connue et acceptée par le cocontractant (44) elle peut être libellée de deux façons :

- "La maison n'est tenue à aucune garde des objets entreposés"
- "La maison n'est pas responsable des objets entreposés"

Dans le premier cas, il s'agit d'une clause limitative de l'obligation, elle n'est pas efficace car elle supprime l'obligation essentielle de la convention.

Dans le deuxième cas, il s'agit d'une clause exonératoire de responsabilité (45) sur laquelle jouent les règles générales dégagées par la doctrine de la jurisprudence (46). Elle est valable et produit ses effets mais elle ne supprimera pas la réparation en cas de dol ou de faute lourde du débiteur (47) démontrés par le créancier. En cette matière, comme en de nombreuses autres, le juge du fond n'est pas très exigeant pour donner un caractère lourd à la faute (48). Il est quelquefois sanctionné par la Cour de Cassation (49), mais encore faut-il que le litige arrive jusqu'à elle...

16 - Finalement, pour la jurisprudence, la simple remise de la chose suffit à présumer l'acceptation sauf opposition expresse du prétendu dépositaire.

prévenant la clientèle que l'établissement n'acceptait pas d'être dépositaire des vêtements qui y étaient accrochés... qu'aucun contrat de dépôt ne s'était formé".

(43) Jurisprudence constante : "Si le dépositaire n'est tenu que d'une obligation de moyens, il lui appartient de prouver, en cas de détérioration de la chose déposée, qu'il est étranger à cette détérioration de la chose déposée, en établissant qu'il a donné à la chose les mêmes soins qu'il a apportés à la garde des choses lui appartenant". Civ. 1ère, 24 juin 1981, B. n° 232, Rev. trim. dr. civ. 1982, 430, obs. Ph. Rémy (pour une voiture) ; même sens : Com., 22 novembre 1988, B. n° 316, Rev. trim. dr. civ. 1989, 328, obs. P. Jourdain, Rev. trim. dr. com. 1989 526, obs. B. Bouloc (pour des bijoux) ; Civ. 1ère, 4 octobre 1989, B. n° 305, J.C.P. 1989, IV, 385 ; Civ. 1ère, 10 janvier 1990, cit. n. 12 (pour un animal).

(44) - Refus d'appliquer une clause inscrite sur un panneau pour absence de preuve de la connaissance par le client : trib. civ. Seine, 30 mars 1950, cit. n. 39 ; Civ. 1ère, 19 mai 1992, B. n° 147.

- Refus d'appliquer une clause inscrite sur les conditions générales du contrat : Civ. 1ère, 13 octobre 1987, B. n° 262.

- Application d'une clause de non responsabilité considérée comme connue parce qu'inscrite sur le ticket distribué à l'entrée du parking gratuit réservé aux clients de l'établissement (compagnie de bateaux mouches), Civ. 1ère, 24 novembre 1987 (pourvoi n° 8516 438).

(45) Contra : Rodière qui estime que ce type de clause empêche aussi la formation du contrat, art. cit., n. 1 n° 52.

(46) Sur les clauses limitatives d'obligations ou exonératoires de responsabilité en général, V. Paul Durand, les conventions d'irresponsabilité, th. Paris, 1931 ; Ph. Delebecque, les clauses allégeant les obligations dans les contrats, th. Aix en Provence, 1981 ; Starck, observations sur le régime juridique des clauses de non responsabilité ou limitatives de responsabilité D. 1974, chron. 157. Les clauses d'allègement des obligations, les clauses relatives à la responsabilité, colloque I.D.A. Aix-en-Provence, P.U.A.M., 1990, p. 177 et s.

- Sur les clauses limitatives d'obligation ou exonératoires de responsabilité dans les contrats de dépôt, V. Rodière, art. cit. n. 1, n° 130 et ss., R. de Quenaudon, art. cit. n. 3, fasc. C, n° 91 et ss.

(47) Soc. 3 août 1948, D. 1948, 536.

(48) Ainsi, les juges ont considéré que ne pas surveiller les portemanteaux est une faute lourde du coiffeur ; Paris, 21 octobre 1949, cit. n. 39, trib. civ. Seine, 30 mars 1950, cit. n. 39.

(49) "Attendu qu'en se fondant sur le motif sus indiqué pour prononcer condamnation contre la société sans rechercher, ni préciser, si la faute retenue à la charge de celle-ci, étant donné la clause de non responsabilité dont la validité n'est pas contestée, présentait un caractère de gravité tel qu'elle ne pouvait être couverte par la convention, le jugement attaqué n'a pas donné une base légale à sa décision" (Soc., 3 août 1948, cit. n. 47).

2) *Appréciation de la reconnaissance d'un contrat de dépôt*

17 - La difficulté de notre situation vient de ce que le contrat est incomplet, rien apparemment n'est prévu pour l'objet du litige parce que les parties n'ont pas imaginé qu'il pourrait naître. Comment l'attitude adoptée par le juge peut elle s'analyser ? Il a interprété la convention et a estimé qu'à côté du contrat principal, il y avait un contrat de dépôt ; il a ainsi donné une qualification distributive de la relation contractuelle. Sur quels moyens de droit s'est-il appuyé ? Sans doute a-t-il été influencé par le caractère réel du contrat de dépôt (50) mais surtout il a déduit des circonstances ayant entouré la formation de la convention que les parties ont "voulu". L'attitude du dépositaire, son organisation matérielle et le fait que les parties, ayant accepté le contrat principal, ont forcément fait de même pour le contrat accessoire indispensable à la bonne exécution du premier constitueraient une manifestation de son consentement au contrat de dépôt. La jurisprudence présente donc son interprétation comme fondée sur la volonté des parties : "considérant que l'accord de volontés intervenu entre Bernaert et la dame Lboff avait donc non seulement pour objet des travaux de coiffure proprement dits, mais aussi ce qui en était l'accessoire indispensable ; considérant, dès lors, qu'avec l'acceptation de traiter la coiffure de la dame Lboff, il y a eu, en ce qui concerne le manteau de fourrure accroché à un portemanteau de l'établissement, consentement réciproque d'un déposant et d'un dépositaire..." (51). Ce faisant, elle respecte encore la suprématie de la théorie de l'autonomie de la volonté. Son attitude est semblable à celle adoptée lors de la création de l'obligation de sécurité (52), elle l'a consacrée en se basant sur l'intention présumée des parties alors que son fondement comme celui de l'intervention d'un contrat de dépôt se trouve dans l'équité. Et une fois de plus, la théorie des intentions tacites qui prétend s'appuyer sur la volonté des parties n'a pas empêché la jurisprudence de se montrer audacieuse pour développer le contenu de la relation contractuelle.

19 - Cette jurisprudence est révélatrice d'une époque maintenant révolue où les juges se croyaient obligés de dire issues de la volonté des parties des créations qui étaient leur oeuvre et qu'ils auraient pu justifier par certains textes de la théorie générale des contrats (arts. 1134-3, 1135 et 1160). Elle est critiquable. D'abord dans ses procédés qui la conduisent dans certains cas, alors qu'elle se base sur la volonté des parties, à être bien peu exigeante sur le contenu du consentement du prétendu dépositaire et à donner aux circonstances des conséquences juridiques que les parties n'avaient sûrement pas voulues ni même imaginées. S'il paraît à peu près justifiable (sous réserve de la critique tenant à la destination du contrat de dépôt qui sera ensuite envisagée) qu'elle voit un consentement du dépositaire dans une attitude active de ce dernier ou dans la remise d'une preuve de la réception de la chose, il est en revanche injustifiable qu'elle ait la même interprétation parce qu'il y a une simple patère ou un vestiaire non gardé.

Cette jurisprudence est aussi critiquable dans ses résultats. Selon une doctrine qui remonte à Pothier (53), ce qui caractérise essentiellement le dépôt c'est la fin pour laquelle l'un des contractants confie sa chose à l'autre, cette fin ce doit être la garde de ladite chose. Aussi, si le but recherché n'est pas celui-ci mais simplement l'exécution d'un autre contrat, il ne peut y avoir contrat de dépôt. Quand une cliente

(50) V. *supra* n° 4.

(51) Paris, 21 octobre 1949, cit. n. 39.

(52) Civ. 21 novembre 1911, D.P. 1913, 1, 249, n. Sarrut, S. 1912, 1, 73 n. Lyon-Caen.

(53) Pothier, traité du contrat de dépôt, éd. Bugnet, t. 5, p. 123.

accroche son manteau à la patère, ce n'est pas pour le faire garder par le coiffeur mais bien pour que celui-ci puisse exécuter le contrat d'entreprise qui consiste à la coiffer. Le contrat de dépôt reconnu par le juge dans ce genre de cas a un caractère artificiel !

20 - Déjà dans ces décisions apparaît de façon sous-jacente le motif qui pouvait conduire à affiner et modifier cette position. Pour justifier l'existence du consentement du dépositaire au contrat de dépôt, elles invoquent, entre autres, le fait que, ayant accepté le contrat principal, les parties ont forcément aussi accepté le contrat accessoire nécessaire à l'exécution du premier. Or, en réalité, cet argument ne peut justifier l'existence du contrat de dépôt, car il n'empêche pas l'utilisation de cette convention à des fins autres que celles pour lesquelles elle existe, il peut seulement justifier l'existence d'un droit à réparation. Ce droit à réparation peut naître d'une autre construction : l'obligation accessoire de surveillance.

B - La réparation fondée sur une obligation accessoire de surveillance

21 - La jurisprudence a reconnu l'existence de l'obligation accessoire de surveillance et prévu son régime.

1) La reconnaissance de l'obligation accessoire de surveillance

22 - La jurisprudence qui ne reconnaît l'existence d'une obligation accessoire de surveillance que si la relation contractuelle remplit certaines conditions mérite d'être appréciée.

a) Les conditions de la reconnaissance d'une obligation accessoire de surveillance

23 - Pour que l'existence de l'obligation accessoire de surveillance soit reconnue par le juge, la relation contractuelle doit remplir certaines conditions. L'exécution du contrat principal doit nécessiter la remise de la chose qui aura pour conséquence la perte du contrôle de la chose par son propriétaire et le transfert dudit contrôle au cocontractant (54). Il en sera ainsi, chez un coiffeur pour se faire coiffer, au théâtre pour regarder la pièce, chez un loueur de salle de séminaires pour participer aux conférences, chez un médecin pour se faire examiner, dans un restaurant pour déjeuner, dans un club sportif pour exercer sa discipline, dans certains cas dans une clinique pour se faire opérer (55)... La partie débitrice de l'obligation de surveillance

(54) "La remise du manteau opère le transfert de la garde". (Paris, 9 décembre 1981, juris-data n° 0264 69).

(55) - Médecin : Civ. 1ère, 22 novembre 1988, cit. n. 88 ; loueur de salles de séminaires : civ. 1ère, 13 octobre 1987, cit. n. 73 ; restaurant : civ. 1ère, 18 novembre 1975, cit. n. 72 ; club sportif : Paris, 10 avril 1991, cit. n. 80.

- Le cas de la clinique est particulier :

• Selon le décret du 14 janvier 1974 et la loi du 6 juillet 1992, l'hospitalisé est invité à déposer auprès de l'établissement ses objets de valeur. Cette opération est constitutive de contrat de dépôt et l'établissement, en cas de disparition, doit réparer selon un certain plafond prévu à l'art. 2 de la loi.

• Mais que va-t-il se passer pour les objets non déposés ? Un arrêt relatif à un vol commis au cours d'une opération chirurgicale a estimé que l'établissement était responsable parce qu'il avait manqué à son obligation accessoire de surveillance qui "s'étend notamment aux bijoux conservés par le patient durant la durée de l'anesthésie totale" (civ. 1ère, 19 mai 1992, cit. n. 44). Cette jurisprudence ne nous paraît pas devoir être remise en cause par l'art. 4 de la loi de 1992 qui prévoit que "le vol des objets non déposés entraîne la responsabilité de l'établissement si une faute est établie à son encontre". Cette faute peut justement être un manquement à l'obligation accessoire de surveillance.

doit être un professionnel et, on tiendra compte de la classe de son établissement. "Un restaurateur de classe doit non seulement rendre les services -difficiles en gastronomie- de sa spécialité mais aussi ceux que laisse attendre son standing commercial" (56). Ce qui est dit ici pour le restaurateur est applicable à n'importe quel corps de métier. Aussi, dans un établissement trop modeste l'obligation de surveillance pourra ne pas exister (57). Ce qui est justifié ne serait-ce que par le prix demandé pour le service et l'état d'esprit plus ou moins confiant du client selon le genre d'établissement.

En revanche, la qualité de la partie créancière est indifférente, simplement celle-ci doit avoir une attitude raisonnable et non fautive, une attitude contraire (58) constituerait un fait justificatif entraînant une exonération partielle ou totale du débiteur (59).

24 - Comme l'obligation de surveillance est fondée sur l'art. 1135 du code civil (60) et plus précisément sur l'usage et l'équité, la recherche de la volonté des parties de s'engager perd de son importance. La recherche d'une volonté positive est inutile, il n'y aura pas à démontrer que les parties avaient la volonté de surveiller ou de faire surveiller la chose, simplement, le créancier de l'obligation de surveillance doit avoir en vue, quand il entrepose une chose, sa restitution. La démonstration de cet objectif ne pose aucune difficulté, il est présumé à moins que le créancier ait précisé qu'il souhaitait se débarrasser de la chose. En revanche, une manifestation négative de volonté doit être prise en compte. Elle sera le fait du débiteur de l'obligation accessoire de surveillance. Elle prendra la forme d'un panneau ou de clauses contenues dans la convention principale ou ses annexes (61). Il existe plusieurs libellés pour ces textes ; ils indiquent soit :

- que "la maison n'est pas depositaire" ;
- que "la maison n'est tenue à aucune surveillance" (62).

25 - Le premier peut s'interpréter de deux façons, soit littéralement, on estimera alors qu'il empêche la formation d'un contrat de dépôt mais pas l'existence d'une obligation de surveillance, soit largement en estimant que le refus d'être depositaire équivaut au refus de surveiller, l'argument de texte étant l'art. 1156. La seconde position a été choisie par la Cour de Cassation le 1er mars 1988 (63). En l'espèce, une dame avait accroché son manteau à une patère située à l'entrée d'un cabaret ; à sa sortie, elle ne l'a pas retrouvé. Il a été jugé que le cabaret ne devait pas réparation car un panneau était situé au dessus du portemanteau "prévenant la clientèle que l'établissement n'acceptait pas d'être depositaire des vêtements qui étaient accrochés. De ces constatations, la Cour d'appel a pu déduire non seulement qu'aucun

(56) n. A.D., ss trib. inst. Paris, 6 décembre 1972, D. 1973, 323.

(57) Reconnaissance a contrario de cette éventualité : "C'est à tort en l'espèce que le premier juge a écarté cette obligation pour l'exploitant d'un restaurant en retenant le caractère modeste de son établissement, alors qu'il s'agit en réalité d'un établissement neuf et moderne, que le restaurateur avait organisé une soirée de réveillon pour 50 à 60 clients et qu'il devait donc s'attendre à ce que ces derniers ne viennent pas chez lui en vêtements de ski mais dans une tenue plus correcte notamment en ce qui concerne les femmes toujours tentées de faire toilette". (Besançon, 28 février 1978, Gaz. pal 1978 2, somm. 474, Rev. trim. dr. civ., 1979, 624, obs. G. Cornu).

(58) Exemple : accrocher à un portemanteau public un manteau avec à son revers une grosse broche en diamant.

(59) V. infra n° 34.

(60) V. infra n° 27.

(61) Sur les conditions que doivent remplir ces éléments pour être efficaces, V. supra n° 13.

(62) Un autre libellé peut être utilisé : "La maison n'est pas responsable" mais il n'équivaut pas à une manifestation de la volonté de ne pas s'engager mais simplement à une clause exonératoire de responsabilité. V. infra n° 33.

(63) B. n° 57, Rev. trim. dr. civ., 1988, 521, obs. J. Mestre.

contrat de dépôt ne s'était formé entre Madame Gilot et Monsieur Scemama (tenancier), mais aussi que ce dernier n'était pas tenu en l'espèce d'une obligation de garde et de surveillance des vêtements de sa cliente". Nous n'approuvons pas cette solution et préférons la première position parce que la clause claire et précise ne demande pas d'interprétation et qu'en cas de "doute" l'art. 1162 précise qu'une clause s'interprète contre celui qui a stipulé, cet article devant, selon la jurisprudence, s'appliquer avec plus de rigueur dans les contrats d'adhésion (64) comme les nôtres.

26 - La seconde est une clause limitative de l'obligation (65) ; le contractant limite le contenu de la convention, refuse que soit ajoutée cette obligation accessoire. Ces clauses sont efficaces sans restriction à condition de ne pas atteindre l'essence du contrat, condition qui est, ici, remplie sans difficulté. Le seront-elles vraiment ? Le professionnel a-t-il le droit de refuser d'être débiteur d'une obligation accessoire de surveillance ? En principe, oui. Monsieur R. de Quenaudon ne partage pas cette opinion, "Dans (ce) cas il paraît logique d'écarter la clause par laquelle le débiteur cherche à éluder l'obligation de garde ou de surveillance que l'équité lui impose" (66), parce que ce qui est imposé par l'équité, norme supérieure, ne peut être limité par le contrat, norme inférieure (67). Si cet argument ne nous paraît pas apte à justifier la non application de la clause limitative d'obligation supprimant l'obligation accessoire de surveillance, en revanche, ceux tirés des caractéristiques de la relation contractuelle peuvent y pourvoir.

Ces caractéristiques sont :

- la position économique dominante du professionnel avec lequel on passe un contrat d'adhésion ;
- l'avantage important que procure la clause au professionnel.

Elles peuvent conduire le juge, en vertu du pouvoir expresse qu'il s'est reconnu, à condamner directement cette clause parce qu'elle est abusive, elle sera alors réputée non écrite (68).

Par ailleurs, les magistrats, en cette matière comme en beaucoup d'autres, ne distinguent pas quant à leur sanction ce type de clause de celle exonératoire de responsabilité, et utilisent la faute lourde pour écarter une clause délimitant l'obligation (69), afin que l'équilibre entre les parties ne dépende pas d'une simple différence de formulation.

b) L'appréciation de la reconnaissance d'une obligation accessoire de surveillance

27 - Des difficultés naissent lorsque l'on voulait prouver la formation d'un contrat de dépôt. Il sera plus facile de démontrer que dans le contrat principal existe une obligation accessoire de surveillance. Ce faisant, on se place sur le terrain du contenu d'un contrat dont personne ne conteste l'existence au lieu de se placer sur le terrain de la formation d'une convention difficile à établir. Et tout se ramène, ainsi, au problème de l'étendue des obligations des cocontractants.

(64) Colmar, 25 janvier 1963, Gaz. pal. 1963, 1, 277.

(65) Pour la validité des clauses limitant l'obligation, V. F. Collart - Dutilleul et Ph. Delebecque, Contrats civils et commerciaux, 1991, n° 795.

(66) R. de Quenaudon, art. cit. n. 3, fasc. C, n° 97.

(67) R. de Quenaudon, art. cit. n. 3, fasc. 20, n° 19.

(68) Sur la reconnaissance expresse du pouvoir pour le juge de condamner directement une clause abusive, V. Civ. 1ère, 16 juillet 1987, Rev. trim. dr. civ. 1988, 114, obs. J. Mestre ; 6 décembre 1989, ibid. 1990, 227, obs. J. Mestre ; 19 décembre 1990, ibid. 1991, 333, obs. J. Mestre ; 14 mai 1991, ibid. 1991, 526, obs. J. Mestre.

(69) Civ. 1ère, 11 mars 1969, cit. n. 28.

Pourquoi le client entrepose-t-il un objet ? Pour que le professionnel avec lequel il a contracté puisse exécuter la convention. S'il n'y a pas pour autant dépôt, il n'en demeure pas moins que les intéressés ont un droit légitime à récupérer leur bien dans l'état dans lequel ils l'ont laissé ; leur cocontractant doit le leur permettre et donc surveiller la chose. La cause de l'obligation du professionnel réside dans le fait que c'est pour faciliter sa tâche que le client a agi ainsi. Ce fait, s'il ne pouvait justifier l'existence d'un contrat de dépôt, peut en revanche justifier l'existence d'une obligation de surveillance qui s'intègre à la convention principale. "Il n'est pas inconcevable qu'à l'occasion d'un contrat, des obligations qui, normalement, ressortissent à un autre contrat, viennent s'y ajouter, sans que pour autant cet autre contrat se superpose au contrat préexistant" (70). Ceci est d'autant moins inconcevable que le cocontractant auquel on demande réparation est un professionnel avec lequel on a passé un contrat d'adhésion ! Les professionnels subissent un courant général tant jurisprudentiel que doctrinal plus exigeant à leur endroit. Le contrat passé avec un professionnel nécessite évidemment pour sa formation l'accord des volontés mais voit son contenu développé au delà de ce que les volontés ont imaginé en vertu des usages de la profession concernée et dans un souci de protection de la partie non professionnelle considérée comme plus faible. Un des exemples de ces développements est l'obligation de renseignements (71) mise à la charge du vendeur professionnel. Pour que l'obligation accessoire de surveillance soit mise à la charge du professionnel, il faut démontrer comment l'exécution du travail, objet de l'obligation principale, implique l'exécution de l'obligation accessoire ; l'existence de la première entraîne forcément l'existence de la seconde, que les parties en aient ou non conscience lors de la formation du contrat.

28 - L'obligation de surveillance est d'abord reconnue par les juges du fond. Sa première apparition dans un arrêt de la Cour de Cassation intervient dans une affaire où, une fois de plus, s'opposaient pour le vol d'un manteau de vison un client et un restaurateur (72). Elle est indirecte parce qu'il y a rejet d'un pourvoi dont le moyen ne contestait pas l'existence d'une obligation de surveillance accessoire au contrat de restauration mais reprochait à la décision d'avoir reconnu au restaurateur la qualité de dépositaire sans en exiger la preuve. L'allégation était inexacte, le restaurateur n'ayant pas été condamné en vertu d'un contrat de dépôt mais pour absence de surveillance. Mais si la Cour avait éprouvé des doutes sur l'existence d'une obligation accessoire de surveillance, elle aurait pu relever d'office ce moyen de pur droit" (73).

Et effectivement, la 1ère chambre civile de la Cour de Cassation n'allait pas tarder à reconnaître l'existence de cette obligation accessoire de surveillance et ce, dans les termes les plus clairs par un arrêt du 13 octobre 1987 (74) : "Attendu que la Cour d'Appel, en retenant que la mise à disposition par Relais Formation d'une anti-chambre attenante au salon loué et aménagée en vestiaire entraînant une obligation de surveillance accessoire au contrat de location, a usé du pouvoir qu'elle tient de l'art. 1135 du code civil...". Contrairement à l'attitude adoptée lorsqu'il a créé l'obligation de sécurité et le contrat de dépôt accessoire, le juge ne fonde pas sa décision sur l'interprétation d'une volonté tacite artificielle mais justifie l'existence de cette

(70) n. Giverdon ss Paris, 21 octobre 1949, cit. n. 39.

(71) Sur l'obligation de renseignement, V. M. de Juglart, Rev. trim. dr. civ. 1945 I, l'obligation de renseignement dans les contrats ; J. Mestre, les limites de l'obligation de renseignements, Rev. trim. dr. civ. 1986, 339 ; P. Jourdain, D. 1983, chron. 139.

(72) Civ. 1ère, 18 novembre 1975, B. n° 333, Rev. trim. dr. civ 1976, 369, obs. G. Cornu.

(73) En ce sens : G. Cornu, obs. ss Civ. 1ère, 18 novembre 1975, cit. n. 72.

(74) B. n° 262 : il s'agissait d'une location de salons pour un séminaire, dans un hôtel.

obligation de surveillance, comme il l'a fait quelquefois pour l'obligation de renseignements (75), par l'art. 1135 : "Les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature". Ce texte implique une analyse du contenu de l'obligation d'après sa nature et point selon l'intention des parties, il en permet ainsi l'analyse objective. Parce qu'elle permet l'exécution de l'obligation principale, l'obligation de surveillance est une suite que l'usage et l'équité donnent à l'obligation principale du professionnel d'après sa nature.

Et une fois de plus, comme le constatait G. Viney au sujet d'autres obligations à la charge du professionnel, le contrat passé avec ce dernier déclenchera "l'application dans les rapports entre les parties de règles professionnelles préexistantes" (76), dégagées par la jurisprudence.

29 - Un auteur regrette que le fondement choisi ait été l'art. 1135 plutôt que l'art. 1156 (77). Au contraire, nous nous en réjouissons, l'intervention de l'art. 1156 représenterait un retour en arrière puisque cet article renvoie à la recherche de la commune intention et donc, dans notre cas, à la démonstration que l'obligation de surveillance était incluse dans une commune intention. Comme précédemment lorsqu'on cherchait à établir l'existence d'un contrat de dépôt, cette démonstration serait facile pour le créancier de l'obligation et difficile pour son débiteur.

30 - Ce recours à l'art. 1135 est une manifestation supplémentaire d'un retour à la théorie générale des contrats (78) visible depuis 1980 tant en doctrine qu'en jurisprudence. Dans la tempête de la multiplicité des textes spéciaux, face à l'échéance, maintenant, très proche de l'unification européenne, "la réglementation étatiste est souvent inadaptée aux particularités du "terrain" contractuel" (79) et la théorie générale représente une amarre solide et surtout éprouvée.

2) *Le régime de l'obligation de surveillance*

31 - La jurisprudence qui a créé l'obligation accessoire de surveillance n'a pas encore fermement établi son régime, mais le plus souvent elle la considère comme une obligation de moyen explicitement (80) ou implicitement (81). Le manquement

(75) Civ. 1ère, 3 juillet 1985, B. n° 211 ; Rev. trim. dr. civ. 1986, 368, obs. J. Huet : "Vu l'art. 1135 : il appartient au vendeur professionnel de matériaux acquis par un acheteur profane de le conseiller et de le renseigner et, notamment, d'attirer son attention sur les inconvénients inhérents à la qualité du matériau choisi par le client, ainsi que sur les précautions à prendre pour sa mise en oeuvre, compte tenu de l'usage auquel ce matériau est destiné".

(76) G. Viney, traité de Droit civil, L.G.D.J., tome 4 : les obligations : responsabilité, conditions, n° 515.

(77) A.D. n. sous trib. inst. Paris, 6 décembre 1972, cit. n. 56 : "l'art. 1156 aurait, semble-t-il, permis une analyse plus souple des rapports contractuels subjectifs, autorisant à réintroduire les critères de Michelin, Kléber Colombes, Gault et Millau". Nous ne voyons pas en quoi le recours à l'art. 1135 empêcherait cette démarche, les usages sont différents selon le type d'établissement que l'on fréquente...

(78) Sur cette question, V. Ph. Rémy et Ph. Jestaz, le droit contemporain des contrats, travaux et recherches, Fac. droit Rennes sous la direction de L. Cadet ; l'évolution contemporaine du droit des contrats, journées, R. Savatier, P.U.F., 1986.

(79) Ph. Malaurie et L. Aynès, op. cit. n. 5, n° 35. Dans le même sens, Ph. Rémy, in le droit contemporain des contrats, cit. n. 80, p. 271 : "Les contrats ont certes besoin de droit ; il n'est pas sûr qu'ils aient besoin de loi".

(80) Paris, 5 mars 1974 ined., Paris, 20 mars 1987, D.S. 1987, I.R., 115. Paris, 10 avril 1991, J.C.P. 1991, IV, 361 : "Le directeur du gymnase a le devoir de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer la sauvegarde des objets contenus dans les vestiaires".

(81) Civ. 1ère, 18 novembre 1975, cit. n. 72, trib. inst. Paris, 6 décembre 1972, cit. n. 56, Besançon, 28 février 1978, cit. n. 57.

du débiteur à son obligation de surveillance peut résulter de faits divers conjugués ou non, en général, établis sans difficulté par le créancier.

- Le fait de ne pas avoir de vestiaire (82).

- Le fait de ne pas avoir mis la cliente en garde sur le risque (83) ou sur l'absence de surveillance du vestiaire (84).

- Le fait de n'exercer aucune surveillance, la gravité de ce manquement augmentant avec l'éloignement entre le client et l'objet entreposé car le client a d'autant plus de raison de penser que le professionnel a pris des précautions pour la garde des objets (85), que ceux-ci sont éloignés ; c'est cette absence de surveillance qui est la plus souvent, avec bonheur, invoquée par les victimes (86).

32 - Exceptionnellement, la Cour de Cassation a implicitement qualifié l'obligation pesant sur le professionnel d'obligation de résultat (87). Nous allons voir qu'il convient de ne pas accorder d'importance à cette décision. A la suite d'un examen radiographique pour lequel on lui avait demandé d'enlever la chaîne qu'il avait autour du cou, un malade n'a pas récupéré son bien. La Cour de Cassation (88) a rejeté le pourvoi formé contre la Cour d'Appel qui avait condamné le médecin à réparation. "attendu que les circonstances dans lesquelles le bijou avait été retiré à Monsieur Collin n'étaient pas contestées qu'appréciant souverainement ces circonstances, la Cour d'Appel en a déduit que le Docteur Dupres avait l'obligation de veiller à ce que le bijou soit restitué à son propriétaire et a retenu qu'il n'avait pas été satisfait à cette obligation". Le médecin devait veiller à ce que le bijou soit restitué ; il ne l'a pas fait, l'absence de résultat suffit à établir le manquement à son obligation.

Mais ici, la Cour n'a pas raisonné sur l'obligation accessoire de surveillance mais sur l'obligation de restitution et, à cause de leur grande dépendance, a mélangé les deux obligations. En effet, le but de la première, identique à celui de l'obligation de garde du dépositaire, est la restitution de la chose. Si le médecin a manqué à son obligation de restitution, c'est parce qu'il avait manqué à son obligation de veiller sur la chose, mais le contrôle de l'exécution de celle-ci ne peut s'effectuer qu'au moment de la réalisation de celle-là. Dans le cadre du contrat de dépôt la même confusion regrettable est souvent faite par les magistrats qui emploient les deux termes indifféremment pour une même situation (89).

(82) Paris, 5 mars 1974, cit. n. 80 ; Civ. 1ère, 18 novembre 1975, cit. n. 72.

(83) Paris, 5 mars 1974, cit. n. 80 ; Civ. 1ère, 18 novembre 1975, cit. n. 72.

(84) Paris, 28 janvier 1986, juris-data n° 020430.

(85) "Il appartenait d'autant plus à ce restaurateur de prendre les mesures de surveillance nécessaires, que la disposition des lieux ne permettait pas aux clients d'apercevoir le local servant de vestiaire, placé en dehors de la salle de restauration. Il ne saurait donc faire grief à une cliente de ne pas lui avoir spécialement confié sa veste en peau de loup, la valeur de ce vêtement à l'époque des faits ne justifiant pas une telle précaution, alors que la mise à disposition des clients d'un vestiaire séparé de la salle de restauration devait permettre à ceux-ci de penser que l'exploitant avait pris les précautions nécessaires pour assurer la garde des vêtements dont ils devaient nécessairement se débarrasser avant de gagner la salle". (Besançon, 28 février 1978, cit. n. 57).

(86) Paris, 5 mars 1974, cit. n. 80, Civ. 1ère, 18 novembre 1975, cit. n. 72 ; trib. inst. Paris, 6 décembre 1972, cit. n. 56, Besançon, 28 février 1978, cit. n. 57 ; Paris, 20 mars 1987, cit. n. 80 ; Civ. 1ère, 13 octobre 1987, cit. n. 74 ; Paris, 10 avril 1991, cit. n. 80.

(87) Même sens : Bordeaux, 9 mai 1984, juris-data 040556 (la non restitution du vêtement fait présumer la faute du restaurateur qui ne peut échapper à sa responsabilité qu'en faisant la preuve d'un cas de force majeure).

(88) Civ. 1ère, 22 novembre 1988, B. n° 330, Gaz. pal. 1989, 1, Pan. jur. 10.

(89) Pour un exemple de cette confusion : "Le dépositaire n'est tenu que d'une obligation de moyen et il est exonéré de l'obligation de restituer la chose lorsqu'il rapporte la preuve de l'absence de faute ou de négligence de sa part". (Com. 22 nov. 1988, B. n° 316, Gaz. pal. 1989, 1, Pan 24, Rev. trim. dr. civ. 1989 328, obs. P. Jourdain).

Quand y aura-t-il alors réellement manquement à l'obligation de restitution ? Quand l'inexécution de l'obligation de restitution ne sera pas la conséquence d'un défaut de surveillance et donc, seulement, en cas de retard (90).

33 - En choisissant la qualification d'obligation de moyens pour l'obligation de surveillance, le juge a une attitude conforme à l'art. 1137 qui prévoit le régime, en général, de l'obligation de veiller à la conservation de la chose. Dans la plupart des espèces étudiées, le manquement pouvait facilement être établi par le créancier, cela restera sans doute la situation la plus courante. Mais il peut arriver que les circonstances soient autres et que la preuve soit mal aisée à apporter ; quelle sera alors l'attitude des tribunaux compte tenu de ce qu'il ne faut pas faire des conditions de la preuve un trop grand obstacle à l'obtention d'une réparation ? L'obligation accessoire de surveillance est directement inspirée de l'obligation de garde du dépositaire, aussi son régime peut-il se régler par analogie. Cette démarche a déjà été adoptée par la Cour de Cassation dans une hypothèse différente des nôtres puisque la non qualification de dépôt tenait au caractère facultatif de la restitution. Elle est apparue très clairement dans sa solution : "parce qu'il est tenu à une obligation, s'apparentant à celle d'un dépositaire, de garder et de restituer, le débiteur peut, en cas de perte, s'exonérer de toute responsabilité en démontrant que le dommage n'est pas imputable à sa faute" (91). L'utilisation du raisonnement par analogie dans la situation qui nous intéresse est souhaitable, d'autant plus que les fondements qui servent de base au renversement de la charge de la preuve dans le cadre du contrat de dépôt (92) sont aussi présents ici. Le débiteur de l'obligation accessoire de surveillance est débiteur d'un corps certain (art. 1245 et 1302) (93) et a une meilleure aptitude à la preuve.

34 - Le régime de l'obligation de surveillance peut être considéré comme identique à celui de l'obligation de garde, en revanche il y a une différence au niveau de leur étendue respective. Selon l'article 1927 du code civil, référence des décisions intervenues, la diligence du professionnel dépositaire est la même que celle apportée à la garde de ses propres affaires. Elle s'apprécie "in concreto", c'est-à-dire par rapport à son attitude habituelle. Selon le texte de théorie générale relatif à l'obligation de conservation (art. 1137) et applicable à l'obligation accessoire de surveillance, la diligence du professionnel débiteur de cette obligation est celle d'un bon père de famille sociologique. Elle s'apprécie "in abstracto", c'est-à-dire par rapport à celle d'un professionnel de même catégorie diligent et avisé.

En principe, à cause de la différence du procédé d'appréciation, l'étendue de l'obligation de surveillance peut être d'importance moindre, supérieure ou égale à celle de l'obligation de garde. Dans la réalité, leur étendue respective seront souvent identiques parce que l'appréciation in concreto est difficile à mettre en oeuvre et que la majorité des gens apportent à la conservation de leurs propres affaires une diligence moyenne.

35 - Après que le manquement du débiteur de l'obligation accessoire de surveillance ait été établi par le créancier, celui-là pourra s'exonérer totalement par la

(90) Nous donnons à cette obligation de restitution un contenu identique à celui que nous lui donnerions s'il y avait un contrat de dépôt. Nous adhérons à la théorie générale de l'obligation de restitution développée par les professeurs Mazeaud (Les obligations, théorie générale n° 469).

(91) Com., 22 janvier 1991, B. n° 28.

(92) Pour le dépôt, la solution est critiquée par certains auteurs : P. Jourdain, obs. ss Com. 22 novembre 1988, cit. n. 86 ; G. Viney, La responsabilité : conditions, n° 546.

(93) Sur ce fondement en matière de contrat de dépôt, V. C. Larroumet, ss 24 juin 1981, D. 1982, 363.

démonstration d'une force majeure (94) et totalement (95) ou partiellement par la démonstration d'une faute de la victime comme dans l'arrêt de la 1ère chambre civile du 18 novembre 1975 (96) ; en l'espèce, la cliente avait aussi été reconnue négligente à cause de la valeur du manteau fait de peaux de vison et de la situation du portemanteau "situé à quelque distance de la table". Si, pour établir le manquement du débiteur, le créancier a bénéficié d'une présomption de faute, celui-là pourra être libéré en invoquant son absence de faute.

Le débiteur se verra aussi dégagé de sa responsabilité s'il avait stipulé une clause limitative d'obligation ou suppressive de responsabilité sauf à voir établie sa faute lourde ou déclarée cette clause abusive, la jurisprudence appliquant le même régime à ces deux types différents de clause afin d'éviter que l'équilibre entre les parties dépende d'une simple différence de formulation (97).

Une simple affiche incitant les clients à garder leurs vêtements de valeur serait inopérante au niveau de la responsabilité (98).

II - LES PERSPECTIVES DE L'OBLIGATION ACCESSOIRE DE SURVEILLANCE

36 - Née dans les contrats passés avec des professionnels qui, pour leur exécution, nécessitaient que certaines choses, sans rapport avec l'obligation principale, soient entreposées, l'obligation accessoire de surveillance a pris de l'indépendance vis-à-vis de son modèle : l'obligation de garde du dépositaire. Aussi peut-elle servir dans son rôle de palliatif de l'absence d'un contrat de dépôt dans d'autres conventions : celles passées avec des professionnels et dans lesquelles la chose entreposée a un rapport avec l'obligation principale. Ce rapport peut exister parce que l'obligation principale est soit la mise en jouissance d'un lieu en vue d'entreposer cette chose, soit l'exécution d'un travail sur cette chose. Le recours à l'obligation accessoire de surveillance évitera une qualification erronée de la relation contractuelle et permettra une réparation méritée.

A - L'obligation principale est la mise en jouissance d'un lieu où la chose est entreposée

37 - Lorsqu'il y a mise en jouissance d'un lieu, la partie qui en est bénéficiaire peut avoir, plus ou moins, en vue la protection de la chose qu'elle y installera. Ce souci, à ses yeux, peut être essentiel, important ou inexistant, dans tous les cas il dictera la qualification de la convention. Il est un contrat où l'état d'esprit des contractants est clair, c'est le contrat de coffre fort. Il est d'ailleurs tellement clair que, dans cette convention, l'obligation de garde est principale, la mise en jouissance du compartiment n'étant que secondaire et représentant la modalité qui permet d'exercer la garde. Comme nous l'avons déjà indiqué, la non qualification de contrat de dépôt provient, ici, de l'absence de remise de la chose entre les mains du cocon-

(94) Preuve d'une force majeure non apportée : Trib. inst. Paris, 6 décembre 1972, cit. n. 56, Besançon, 28 février 1978, cit. n. 57.

(95) Montpellier, 4 décembre 1990, juris-data 3683 (exonération totale : une cliente d'un buffet de gare avait suspendu son manteau de vison au portemanteau, celui-ci ayant disparu, la responsabilité n'a pas été retenue parce que la cliente avait eu la possibilité de garder ses vêtements avec elle ou de surveiller son vestiaire).

(96) Civ. 1ère, 18 novembre 1975, cit. n. 7.

(97) V. supra n° 24.

(98) Paris, 28 janvier 1986, juris-data n° 02 04 30.

tractant (99). Il est un autre contrat où le désir des parties apparaît moins aisément, c'est le contrat de remise de véhicule (100).

38 - Les propriétaires d'instruments de transports, contraints de trouver des lieux pour les garer quand ils sont vides et inutilisés, passent des contrats de remise de véhicule (101). Ils garent leur voiture ou autres véhicules terrestres dans des garages ou dans des parcs de stationnement, ils mouillent leur bateau à quai dans un port, ils entreposent leur caravane sur des terrains prévus à cet effet...

Des problèmes vont se poser lorsque la chose remise est volée ou détériorée et que son propriétaire veut obtenir réparation. Les litiges les plus nombreux naissent évidemment du stationnement des automobiles. La question de départ est un classique problème de qualification de la convention, celle-ci ne pouvant être qu'exclusive. Celui qui, dans le cadre d'une relation contractuelle, utilise un local pour entreposer son véhicule dépose-t-il ce dernier ou loue-t-il le premier (102) ? Le juge qui n'est pas tenu par la qualification donnée par les parties puisqu'il a le pouvoir de rebaptiser les conventions (103), s'est d'abord enfoncé dans cette alternative et n'accorde de réparation que si le contrat de dépôt est établi (1. l'alternative contrat de bail, contrat de dépôt). Mais la situation est peut-être en train d'évoluer puisqu'il lui arrive, bien qu'ayant qualifié la convention de bail, d'octroyer une réparation pour manquement à une obligation accessoire de surveillance (2. Le recours souhaitable à l'obligation de surveillance).

1) *L'alternative contrat de bail, contrat de dépôt*

39 - La jurisprudence s'est d'abord développée en matière de contrat que l'on appelait à l'époque contrat de "garage", première modalité imaginée par les utilisateurs pour remiser leur automobile. Et elle a d'abord utilisé une distinction selon la nature de l'emplacement concédé :

- S'il s'agit d'un box particulier fermant à clé ou d'un emplacement déterminé occupé à titre privatif, il y a louage de choses et le garagiste a seulement pour obligation de permettre la jouissance des lieux et non de garder la chose remise (104).

- S'il s'agit d'un abonnement permettant de disposer d'une place dans un garage collectif il y a dépôt (105) et donc garde de la chose remise.

Cette distinction et les conséquences qui s'en suivaient étaient critiquables parce qu'elle créait une situation paradoxale. "L'automobiliste qui pensait prendre le plus de garanties pour la protection de son véhicule et qui acceptait de payer le prix le plus élevé (le prix d'un box est d'environ 20 % plus élevé que celui d'une place

(99) V. supra n° 6.

(100) Nous utilisons cette appellation pour plusieurs raisons :

- elle est suffisamment générale pour couvrir :

* tous les genres de véhicules (bateaux, voitures caravanes...) susceptibles d'être remisés ;

* toutes les modalités imaginées pour remiser les dits véhicules (contrat de garage, de stationnement...) que nous trouvons inutile de distinguer à cause de leurs nombreux points communs ;

- elle évite l'emploi de la formule ambiguë "contrat de garage" qui ne permet pas de faire nettement la différence entre le contrat passé en vue de remiser un véhicule et celui passé en vue de le réparer.

(101) Pour qu'il y ait contrat, il ne doit pas y avoir acte de complaisance comme celui existant dans Civ. 1ère, 29 mars 1978, B. n° 126, où "c'était par simple tolérance qu'une société mettait son parking à la disposition d'une autre".

(102) L'ambiguïté naît de ce que le dépôt s'il ne porte que sur les meubles implique qu'il y ait remise de la chose dans un immeuble du dépositaire.

(103) Le juge du fond exerce ce pouvoir sous le contrôle de la Cour de Cassation (Civ., 24 décembre 1988, D.P. 1989, I, 415).

(104) Lyon, 4 avril 1946, S. 1946, 2, 74 ; trib. civ. Seine, 15 janvier 1951, J.C.P. 1951, II, 6549, obs. Joly ; Civ. 1ère, 16 juillet 1953, B. n° 251.

(105) Orléans, 30 juillet 1942, D.C. 1943, 17, n. Tunc ; Colmar, 25 mars 1953, D. 1953, 375 ; Civ. 1ère, 6 février 1963, D. 1964, 17, n. Rodière.

dans un garage collectif) était en réalité celui dont les droits étaient les plus limités" (106). La 1ère chambre civile de la Cour de Cassation a mis fin à cette situation par un arrêt du 2 novembre 1966 (107). La qualification de la convention ne dépend plus de la nature de l'emplacement : qu'il y ait box ou garage collectif il peut y avoir dépôt ; elle dépend de la personnalité du cocontractant : s'il s'agit d'un garagiste il y aura un contrat de dépôt, s'il s'agit d'un simple particulier il y aura contrat de louage de choses.

40 - Ce critère insuffisant va lui aussi être condamné par la 3ème chambre civile de la Cour de Cassation le 26 octobre 1977 (108). Cet arrêt, intervenu à un moment où le contexte avait changé à cause de l'accroissement galopant du nombre de véhicules et des modes de stationnement (109), et sans doute influencé par ces éléments nouveaux, a remis les choses au point en rappelant la démarche à suivre qui est celle applicable à toute recherche de qualification. Elle consiste, après avoir établi l'élément caractéristique d'un type de convention (pour le dépôt il s'agit de l'obligation de garde), à vérifier si dans la convention litigieuse cet élément caractéristique est présent. Pour la cour, le tribunal qui a décidé qu'il y avait contrat de dépôt salarié n'a pas donné de base légale à sa décision en ne recherchant pas si la société concédante "s'était engagée à assurer la garde et la conservation des véhicules et à restituer ceux-ci à leur propriétaire dans l'état où ils lui avaient été remis". Selon cet arrêt, pour qu'un contrat de remise de véhicule soit un dépôt, les parties doivent avoir eu la volonté de prévoir à titre principal une obligation de garde, en l'absence de cette volonté, le contrat est un louage de choses. Comment le juge va-t-il pouvoir déterminer si, dans les espèces qui lui sont soumises, il existe une obligation de garde à titre principal ? En présence d'une disposition expresse, en ce sens, il n'aura aucune difficulté à le faire ; en son absence, la Cour de Cassation lui a indiqué certains moyens d'investigations permettant une justification légale de la décision.

41 - Il doit "rechercher si compte tenu de la nature de l'activité exercée par la société (concedante) (celle-ci) s'était engagée à assurer la garde" (110). En effet la nature de l'activité exercée par les parties influe sur l'idée qu'elles se font du contenu de la convention et, ainsi, sur leur commune intention. Si le contrat a été passé avec quelqu'un qui d'habitude garde (à titre principal), il pourra être présumé que cette intention de faire garder faisait partie de la volonté des cocontractants.

Dans cette recherche de la volonté des parties, il examinera les documents annexes ainsi la police d'assurance dont l'existence est indiquée dans la convention (111) ou vérifiera si le prétendu dépositaire a souscrit un contrat de surveillance auprès d'une société de protection. Ces éléments constituent un faisceau d'indices ; s'ils sont suffisants pour établir l'existence d'une obligation de surveillance, ils ne garantissent pas forcément la présence d'une obligation principale de garde (112).

(106) n. Pélissier, ss Civ. 1ère, 2 novembre 1966, D.S. 1967, 319.

(107) B. n° 489, D. 1967 319, n. Pélissier, Rev. trim. dr. civ. 1967, 411, obs. G. Cornu ; Rev. trim. dr. com. 1967, 229, obs. J. Hemard.

(108) B. n° 362, Rev. trim. dr. civ. 1978, 670, obs. G. Cornu, D. 1978, I.R., 99, Bull. Transp. 1978, 363, obs. R. Rodière.

(109) Le stationnement autrefois habituel est, maintenant, très souvent temporaire. Les parcs collectifs, précédemment de taille réduite, sont devenus immenses et la présence humaine a été remplacée par des barrières automatiques et des caméras.

(110) Civ. 3ème, 26 octobre 1977, cit. n. 108.

(111) Com, 13 décembre 1982, B. n° 405, Rev. trim. dr. com. 1984, 517, obs. J. Hemard et B. Bouloc. En l'espèce, il s'agissait d'un contrat liant une société concessionnaire d'un port de plaisance et un particulier propriétaire d'un bateau qui avait été volé.

(112) - Bordeaux, 21 janvier 1986, juris-data 040119 : en l'espèce, la reconnaissance d'une obligation principale de garde est justifiée car non seulement des rondes de vigiles étaient prévues mais encore le véhicule remis était une voiture de collection.

Cette démarche conduit rarement à la qualification de dépôt (113) et, généralement à celle de louage de choses et ce, quel que soit l'instrument de transport remisé, caravane (114), voiture (115), bateau (116). Puisqu'il y a seulement bail, le bailleur ne doit assurer que la jouissance paisible de la chose louée, il n'a pas à garantir les troubles matériels (vol ou détérioration) provenant d'un tiers. Il n'aura donc pas à réparer le préjudice subi par son cocontractant sauf si ce dernier arrive à prouver sa faute. Cette absence de réparation peut paraître excessive dans certains cas. Aussi, une évolution commence-t-elle à se faire sentir, à défaut de contrat de dépôt non justifiable dans les espèces soumises, certaines décisions de juge du fond établissent une obligation de surveillance, accessoire au contrat de bail (117) qui, inexécutée, engage la responsabilité de celui qui en est le débiteur.

2) *Le recours souhaitable à l'obligation accessoire de surveillance*

42 - Il est intéressant de noter que les pourvois formés contre les décisions qui font intervenir une obligation accessoire de surveillance jouent sur le fait que si les juges du fond ont reconnu l'existence d'une obligation de surveillance, il y a alors contrat de dépôt. Ils ont été rejetés par la Cour de Cassation qui reconnaît ainsi implicitement ou même expressément (118) la possibilité d'une obligation accessoire de surveillance au bail indépendante du contrat de dépôt.

Pour le moment, l'existence de cette dernière n'a été reconnue que dans des affaires où elle pouvait se déduire par l'interprétation de la volonté des parties. Mais il serait souhaitable qu'elle soit aussi reconnue par une analyse objective de la convention sur la base de l'article 1135 et, plus particulièrement, comme une suite que l'usage et l'équité donnent à l'obligation d'après sa nature (119). Évidemment, l'existence de cette obligation de surveillance (basée sur l'article 1135) ne serait pas justifiable dans tous les contrats de remise de véhicule. Il ne convient pas de la mettre à la charge d'un propriétaire d'immeuble simple particulier qui loue un local sur lequel il perd tout pouvoir. En revanche, elle doit être introduite dans les contrats passés avec des professionnels puisque les notions d'usage et d'équité revêtent d'autant plus d'importance que l'on a affaire à un professionnel avec lequel on a conclu un contrat d'adhésion. L'obligation de surveillance est alors justifiée par le

- Bordeaux, 18 mars 1986, juris-data 040288 : en l'espèce, la qualification de dépôt, même en présence d'un contrat de surveillance, n'est pas justifiée ; ce dernier ne suffit pas à établir le caractère essentiel de la garde.

(113) Quand même :

- Pour une voiture (Civ. 1ère, 31 mai 1983, B. n° 183 ; Bordeaux, 21 janvier 1986, cit. n. 112)

- Pour un bateau (Com., 13 décembre 1982, cit. n. 111).

(114) Civ. 1ère, 3 février 1982, B. n° 60, Def. 1982, p. 1632, obs. G. Vermelle : "La convention intervenue entre l'exploitant d'un camping et le propriétaire d'une caravane mise en stationnement sur le terrain moyennant redevance et par la suite volée n'est pas un dépôt salarié mais un contrat de louage n'entraînant aucune obligation de garde".

(115) Civ. 3ème, 11 juin 1980, juris-data n° 035384 ; Paris, 27 janvier 1982, D. 1982, I.R. 426 ; Paris, 30 janvier 1984, D.84, I.R. 299 ; Bordeaux, 19 mars 1990, juris-data 041348, et nombreuses décisions de 1ère instance citées par H. Fabre, n. ss Paris, 9 janvier 1980, D. 1981, 219.

(116) Civ. 1ère, 21 juillet 1980, B. n° 228, Rev. trim. dr. civ. 1981 406, obs. G. Cornu, ibid. 1983 555, obs. Ph. Remy ; Civ. 1ère, 31 janvier 1984, B. n° 44, Rev. trim. dr. com. 1985 565, obs. J. Hemard et B. Boulou.

(117) Montpellier, 27 février 1978, inéd. ; 21 octobre 1981, J.C.P. 1982, II, 19751 ; Aix en Provence, 19 janvier 1982, inéd. ; Paris, 30 janvier 1984, juris-data n° 020161.

(118) - Expressément : La Cour d'Appel qui a admis l'existence d'une obligation de surveillance et non pas de garde "n'a pas assimilé le contrat dit de gardiennage à un contrat de dépôt salarié et n'a pas fait application de l'article 1915 du code civil et n'a pas non plus dénaturé ce contrat..." (Civ. 1ère, 31 janvier 1984, cit. n. 116)

- Implicitement : Civ. 1ère, 21 juillet 1980, cit. n. 116.

(119) Contra : G. Vermelle, obs. ss Civ. 1ère, 3 février 1982, cit. n. 114.

pouvoir de contrôle et d'organisation (qui peut se traduire par certaines contraintes pour le preneur) que le bailleur a sur les lieux et par le prix exigé.

43 - Cette obligation de surveillance, compte tenu de la variété des formules de stationnement imaginées, n'aura pas toujours la même étendue.

Elle s'alourdira quand les lieux loués sont destinés au seul usage d'abonnés car, à ce moment là, le contrôle est plus facile à établir, et, pour la raison inverse, s'allégera sans pour autant disparaître, quand les lieux loués sont destinés à des occupations temporaires. Dans toutes les hypothèses, on s'attachera au caractère modique ou élevé du prix (120) et au type de stationnement proposé (121). En cas de système de parc avec ticket horodateur et barrières automatiques, l'obligation de surveillance demeure (122), le minimum exigible est le contrôle des sorties et couvre donc le vol du véhicule à condition que l'utilisateur n'ait pas laissé son ticket à l'intérieur. Et ce, d'autant plus que le propriétaire d'un véhicule, légitime mais distrait et qui comme tel a perdu son ticket, est toujours contraint de payer le maximum pour faire sortir son bien. Aux professionnels d'imaginer un contrôle efficace pour éviter cette situation et, entre autres, par exemple, l'inscription sur le ticket d'entrée, non seulement de la date et de l'heure, mais aussi du numéro d'immatriculation ou autre signe distinctif de la voiture. Le fait qu'il y ait une barrière automatique ne change rien à la question ; si la surveillance humaine a été supprimée elle peut et doit être remplacée par d'autres moyens.

44 - L'absence de choix dans la modalité de stationnement (123), la position de monopole du cocontractant devra conduire à une plus grande sévérité à son endroit. En revanche, il n'y a pas lieu de distinguer selon le caractère privé ou public du propriétaire ou gérant de parking ; la même responsabilité doit être appliquée lorsque les mêmes conditions sont remplies.

Pourtant la jurisprudence a fait une différence ! Elle a même été jusqu'à déclarer qu'un usager qui stationnait dans un parc géré par un établissement public ne passait pas de contrat avec lui : "Aucun lien contractuel ne se noue entre les détenteurs de véhicules et l'établissement public qui gère le parc de stationnement dans un aéroport ; l'organisation d'un parc est une mesure de police, et son utilisation fait l'objet de textes réglementaires qui précisent notamment que le droit de l'utilisateur, contrepartie de la redevance, est un simple droit de stationnement à ses risques et périls et d'occupation temporaire du domaine public, sans obligation de gardiennage ni surveillance à la charge de l'établissement public" (124). Cette position est criti-

(120) Les prix habituellement pratiqués dans ce genre d'endroit sont en général le contraire de modique, une moyenne de 10,00 F l'heure équivaut à 7200,00 F mensuel !

(121) Exemple : Si l'exploitant d'un parc de stationnement est l'auteur d'une publicité faisant état d'une garde par maître-chien, il y a obligation de surveillance (Paris, 30 janvier 1984, cit., n. 117).

(122) Pour les parkings à barrières automatiques, contra : Rouen, 22 janvier 1975 (Rev. trim. dr. civ. 1975 556, obs. G. Cornu) mais il s'agissait ici d'une espèce très particulière, l'utilisateur avait négligé de fermer sa porte à clé et laissé la clé de contact sur le tableau de bord ; la portée de cet arrêt en est diminuée d'autant.

(123) En ce sens, trib. inst. Paris, 6 septembre 1978, Argus 1978, 2791, qui prône une plus grande sévérité "parce que l'utilisateur n'avait pas d'autre possibilité que de laisser son véhicule pendant son voyage sur l'un des parcs de stationnement dont l'aéroport de Paris détient l'exclusivité, aucun emplacement libre et gratuit aux risques et périls de leurs utilisateurs n'étant laissé à leur disposition...".

(124) Civ. 1ère, 24 juin 1986, B. n° 185, Rev. trim. dr. civ., 1987, 532, obs. J. Mestre. Cet arrêt est celui dont la solution est la plus nette et précise. Mais la même solution a été donnée par d'autres : - Civ. 1ère, 10 mars 1981 (B. n° 85, D. 1981, 395, Rev. trim. dr. com. 1982, 299, obs. J. Hemard et B. Bouloc) rejetait un pourvoi sur Paris, 9 janvier 1980, D. 1981, 219, n. H. Fabre, Gaz. pal 1980, II, 507, n. Rodière, Rev. trim. dr. civ. 1980, 783, obs. G. Cornu., Civ. 1ère, 29 octobre 1984, B. n° 287, D. 1985, 132. Mais ici l'absence de lien contractuel a favorisé l'utilisateur : "Mais attendu qu'en l'absence de lien contractuel entre le propriétaire du véhicule et l'aéroport de Bâle-Mulhouse, établissement public qui

quable pour plusieurs raisons. Il n'y a pas de contrat mais il n'y a pas pour autant acte de courtoisie qui justifierait l'absence de lien contractuel puisque l'acte est rémunéré. Le caractère public de l'emplacement occupé ne peut justifier le refus d'une qualification contractuelle. Ne le justifie pas non plus le fait que les barrières soient automatiques "que les billets soient désormais contrôlés par des machines n'empêche pas le transport dans le métro de demeurer un contrat" (125). Dans ces hypothèses, les magistrats de la Cour de Cassation se sont montrés timorés sans doute parce que le litige intervenait avec un établissement public à caractère industriel et commercial et au sujet d'une occupation temporaire du domaine public.

45 - Dans ces contrats de stationnement, contrairement à ce qui se passe dans les cas précédemment étudiés, l'étendue de l'obligation de surveillance est sûrement moindre que celle de l'obligation de garde du dépositaire, car si elle était égale il y aurait qualification exclusive de la convention en contrat de dépôt et non en bail avec obligation de surveillance (126). Tout le problème va se situer au niveau de la détermination de son étendue. En l'absence de dispositions contractuelles expresses, les circonstances sus indiquées la permettront (127). Elle ne s'étendra pas à la surveillance des objets laissés à l'intérieur des véhicules (128) sauf si leur détérioration ou disparition est la conséquence d'un dommage subi par le véhicule (129) ou si un engagement particulier a été pris en ce sens.

46 - Si l'étendue de l'obligation de surveillance accessoire au contrat de stationnement est moindre que celle de l'obligation de garde du dépositaire, en revanche, son régime, comme dans les hypothèses précédemment étudiées doit être identique. La Cour de Cassation a estimé qu'il s'agissait d'une obligation de moyens, ce qui est normal puisqu'il s'agit d'une obligation qui s'apparente à celle de veiller sur la conservation de la chose (art. 1137). Elle a donc mis à la charge du créancier la preuve du manquement du débiteur. Mais, dans l'espèce où elle est intervenue, il n'y avait aucune difficulté de preuve (130). Dans un cas contraire, n'y aura-t-il pas, comme pour le contrat de dépôt, pour une raison déjà évoquée dans les situations précédentes (meilleure aptitude à la preuve) (131) renversement de la charge de la preuve ? Ce serait souhaitable (132).

gérerait le parc de stationnement, la Cour d'Appel n'a pas fondé sa décision sur les articles 1134, 1147 et 1150 du Code civil dont la violation est ainsi vainement invoquée".

Y-a-t-il une différence de position entre la Cour de Cassation et le Conseil d'État ? Celui-ci ne parle que d'absence de surveillance et ne prend pas position sur la nature contractuelle ou non de la relation (C.E., 21 janvier 1991, J.C.P., E., 1991, n° 7, Pan. act. 169).

(125) Ph. Malaurie et L. Aynès, op. cit. n. 5, n° 860, n. 4.

(126) Exemple : Un véhicule remis et volé par un voleur qui détenait la clé : - Si le contrat est un dépôt, le dépositaire est responsable, il ne devait restituer la chose qu'à son propriétaire ou à son représentant.

- Si le contrat est un bail assorti d'une obligation de surveillance, le bailleur n'est pas responsable.

(127) V. supra n° 41.

(128) Civ. 1ère, 22 novembre 1988, B. juris-data 002712 : "C'est à bon droit que les premiers juges n'ont pas retenu la responsabilité du gérant du parking pour manquement à son obligation de surveillance, en raison d'un vol commis dans le parc de stationnement dans le véhicule d'un commerçant, dès l'instant que son obligation était limitée à la surveillance des voitures garées, des conducteurs et des passagers contre les agressions et non aux vols des objets laissés à l'intérieur du véhicule".

(129) Solution donnée pour un contrat de dépôt applicable ici : Le dépositaire doit réparer le préjudice que représente la perte de l'objet de la garde mais également celle des marchandises qui s'y trouvaient si "cette perte est la conséquence directe du vol du véhicule lui-même" (Civ. 1ère, 12 décembre 1984, B. n° 335, Bull. transp. 1985, 222, Rev. trim. dr. com. 1986, 296, obs. J. Hémar et B. Bouloc).

(130) Le bateau qui stationnait dans le port avait été volé. Le préposé n'avait non seulement demandé aucune justification à la personne installée sur le bateau mais, plus encore, l'avait aidé à le faire démarrer... (Civ. 1ère, 31 janvier 1984, cit. n. 116).

(131) V. supra n° 32.

(132) Contra : Ph. Rémy, obs. ss (Civ. 1ère, 21 juillet 1980, cit. n. 116), qui voit dans l'absence de présomption de faute la différence entre l'obligation de surveillance et l'obligation de garde.

47 - Si le cocontractant a prévu une clause limitative de l'obligation ou de la responsabilité elle devra répondre aux exigences habituelles (133), être connue et acceptée par les deux parties pour être efficace (134). Dans ce cas, elle ne l'exonérera pas de sa faute lourde ou de son dol (135). Ainsi, il y aura faute lourde lorsque le cocontractant laissera sortir le véhicule sans demander au prétendu mandataire du propriétaire du véhicule, ni ticket de parking ni carte grise (136). Les clauses relatives à la responsabilité contenues dans les contrats de stationnement, à cause de la qualité de professionnel à position dominante du cocontractant auquel elles procurent un avantage excessif pourront être condamnées comme abusives par le juge (137), surtout si l'usager est obligé d'utiliser les lieux, aucun autre moyen de se garer n'étant possible (138).

B - L'obligation principale est l'exécution d'un travail sur la chose entreposée

48 - Dans le contrat de dépôt, le dépositaire n'a qu'à garder la chose ; il lui est interdit, sauf clause contraire, de l'utiliser et, dans tous les cas, il n'a pas à l'exploiter, à la réparer ou à la faire fructifier. Dans le contrat d'entreprise, l'entrepreneur doit en revanche exécuter le travail sur la chose. A première vue, les domaines respectifs de ces deux contrats sont aisés à établir. Mais certaines situations intermédiaires peuvent être difficiles à qualifier.

La première est celle où la convention (en principe un dépôt) a pour objet la garde d'une chose qui nécessite une attitude plus active que celle, habituellement, exigée du gardien. Garder, c'est empêcher que la chose ne périsse ou ne disparaisse ; si l'on garde un animal, il faudra le nourrir, le soigner... La convention devient-elle alors un contrat d'entreprise ? Non, car l'on considère que ces obligations de faire sont la suite naturelle de la garde (139). En effet, on nourrit un animal pour empêcher qu'il ne périsse (140). Il en serait autrement si les parties avaient prévu des obligations qui ne seraient que la "suite naturelle" de l'obligation, ainsi celle d'engraisser ou de dresser l'animal ; La convention deviendrait alors un contrat d'entreprise (141).

(133) V. supra n° 13.

(134) Clause efficace : Paris, 5 mai 1982, juris-data n° 021434.

Clause inefficace : Civ. 1ère, 31 mai 1983, cit. n. 113 : "Il n'était pas établi que l'usager ait reçu avis de ces règles ni que la clause précitée, écrite en caractères minuscules, ait fait l'objet d'un affichage apparent".

(135) Civ. 1ère, 12 décembre 1984, cit. n. 129.

(136) Cette solution a été retenue dans une hypothèse où le contrat avait été considéré comme un dépôt (Civ. 1ère, 27 février 1990, juris-data n° 000334). A notre avis, elle doit être étendue à celle où on le considère comme un contrat de location avec obligation accessoire de surveillance.

(137) V. supra n° 24.

(138) Les prémices de cette sanction ? : "La clause d'exonération de responsabilité...n'a pu être valablement acceptée par l'usager dès lors que ce dernier n'avait pas d'autres possibilités, après lecture dudit règlement, que de laisser son véhicule pendant son voyage, sur l'un des parcs de stationnement dont l'aéroport de Paris détient l'exclusivité, aucun emplacement libre et gratuit, aux risques et périls de leurs utilisateurs, n'étant laissé à leur disposition..." (Trib. inst. Paris, 6 septembre 1978, cit. n. 123, infirmé par Paris, 9 janvier 1980, cit. n. 124).

(139) En ce sens : V. Rodière, art. cit. n. 1, n° 8.

(140) En ce sens : Civ. 1ère, 2 octobre 1980, B. n° 240, Rev. trim. dr. civ. 1981, 405, obs. G. Cornu ; Civ. 1ère, 10 janvier 1990, B. n° 6, Rev. trim. dr. civ. 1990, 517, obs. Ph. Rémy, Rev. trim. dr. com. 1990, 460, obs. B. Bouloc, D.1990, I.R. 30 : Le contrat qu'un éleveur avait conclu avec le propriétaire de chevaux de course en acceptant d'assurer, moyennant rétribution, la pension d'une pouliche, s'analyse en un contrat de dépôt salarié.

Contra : Doit être signalée cette décision isolée et déjà ancienne qui a estimé qu'un contrat par lequel un marchand de bestiaux et un cultivateur mettant à charge de ce dernier, moyennant rémunération forfaitaire, de les garder, nourrir et soigner suivant la méthode de "stabulation libre" sans être tenu de les engraisser, est un contrat "innommé". Civ. 1ère, 12 juillet 1960, B. n° 390.

(141) Pour le dressage : Civ. 1ère, 15 avril 1980, B. n° 115, J.C.P. 1981, II, 19402.

La deuxième est celle où la convention (en principe un contrat d'entreprise) a pour objet l'exécution d'un travail sur une chose déjà existante et propriété du donneur d'ordre. L'entrepreneur doit réparer ou transformer, il doit aussi empêcher que la chose ne soit détériorée ou volée. La seule détérioration qui nous intéresse ici est celle qui est indépendante de l'exécution du travail. Cette deuxième situation est plus difficile à qualifier que la précédente. Doit-on opérer de façon distributive et estimer qu'il y a à la fois contrat d'entreprise et contrat de dépôt accessoire (142) ce, afin de faire peser sur l'entrepreneur dépositaire une obligation de garde. Un nombre important d'arrêts (143) ont choisi cette voie et ce de façon très claire :

- "l'existence d'un contrat non alléguée en l'espèce n'exclurait pas que l'entrepreneur soit aussi tenu des obligations du dépositaire" (144) ;
- "le contrat de louage d'ouvrage liant un client à un garagiste comportant une phase de dépôt..." (145) ;
- "de par la volonté des parties, le garagiste est à la fois locateur d'ouvrage pour le travail qu'il est chargé d'exécuter sur le véhicule et dépositaire de ce véhicule pendant le temps où celui-ci se trouve en attente de réparation ou de remise au client après exécution du travail" (146) ;
- le contrat de dépôt et son obligation de garde demeure même si l'entrepreneur ayant confié la chose à un sous-traitant perd momentanément sa garde matérielle (147).

49 - Cette attitude est à la fois critiquable et inutile.

Elle est critiquable (148) : dans ces circonstances il est incorrect d'établir à côté d'un contrat d'entreprise l'existence d'un contrat de dépôt parce que la fin principale de la convention n'est pas la garde de la chose mais sa réparation, sa transformation ou son entretien et parce que la chose rendue n'est pas identique à la chose reçue (149). Par ailleurs, la plupart de ces décisions font référence à l'art. 1927. N'est-il pas artificiel de prétendre que le dépôt est gratuit alors que la chose entreposée a un rapport avec l'obligation principale et que l'essentiel de la relation contractuelle entre le professionnel et son client est à titre onéreux.

(142) Doctrine en ce sens : S. Corbiveau, "Du garagiste : responsabilité et obligations", Th. Poitiers 1937 p. 84. C. Larroumet, n. ss Civ. 1ère, 24 juin 1981, D. 1982, I.R., 363.

(143) - Jurisprudence depuis longtemps constante pour les garagistes :

* Paris, 1er mars 1945, Gaz. pal. 1945, 1, 200 ; Lyon, 30 juillet 1946, D. 1947, 377, n. Tunc ; Trib. civ. Metz, 28 mars 1956, D. 1956, 555 ; Com. 18 janvier 1972, B. n° 25.

* Avec de nombreux arrêts récents : Civ. 1ère, 24 juin 1981, B. n° 232, D. 1982, I.R. 363, n. C. Larroumet, Rev. trim. dr. civ. 1982, 430, obs. Ph. Rémy ; Civ. 1ère, 11 juillet 1984, B. n° 230 ; Paris, 23 septembre 1987, Gaz. pal. 1989, 1, somm. 198 ; Paris, 20 mars 1987, Gaz. pal. 1989, 1, somm. 198 ; Paris, 14 mai 1987, Gaz. pal. 1989, 1, somm. 198 ; Versailles, 8 janvier 1988, Gaz. pal. 1988, 2, somm. 298 ; Paris, 15 septembre 1989, D. 89, I.R. 252 ; Colmar, 23 janvier 1991, juris-data n° 051189 ; Rouen, 20 novembre 1991, juris-data n° 050521.

- Jurisprudence beaucoup plus clairsemée pour les autres contrats d'entreprise :

* Pour un teinturier : Seine, 27 mars 1945, Gaz. pal. 12 juin 1945, Rev. trim. dr. civ. 1945, 198, obs. J. Carbonnier.

* Pour un fourreur : Com., 18 janvier 1972, B. n° 25.

* Pour une entreprise de pompage : civ. 1ère, 7 juin 1989, juris-data n° 001941.

* Pour un sous traitant de maintenance informatique : Paris, 19 juin 1991, juris-data n° 022354.

(144) Civ. 1ère, 11 juillet 1984, cit. n.

(145) Paris, 23 septembre 1987, cit. n.

(146) Paris, 14 mai 1987, cit. n.

(147) Toulouse, 2 février 1991, Juris-data O40769.

(148) "On comprendrait à la rigueur ce démembrement en petits contrats dans le cas où une même opération se scinde en séquences contractuelles assez nettement détachées : remorquages avant réparations, dépôt après réparations". Ph. Rémy, obs. ss Civ. 1ère, 24 juin 1981, cit. n. 143. Même si l'opération contractuelle peut se scinder en séquences détachées, la qualification de contrat de dépôt nous paraît quand même injustifiée parce que la fin principale de la convention n'est toujours pas la garde de la chose.

(149) Ce qui contrevient à l'art. 1932.

Elle est inutile parce que, si effectivement l'entrepreneur doit restituer la chose en bon état une fois le travail terminé (150) et pour ce faire la conserver et la surveiller, son obligation a pour fondement un autre élément que le contrat de dépôt. Elle est accessoire au contrat d'entreprise puisqu'il est nécessaire, pour que ce dernier soit exécuté, que la chose soit entreposée. L'obligation accessoire de surveillance découle de sa prestation essentielle qui consiste à réaliser un travail ; elle se justifie par la théorie des suites du contrat (art. 1135). Elle n'est d'ailleurs pas la seule obligation à peser ainsi de façon accessoire sur l'entrepreneur ; ce dernier supporte de la même façon une obligation de conseil et de livraison. L'entrepreneur, s'il est tenu de ne pas détériorer la chose lorsqu'il exécute le travail prévu, ce qui correspond au contenu de son obligation principale d'exécuter un travail, doit aussi veiller à ce que la chose ne soit ni détériorée ni volée tant qu'elle est en sa détention et hors les moments où il travaille dessus, ce qui correspond à son obligation de la surveiller. De par sa généralité, l'art. 1789 peut s'appliquer aussi à cette dernière obligation et fait qu'elle est une obligation de prudence et de diligence, une obligation de moyens. Le juge qui a eu plusieurs fois recours à ce mécanisme (151) pour octroyer une réparation au maître d'ouvrage, n'en met pas moins la charge de la preuve de son absence de faute sur l'entrepreneur. "Selon l'art. 1789 du code civil le locateur d'ouvrage est tenu de restituer la chose qu'il a reçue et ne peut s'exonérer de sa responsabilité que par la preuve de l'absence de faute" (152).

Dans la pratique, les soins qu'un entrepreneur doit apporter à la surveillance de la chose qu'il doit réparer sont semblables à ceux que doit donner un dépositaire ; la seule différence est que dans le premier cas ils sont accessoires et donc secondaires par rapport à la convention alors que dans le second ils sont le but même de la convention. Aussi le juge peut-il, pour préciser le régime de l'obligation de surveillance, s'inspirer de l'obligation voisine qu'est la garde due par le dépositaire d'autant plus que les éléments justifiant le renversement de la charge de la preuve en cas de dépôt existent aussi dans cette hypothèse (153). Comme l'obligation du dépositaire, l'obligation de l'entrepreneur, même si elle est renforcée, reste une obligation de moyens. L'entrepreneur n'a pas à établir que la cause étrangère revêtait les caractères de la force majeure, la démonstration de son absence de faute suffit (154). Mais, comme habituellement, le dommage dont la cause est inconnue pèsera sur lui puisqu'il est présumé fautif (155). Cette obligation accessoire de surveillance continue de peser sur l'entrepreneur même si la chose à réparer est entreposée en dehors de ses locaux (156).

50 - Il est souhaitable que la jurisprudence s'unifie, cesse de voir, dans certains cas où la chose est propriété du donneur d'ordre, à la fois un contrat d'entreprise et un contrat de dépôt et règle la question en incluant dans la convention une obligation accessoire de surveillance. Il est à noter qu'elle adopte une qualification

(150) "Cela va de soi, un commerçant recevant un véhicule pour le garder ou bien le réparer est tenu de prendre des précautions : il est homme de l'art et présumé détenir des compétences à la mesure de la rémunération qu'il demande" : G. Daverat, Observations sur la responsabilité du garagiste en cas de vol des véhicules automobiles qui lui sont confiés, *Gaz. pal.* 1989, 1, doct. 221.

(151) *Civ. 1ère*, 7 octobre 1963, B. n° 412 ; *Com.*, 8 juin 1971, B. n° 163 ; *Civ. 1ère*, 28 novembre 1973, B. n° 328 ; *Civ. 1ère*, 14 mai 1991, B. n° 153, *Rev. trim. dr. civ.* 1991, 526, obs. J. Mestre ; 18 février 1992 (n° pourvoi 89-15404) ; 7 juillet 1992 (n° pourvoi 91-10259).

(152) *Civ. 1ère*, 14 mai 1991, cit. n. 151.

(153) *V. supra* n° 31.

(154) *Civ. 1ère*, 28 novembre 1973, cit. n. 151 ; Aix-en-Provence, 28 janvier 1988, *juris-data* n° 041964.

(155) L'entrepreneur ne s'est pas exonéré puisqu'il n'a pas établi la cause certaine d'un incendie dont l'origine demeurait inconnue (*Com.* 8 juin 1971, B. n° 163).

(156) *Civ. 1ère*, 18 février 1992, cit. n. 151.

distributive de la relation contractuelle essentiellement lorsque l'entrepreneur est un garagiste.

51 - Le locateur d'ouvrage peut avoir prévu une clause limitative d'obligation ou suppressive de responsabilité. Pour être efficace elle devra répondre aux conditions habituelles (157) et l'entrepreneur ne devra pas avoir commis de faute lourde. Elle pourra être déclarée abusive et réputée non écrite (158) à cause de la qualité de professionnel à position dominante du cocontractant auquel elle procure un avantage excessif. Mais si elle est seulement limitative et que le client, au moment où il a donné son consentement, avait la possibilité, moyennant un coût supplémentaire, d'opter pour une réparation non limitée, cette clause est valable (159).

CONCLUSION

52 - A cause de l'intérêt que représente son obligation de garde, le contrat de dépôt est malmené. Dans de nombreux cas, une qualification distributive de la relation contractuelle comprenant un contrat de dépôt est retenue alors qu'il devrait y avoir qualification unique par la technique de l'accessoire puisque dans ces hypothèses, l'obligation de veiller sur la chose n'est que l'accessoire d'une obligation principale. Dans d'autres cas une qualification unique de contrat de dépôt est appliquée alors que la garde n'est pas le but essentiel de la convention. Le recours à l'obligation accessoire de surveillance évite ces qualifications erronées et resserre le champ d'application du contrat de dépôt en lui permettant de retrouver son authenticité. Il permet, aussi, de régler les difficultés de qualification entre contrat de dépôt, contrat de louage de choses ou d'ouvrage.

L'évolution qui conduit à la reconnaissance de cette obligation n'a pas encore totalement abouti et se font sentir dans certains cas un besoin d'uniformisation et dans d'autres un besoin d'audace.

Les juges du fond, lorsqu'une chose est entreposée à l'occasion d'une convention sans rapport avec elle, reconnaissent, encore, dans des décisions récentes (160) l'existence d'un contrat de dépôt accessoire parce que le cocontractant a eu une attitude active (161) qu'ils assimilent à une offre ou une acceptation de contracter. Cette attitude n'est ni approuvée ni sanctionnée par la Cour de Cassation ; il serait souhaitable qu'elle la condamne. Ils n'appliquent l'obligation accessoire de surveillance qu'aux hypothèses où le cocontractant n'a rien manifesté par son attitude (162).

De la même façon, dans les contrats d'entreprise portant sur une chose propriété du donneur d'ordre, tant les juridictions de 1^{ère} et 2^{ème} instance que la Cour de Cassation ne donnent pas toujours la même qualification (163). Or, l'obligation accessoire de surveillance a vocation à s'appliquer à toutes les situations d'un même type.

Par ailleurs les juridictions du fond comme la Cour suprême ne reconnaissent encore que trop rarement l'obligation accessoire de surveillance dans les contrats de

(157) V. supra n° 13.

(158) V. supra n° 24.

(159) Civ. 1^{ère}, 17 juillet 1990, J.C.P. 1991, II, 21674, n. Paisant.

(160) Ex : Reims, 28 juin 1976, D.S. 1978, I.R. 207 n C. Larroumet ; Paris, 3 décembre 1987, cit. n. 36 ; Bordeaux, 17 octobre 1991, cit. n. 36.

(161) Prise en charge d'un manteau par un employé du cocontractant (Paris, 3 décembre 1987, cit. n. 36), gérante qui débarrasse la cliente de son manteau (Bordeaux, 17 octobre 1991, cit. n. 36).

(162) Civ. 1^{ère}, 18 novembre 1975, cit. n. 72 - Civ. 1^{ère}, 13 octobre 1987, cit. n. 74 (entre autres décisions, cit. n° 21 et ss).

(163) - Contrat de dépôt, décisions cit. n. 143 ;

- Obligation accessoire de surveillance, décisions, cit. n. 15.

remise de véhicule, son extension, par ailleurs souhaitable, aura en plus comme effet bénéfique de rendre ces lieux plus sûrs...

53 - Les particularités de l'obligation accessoire de surveillance sont :

- de peser sur un professionnel avec lequel on a passé un contrat d'adhésion et qui, parce que la chose est entreposée, acquiert un pouvoir de contrôle sur elle ;
- de voir son existence fondée sur un texte de la théorie générale des contrats, l'article 1135 ;
- d'intervenir en l'absence de contrat de dépôt quand il est légitime d'obtenir une réparation pour un bien nécessairement entreposé dans le cadre de la relation contractuelle et qui, par la suite, a disparu ou a été détérioré ;
- d'être appelée à devenir une obligation de moyen renforcée.

L'obligation de garde, obligation caractéristique du contrat de dépôt, a servi de modèle et inspire le régime de l'obligation accessoire de surveillance mais l'existence de cette dernière sera plus aisée à prouver. La différence entre ces deux obligations tient à leur nature ; l'une intervient à titre principal, l'autre à titre accessoire. Leur étendue peut être identique mais celle de la seconde est beaucoup plus élastique, cette élasticité lui permettra, de s'intégrer facilement à d'autres conventions passées avec des professionnels...

LES FRUITS ET LES REVENUS EN DROIT PATRIMONIAL DE LA FAMILLE

Par

Stéphane PIEDELIÈVRE
Maître de conférences à l'Université de Paris XII

*"L'Écriture est immuable et les gloses ne sont
souvent que l'expression du désespoir que les
glossateurs en éprouvent"*
(KAFKA, *Le procès*, IX, *A la cathédrale*).

1. Le Code civil ne définit pas les fruits. Nullement énonciateur de l'économie capitaliste, le Code de 1804 voit une France rurale, à la fois bourgeoise et paysanne, qui confirme ses droits. Il n'est donc pas étonnant que ses rédacteurs n'aient eu en vue que les immeubles et principalement la terre, puisque leur but était de consacrer la liquidation de la propriété seigneuriale (1). Aujourd'hui encore, les ouvrages doctrinaux ne leur consacrent que rarement des développements spécifiques (2). Ils apparaissent, d'une certaine façon, comme des parents pauvres de la littérature juridique. Pourtant, on les retrouve dans le droit des biens, le droit des sûretés, le droit des contrats, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités (3). Ils sont donc présents dans toutes les branches du droit civil patrimonial, ce qui démontre bien leur importance (4).

Les fruits sont généralement définis comme les produits périodiques qu'une chose peut fournir sans altération de la substance (5). Ils doivent provenir d'une

(1) Furet, *La Révolution*, 1988, pp. 239 et 240.

(2) Cependant Zenati, *Les biens*, n° 69 s.; Croizat, *De la notion de fruit en droit civil, en droit commercial et en droit fiscal*, Th. Lyon, 1926; Saint-Alary, *Encycl. dr. civ.*, 2e éd., V° "Fruits".

(3) Par exemple pour les biens, les articles 547, 548, 549, 582, 583, 584, 586 du Code civil; pour les contrats, les articles 1614, 1652, 1936 du Code civil; pour les sûretés, les articles 2085, 2089, 2176, du Code civil; pour les régimes matrimoniaux, les articles 1401, 1403, 1431, 1432, 1539 et 1540 du Code civil; pour les successions et les libéralités, les articles 729, 856, 928, 1004, 1005 du Code civil; pour les incapacités l'article 456 du Code civil.

(4) Ils revêtent aussi une grande importance dans d'autres branches du droit, comme par exemple en droit fiscal. Pour intéressant que soit cet aspect, il ne sera cependant pas abordé et seuls le seront les aspects civils des fruits et des revenus.

(5) Voir par exemple Marty et Raynaud, *Les biens*, 2e éd., n° 40; Weill, Terré et Simler, *Les biens*, 3e éd., n° 110; A. Piedelièvre, *Droit des biens*, n° 25; Mazeaud, Chabas par Chabas, *Introduction à l'étude du droit*, 10e éd., n° 22-8.

chose, c'est-à-dire qu'ils sont des biens nouveaux, et ils doivent être produits par la chose ce qui signifie que, si ce nouveau bien existait en dehors de toute idée de production, par exemple à la suite d'une pure activité de l'homme, on ne pourrait le qualifier de fruits.

Selon l'article 582 du Code civil, les fruits se divisent en fruits naturels, industriels et civils. Les fruits naturels sont le produit spontané de la terre (article 583 alinéa 1er). Les fruits industriels d'un fonds sont obtenus par la culture (article 583 alinéa 3). Les fruits civils sont les loyers des maisons, les intérêts des sommes exigibles, les arrérages des rentes (article 584).

2. René Savatier a reproché à cette classification son archaïsme. Selon cet auteur, le Code civil se serait arrêté au début de l'âge des contrats (6). En conséquence, il existerait un retard du langage juridique civil sur l'économie contemporaine qui rejaillirait également parfois sur la manière dont les fruits sont traités.

Il est vrai que le Code civil, en réglementant les fruits, n'envisage pas leur mélange avec le travail humain (7). Or, si la rémunération du travail ne peut jamais être qualifiée de fruits, on ne peut nier qu'aujourd'hui une partie importante des productions d'une chose frugifère est due tant au bien producteur qu'à l'activité humaine. Pour cette raison, le terme, peut être plus économique de revenus, doit venir s'ajouter à celui des fruits, comme cela est d'ailleurs parfois le cas (8).

Mais surtout, ce retard économique rejaillit sur la façon dont les fruits et les revenus sont parfois traités. On les considère fréquemment comme des biens de faible importance patrimoniale. L'utilisation de la maxime "*lautius vixit sed non est locupletior*", pour justifier l'absence de leur restitution par un débiteur possesseur de bonne foi, en dehors de toute disposition légale expresse, en fournit une illustration (9).

3. Cette idée ne semble pas totalement fondée au point de vue économique, et ce au moins pour deux raisons. D'une part, les fruits et les revenus, peut être plus que par le passé, constituent un élément important de la richesse et donc du patrimoine. En témoigne la volonté de nombreux ménages de s'assurer des revenus pour les dernières années de leur vie (10). D'autre part, très souvent, le capital se forme par une accumulation de fruits et de revenus.

Cependant, cette idée d'une moindre importance économique, très marquée dans les dispositions originaires du Code civil, a subi un recul partiel à partir de la fin du XIXe siècle. Pour ne prendre que l'exemple le plus significatif, la promotion successorale du conjoint survivant a d'abord été opérée par la reconnaissance d'une vocation en usufruit. Par les fruits et les revenus, on lui a attribué des moyens de subsistance que l'on jugeait décents, ou que l'on espérait tels. Ainsi, la loi du 9 mars

(6) Savatier, *La communauté conjugale nouvelle*, 1970, n° 1 et s. Selon cet auteur, la première phrase de l'article 583 reflète l'âge préhistorique, la deuxième ramène à l'âge des peuples pasteurs, la troisième aboutit à l'âge où la terre mère a été mise en culture et enfin l'article 584 parvient au début de l'âge des contrats.

(7) Voir par exemple Riou, *Le fonds de commerce et les régimes matrimoniaux*, Th. Paris, 1953, p. 328 : "Lors de la rédaction du Code civil les travaux des économistes n'étaient pas assez connus des juristes pour permettre de distinguer ces différentes sortes de revenus (l'industrie des époux et les fruits et les revenus). Nos vieux textes n'ont pas prévu que les bénéficiaires pouvaient provenir de deux sources différentes entre lesquelles il faudrait choisir ou établir une discrimination."

(8) Certains articles originaires du Code civil employaient d'ailleurs cette expression comme par exemple l'article 1401 du Code civil.

(9) Pour une telle utilisation par exemple Malaurie et Aynes, *Les obligations*, 4e éd., n° 587 ; M. Malaurie, *Les restitutions en droit civil*, 1991, préface Cornu, p. 164.

(10) "Pour la grande majorité de la population, l'économie domestique s'apprécie en termes de revenus prévisibles, et la stabilité d'une situation en fonction de la permanence des ressources attendues". P. Catala, *La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne*, R.T.D. Civ 1966 185, n° 10.

1891 a-t-elle tenté de faire œuvre de transaction, en lui accordant une prérogative certes provisoire, mais lui permettant d'avoir des droits dans la succession (11). Le législateur admettait donc indirectement leur importance économique.

Aussi n'est-il pas étonnant de constater que la loi du 13 juillet 1965, portant réforme des régimes matrimoniaux les ait dotés, dans le régime légal, d'un statut spécifique. Mais toutes les réformes n'innovent pas en cette matière. Ainsi l'article 815-10 du Code civil, issu de la loi du 31 décembre 1976 portant réforme de l'indivision, a-t-il repris une règle traditionnelle exprimée par la maxime "*fructus augent hereditatem*". On ne peut donc pas en conclure que désormais on tire toujours les conséquences de leur importance économique actuelle.

4. L'intrusion du caractère familial dans les fruits et les revenus va, le plus souvent, modifier ou tout au moins infléchir de nombreuses règles traditionnelles.

La notion et la qualification des fruits et des revenus nécessitent, en général, un recours aux critères utilisés en droit des biens. Cependant les rapports familiaux peuvent rendre plus délicates les questions de qualifications. Les fruits et les revenus des biens, les revenus du travail et les plus values ne suivent pas toujours les mêmes règles. Or, la production d'un bien frugifère résulte fréquemment de la combinaison de plusieurs de ces facteurs. Ces questions deviennent alors fondamentales et parfois plus difficiles à résoudre, en raison des liens qui unissent les différents protagonistes.

Le régime des fruits et des revenus, en droit patrimonial de la famille, présente fréquemment un particularisme plus marqué. En effet, ils peuvent être un élément de la politique familiale dont l'exemple le plus important est celui du conjoint survivant. De plus, la diversité des situations familiales conduit à des solutions différentes (12). Ainsi ne traite-t-on pas forcément de manière identique les fruits et les revenus dans les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités. A l'intérieur de chacune de ces matières, les règles ne sont pas nécessairement uniformes ; par exemple leur sort diffère, en partie, selon le régime matrimonial adopté par les époux.

5. L'application de ces règles nécessite que l'on soit bien en présence d'un fruit et d'un revenu. Il faut donc les comparer aux produits, aux plus values et aux intérêts.

La définition du produit fait apparaître d'importantes différences avec les fruits et les revenus. Les produits sortent sans périodicité et avec une altération sensible de la chose (13). Donc, contrairement aux fruits et aux revenus, ils entament le capital, ce qui justifie les différences de régime. Le produit ne bénéficie d'aucune périodicité, alors que les fruits et les revenus peuvent, en principe, être perçus régulièrement.

(11) Sur cette loi (et celle du 29 avril 1925 majorant le taux d'usufruit), Grimaldi, Successions, 2ème éd., n° 171.

(12) On peut aussi relever qu'une même institution peut jouer des rôles différents en droit patrimonial de la famille. On peut citer comme exemple l'indivision. Comme on a pu le faire remarquer (P. Catala, L'indivision entre époux, Mélanges Hébraud, p. 185, n° 4), "en raccourci on pourrait avancer que l'indivision entre époux correspond à deux modes d'évolution inverse de l'association conjugale ; ou bien, elle exprime le relâchement lorsqu'elle fait suite à la communauté ou bien, au contraire, elle introduit un élément associatif dans un régime séparatiste."

(13) Pour les définitions voisines Malaurie et Aynes, Les biens, 2ème éd., n° 160 ; Laroumet, Les biens, 2ème éd., n° 227. Selon M. Atias (Les biens, 3ème éd., n° 18), il s'agit d'un "accroissement de valeur réalisé par un bien pendant une période donnée, pour une raison quelconque."

La plus value consiste en un accroissement de la chose comme les fruits et les revenus (14). Mais elle apparaît comme un supplément de valeur qui n'a pas d'existence propre actuelle ; il s'agit d'un élément comptable provisoire qui ne pourra jamais se détacher du bien producteur. A l'inverse, les fruits et les revenus sont des biens nouveaux qui ont une réalité physique et qui se détachent du bien producteur. Cependant, malgré l'importance des divergences, il peut fréquemment exister des points de rencontre entre ces deux notions. En effet, la plus value d'une chose peut naître, en tout ou en partie, de l'incorporation des fruits et des revenus.

L'article 584 du Code civil traite l'intérêt comme un fruit civil, ce qui semble logique, car il est produit périodiquement par une somme d'argent sans altération du capital (15). Mais compte tenu de l'augmentation du taux de l'intérêt légal, on ne peut plus affirmer que les intérêts correspondent uniquement aux productions d'une somme d'argent. Cependant, leur nature indemnitaires n'exclut pas cette qualification, car même s'ils servent également à autre chose, ils demeurent une production du capital et ce malgré leur spécificité (16).

6. Les critères permettant de reconnaître les fruits et les revenus sont au nombre de deux, mais aucun n'a un caractère absolu. Il faut aussi parfois tenir compte du rôle que la volonté peut jouer.

Nullement exigé par les articles 582 et suivants du Code civil et de plus en plus fréquemment discuté, le premier critère est celui de la périodicité. Celle-ci ne serait qu'un "signe accreditant que le revenu n'altère pas la substance" (17). En conséquence, une production épisodique ne doit pas exclure de la qualification de fruits et de revenus.

En raison de ce critère, on a douté du caractère de fruits et de revenus pour les bénéfices dégagés par les sociétés. Trois analyses ont été avancées. Selon la première, tous les bénéfices constitueraient des fruits ou des revenus. Mais, mis en réserve, ils deviendraient des accroissements du capital pour constituer une plus value (18). Selon la deuxième, ils ne pourraient pas revêtir cette qualité, car l'absence de fixité et de périodicité, ferait d'eux des "créances éventuelles dont le revenu est variable" (19). Selon la troisième, ils n'obtiendraient cette qualité qu'à compter de leur mise en distribution ; auparavant, ils seraient des capitaux (20).

(14) Selon le Vocabulaire juridique Capitaine (publié sous la direction de Cornu), il s'agit d'un "accroissement de valeur réalisé par un bien pendant une période donnée, pour une raison quelconque."

(15) Cf. en ce sens Civ 1ère, 2 juin 1992, D, 1992 IR 92 indiquant qu'un donataire devant rapporter à la masse successorale la portion d'une somme d'argent excédant la quotité disponible, c'est à bon droit qu'une Cour d'appel décide que les intérêts au taux légal représentatif des fruits sont dus à compter de l'ouverture de la succession.

(16) Cependant pour certains auteurs les fruits et les intérêts doivent être distingués. Cf. par exemple M. Malaurie, Les restitutions en droit civil, p. 158.

(17) Zenati, Les biens, n° 77 et 79.

(18) Par exemple Baudry-Lacantinerie, Des biens, 3e éd., n° 516 et 517 ; Cordonnier, note sous Civ, 21 octobre 1931, D, 1933 I 100.

(19) Pour reprendre la formule de MM. Croze et Reinhard, note sous Lyon, 23 février 1984, D, 1985 127 ; *adde* Janin et Mercadal, Memento pratique F. Lefèbre, "Sociétés commerciales", n° 3253. Pour une telle position en jurisprudence, Paris, 15 novembre 1976, J.C.P., 1979 II 19120, note Evesque ; D, 1978 IR 249, obs. Bousquet.

(20) Par exemple Planiol et Ripert par Picard, Traité théorique de droit civil français, T. 3, 2e éd., Les biens, n° 792 ; Zenati, Les biens, n° 72 ; Croizat, De la notion de fruits en droit civil, en droit commercial et en droit fiscal, p. 137 et s ; Redaud, Les parts sociales sous le régime de la communauté, Th. Paris, 1929, n° 343 ; Cocard, L'usufruit des actions et des obligations, Th. Caen, 1938, p. 35 et s. ; Paisant, Des actions et parts de société dans le droit patrimonial de la famille, Th. Poitiers, 1978, p. 40 et s. ; Colomer, Réserves des sociétés et régime matrimoniaux, Rép. Def., 1980 1009, spéc. p. 1021 ; Saint-Alary, Ency. dr. civ., V° "Fruits", n° 63.

La première analyse doit être réfutée car, tant qu'il n'a pas été statué sur leur sort, les bénéfices sont encore un élément du patrimoine de la société (21). Seule la décision prise par les organes sociaux de les distribuer, en tout ou en partie, permettra de les détacher du capital. La deuxième analyse ne peut également être retenue, ne serait-ce que parce qu'elle débouche sur une absence de qualification puisque les bénéfices distribués ne sont ni des fruits et des revenus, ni des produits, ni des capitaux. En conséquence, la troisième analyse retenue par un arrêt de la Cour de cassation, du 23 octobre 1984, apparaît la plus fondée (22). Le fait que les dividendes ne soient pas obligatoirement distribués et que leur montant varie, ne leur fait pas perdre la qualité de fruits et de revenus. Le but de toute société, qu'elle soit civile ou commerciale, est d'aboutir à un bénéfice (ou à une économie, ce qui ne nous intéresse pas ici) donc et surtout à une distribution périodique. Que ces distributions soient plus aléatoires que pour d'autres biens frugifères ne doit en rien modifier la qualification ; l'aléa ne chasse pas les fruits et les revenus.

7. L'absence d'altération de la substance constitue le second critère. Deux raisons l'empêchent d'avoir un caractère absolu. La première est due à la difficulté existant parfois de distinguer les productions du capital. Les mines et les carrières en fournissent un exemple. La seconde tient à la plus ou moins grande durée de vie du bien producteur. Le fait de tirer des fruits et des revenus d'un bien ayant une courte durée de vie épuise, en réalité, le bien producteur. A l'inverse, pour certains biens ayant une durée de vie assez longue, tirer les productions n'entame que peu le capital (23).

Est-ce à dire pour autant qu'il n'existe pas de moyen infaillible pour distinguer les fruits et les revenus des notions voisines ? La réponse doit, sans doute, être nuancée. Dans la majorité des hypothèses, ces deux critères constituent des indices suffisants. Mais dans celles où ils se révéleraient insuffisants, la qualification sera nécessairement plus arbitraire. Il faut, en plus, tenir compte du rôle que la volonté peut jouer (24) et qui peut remettre en cause l'utilisation de tout critère objectif de distinction. D'ailleurs, comme on a pu le faire remarquer, la notion de fruit et de revenus est plus subjective qu'objective (25).

8. Même si elle ne doit pas servir à tourner certaines règles impératives, le rôle de la volonté est loin d'être négligeable, car, comme l'avait indiqué Croizat, "la majorité des biens que nous considérons actuellement comme des fruits par nature,

(21) "En l'absence d'une décision de l'assemblée générale des associés, chaque associé pris individuellement ne peut exiger sa part du bénéfice" Lacombe, *Encycl. dr. soc.*, V° "Dividendes", n° 219 : *adde* Ripert et Roblot par Germain, *Traité élémentaire de droit commercial*, T. 1, 15e éd., n° 1521.

(22) Com, 23 octobre 1984, *Rev soc.*, 1986 97, note Daigre ; *Rép. Def.*, 1985 1384, obs A. Honorat ; R.T.D. Civ, 1986 135, obs Patarin. Cette jurisprudence s'était affirmée dès la fin du XIXe siècle, par exemple Civ, 5 février 1880, DP, 1890 I 300 ; Req, 24 juin 1903, DP, 1904 I 591. La question se pose de savoir si les dividendes sont des fruits civils qui s'acquièrent au jour le jour en vertu de l'article 586 du Code civil ou s'ils sont des fruits industriels qui appartiennent en totalité à celui qui est en situation de les percevoir en vertu de l'article 585. Pendant longtemps la jurisprudence a considéré qu'il s'agissait de fruits civils, par exemple Civ, 21 octobre 1931, DP, 1933 I 100, note Cordonnier ; S, 1933 I 137, note Batiffol ; Civ, 7 juillet 1941, S, 1942 I 87. Cependant depuis un arrêt du 23 octobre 1990 (Com, 23 octobre 1990, D, 1991 173, note Reinhard ; R.T.D. Civ, 1991 362, obs Zenati ; J.C.P., N, 1991 II p. 97, note Marteau Petit), la Cour de cassation a décidé que ne peut faire partie de l'actif successoral d'un actionnaire la fraction, connue du jour du décès, des dividendes mis en distribution postérieurement à ce décès. Cette solution a vocation à s'appliquer dans de nombreuses hypothèses en droit patrimonial de la famille et notamment dans celle de la mise en distribution des dividendes postérieurement à la dissolution de la communauté.

(23) Cf la comparaison donnée par Rodière, note sous Trib civ. Alger, 14 décembre 1933, *Rev. alg.*, 1936 2 56.

(24) Sur le rôle de la volonté, Terré, *L'influence de la volonté sur les qualifications*, 1957, préface Le Balle, n° 146 et s.

(25) Croizat, *De la notion de fruits en droit civil, en droit commercial et en droit fiscal*, p. 20.

sont tantôt des fruits, tantôt des produits" (26). L'influence sera directe lorsque la volonté du propriétaire confère aux productions leur qualification. Par exemple pour les bénéfiques des sociétés, la décision d'un associé majoritaire (ou d'un associé unique, dans le cadre d'une E.U.R.L.), de mettre en réserve ou de distribuer les bénéfices fera d'eux ou non des fruits et des revenus (27). L'influence devient indirecte lorsque la qualification résulte de l'aménagement de la chose frugifère. Le Code civil en fournit quelques exemples, notamment dans l'hypothèse des coupes de bois.

9. Aucun moyen ne permet donc d'affirmer avec une absolue certitude si on se trouve en présence de fruits et de revenus. Cette question peut encore être plus obscurcie lorsque se mêlent aux productions d'autres facteurs et principalement le travail (28).

On peut d'ailleurs se demander si, aujourd'hui, il n'est pas devenu paradoxal de consacrer des statuts spécifiques aux fruits et aux revenus. En effet, nombre d'investisseurs recherchent désormais dans leur placement plus une éventuelle plus value qu'une rémunération du capital. Le législateur, soucieux d'améliorer l'investissement dans certains domaines, jugés prioritaires, leur donne parfois satisfaction par le biais d'allègements fiscaux sur l'imposition des plus values. Ce phénomène est particulièrement marqué dans le domaine des produits financiers (29). La recherche de dividendes devient alors plus accessoire (30).

On risque d'aboutir à un décalage entre les différents biens, avec d'un côté les biens frugifères classiques, dont l'exemple le plus représentatif est fourni par les immeubles, et de l'autre certains produits financiers dont le caractère frugifère s'estompe. Or, les statuts des fruits et des revenus, ne tiennent pas toujours compte de cette évolution et de la modification de la consistance du patrimoine français, pour, en réalité, ne viser que la première catégorie.

10. Quoi qu'il en soit, les fruits et les revenus jouent un rôle important dans l'ensemble des branches du droit patrimonial de la famille, qu'il s'agisse des régimes matrimoniaux, des libéralités ou des successions.

Parfois, ils sont traités comme un élément de la richesse des couples qui doivent en profiter. Pour nombre d'entre eux, se constituer un revenu supplémentaire, pour le présent ou pour l'avenir, devient une préoccupation majeure, quitte d'ailleurs à sacrifier le capital (31). Peut-être d'une certaine façon, s'agit-il de se prémunir du décès de l'un des époux et d'augmenter indirectement les ressources du conjoint survivant.

(26) Croizat, De la notion de fruits en droit civil, en droit commercial et en droit fiscal, p. 5. Plus généralement comme l'avait écrit Labbé, note sous Req, 14 mars 1877, S., 1878 1 7 : "partout où l'homme aménage ses ressources de manière à percevoir un revenu, il donne le caractère de fruits aux émoulements périodiques qu'il se procure".

(27) Sous réserve d'éventuels abus. Pour des exemples d'abus de constitutions de réserves facultatives Com, 22 avril 1976, Rev soc, 1976 479, note Schmidt ; D, 1977 4, note Bousquet ; Civ 1ère, 13 avril 1983, Gaz Pal, 1983 2 pan 239, obs Dupichot ; Com, 6 juin 1990, D, 1992 56, note Choley-Combe ; Rev soc, 1990 606, obs Chartier. Sur cette question Merle, Sociétés commerciales, 3e éd, n° 549 ; Guyon, Droit commercial général et sociétés, 7e éd, n° 417.

(28) Les discussions sur la nature des bénéfices commerciaux en sont un exemple. On s'est interrogé sur la qualification qui devait leur être attribuée et notamment celle de fruits et de revenus. Pour l'importance, en cette matière, du travail, Thaller, Si les bénéfices sont ou ne sont pas des fruits, Ann. dr. com, 1896 194.

(29) La loi du 16 juillet 1992 relative au plan d'épargne en actions (J.O, 18 juillet 1992, p. 9641 ; *adde* son décret d'application du 17 août 1992, J.O, 19 août 1992, p. 11270) en fournit une illustration.

(30) Et ce même si le plan d'épargne en actions prévoit que les dividendes réinvestis ne seront pas imposés.

(31) Le développement des placements à fonds perdu auprès des compagnies d'assurance et celui des prêts à intérêt de sommes d'argent où le prêteur consomme l'intégralité des intérêts le démontre.

Parfois, à l'inverse, certaines règles sont encore, en tout ou en partie, justifiées par l'idée de leur modicité. Ainsi pour dénier à la donation de fruits et de revenus le caractère d'une véritable donation, l'un des arguments avancés consiste dans l'absence de véritable appauvrissement du donateur, et donc de véritable enrichissement du donataire (32). Le donateur ne s'appauvrirait pas car s'il n'avait pas donné les fruits et les revenus, il les aurait dépensés. Le donataire ne s'enrichit également pas, car il les dépenserait au fur et à mesure de leur perception.

Cependant, l'appauvrissement du patrimoine du donateur semble certain puisqu'une des sources d'alimentation disparaît. A l'inverse, l'enrichissement de celui du donataire l'est également, que ce soit de manière directe ou de manière indirecte par la valeur d'échange que ces productions représentent. Or, il ne faut pas oublier que, très fréquemment, l'accès au capital est rendu possible par une accumulation des fruits et des revenus. De plus, l'éventuel caractère modique d'une donation ne doit pas conduire à une disqualification de l'acte juridique. Cette question tient plus à l'interprétation, notamment celle de l'article 856 du Code civil et à la qualification (33).

11. Le particularisme des fruits et des revenus dans le droit patrimonial de la famille s'exerce tant dans leur qualification que dans leur régime.

Les questions de qualification, en droit des biens, se posent quasi-exclusivement lorsque deux ou plusieurs personnes bénéficient chacune d'un droit réel, ou d'une apparence possessoire d'un droit réel, génératrice d'ailleurs de prérogatives juridiques sur la chose productrice. La qualification permet de trancher un conflit entre deux droits qui deviennent concurrents, comme ceux d'un usufruitier et d'un nu propriétaire ou d'un possesseur de bonne foi et d'un propriétaire. Le droit patrimonial de la famille ne suppose pas nécessairement un tel conflit. Certes, principalement mais pas uniquement, dans les hypothèses de restitution, tel sera le cas. Cependant dans d'autres hypothèses, une personne sans droit et sans pouvoir de fait sur le bien frugifère, en vertu d'une disposition législative expresse, pourra néanmoins bénéficier des fruits et des revenus. La qualification sert alors à vérifier si on entre ou non dans le cadre légal.

Même si le but de la qualification peut diverger, la méthode utilisée ne diffère pas beaucoup en droit des biens et en droit patrimonial de la famille. Cependant l'influence de certains facteurs extérieurs est plus difficile à quantifier dans les relations familiales. Il suffit de prendre l'exemple de l'aide gracieuse apportée par un époux pour faire fructifier un bien appartenant à son conjoint.

En droit des biens, le régime des fruits et des revenus fait ressortir l'existence d'un lien important entre le bien frugifère et ses productions (34). En droit patrimonial de la famille, ce lien apparaît parfois plus lâche, car le titulaire du droit réel ne bénéficiera pas nécessairement des productions. La situation se présente notamment pour la communauté, dans le régime légal qui, malgré son absence de droit sur le bien producteur, en profitera souvent.

(32) Pour l'utilisation de ce critère Civ, 21 novembre 1917, S, 1917 I 105, note Lyon-Caen.

(33) Sur l'ensemble de cette question par exemple Bertheaud, Du rapport et de la réduction des donations de fruits et revenus, Th Dijon, 1924 ; Chevrier, Les donations de fruits et revenus, Th Paris, 1929 ; Dupeyroux, Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit, Th Toulouse, 1955, n° 388 et s ; Ripert, La notion de libéralité, Cours de doctorat, 1930-1931, p. 223 et s ; Le Balle, Du rapport et de la réduction des libéralités portant sur les fruits et les revenus, Rev. crit, 1926 341 ; Desbois, Des donations de fruits et revenus, J.C.P., 1929 I 939 ; Esmein, Les donations de fruits, Rép. Def., 1934 637 ; Flour, note sous Civ, 16 décembre 1940, DC, 1943 104. La jurisprudence récente semble désormais vouloir éviter toute solution systématique. Par exemple, Civ. 1ère, 10 décembre 1969, RTD Civ, 1970 559, obs Savatier ; J.C.P., 1970 II 16351, note M.D. adde Grimaldi, Successions, n° 671.

(34) Pour cette raison, certains auteurs parlent de biens accessoires, par exemple Carbonnier, Les biens, 14e éd, n° 60. Mais malgré l'importance de ce lien, les fruits et les revenus, dès leur apparition, sont des choses nouvelles qui ont leur propre autonomie.

On ne peut pas pour autant en conclure que ce lien, et donc le droit réel, ne joue aucun rôle pour les fruits et les revenus en droit patrimonial de la famille. Ces derniers font aussi l'objet de conflits entre deux personnes se prévalant de droits différents sur le bien frugifère. Les hypothèses de disparition rétroactive d'une libéralité en fournissent un exemple.

12. En droit patrimonial de la famille, il n'existe pas d'unité dans le statut des fruits et des revenus, et ce, en raison de la fonction qui leur est assignée.

Ils sont considérés comme patrimonialement importants dans les relations patrimoniales qui unissent les époux. Ils apparaissent alors comme une source, non négligeable, permettant l'entretien de la famille. Il n'est donc pas étonnant qu'à des degrés, plus ou moins variables, le Code civil les aient dotés d'un statut véritablement spécifique et dérogoire par rapport à celui existant en droit des biens, allant dans le sens d'une restriction de certains pouvoirs de l'époux propriétaire du bien frugifère. Cette importance économique conduit à une modification du droit aux fruits et aux revenus par le droit patrimonial de la famille (1ère partie).

A l'inverse, dans d'autres hypothèses, comme les transmissions à titre gratuit et les partages, leur valeur patrimoniale est réputée plus modique. Les fruits et les revenus ne servent plus à entretenir la famille, ce qui explique que le Code civil n'ait plus eu besoin de modifier les règles issues du droit des biens. Mais compte tenu de la spécificité des relations familiales, une adaptation de ces règles était nécessaire. Aussi assiste-t-on à un infléchissement du droit aux fruits et aux revenus par le droit patrimonial de la famille (2ème partie).

I - LA MODIFICATION DU DROIT AUX FRUITS ET AUX REVENUS PAR LE DROIT PATRIMONIAL DE LA FAMILLE

13. La modification du droit aux fruits et aux revenus conduit à une plus grande indépendance des productions par rapport au droit sur le bien frugifère. Contrairement au droit des biens où leur appropriation dépend du droit sur ce dernier, elle est due aux relations qui unissent plusieurs personnes, et qui constitueront la source du droit aux fruits et aux revenus. Une seule personne bénéficiera du droit de propriété et elle ne pourra pas en disposer librement, en raison de l'importance économique qui leur est conférée. Pourtant il n'existe pas de droit concurrent sur cette chose. Cette indépendance est très marquée dans les régimes matrimoniaux. En cette matière la modification du droit aux productions est due au statut d'époux. Mais comme les époux disposent d'une grande liberté pour organiser leurs relations patrimoniales, l'indépendance des fruits et des revenus par rapport au droit sur le bien producteur sera plus ou moins importante selon le régime choisi (35). Pour cette raison, il faut distinguer les fruits et les revenus dans les régimes séparatistes (A) et dans les régimes communautaires (B).

(35) Les époux peuvent aussi seulement décider de soumettre un bien déterminé à un statut particulier (cf. Civ 1ère, 21 janvier 1992, D, 1992 IR 59 ; Rép. Def., 1992 844, obs Champenois ; RTD Civ, 1992 812, obs. Lucet et Vareille ; Journ. not., 1992 art. 60584, obs. Laroche de Roussane) qui indique que selon l'article 1397 alinéa 1er du Code civil, les époux peuvent convenir, dans l'intérêt de la famille de modifier le régime matrimonial ou même d'en changer entièrement par acte notarié soumis à homologation judiciaire, et qu'à plus forte raison ils peuvent ainsi modifier seulement le statut d'un bien déterminé.

A - LES FRUITS ET LES REVENUS DANS LES RÉGIMES SÉPARATISTES

14. L'une des spécificités des régimes séparatistes consiste dans l'absence de masse commune qui débouche sur une indépendance, tant de l'actif que du passif. Cette indépendance se retrouve dans la gestion par chaque époux de son patrimoine. Il bénéficie de tous les droits et de tous les pouvoirs sur les différents biens qui le composent (36). Ce phénomène se retrouve pour les fruits et les revenus où, en principe, il existe, pour eux, une corrélation importante entre le pouvoir et le droit.

Mais la finalité du mariage et la communauté de vie empêche que ce principe soit poussé dans toutes ses conséquences. Aussi des limites, qui peuvent se révéler en fait assez importantes, doivent lui être apportées. Certains pouvoirs, sur un ou plusieurs ou sur l'intégralité des biens frugifères, peuvent être transférés de l'époux propriétaire à son conjoint. On s'aperçoit que la corrélation entre le pouvoir sur le bien producteur et le droit aux fruits et aux revenus est alors souvent limitée.

1 - Le principe de la corrélation entre le pouvoir sur le bien producteur et le droit aux fruits et aux revenus.

15. Selon l'article 1536 du Code civil, chaque époux conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens. Il peut seul accomplir sur ses biens personnels, tous les actes qu'il juge bon d'effectuer sans que son conjoint ne puisse intervenir. Il perçoit donc les fruits et les revenus et il peut, à son gré, les dépenser, les placer ou les donner ... Il bénéficie sur eux de tous les droits et de tous les pouvoirs.

Cette solution se situe dans la logique de ce régime qui nécessite, sur cette question, un retour à la théorie du droit des biens. Pour savoir à qui vont appartenir les fruits et les revenus, il faut recourir aux règles du droit commun. L'époux, bénéficiant d'un droit réel et de pouvoirs sur les biens frugifères, pourra recueillir les productions. Par ces régimes, les époux ont voulu une indépendance patrimoniale, principalement vis-à-vis des tiers, mais qui rejaillit nécessairement sur leurs relations pécuniaires. En conséquence, ils ont voulu réduire, le plus possible, leurs rapports patrimoniaux (37).

16. Cependant, on peut se demander si ce principe n'est pas remis en cause en cas d'indivision entre époux séparés de biens, et ce qu'elle soit due à une acquisition commune, soit à titre gratuit soit à titre onéreux, ou à l'application de l'article 1538 alinéa 3 du Code civil, en cas d'impossibilité pour aucun époux de démontrer être le propriétaire exclusif d'un bien ou enfin en cas d'aménagement conventionnel du régime et spécialement d'une présomption d'indivision. Le sort des fruits et des revenus sera réglé par l'article 815-10 du Code civil prévoyant qu'ils accroissent l'indivision, à défaut de partage conventionnel ou de tout accord établissant la jouissance divise.

Mais on ne peut pas parler de dérogation, car les époux ont décidé de devenir associés pour un ou plusieurs biens déterminés. Ils sont alors soumis aux règles du

(36) On a parlé à son propos de "gérant aux pleins pouvoirs" Cornu, Les régimes matrimoniaux, 6e éd., p. 727.

(37) Pour remédier aux conséquences de cette indépendance, les futurs époux ont la faculté d'adjoindre à la séparation de biens une société d'acquêts qui, d'une certaine façon, leur permet de participer mutuellement à une éventuelle prospérité de l'autre. Entrent dans cette société d'acquêts, les biens acquis à titre onéreux au cours du mariage. Cette société aura également droit "à tous les fruits que chacun a perçus mais non encore consommés" Cornu, Les régimes matrimoniaux, p. 732.

droit commun de l'indivision (38). L'influence du régime matrimonial est nulle, sur la question des fruits et des revenus puisque la solution est identique à celle de tout indivisaire.

Il est également impossible de voir une exception à ce principe en cas d'intervention des règles issues du régime primaire impératif, même si elles apparaissent plus caractéristiques de l'influence du droit patrimonial de la famille (39). L'article 1536 alinéa 2 du Code civil, par son renvoi à l'article 220 de ce même Code, prévoit que les époux s'obligent solidairement pour leurs dettes ménagères et, à défaut de conventions matrimoniales, les époux, en vertu de l'article 214 du Code civil, doivent contribuer aux charges du mariage à proportion de leurs facultés respectives.

Aussi importantes que soient ces règles, leurs conséquences sur les droits et les pouvoirs des époux sur les fruits et les revenus de leurs biens, apparaissent négligeables. Certes les productions pourront servir à régler des dépenses ménagères où elles sont un élément permettant de fixer la part contributive aux charges du mariage et d'affectuer cette contribution, mais le propriétaire n'est privé ni de ses droits ni de ses pouvoirs. Il peut, certes, être contraint d'exécuter une obligation, mais il conserve la faculté de le faire comme il entend, donc soit au moyen de son capital soit au moyen des revenus de ce dernier. Il faut désormais s'attacher aux véritables limites à la corrélation entre le pouvoir sur le bien producteur et les droit aux fruits et aux revenus.

2 - Les limites à la corrélation entre le pouvoir sur le bien producteur et le droit aux fruits et aux revenus

17. Malgré le régime de la séparation de biens, les époux ne sont pas totalement étrangers, l'un par rapport à l'autre (40). Il arrive donc que l'un d'entre eux gère les biens appartenant à son conjoint. On assiste alors à un transfert de pouvoirs. Puisque la corrélation entre ces deux prérogatives a disparu, il faut en étudier les conséquences sur les fruits et les revenus. Pour cela, il est nécessaire de distinguer le transfert de pouvoir qui n'est pas dû à un acte juridique de celui dû à un acte juridique, le mandat.

En l'absence de mandat, il faut appliquer les règles de la gestion d'affaires, en vertu de l'article 219 alinéa 2 du Code civil. En conséquence, le gérant n'a pas droit aux fruits et aux revenus puisqu'il en est comptable, conformément aux principes régissant cette matière (41).

Toute autre est la solution lorsque la gestion a été donnée par un époux à son conjoint par un mandat. Deux hypothèses peuvent se présenter, celle du mandat exprès et celle du mandat tacite (42). Pour le mandat exprès, selon l'article 1539 du Code civil, l'époux mandataire, sauf clause contraire, est dispensé de rendre compte

(38) Sur ce point Catala, L'indivision, Rep. Def., 1979 81, n° 27. Pour un exemple jurisprudentiel d'application du droit commun de l'indivision Civ. 1ère, 12 novembre 1986, J.C.P., 1987 II 21125, note Simler.

(39) Sur l'importance de ces règles dans ce régime Marty et Raynaud, par Raynaud, Les régimes matrimoniaux, n° 434.

(40) "Encore que le régime de la séparation de biens ait pour ambition de maintenir aux époux, en dépit de leur union, une pleine indépendance patrimoniale, la communauté de vie et la finalité du mariage ne peuvent pas ne pas entraîner une imbrication plus ou moins accusée de leurs intérêts pécuniaires et de leurs biens" ... Colomer, Régimes matrimoniaux, 5e éd., n° 1175.

(41) Sur l'application des règles de la gestion d'affaires Com. 8 mars 1982, J.C.P., 1982 IV 185 ; Civ. 1ère, 5 mars 1985, J.C.P., 1985 IV 179. Comptable de tous les fruits et les revenus, le gérant peut se faire rembourser ses dépenses, si elles étaient nécessaires ou utiles Civ 1ère, 5 mars 1985, préc.

(42) Les articles 1539 et 1540 sont la reproduction des articles 1431 et 1432 du Code civil. Leur interprétation doit donc être identique.

des fruits et revenus ; cette dispense ne peut s'interpréter que dans le sens où il les fait siens. Il bénéficie de ceux produits par la ou les choses du jour où le mandat commence jusqu'au jour où il cesse.

L'article 1540 du Code civil prévoit aussi la possibilité pour un des époux de prendre en main la gestion des biens de l'autre au su de celui-ci, et néanmoins sans opposition de sa part, donc par un mandat tacite (43). Dans cette hypothèse, le mandataire n'est comptable que des fruits et des revenus existants (44). Il reste aussi tenu de ceux qu'il aurait négligé de percevoir ou consommé frauduleusement, dans la limite des cinq dernières années (45). Si l'un des époux prend en main la gestion des biens de l'autre malgré l'opposition de ce dernier (46), il sera comptable sans limitation de tous les fruits et revenus qu'il a perçus, négligés de percevoir ou consommés frauduleusement (47).

18. On peut s'interroger sur les raisons de cette différence du droit aux fruits et aux revenus entre le mandat exprès et le mandat tacite. Elle est, sans doute, due aux circonstances de conclusion du mandat. Dans un cas le mandant a été à l'origine du contrat alors que dans l'autre il s'agit du mandataire. Le Code civil a probablement voulu éviter que trop souvent ce dernier ne s'immisce dans les affaires de l'autre pour en tirer avantage. Il a limité les droits du mandataire lorsqu'il n'est pas sollicité (48) et le sanctionne même en cas d'immixtion abusive.

Les articles 1539 et 1540 du Code civil ne précisent pas si le mandataire bénéficie de l'intégralité des fruits et des revenus dans l'hypothèse de l'article 1539 ou s'il peut les consommer entièrement dans celle de l'article 1540, ou, si, ces productions doivent, en priorité, être affectées à l'entretien de la chose, objet du mandat. Dans le droit commun, l'article 1999 alinéa 1er du Code civil prévoit que le mandant doit rembourser au mandataire les avances et les frais que celui-ci a fait pour l'exécution du mandat (49). On peut néanmoins se demander si cette prise en charge par un époux des affaires de son conjoint ne doit pas être analysée en une

(43) On a parlé de mandat tacite fiction. Lazerges, *Les mandats tacites*, RTD Civ., 1975 222, n° 27.

(44) D'après un ancien arrêt de la Cour de cassation (Req, 17 janvier 1860, S, 1860 I 263), dont la solution peut, sans doute, être encore utilisée, les fruits ne sont censés existants que lorsqu'ils sont en nature dans les mains du mari (désormais le mandataire), dans sa succession ou que, s'ils ont été vendus, le prix en est encore dû ; ils sont considérés comme consommés quand le mari (désormais le mandataire) en a fait emploi. De plus, selon une autre décision (Req, 21 août 1837, S, 1837 I 366) lorsque les fruits et les revenus se trouvant entre les mains du mari (désormais du mandataire) sont confondus avec ceux provenant de ses biens propres, il faudra déterminer quelle part de l'ensemble représentent ceux provenant des biens de la femme (désormais du mandant).

(45) Selon certains auteurs l'adverbe frauduleusement se rapporterait aussi bien à la négligence dans la perception qu'à la consommation (par exemple Aubry et Rau par Ponsard, *Régimes matrimoniaux*, 7e éd., n° 228 ; Colomer, *Régimes matrimoniaux*, n° 542 note 22). On peut cependant se demander si l'absence de perception des fruits et des revenus n'est pas suffisante en elle-même et n'est d'ailleurs pas préférable, car elle assure mieux la protection du mandataire.

(46) Dans l'interprétation dominante, contrairement à ce que pourrait laisser croire l'article 1530 alinéa 3 du Code civil, l'époux ne sera comptable des fruits non perçus ou consommés que si le défaut de perception ou la consommation ont été frauduleux. C'est le fait même de l'immixtion qui conduit à une restitution intégrale par exemple Patarin et Morin, *La réforme des régimes matrimoniaux*, 4e éd, T. 1, n° 213 ; Marty et Raynaud, *Les régimes matrimoniaux*, n° 267 ; Paisant, *Juriscl. civ.*, art 1421 à 1432, Fasc. 3, n° 32.

(47) "Le critère de la consommation frauduleuse est assez difficile à trouver puisque l'époux gérant peut régulièrement utiliser les fruits et les revenus dans son propre intérêt" (Mazeaud par de Juglart, *Régimes matrimoniaux*, 5e éd., n° 534). M. Patarin (*Juriscl civ*, art 1536 à 1542, Fasc. B, n° 11) a proposé de distinguer entre l'utilisation publique et l'utilisation clandestine. Mais ce critère n'est, peut-être, pas toujours pertinent car une utilisation clandestine ne se révèle pas toujours une volonté de fraude. Il semble préférable de considérer qu'il existe une consommation frauduleuse lorsque l'époux gérant consomme les fruits et les revenus dans le but de nuire à son conjoint ou à la famille.

(48) "Pas d'interventions outrancières, mais pas de responsabilité excessive, c'est en définitive, toute l'originalité un peu équivoque de cette situation en demi-teinte qui n'a ni clarté du mandat exprès, ni l'éclat du conflit ouvert" Cornu, *La réforme des régimes matrimoniaux*, J.C.P., 1967 I 2128, n° 152.

(49) Sur ce point Collard Dutilleul et Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 2e éd., n° 651.

manifestation du devoir d'assistance prévu par l'article 212 du Code civil. Il semble donc que les fruits et les revenus doivent servir d'abord à l'entretien du bien frugifère et ne profiter que pour le surplus au mandataire.

19. Plusieurs explications ont été avancées pour justifier ces solutions. Selon certains auteurs, en cas de mandat exprès, la dispense de rendre compte des fruits et des revenus, sauf clause contraire, s'explique par leur affectation naturelle à la couverture des charges du mariage (50). Pour d'autres, cette solution supprime la nécessité d'une comptabilité entre époux, en fait impossible à tenir, et elle résout la question de la rémunération du mandataire (51).

Aucune d'entre elles, n'emporte véritablement la conviction. Si les fruits et les revenus étaient uniquement destinés à couvrir les charges du mariage, ils devraient avoir un caractère commun ; or ils vont appartenir à l'époux mandataire qui pourra en disposer librement, sous réserve des règles du régime primaire impératif. L'avantage de la suppression d'une comptabilité entre époux, même s'il s'appuie sur un élément de fait tout à fait exact, apparaît plus comme une constatation qu'une explication. L'élimination du problème de la rémunération du mandataire n'explique également pas ces règles, car le mandat, est par nature, un acte gratuit ; la rémunération suppose un accord entre les parties, accord qui, en l'espèce, n'existe qu'exceptionnellement (52).

Elle ne peut, en aucune façon être expliquée par les règles du droit commun du mandat, car les droits du mandataire ne diffèrent pas selon que le mandat est exprès ou tacite et surtout le mandataire ne fait jamais siens les fruits et revenus. Il semble que le Code civil ait voulu avantager la coopération patrimoniale entre époux et ce quel que soit le régime adopté. Cette volonté se traduit par l'octroi d'avantages à l'époux qui aide son conjoint. Cela explique également que l'on favorise plus la situation dans laquelle il existe une véritable concertation entre les époux et que l'on restreigne le droit aux fruits et aux revenus du mandataire qui a provoqué cette aide.

Ces limites démontrent que, même dans les régimes séparatistes, le cloisonnement entre le patrimoine de chaque époux n'est pas absolu. Certes, en principe, le droit aux fruits et aux revenus appartient à l'époux titulaire du droit réel sur le bien frugifère. Mais on s'aperçoit que, dès lors que son conjoint acquiert certains pouvoirs sur les biens des producteurs, le titulaire du droit voit, indirectement, limiter ses prérogatives. Il faut désormais vérifier si ce phénomène se retrouve dans les régimes communautaires.

B - LES FRUITS ET LES REVENUS DANS LES RÉGIMES COMMUNAUTAIRES

20. Mise à part l'hypothèse de la communauté universelle, régime dans lequel l'existence de biens propres sera exceptionnelle, car dépendant de la volonté ou du fait d'un tiers, les biens peuvent être propres à chaque époux ou communs. Les fruits et les revenus des biens communs n'appellent pas de commentaire particulier. Ils bénéficieront de la communauté. Hormis le cas d'une stipulation d'une clause d'administration conjointe, chaque époux peut valablement accomplir la plupart des actes d'administration. A la dissolution du régime, il faudra vérifier qu'aucun des

(50) Terré et Simler, *Les régimes matrimoniaux*, n° 790, note 1.

(51) Colomer, *Régimes matrimoniaux*, n° 1194.

(52) Article 1986 du Code civil. On ne peut admettre ici, la présomption de mandat salarié, car l'époux s'occupant des affaires de son conjoint ne peut être assimilé à une personne dont la profession consiste à s'occuper des affaires d'autrui.

patrimoines propres ne s'est enrichi aux dépens de la masse commune et dans le cas contraire, il y aurait lieu à récompense.

En revanche, pour les productions des biens propres de chaque époux, les règles apparaissent beaucoup plus spécifiques. L'influence du régime matrimonial se montre ici très importante, même si on laisse de côté la possible interférence des règles du régime primaire impératif. L'article 1428 du Code civil indique que "chaque époux a l'administration et la jouissance de ses propres et peut en disposer librement" (53). "Il va de soi que la jouissance prend, dans cette énumération, son sens technique de précision : pouvoir pour chaque époux de percevoir, sur ses seules quittances, les revenus de ses propres, de les conserver ou d'en disposer seul, sans en être comptable" (54). Cependant, malgré cette affirmation de principe, on s'aperçoit que fréquemment la communauté bénéficiera d'une grande partie des fruits et des revenus des biens propres, et même, peut-être, désormais de la totalité (55). Il faut distinguer le biens acquis avec les fruits et les revenus des biens propres et les fruits et les revenus des biens propres.

1 - Les biens acquis avec les fruits et les revenus des biens propres

21. En vertu de l'article 1401 du Code civil, "la communauté se compose activement des acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage, et provenant tant de leur industrie personnelle que des économies faites sur les fruits et les revenus de leurs biens propres" (56). Cet article n'envisage que les économies faites sur les fruits et les revenus et ne parle pas de l'acquisition faite directement avec eux. Pour certains auteurs, il n'est pas nécessaire de distinguer entre ces deux moments ; l'important serait qu'un bien ait été effectivement acquis (57). Cette proposition semble tout à fait fondée, car cet article ne fait que tirer les conséquences du rôle des fruits et des revenus. Leur fonction première consiste à permettre l'entretien du bien producteur et à assurer la contribution aux charges du mariage. Seul le surplus peut servir à acquérir un bien.

Il importe peu que le conjoint propriétaire agisse seul ou que les époux agissent conjointement. Les biens ainsi acquis deviennent communs et se voient appliquer les règles prévues pour cette catégorie, notamment celle de l'accord pour les actes de disposition. L'époux propriétaire perd, malgré les affirmations des articles 1403 et 1428 du Code civil, la totale maîtrise sur ses biens propres, puisqu'il ne peut pas acquérir avec les productions de ces derniers de nouveaux biens dont il aura la pleine propriété.

Cette solution se situe dans la logique du régime communautaire où tout acquêt effectué à titre onéreux a vocation à devenir commun. Or, une acquisition faite grâce aux fruits et aux revenus des biens propres est opérée à titre onéreux. Ne pas admettre une telle solution aurait dénaturé tout l'équilibre du régime. En

(53) En modifiant l'article 225 du Code civil, la loi du 23 décembre 1985 a érigé l'administration par chaque époux de ses biens personnelles en règle impérative. Sur la conséquence de cette règle, Terré et Simler, *Les régimes matrimoniaux*, n° 124.

(54) Cornu, *Les régimes matrimoniaux*, p. 316

(55) Cf *infra* n°27

(56) Pour une application pratique Agen, 26 février 1986, J.C.P., N, 1988 68, note Simler ; *adde* Civ 1ère, 22 octobre 1980, J.C.P., 1982 II 19757, note Le Guidec ; Rép Def, 1981 461, obs Champenois indiquant que "les bons de caisse, remis par un mari décédé depuis, à sa maîtresse chez laquelle il vivait depuis un certain temps, qui ont été achetés à l'aide de sommes prélevées par lui sur son compte en banque personnel, provenant de son salaire et des économies réalisées sur les fruits et revenus de ses biens propres constituent au sens de l'article 1401 du Code civil des acquêts de communauté distincts des gains et salaires visés par l'article 224 du Code civil".

(57) Patarin et Morin, *La réforme des régimes matrimoniaux*, T. I, n° 109 ; également Terré et Simler, *Les régimes matrimoniaux*, n° 291.

choisissant un tel régime, chaque époux a accepté, par là même, d'aliéner une partie des droits qu'il pourrait ultérieurement acquérir (58). Mais les fruits et les revenus ne sont pas obligatoirement utilisés pour acquérir un bien nouveau. Il est nécessaire d'envisager leur sort dans les autres hypothèses.

2 - Les fruits et les revenus des biens propres

22. Pour les fruits et les revenus des biens propres, la distinction principale oppose, ou peut être opposait, ceux consommés et aux non consommés. On doit également tenir compte de l'article 1406 du Code civil qui réglemente la question des valeurs nouvelles et autres accroissements se rattachant à des valeurs mobilières propres.

a) L'article 1403 alinéa 2 du Code civil oppose les fruits et les revenus consommés à ceux non consommés. La communauté bénéficie de ceux perçus et non consommés et de ceux que l'époux a négligé de percevoir ou a consommés frauduleusement dans la limite des cinq dernières années. Avant d'envisager la position prise récemment par la Cour de cassation (59) qui a, peut-être, apporté un éclairage nouveau sur la question, il n'est certainement pas inutile de retracer l'évolution classique.

23. Pendant longtemps, la jurisprudence n'avait pas pris parti sur le sens, pourtant fondamental, du mot "consommation" (60). Par exemple un achat de titres négociables, constitue-t-il obligatoirement un investissement de fruits et de revenus, ou peut-il, en fonction de certaines circonstances, être considéré comme une mise en réserve ? (61) En matière de séparation des biens, un arrêt ancien de la Cour de cassation avait indiqué que les fruits et les revenus doivent être considérés comme consommés, lorsqu'ils ont cessé d'être en la possession du mari (on peut généraliser à chacun des époux) et que celui-ci les a employés en son nom (62). C'est un critère, en réalité, subjectif l'attitude du propriétaire du bien qui permettra de savoir si les produits devront ou non être considérés comme consommés.

Cependant, l'utilisation d'un critère subjectif apparaît à la fois trop large et trop étroite. Elle est trop large, car elle laisse un important pouvoir à l'époux titulaire du droit réel sur le bien producteur qui lui donne toute latitude pour choisir si les fruits et les revenus auront ou non un caractère commun. Elle apparaît aussi

(58) Comme on a pu le faire remarquer (Cornu, *Les régimes matrimoniaux*, p. 296), "ensemble les époux sont intéressés à la formation, au développement, à la mise en valeur et à la conservation d'une masse de biens, destinée à être partagée entre eux. Leur vocation à recueillir une part de communauté les associe à la prospérité du ménage."

(59) Civ 1ère, 31 mars 1992 cité au n° 27

(60) Voir cependant Civ 1ère, 6 juillet 1982, Bull civ, I, n° 249; Rép. Def, 1982 1644, obs Champenois qui indique que ne doivent pas être considérés comme consommés au sens de l'article 1403 du Code civil les revenus employés à l'amélioration d'un propre. "Cette position intermédiaire entre l'article 1 401 et l'article 1403 est sans doute la plus sage." Malaurie et Aynès, *les régimes matrimoniaux*, n° 336, note 17.

(61) D'après la doctrine majoritaire, cf. notamment Colomer, *La nature juridique des parts de sociétés au regard des régimes matrimoniaux*, Rep Def, 1979 817, n° 53 ; Patarin et Morin, *La réforme des régimes matrimoniaux*, T. I, n° 107 et 108 ; Cornu, *La réforme des régimes matrimoniaux*, J.C.P., 1967 I 2128, n° 48, tout bien nouveau est commun lorsqu'un des époux l'acquiert à l'aide des revenus des biens propres. Les titres négociables deviennent nécessairement communs. Mais compte tenu du développement et de l'attrait de nouvelles valeurs mobilières comme les SICAV ou le FCP, une nuance doit certainement être introduite. Si l'époux peut démontrer avoir acheté des valeurs mobilières dans l'attente d'une dépense future d'entretien et que ces valeurs ont bien servi à l'entretien d'un bien propre, rien n'empêche de les considérer comme une mise en réserve. Il ne s'agit pas alors d'un investissement mais d'un placement en attente de consommation.

(62) Civ, 18 juin 1908, S, 1910 I 369, note Charmont.

étroite, car une absence de dépossession et une absence d'emploi immédiat ne signifient pas obligatoirement une absence de volonté de consommation. Il suffit de prendre l'exemple du propriétaire d'un appartement qui conserve les loyers pendant un certain temps en vue de les affecter à une dépense future d'entretien. Les fruits et les revenus doivent alors être considérés comme étant en attente de consommation. A l'inverse, une dépossession et un emploi immédiat ne révèlent pas obligatoirement une volonté de consommation. Il peut s'agir d'une mesure provisoire procédant d'une bonne administration des fruits et des revenus.

24. Un critère objectif serait préférable, car il permettrait d'effectuer une harmonisation de la notion de consommation puisqu'il n'existera pas autant d'hypothèses que de couples mariés. Il devra à la fois respecter l'esprit du régime communautaire, donc les droits de la communauté, et l'indépendance patrimoniale des époux.

Il semble que l'on doive rechercher le sens de l'expression dans trois directions. Tout d'abord on peut opérer une liaison entre les articles 1401 et 1403 alinéa 2 du Code civil. L'article 1401 parle de fruits et de revenus économisés et l'article 1403 alinéa 2 des fruits et revenus non consommés. On pourrait en déduire que les productions non consommées sont seulement celles économisées (63). Ensuite, on peut rapprocher le mot de consommation de l'expression de dépense de consommation, ce qui l'opposerait à tout acte d'amélioration ou de capitalisation (64). Enfin, on peut avoir une vision peut-être plus économique et considérer qu'il existe une consommation lorsqu'il y a disparition des fruits et des revenus sans remplacement par un nouveau bien. On se rapproche alors de la consomptibilité prise dans un sens large.

Aucun critère n'apparaît véritablement satisfaisant et cela conduit à se demander s'il en existe un, ce qui pose d'importantes difficultés pratiques et a, sans doute, conduit la jurisprudence à essayer de s'orienter dans une autre direction (65). La moins mauvaise solution consiste à utiliser le critère économique qui se révèle le plus juste, d'autant plus que la communauté est protégée contre une consommation frauduleuse.

25. En effet, l'article 1403 alinéa 2 du Code civil protège la communauté à sa dissolution. Récompense pourra lui être due pour les fruits et les revenus que l'époux a négligé de percevoir ou a consommé frauduleusement, sans qu'aucune recherche soit recevable au-delà des cinq dernières années. La négligence dans la perception ne posera qu'exceptionnellement des difficultés de mise en œuvre (66), si ce n'est éventuellement des problèmes de preuve.

Reste à déterminer dans quels cas la consommation pourra être réputée frauduleuse. Elle le devient, sans doute, lorsqu'elle est de nature à éventuellement conduire à un dessaisissement judiciaire (67). Les notions de détournement et de dissipa-

(63) Cf. l'interrogation de MM. Malaurie et Aynes, *Les régimes matrimoniaux*, n° 334.

(64) Cf. Civ 1ère, 6 juillet 1982, préc.

(65) *Infra*, n° 27 et s.

(66) Cependant dans certains hypothèses, il peut être difficile de savoir s'il existe ou non une négligence. Cf. l'exemple donné par Lefèbvre (*Juriscl Civ*, art. 1400 à 1403, Fasc. 2, n° 80) du créancier qui, constatant l'insolvabilité de son débiteur renonce à le poursuivre. Y-a-t-il ou non négligence dans cette attitude ? Comme le relève cet auteur, tout est affaire de circonstance «... si l'on peut admettre la négligence au cas où les poursuites auraient facilement fait rendre gorge à un débiteur dont l'insolvabilité n'était qu'apparente, en revanche, la renonciation à agir à grands frais contre un débiteur dépourvu de tous biens saisissables manifeste une attitude parfaitement prudente qui ne saurait ouvrir droit à récompense ».

(67) Sur le dessaisissement judiciaire Malaurie et Aynes, *Les régimes matrimoniaux*, n° 459 ; Colomer, *Régimes matrimoniaux*, n° 549 et s ; Cornu, *Les régimes matrimoniaux*, p. 470 et s ; Terré et Simler,

tion (68), prévues par l'article 1429 du Code civil, semblent pouvoir caractériser la consommation frauduleuse au sens de l'article 1403 alinéa 2 du Code civil.

26. Mais ces règles posent des difficultés d'application lorsque les fruits et les revenus proviennent à la fois du bien producteur et du travail, ce qui sera notamment le cas des bénéfices commerciaux et agricoles. Le législateur dissocie fréquemment ces deux notions pour leur donner des statuts différents. Comment de tels bénéfices doivent-ils être considérés ? Faut-il faire prévaloir une source ou est-il préférable de procéder à une ventilation ?

L'avantage de faire prévaloir la source de la production consiste dans sa simplification de mise en œuvre. Il a été proposé de préférer les produits du travail ce qui correspondrait plus à l'esprit du législateur (69). Mais cette solution occulte une des sources du bénéfice et son régime. Procéder à une ventilation permet de respecter la dissociation opérée par la loi du 13 juillet 1965, entre ce qui ressort de l'activité et ce qui résulte du capital. Elle apparaît de mise en œuvre plus difficile.

La première solution doit être écartée, car on ne peut pas poser en principe que l'activité humaine doive l'emporter. Cela aboutirait, en fait, à nier la spécificité des fruits et des revenus puisqu'ils nécessitent toujours une intervention humaine, ne serait-ce que pour leur perception.

Les difficultés d'application de la solution fondée sur une ventilation ne doivent pas être un obstacle à son adoption. Elle présente plusieurs avantages. Tout d'abord, elle apparaît plus juste. Comme les fruits et les revenus du travail doivent coexister puisque souvent faute de l'un l'autre ne pourra exister, il semble plus logique de les dissocier. Ensuite, si le législateur a distingué ces deux notions et ne leur a pas donné un régime identique, on ne doit pas indirectement revenir sur ce principe. Enfin, elle consacre une nouvelle fois la spécificité des fruits et des revenus dans le droit patrimonial de la famille.

Il faut désormais envisager l'hypothèse des plus values des biens propres dues à un incorporation des fruits et des revenus de ces derniers. La théorie de l'accession doit recevoir application. Mais une telle affectation risque de priver la communauté d'une source d'alimentation. Cependant, une affectation excessive, pouvant éventuellement déboucher sur un dessaisissement judiciaire, ouvrirait un droit à récompense en faveur de la communauté (70).

Lorsque la communauté bénéficiera des fruits et des revenus doit-elle en recueillir la totalité ou une partie seulement ? L'article 1403 du Code civil semble lui en attribuer la totalité. Cependant une telle proposition apparaît excessive et l'on

Les régimes matrimoniaux, n° 539 et s ; Marty et Raynaud par Raynaud, *Les régimes matrimoniaux*, n° 272 et s ; Mazeaud par de Juglart, *Régimes matrimoniaux*, n° 331 ; Aubry et Rau par Ponsard, *Régimes matrimoniaux*, n° 229 et s.

(68) Sur ce point Cornu, *Les régimes matrimoniaux*, p. 335.

(69) En ce sens Colomer, *Régimes matrimoniaux*, n° 183 ; *adde* Martin, *Les fonds de commerce et les régimes matrimoniaux*, 1974, préface Béguin, p. 224 et s ; Seerloten, *Les biens réservés*, 1973, préface Hébraud, n° 163 et s. Pour l'exploitation des œuvres de l'esprit où les revenus peuvent provenir soit du travail intellectuel soit de l'œuvre elle-même, il est généralement proposé de toujours considérer qu'il s'agit de produits du travail, Aubry et Rau par Ponsard, *Régimes matrimoniaux*, n° 205 ; Patarin et Morin, *La réforme des régimes matrimoniaux*, T. I, n° 105 ; Terré et Simler, *Les régimes matrimoniaux*, n° 288 ; Cornu, *Les régimes matrimoniaux*, p. 330 ; Savatier, *La communauté conjugale nouvelle*, n° 40 ; Crionnet, *Les droits intellectuels et les régimes matrimoniaux en droit français*, 1975, préface Françon. Il ne semble pourtant pas exister de raison pour traiter différemment une œuvre de l'esprit.

(70) Cette distinction se retrouve, par exemple, pour la question de la plus value née de l'incorporation, dans une entreprise, des fruits et revenus qu'elle produit. La question se pose alors de savoir si la communauté a droit ou non à récompense. Il faut distinguer si de tels investissements sont normaux ou anormaux. Dans ce dernier cas, récompense pourra être due à la communauté. Sur cette question Colomer, *Régimes matrimoniaux*, n° 692 et s ; également Cornu, *Les régimes matrimoniaux*, p. 372.

doit distinguer les fruits et les revenus bruts des fruits et revenus nets (71). La première correspond à l'intégralité des productions. La seconde comporte celle qui subsiste après la déduction d'un certain nombre de frais. La situation apparaît similaire à celle existant en matière de bénéfice de sociétés où on dissocie les bénéfices bruts et les bénéfices nets.

27. Cependant, la Cour de cassation a pris une autre direction pour les fruits et les revenus des biens propres. Par un arrêt du 31 mars 1992, elle indique que "la communauté, à laquelle sont affectés les fruits et revenus des biens propres, doit supporter les dettes qui sont à la charge de la jouissance de ces biens, que dès lors leur paiement ne donne pas droit à récompense au profit de la communauté lorsqu'il a été fait avec des fonds communs ..." (72). Il faut remarquer que l'arrêt d'appel est cassé pour violation des articles 1401 et 1403, 1431 et 1437 du Code civil, ensemble les articles 1469 et 1479 de ce même Code.

Plusieurs observations peuvent être faites à propos de cette décision. La première consiste à confronter le principe ainsi posé avec les articles 1401 et 1403 du Code civil. L'article 1401 parle des économies faites sur les fruits et les revenus des biens propres et l'article 1403 alinéa 2 précise que la communauté n'a droit qu'aux fruits perçus et non consommés. Or, l'arrêt du 31 mars 1992 n'opère pas ces distinctions, puisqu'il parle seulement d'affectation des fruits et des revenus (73). On peut dès lors se demander si, sur la question des fruits et des revenus, une grande partie de l'utilité de ces articles n'a pas été supprimée (74).

La deuxième est qu'il "faut considérer que la jouissance des biens propres à un titulaire et un bénéficiaire : le titulaire, c'est l'époux auquel les biens appartiennent, qui a qualité pour encaisser les revenus, et le bénéficiaire, c'est la communauté, au profit de laquelle les revenus doivent être utilisés" (75). Mais l'article 1428 du Code civil indique que "chaque époux a l'administration et la jouissance de ses propres et peut en disposer librement". Le système instauré par la Cour de cassation limite en fait la jouissance du propriétaire à la simple perception des productions, ce qui est fort peu pour une personne qui, en vertu de l'article 1403 alinéa 1 du Code civil, conserve la pleine propriété de ses biens propres. Mais c'est sans doute là l'éternelle

(71) Cf. sur ce point Colomer, Régimes matrimoniaux, n° 601.

(72) Civ 1ère, 31 mars 1992, Rép. Def, 1992 1121, note Champenois; J.C.P., 1993 II 22003, note Pillebout; J.C.P., 1993 II 22041, note Tisserand; RTD Civ. 1993 401, obs. Lucet et Vareille; *adde* Morin, Qui, de la communauté ou des époux doit supporter les charges usufruitaires des biens propres? Mélanges Colomer; également Tisserand, Chronique de régimes matrimoniaux, J.C.P., 1992 I 3614, n° 13. Auparavant la Cour de cassation (Civ 1ère, 15 juillet 1981, J.C.P., 1982 II 19796, note Remy; Rép. Def, 1981 1653, obs. Champenois) avait indiqué que depuis la réforme du 13 juillet 1965 la communauté n'avait pas à contribuer aux dépenses d'entretien des biens propres, sauf lorsque ces derniers ont été utilisés dans l'intérêt du ménage. Mais pour de nombreux auteurs si ces charges étaient payées par des deniers communs, la communauté n'avait pas droit à récompense (Patarin et Morin, La réforme des régimes matrimoniaux, T. I, n° 244; Aubry et Rau par Ponsard, Les régimes matrimoniaux, n° 194; Marty et Raynaud par Raynaud, Les régimes matrimoniaux, n° 293; Colomer, Régimes matrimoniaux, n° 950).

(73) L'utilisation du mot affectation n'est pas condamnable car, comme on a pu le faire remarquer (Guinchard, L'affectation des biens en droit privé français, 1976, n° 179), "les époux ont certes des biens personnels, mais la communauté de vie entraîne sur le plan des rapports patrimoniaux une communauté d'intérêts et les biens des époux sont avant tout affectés aux besoins de la famille".

(74) Pour tenter de remédier à cette critique M. Morin (Qui, de la communauté ou des époux, doit supporter les charges usufruitaires des biens propres, préc, n° 6) indique que l'époux serait titulaire de la jouissance de ses biens propres et la communauté en serait le bénéficiaire. Selon M. Champenois (note sous Civ. 1ère, 31 mars 1992, préc.) "une telle situation n'est pas sans précédent en droit français. Les parents ont la jouissance des biens de leurs enfants, mais ceux-ci en sont, pour partie les bénéficiaires (cf. art 385, 2e et 3e)". Cependant M. Morin (art préc, n° 10) reconnaît la contrariété de la solution avec les dispositions du Code civil dont il propose la modification.

(75) Morin, Qui, de la communauté ou des époux, doit supporter les charges usufruitaires des biens propres, préc., n° 6.

et irritante question de la dichotomie entre les droits et les pouvoirs dans les régimes matrimoniaux (76).

Il faudrait désormais distinguer deux périodes, celle de la perception des fruits et des revenus et celle postérieure à la perception. Lors de la perception, le propriétaire du bien frugifère, qui peut seul effectuer cette opération, bénéficiera de tous pouvoirs et de tous droits, sous réserve d'éventuelles négligences ou fraudes. Celle-ci effectuée, puisque les productions sont affectées à la communauté, il voit ses droits limités à sa part de communauté, ce qui indirectement peut aussi, en fait, aussi réduire ses pouvoirs.

La troisième est due à une disposition transitoire de la loi du 13 juillet 1965. Son article 10-2 prévoit qu'à partir de son entrée en vigueur, "les époux reprendront la jouissance de leurs propres et supporteront les charges usufruitaires correspondantes, ainsi que les intérêts et arrrages de leurs dettes personnelles". Or cette disposition n'est pas abrogée (77). On s'aperçoit que la Cour de cassation prend le contre-pied de cet article (78).

La quatrième conduit à se demander si cet arrêt, du 31 mars 1992, ne constitue pas un retour vers le passé, en redonnant à la communauté une sorte d'usufruit (79). On ne peut plus affirmer comme tel avait été le cas, après la réforme du 13 juillet 1965 que l'affectation à la communauté des fruits et des revenus est différée jusqu'au moment où ils sont économisés (80), puisque celle-ci les fait tous siens, avec obligation pour elle de supporter les charges de ces biens.

28. La cinquième est que cet arrêt fait rebondir la controverse relative à la nature juridique des fruits et des revenus dans le régime communautaire (81) en prenant indirectement parti, ce qu'elle n'avait jamais fait auparavant (82).

(76) Comme on a pu le faire remarquer (Cornu, *Les régimes matrimoniaux*, p. 322), "un même bien peut être sans contradiction commun et disponible au consentement d'un seul"; *adde* Champenois (note sous Civ 1ère, 31 mars 1992, préc.) selon qui, "on peut dire que chaque époux est titulaire des revenus de son travail (art. 223). Il est *a priori* libre de les dépenser comme il l'entend ... Mais il est non moins vrai que la communauté a la jouissance de ceux-ci car la liberté de l'époux est triplement limitée ...". Puisque l'arrêt du 31 mars 1992 (Civ 1ère, 31 mars 1992, préc.) accentue la tendance à aligner le sort des fruits et des revenus des biens propres sur celui des gains et salaires, la communauté va accentuer sa jouissance et donc limiter celle de l'époux propriétaire sur les productions de ses biens propres. Selon MM. Lucet et Vareille (obs. sous Civ 1ère 31 mars 1992, préc.) le pouvoir demeure aux mains du titulaire et la communauté se trouve associée aux résultats en encaissant les revenus bruts et en décaissant les charges correspondantes.

(77) "Au contraire, elle (la loi du 23 décembre 1985) a laissé subsister, dans la rédaction que lui a donné la loi de 1965, l'article 1410 qui dispose qu'au plan de la contribution, les dettes antérieures au mariage (ainsi que celles qui grèvent les successions et les libéralités recueillies pendant le mariage) demeurent personnelles aux époux, tant en capitaux qu'en arrrages ou intérêts (avant 1965, ces dettes n'étaient personnelles qu'en capitaux en raison de l'usufruit de la communauté sur les propres)". Champenois, note sous Civ 1ère, 31 mars 1992, préc.

(78) Cf. en ce sens et de manière générale Champenois, (note sous Civ 1ère, 31 mars 1992, préc.) pour qui il est impossible de justifier l'arrêt au plan de l'exégèse des textes.

(79) "L'usufruit de la communauté est mort, vive l'usufruit de la communauté", Champenois, note sous Civ 1ère, 31 mars 1992, préc. Cependant, en sens contraire contraire Lucet et Vareille (obs. sous Civ 1ère, 31 mars 1992, préc.) pour qui l'arrêt règle une question financière de composition, active et passive, des masses de biens.

(80) Guinchard, *L'affectation des biens en droit français*, n° 188.

(81) Champenois, note sous Civ 1ère, 31 mars 1992, préc. Comme le relève cet auteur "la décision intervient dans une espèce où il n'existait pas, concrètement, de revenus de propres dont le sort eût pu prêter à discussion".

(82) On peut seulement citer en faveur du caractère commun un arrêt de la Cour de Paris (Paris, 19 octobre 1988, J.C.P., 1988 II 21362, note Paisant) qui a refusé à un époux marié sous le régime de la communauté réduite aux acquêts le transfert de pouvoir prévu par l'article 1426 du Code civil, car il n'avait pas établi la fraude ou l'incapacité du conjoint. Cette décision indique que l'article 1426 a pour objet d'enlever tout pouvoir de gestion de la communauté à un conjoint "y compris les fruits de ses biens propres, lesquels tombent en communauté". Mais il s'agit d'une incidente qui procède d'une affirmation sans aucune démonstration, d'où son caractère peu convaincant.

Antérieurement à la réforme du 23 décembre 1985, en schématisant quelque peu, on pouvait déceler trois thèses, qui tournaient autour de l'interprétation des articles 1401 et 1403 du Code civil.

Selon la première thèse, les fruits et les revenus des biens propres demeureraient propres tant qu'ils ne seraient pas utilisés à la réalisation d'acquêts (83). Les auteurs favorables à cette solution s'appuient essentiellement sur l'article 1403 alinéa 1er du Code civil prévoyant que chacun des époux conserve la pleine propriété de ses propres. Selon la deuxième thèse, les productions des biens propres deviendraient communes (84), car certains textes seraient incompatibles entre eux si les fruits et les revenus avaient un caractère propre. Leur perception les ferait tomber en communauté, ils ne resteraient propres qu'au stade de la créance. Selon la troisième thèse, les fruits et les revenus des biens propres seraient propres lors de leur perception et deviendraient communs une fois économisés (85). En supprimant l'usufruit de la communauté, le législateur aurait restitué à chaque époux la pleine propriété de ses propres, mais il n'aurait pas pour autant écarté la vocation de la communauté à ces productions.

Devant l'absence de jurisprudence pertinente, cette question est restée figée pendant plusieurs années. Elle aurait peut-être été résolue de manière implicite par la loi du 23 décembre 1985. Le législateur aurait opté pour le caractère commun des fruits et des revenus des biens propres (86) et ce pour plusieurs raisons (87).

29. Même si l'arrêt du 31 mars 1992 ne dit pas expressément que les fruits et les revenus des biens propres sont communs, il indique qu'ils sont affectés à la communauté. Or, contrairement aux dispositions des articles 1401 et 1403 alinéa 2 du Code civil, la Cour de cassation ne pose aucune condition pour que cette affectation à la communauté se réalise ce qui démontre leur caractère commun une fois perçus (88). De plus, selon M. le Professeur Champenois, l'affirmation selon laquelle l'époux, qui aurait acquitté une dette constituant une charge de jouissance

(83) Mazeaud par de Juglart, Régimes matrimoniaux, n° 130 ; Savatier, La communauté conjugale nouvelle, n° 19 ; H. Mazeaud, La communauté réduite au bon vouloir de chacun des époux, D, 1965 139 ; Precigout, La réforme des régimes matrimoniaux, J.C.P., N, 1966 139 ; Bazier, A propos de la réforme des régimes matrimoniaux ; la communauté fantôme, J.C.P., 1966 I 1984.

(84) Aubry et Rau par Ponsard, Régimes matrimoniaux, n° 136 ; Patarin et Morin, la réforme des régimes matrimoniaux, T. I, n° 110 et s ; Cornu, Les régimes matrimoniaux, 4e éd, p. 304 et s ; Maubru, Les revenus des biens propres des époux sous le régime de la communauté légale, Ann Fac Toulouse, 1975 463.

(85) Aubry et Rau par Ponsard, Régimes matrimoniaux, n° 136 ; Colomer, Régimes matrimoniaux, 3e éd, n° 611 ; Voirin, La vocation d'acquêts dans le droit nouveau des régimes matrimoniaux, D, 1966 132 ; Guinchard, La notion d'acquêts dans le régime matrimonial légal, Ann Fac Lyon, 1971 151 ; Le Bayon, Le sort des fruits dans les différents régimes matrimoniaux, J.C.P., 1972 I 2459.

(86) En ce sens Terré et Simler, Les régimes matrimoniaux, n° 292 ; Colomer, Régimes matrimoniaux, n° 616 ; Cornu, Les régimes matrimoniaux, p. 316 ; Malaurie et Aynes, Les régimes matrimoniaux, n° 337.

(87) D'une part, on relève que le rapporteur du projet de réforme auprès du Sénat a indiqué que les fruits et les revenus des propres sont des biens communs. D'autre part, on invoque la modification de l'article 1411 du Code civil qui accorde aux créanciers antérieurs au mariage, le droit de saisir les biens propres et les revenus. Or, les travaux préparatoires indiquent qu'ont été visés autant les produits du travail que les productions des biens propres. On cite également la modification de l'article 1415 du Code civil en cas de cautionnement ou d'emprunt souscrits par un époux. On en déduit que le législateur a voulu donner une qualification identique aux gains, aux salaires et aux fruits et aux revenus. Bien que l'article 223 du Code civil concerne seulement la question des pouvoirs des époux et non celle de la qualification des gains et salaires, il est quasiment unanimement admis en doctrine (par exemple Terré et Simler, Les régimes matrimoniaux, n° 612 ; Malaurie et Aynes, Les régimes matrimoniaux, n° 337) et en jurisprudence (par exemple Civ 1ère, 8 février 1978, Gaz Pal, 1978 2 361, note Viatte ; J.C.P., N, 1981 114, note Thuillier ; D, 1978 IR 238, obs Martin ; Rép Def, 1978 879, obs. Champenois ; RTD Civ, 1979 592, obs. Nerson et Rubellin-Devichi ; Civ 1ère, 31 mars 1992, RTD Civ, 1992 632, obs. Lucet et Vareille ; J.C.P., N, 1992 376, note Simler) qu'ils ont un caractère commun.

(88) Morin, Qui, de la communauté ou des époux, doit supporter les charges usufruitaires des biens propres ?, préc, n° 6 ; Champenois, note sous Civ 1ère, 31 mars 1992, préc.

avec des fonds propres, dispose d'une récompense contre la communauté, n'a de sens que si les revenus sont communs *ab initio* (89).

Cette affirmation du caractère commun des fruits et des revenus des biens propres consacre la théorie du droit réel. La communauté aura donc droit à eux matériellement (90). Cela signifie aussi que l'époux propriétaire du bien frugifère n'obtiendra jamais, ou presque, les productions de sa chose malgré sa pleine propriété. Admettre l'existence d'un droit réel démembré se conciliant avec l'absolutisme du droit de propriété apparaît, compte-tenu des textes actuels, impossible.

Selon ces derniers, si la communauté bénéficie d'une grande partie des productions des biens propres à chaque époux, elle le doit, sans doute, à un droit personnel (91). L'article 1401 du Code civil évoque cette idée en parlant des économies faites sur les fruits et les revenus, en mettant l'accent sur la valeur qu'ils représentent et qui permet d'effectuer une acquisition. Elle est également attestée par la combinaison des articles 1401, 1403 alinéa 1 et 1403 alinéa 2 du Code civil. La plénitude du droit de propriété s'oppose à tout transfert de droit et de pouvoir sur le bien producteur. D'ailleurs la communauté ne peut jamais se substituer à l'époux propriétaire. Seul éventuellement un conjoint pourra le remplacer en cas de dessaisissement judiciaire (92).

30. Reste alors à déterminer les raisons qui ont amené la Cour de cassation, dans son arrêt du 31 mars 1992, à indiquer que la communauté à laquelle sont affectés les fruits et les revenus des biens propres, doit supporter les dettes qui sont la charge de la jouissance de ces biens. Elles sont, sans doute, pratiques, ce qui amène à essayer de cerner les éventuels avantages pratiques d'une telle solution.

Il semble qu'une pratique notariale n'ait jamais fait supporter par les époux les charges usufruituaires des biens propres comme semble l'exiger le Code civil (93). La décision de la Cour de cassation, en date du 15 juillet 1981 (94), affirmant que la communauté n'avait pas à contribuer aux dépenses d'entretien des biens propres, n'aurait d'ailleurs pas infléchi cette pratique. Certains auteurs affirment qu'une telle solution serait impossible à mettre en œuvre (95). Au contraire, la solution, issue de l'arrêt du 31 mars 1992, supprimerait toutes les difficultés pratiques.

(89) Champenois, note sous Civ 1ère, 31 mars 1992, préc.

(90) Cette vision va plus loin que celle d'une partie de la doctrine qui proposait une lecture de l'article 1403 alinéa 2 du Code civil selon laquelle la communauté a droit aux fruits et aux revenus perçus et non consommés. En ce sens Marty et Raynaud par Raynaud, *Les régimes matrimoniaux*, n° 206 ; Patarin et Morin, *La réforme des régimes matrimoniaux*, T. I, n° 110.

(91) Il faut alors déterminer le moment de la naissance de la créance et fixer son montant. Elle naît avec l'apparition des fruits et des revenus. A ce stade elle est certaine. Elle deviendra liquide une fois déduits de la valeur des fruits et des revenus différents frais qui correspondent à une consommation régulière. L'exigibilité n'apparaîtra véritablement qu'à la disposition de la communauté ou en cours de fonctionnement du régime par l'acquisition d'un bien.

(92) L'une des hypothèses prévues par l'article 1429 du Code civil est celle où un époux laisse dépérir ses propres, détourne ou dissipe les revenus qu'il en tire. Les pouvoirs d'administration et de jouissance sont, en principe, transférés à l'autre conjoint qui en percevra les fruits et les revenus qui devront d'abord être employés aux charges du mariage et dont l'excédent profitera à la communauté.

(93) Morin, Qui, de la communauté ou des époux, doit supporter les charges usufruituaires des biens propres ?, préc., n° 1 et 5. On peut d'ailleurs remarquer que cette solution est parfois donnée dans le corrigé d'examen de notaire (cf. par exemple Lucet et Le Guidec, *Rép. Def.*, 1991 109, n° 4 indiquant que les taxes foncières afférentes aux immeubles propres pèsent sur la communauté ; cependant en sens contraire Grimaldi, *Rép. Def.*, 1990 928, n° 4).

(94) Civ 1ère, 15 juillet 1981, préc.

(95) "On imagine sans peine les difficultés qui eussent été celles des liquidateurs s'ils avaient dû se lancer dans de telles recherches. Dans la plupart des cas, celles-ci, il faut l'admettre, seraient restées infructueuses". Morin, Qui, de la communauté ou des époux, doit supporter les charges usufruituaires des biens propres ?, préc. n° 5.

La principale conséquence est que la communauté doit supporter les dettes qui sont la charge de la jouissance des biens propres (96). Comme on a pu le faire remarquer, "elle n'exige nullement qu'il y ait, pour cela, des revenus suffisants, voire des revenus quelconques des propres" (97). Elle peut donc éventuellement être contrainte de supporter un toujours possible déficit des biens propres. On peut aussi remarquer un certain alignement des fruits et des revenus sur les gains et salaires.

31. Le jugement que l'on peut porter sur cette jurisprudence apparaît très mitigé. Elle semble plus économique que juridique. Il est incontestable que les articles 1401, 1403 et 1428 du Code civil ne sont respectés ni dans leur lettre ni dans leur esprit. L'absence de conformité de la pratique à ces dispositions, pour importante qu'elle soit, est insuffisante à la justifier (98). De manière plus générale, on peut se demander si cette tendance de la jurisprudence à, en réalité, corriger ou modifier les textes lorsqu'ils ne lui paraissent plus adaptés, ne la conduit pas à sortir de la fonction qui lui est assignée (99). Certes, ici, les concepts de fruits et des revenus, de consommation ou d'économies sont de mise en œuvre plus délicate, mais il appartient uniquement au législateur d'en tirer les conséquences. Quoiqu'il en soit, il faut désormais envisager l'éventuelle interférence de l'article 1406 du Code civil qui réglemente la question des valeurs nouvelles et autres accroissements se rattachant des valeurs mobilières propres.

32. b) On peut se demander si la règle posée par l'article 1406 du Code civil prévoyant que "forment des propres, sauf récompense s'il y a lieu, les biens acquis à titre d'accessoire d'un bien propre ainsi que les valeurs nouvelles et autres accroissements se rattachant à des valeurs mobilières", n'apparaît pas comme une exception au principe précédent. Il faut donc vérifier si les productions de valeurs mobilières peuvent être rattachées à cet article. Compte tenu de leur diversité, on doit distinguer les principales hypothèses.

La plus simple concerne les revenus produits par les actions et les obligations qui doivent être qualifiés de fruits et de revenus. En principe, les dividendes représentent la part de bénéfice attribuée à chaque actionnaire. Il ne s'agit pas d'accroissement se rattachant à des valeurs mobilières. Mais la loi du 24 juillet 1966 a permis aux sociétés d'offrir aux actionnaires une option entre le paiement en numéraire ou en action (100). Dans ce dernier cas on est en présence d'un accroissement, au sens de l'article 1406 du Code civil, effectué grâce à des fruits et revenus. Dans les autres cas quel que soit le type d'actions, les dividendes se détachant du bien producteur, l'article 1406 ne recevra pas application. Le versement fait aux obligataires rémunère la somme prêtée à la société et ce qu'il s'agisse d'obligations à taux fixe ou à taux variable. Il ne s'agit pas d'un accroissement du capital, même pour les obligations convertibles en actions.

(96) Selon M. Champenois (Champenois, obs sous Civ 1ère, 31 mars 1992, préc.), bien que la Cour de cassation opère un revirement de jurisprudence, la formule n'est pas, en apparence, révolutionnaire car on affirmait couramment que la communauté n'appréhendait que des revenus nets.

(97) Champenois, obs sous Civ 1ère, 31 mars 1992, préc. Selon MM. Lucet et Vareille (obs. sous Civ 1ère 31 mars 1992, préc.), "la communauté endossera alors le risque d'improductivité, comme elle bénéficie des chances de rendement".

(98) En ce sens Champenois, obs sous Civ 1ère, 31 mars 1992, préc., note 26.

(99) "Il semble que les magistrats qui composent cette juridiction (la Cour de cassation) n'ont plus une exacte conception de leur rôle et qu'il soit nécessaire, en conséquence, de rappeler que le juge, quelle que soit sa place dans la hiérarchie, n'a qu'une seule mission, en laquelle se résume la grandeur de sa tâche, appliquer la loi et non pas la faire, la refaire ou la défaire, qu'elle lui plaise ou non" Conte, L'arbitraire judiciaire ; chronique d'humeur, J.C.P., 1988 I 3343, n° 10.

(100) Article 331 et s. loi du 24 juillet 1966 modifiée par la loi du 6 janvier 1988. Un tel paiement ne vaut pas cession. Il échappe donc au droit de 4,80 % (Com, 31 mai 1988, Rev. Soc, 1989 50, note Serlooten).

Le même principe de solution doit être appliqué aux certificats d'investissement et aux titres participatifs (101). On peut, sur ce point, utiliser les règles dégagées pour les actions aux premiers qui représentent une quotité du capital et qui sont rémunérés par les bénéfices que l'assemblée générale des actionnaires décide de distribuer (102). On peut également calquer sur cette question les règles prévues pour les obligations aux seconds qui sont, pour partie, rémunérés en fonction de l'activité ou du résultat de l'entreprise.

Une dernière difficulté est posée soit par les organismes de placement en valeur mobilière (O.P.C.V.M.) (103) comprenant les sociétés d'investissement à capital variable (S.I.C.A.V.) et les fonds communs de placement à vocation générale (F.C.P.) soit par les fonds communs de créance. Société anonyme, dont l'objet consiste à gérer un portefeuille de valeurs mobilières, la S.I.C.A.V. peut distribuer des dividendes qui ne diffèrent en rien de ceux des autres sociétés anonymes. Le F.C.P. consiste en une sorte de copropriété de valeurs mobilières dont les parts permettent la perception d'une partie des produits périodiques et du bonus de liquidation, ce qui ne constitue pas un accroissement de valeurs mobilières. Le fonds commun de créance acquiert des créances détenues par les établissements de crédit ou la caisse des dépôts et consignation. Ces parts donnent lieu à une rémunération qui s'analyse en des fruits et des revenus. Mais il ne s'agit pas d'accroissement du capital.

33. Cette liste des principales valeurs mobilières permet de tirer un enseignement précis sur l'influence de l'article 1406 du Code civil. Seule une rémunération effectuée par l'attribution de nouveaux titres conduira à appliquer cet article. En revanche, si comme dans la majorité des hypothèses, elle est effectuée par le versement d'une somme d'argent, il ne s'agira pas d'un accroissement puisqu'il n'existe ni union ni incorporation au bien producteur.

Les fruits et les revenus devront suivre les règles posées par les articles 1401 et 1403 alinéa 2 du Code civil et par la solution donnée par la jurisprudence. Une exception doit cependant être prévue si la souscription est due à un droit préférentiel de souscription. Dans ce cas, quelle que soit la source de financement, il s'agit d'un accroissement de valeurs mobilières (104).

(101) Sur l'ensemble de cette question, par exemple Bouloc, *Les nouvelles valeurs mobilières ; les certificats d'investissement et les titres participatifs*, Rev. soc., 1983 501.

(102) Dependait l'article 283-3 de la loi du 24 juillet 1966 (red. 1. 3 janvier 1983) prévoit qu'en cas de distribution gratuite d'actions, de nouveaux certificats doivent être créés et remis gratuitement aux propriétaires des certificats anciens, dans la proportion des actions nouvelles attribuées aux actions anciennes. Ces nouveaux certificats devront être considérés comme des accroissements et l'article 1406 du Code civil devra recevoir application.

(103) Ils sont désormais réglementés par la loi du 23 décembre 1988. Sur cette réglementation par exemple Roblot, *Les organismes de placement collectifs en valeurs mobilières*, ANSA, 1990.

(104) Cette solution tient à la nature juridique du droit préférentiel de souscription qui, le plus fréquemment, est analysée comme une valeur du capital, cf par exemple Ripert et Roblot par Germain, *Traité élémentaire de droit commercial*, T. 1, n° 1553 ; Planiol et Ripert par Nast, T. 8, *Les régimes matrimoniaux*, 1ère éd, n° 418 ; Croizat, *La notion de fruits en droit civil, en droit commercial et en droit fiscal*, p. 195 ; Jauffret, *Du droit de souscrire par préférence des actions nouvelles*, Th. Aix en Provence, 1926, p. 153 et s ; Paisant, *Des actions et parts de sociétés dans le droit patrimonial de la famille*, p. 54 ; Lenoan, *De la condition des actions de sociétés nominatives propres de la femme sous le régime de la communauté et de l'exercice du droit de préférence à la souscription d'actions nouvelles*, RTD Civ, 1922 380 ; Kayser, *Les augmentations de capital des sociétés et le caractère des nouveaux droits sociaux dans le régime de la communauté d'acquêts*, J.C.P., 1949 I 800 ; Colomer, *Augmentation de capital et répartition des biens en régime matrimonial communautaire*, Rép. Def, 1981 401, n° 11 et s. La jurisprudence en avait déduit que ce droit préférentiel constitue un démembrement de l'action ancienne Civ, 18 décembre 1935, D, 1936 I 129, note Fréjaville ; S, 1937 I 57, note Durand ; J.C.P., 1935 376, note H. M ; RTD Civ, 1937 138, obs Lagarde ; Civ, 6 octobre 1941, D, 1942 33, note Fréjaville ; J.C.P., 1942 II 1794, note Radouant ; RTD Civ, 1950 180, obs Lagarde. Sous l'empire de la loi du 13 juillet 1965 la doctrine majoritaire en déduit que les nouvelles actions ainsi souscrites se rattachent aux anciennes actions propres ; Aubry et Rau par Ponsard, *Les régimes*

34. On le constate donc dans les régimes matrimoniaux, les fruits et les revenus sont fortement influencés par le régime adopté par les époux. Néanmoins, il existe une tendance générale à une limitation des droits et même parfois des pouvoirs, de l'époux propriétaire de bien frugifère. Les règles classiques du droit des biens et de la propriété, sont donc modifiées par le droit patrimonial de la famille, sans doute en raison de la valeur patrimoniale attribuée à ces productions qui doivent alors profiter au couple. En revanche, lorsque ce dernier n'est plus concerné, elles ne semblent plus avoir la même importance patrimoniale. Dans ce cas, on assiste seulement à un infléchissement du droit aux fruits et aux revenus par le droit patrimonial de la famille.

II - L'INFLÉCHISSEMENT DU DROIT AU FRUITS ET AUX REVENUS PAR LE DROIT PATRIMONIAL DE LA FAMILLE

35. Il arrive fréquemment, en droit patrimonial de la famille, comme d'ailleurs en droit des biens, qu'un bien frugifère fasse l'objet de plusieurs droits concurrents sur lui. Dans certaines hypothèses, le législateur a prévu une telle situation. L'exemple le plus représentatif est fourni par l'usufruit du conjoint survivant. L'usufruitier et le nu-propriétaire vont se partager un certain nombre de prérogatives. Hormis d'éventuelles difficultés liées à la qualification des productions, il n'existe pas une véritable concurrence puisque le Code civil les a dissociées.

Mais parfois une personne possède sur cette chose un pouvoir de fait et une autre bénéficie sur elle d'un pouvoir de droit. Très fréquemment alors, le droit aux fruits et aux revenus ne débutera pas du jour de l'acquisition du droit réel sur le bien frugifère. Une telle situation se retrouve également en droit des biens où le possesseur de bonne foi, tant que dure sa possession, fait les fruits et les revenus siens et où le propriétaire ne pourra en obtenir la restitution intégrale. Cependant, malgré la similitude du principe de solution, le caractère familial des relations va nécessiter une adaptation des principes de solutions issus du droit des biens qui va déboucher sur un infléchissement du droit aux fruits et aux revenus par le droit patrimonial de la famille.

Cet infléchissement accentue le décalage entre la perception des fruits et des revenus et le droit sur le bien frugifère (A). On peut se demander si une telle situation n'apparaît pas comme une survivance de l'époque où les fruits et les revenus étaient, en réalité, traités comme des *res vilis*, ce qui débouche sur une absence de prise en compte de leur importance patrimoniale (B).

A - LE DÉCALAGE ENTRE LA PERCEPTION DES FRUITS ET DES REVENUS ET LE DROIT SUR LE BIEN FRUGIFÈRE

Ce décalage apparaît de manière particulièrement nette dans l'hypothèse d'attribution de certains biens frugifères et dans celle de leur restitution.

matrimoniaux, n° 155 ; Cornu, Les régimes matrimoniaux, 5e éd, p. 367 ; Patarin et Morin, La réforme des régimes matrimoniaux, T. I, n° 137 ; Marty et Raynaud par Raynaud, Les régimes matrimoniaux, n° 192 bis ; Mazeaud par de Juglart, Régimes matrimoniaux, n° 164 ; Malaurie et Aynes, Les régimes matrimoniaux, n° 351 ; Terré et Simler, Les régimes matrimoniaux, n° 342 ; cependant en sens contraire Savatier, La communauté conjugale nouvelle, n° 34 ; Colomer, Augmentation de capital et répartition des biens en régime matrimonial communautaire, préc, n° 36. Les mêmes règles doivent être appliquées pour les titres distribués gratuitement à la suite d'une incorporation des réserves au capital social.

1 - Le droit aux fruits et aux revenus et l'attribution du bien frugifère

36. Il faut envisager ici le partage consécutif à une période d'indivision et la délivrance du legs.

En droit patrimonial de la famille, les indivisions peuvent se présenter notamment en cas d'ouverture d'une succession, en cas de dissolution de la communauté, en cas d'indivision entre époux séparés de biens ou encore en cas de libéralités faites en indivision.

En vertu de l'article 815-10 du Code civil, "les fruits et les revenus accroissent à l'indivision (105), à défaut de partage provisionnel ou de tout autre acte établissant la jouissance divise" (106). Ce texte, issu de la loi du 31 décembre 1976, reprend une règle traditionnelle formulée par la maxime "*fructus augent hereditatem*" (107). Leur sort est donc indépendant de celui du bien producteur. Le législateur a aussi prévu la possibilité d'un règlement particulier, puisqu'il prévoit l'éventualité d'un partage provisionnel rendu obligatoire par la demande d'un indivisaire, selon l'article 815-11 du Code civil. Chacun d'entre eux peut donc demander sa part annuelle dans les bénéfices, déduction faite des dépenses justifiées. Un partage provisionnel de la jouissance peut également être envisagé. Dans ce cas, chaque indivisaire bénéficiera des biens indivis correspondant à sa part abstraite qui lui permettra de profiter des productions de cette partie.

L'indivision, quelle que soit sa source, débouche sur un partage, qui contrairement au droit romain où il bénéficiait d'un caractère attributif, est, en vertu de l'article 883 du Code civil, déclaratif : il efface rétroactivement la période d'indivision (108). Pour certains, la rétroactivité ne serait pas de l'essence de la déclarativité (109) et des règles, en fait, assez nombreuses, la tiendraient en échec (110).

(105) Cf cependant Paris, 15 février 1991, Chronique d'actualité ; Régimes matrimoniaux, J.C.P., 1992 I 3567, n° 14, obs. Tisserand où la Cour indique que les revenus d'un cabinet médical n'ont pas à être rapportés à l'indivision et restent propres à celui qui les acquis par son travail. Selon elle, le cabinet médical ne dépendait de la communauté que par la valeur du droit de présentation. Cette solution semble en contradiction avec la position de la Cour de cassation, par exemple Civ. 1ère, 10 mai 1984, Bull. civ. I, n° 152 qui avait affirmé que "le fait que l'exploitation du laboratoire de biologie et d'analyses médicales soit subordonnée à la possession de certaines diplômes ne pouvait avoir pour effet, sous l'empire du droit applicable, de faire échapper ... à l'indivision post-communautaire les fruits et les revenus de ce fonds, sauf la rémunération pour le travail, la responsabilité personnelle et les fruits grâce auxquels ces fruits et revenus avaient été obtenus."

(106) En vertu de l'article 815-10 aliéna 2 du Code civil, "aucune recherche relative aux fruits et revenus ne sera, toutefois, recevable plus de cinq ans après la date à laquelle ils ont été perçus ou auraient pu l'être". Comme on a pu le faire remarquer (P. Catala, L'indivision entre époux, préc, n° 27) "cette règle vise à purger l'indivision des recherches par trop incertaines sur des revenus trop anciens. Indirectement, elle pousse les indivisaires à faire valoir leur droit aux fruits, elle stimule la saine gestion du groupement."

(107) Sur l'application de cette règle antérieurement à la loi du 31 décembre 1976 par exemple Civ. 23 mai 1905, DP, 1906 I 369, note Boutaud ; S, 1906 I 177, note Tissier ; Req, 27 janvier 1926, DP, 1927 I 169, note Nast ; Civ 1ère, 11 décembre 1973, J.C.P., 1974 II 17826, note Dagot ; RTD Civ, 1975 135 obs. R. Savatier.

(108) "Si l'article 883 reçoit une interprétation systématique et absolue, l'effacement de la période d'indivision doit être total. Faisant refluer le droit de propriété vers le passé jusqu'au début de l'indivision, le partage doit, en vertu de l'article 547, faire refluer le droit aux fruits jusqu'à la même limite", Flour, Plus values et fruits de biens indivis, J.C.P., 1943 I 336, n° 16. Mais selon cet auteur, la maxime *fructus augent hereditatem* est préférable à un double titre. Pratiquement ce serait une simplification certaine de faire masse des fruits pour les répartir, au lieu, d'établir, au nom de chacun des indivisaires, un compte particulier des revenus intérimaires de son lot. Juridiquement, la loi d'égalité dominant le partage serait satisfaite ; *adde* également J. Boulanger, La clause notariale dite de jouissance divise dans le partage de communauté et de succession, Rev. crit, 1935 447.

(109) Sur le lien entre la déclarativité et la rétroactivité Malaurie et Aynes par Malaurie, Les successions, les libéralités, n° 984 ; Marty et Raynaud par Raynaud, Les successions et les libéralités, n° 806 ; Grimaldi, Successions, n° 922 et s.

(110) Sur ce point, Grimaldi, Successions, n° 922 et s.

Tel est le cas pour les fruits et les revenus produits en cours d'indivision, en vertu de l'article 815-10 du Code civil. Normalement chaque indivisaire aurait dû recevoir ceux produits, pendant cette période, par les biens obtenus par partage. A l'inverse, les autres indivisaires ne devraient pas pouvoir en bénéficier puisqu'ils sont censés ne jamais avoir eu de droit sur le bien frugifère. En réalité, chacun d'entre eux ne devient le propriétaire exclusif des biens, mis dans son lot, qu'une fois le partage opéré.

37. Le droit aux fruits et aux revenus peut aussi être lié au respect d'une formalité. Au cas de décès de *de cujus*, ses successeurs deviennent immédiatement propriétaires des biens qui leur sont dévolus et ce qu'ils soient légaux, testamentaires ou contractuels ou qu'ils soient universels, à titre universel ou à titre particulier (111). Les productions des biens successoraux devraient leur revenir à compter du décès. Mais parfois, pour appréhender ces biens ils doivent satisfaire à la formalité de la demande en délivrance (112). Or, cette obligation, ou son absence, conditionne le point de départ du droit des productions.

La première hypothèse concerne les légataires non saisis. Pour le légataire universel, l'article 1005 du Code civil prévoit que son droit remontera au jour du décès, si la demande en délivrance a été faite dans l'année qui suit le décès. A défaut, il ne courra que du jour de la délivrance amiable ou de la demande en justice. Pour le légataire à titre particulier, l'article 1014 du Code civil prévoit que les fruits et les revenus ne lui seront accordés que du jour de la délivrance amiable ou de la demande en justice. L'article 1015 du Code civil prévoit deux exceptions, qui font remonter son droit au jour du décès, lorsque le testateur en a manifesté la volonté ou lorsque le legs porte sur une rente viagère ou une pension à titre d'aliments (113). Le Code n'a pas envisagé la situation du légataire à titre universel ; la jurisprudence (114), approuvée par la doctrine (115), l'assimile, sur ce point, au légataire à titre universel.

La seconde hypothèse est celle du légataire saisi. Pour le légataire universel et pour le légataire à titre particulier, la jurisprudence décide que leur droit remontait dès l'ouverture de la succession (116). La même solution doit être étendue au légataire à titre universel.

(111) Par exemple pour le légataire Civ, 7 janvier 1936, DP, 1936 1 129, note Fréjaville ; RTD Civ, 1936 539, obs. R. Savatier ; Civ 1ère, 22 octobre 1975, Bull civ, I, n° 293 ; pour l'héritier Civ 1ère 22 juillet 1987, Bull civ, I n° 258. Ce dernier arrêt précise qu'il s'agit d'une application du "principe fondamental suivant lequel il ne peut exister de droits sans sujets de droit."

(112) Cette difficulté se retrouve également pour le legs d'usufruit pour lequel le point de départ du droit aux fruits est discuté (sur point Verdort, Encycl dr civ, 2e éd, V° "Legs", n° 343 et s). Selon une première opinion on doit appliquer les mêmes règles qu'aux legs en propriété (par exemple Bordeaux, 23 avril 1844, S, 1844 2 492). Selon une seconde, il faudrait appliquer les règles propres à l'usufruit d'après lesquelles l'usufruitier a droit aux fruits dès l'ouverture de son droit, c'est-à-dire dès le décès et ce quelle que soit la date de la demande en délivrance (par exemple Civ, 20 juillet 1897, DP, 1899 1 17). Entre ces deux possibilités la doctrine apparaît hésitante, cf. Planiol et Ripert par Trasbot, Traité pratique de droit civil français, T. 5, 2e éd, n° 64). En revanche, le légataire de la nue propriété a droit aux fruits et aux revenus du jour du décès de l'usufruitier et non pas seulement à compter de la demande en délivrance, Req, 2 août 1880, DP, 1880 1 451.

(113) On peut également citer comme exception l'hypothèse du recel d'un testament en vue de se soustraire au paiement du legs, Req, 15 juin 1885, D, 1895 1 487.

(114) Civ, 6 avril 1891, DP, 1892 1 279 affirmant que "le légataire à titre universel a droit aux fruits et intérêts à partir du jour du décès, sous la seule condition de former sa demande dans l'année" ; *adde* Req, 29 juin 1910, D, 1911 1 49.

(115) Par exemple Mazeaud par Breton, Successions libéralités, 5e éd., n° 1199 ; Flour et Souleau, Les successions, 3e éd., n° 186.

(116) Pour le légataire universel, Civ, 29 avril 1897, DP, 1897 1 409 ; pour le légataire à titre particulier, Civ 1ère, 24 novembre 1969, D, 1970 146, note R. Savatier ; J.C.P., 1970 II 16506, note Dagot ; RTD Civ, 1970 800, obs R. Savatier ; Rép. Def, 1970 art 29730, note Breton ; Rép Def, 1971 922, obs Malaurie ; *adde* Civ 1ère, 31 mars 1971, Rep Def, 1972 art 30113, obs Aubert ; Civ 1ère, 2 juin 1987, D, 1988 137, note Breton.

38. Cette opposition entre les légataires saisis et ceux non saisis ne semble pas fondée (117). D'une part, la délivrance ne purge pas les éventuels vices du legs puisque, selon la jurisprudence, "elle n'enlève aux héritiers et autres intéressés aucun moyen de forme ou de fond qu'ils peuvent avoir à proposer pour faire établir leurs droits dans la succession" (118). D'autre part, elle fait jouer à la saisine un rôle autre que le sien puisque son fondement se trouve dans la vraisemblance du titre successoral (119).

La solution semble difficilement justifiable. La seule explication consiste dans la nécessité d'entretenir les biens légués et la faible importance patrimoniale qu'auraient les fruits et les revenus. Pour le légataire universel non saisi et donc pour celui à titre universel, s'ils n'ont pas demandé la délivrance dans l'année qui suit le décès, les héritiers devront engager parfois des frais pour entretenir les biens. Le remboursement de leurs frais est effectué par les productions des biens, objets des legs. Pour le légataire à titre particulier, le raisonnement doit être identique (120). On le constate donc, le décalage entre la perception des fruits et des revenus et le droit sur le bien frugifère est particulièrement marqué dans ces hypothèses. Il se retrouve également lors de certaines restitutions.

2 - Le droit aux fruits et aux revenus et la restitution du bien frugifère

39. Il arrive qu'une libéralité ait été consentie et qu'un événement ultérieur la prive d'effet, ou qu'une personne profite indûment d'une succession. Pendant la période séparant la libéralité de son anéantissement ou permettant de découvrir l'absence de droit du successeur, des fruits et des revenus ont pu être produits. Leur sort doit être réglé. Il faut alors distinguer les hypothèses de restitution en nature ou de celles en valeur.

La restitution en nature résulte de l'anéantissement rétroactif de la libéralité ou de l'absence de droit dans une succession. Le débiteur de l'obligation de restitution sera censé ne jamais avoir eu de droit sur la libéralité ou dans la succession. Pourtant, souvent il pourra conserver tout ou partie des fruits et des revenus. Cependant, ce droit n'est pas automatique et dépendra de l'attitude du débiteur. Une fois cette dernière déterminée, on pourra voir le moment où son droit cesse et à quel moment débute son obligation de restitution.

40. L'obligation de restituer les fruits et les revenus dépend de la bonne ou de la mauvaise foi du débiteur. De mauvaise foi, le débiteur ne peut pas conserver les fruits et les revenus. En cas d'indignité, l'indigne sera rétroactivement exclu d'une succession déterminée et l'article 729 du Code civil l'oblige à restituer l'intégralité des productions dont il a la jouissance depuis l'ouverture de la succession. On peut se demander s'il ne sera pas redevable que de ceux qu'il a effectivement perçus ou s'il doit tous les restituer. Obligation fondée sur la mauvaise foi de l'indigne, la

(117) On peut d'ailleurs relever que la Commission de réforme du Code civil, dans l'article 957 de son avant projet, avait proposé de toujours attribuer à tous les légataires les fruits à partir du décès.

(118) Req, 15 mars 1927, S, 1927 I 281, obs R. Savatier.

(119) Elle est donc sans rapport avec la transmission des biens successoraux, Flour et Souleau, Les successions, n° 162 ; Marty et Raynaud par Raynaud, Les successions et les libéralités, n° 136 ; Sériaux, Les successions les libéralités, 2e éd., n° 137 ; Malaurie et Aynès par Malaurie, Les successions les libéralités, n° 163 ; Mazeaud par Breton, Successions, libéralités, n° 1154.

(120) On a également indiqué que "la délivrance volontaire vaut ratification du legs et par conséquent renonciation à l'attaque de la part de celui qui le délivre s'il avait connaissance de la cause de nullité et n'a pas fait de réserve à l'égard des vices qu'ils connaissait" Terré et Lequette, Les successions, les libéralités, 2e éd., n° 701.

meilleure solution, comme pour les possessions de mauvaise foi, consiste à le contraindre à restituer ceux perçus et ceux qui auraient dû être perçus (121).

La même solution se présente pour la pétition d'hérédité. Dans l'hypothèse où l'action aboutit, la partie succombant, si elle est de mauvaise foi, c'est-à-dire lorsqu'elle savait ne pas être un successeur, devra restituer l'intégralité des fruits et des revenus produits ou qui auraient dû l'être.

A l'inverse, de bonne foi, le débiteur conservera une grande partie des fruits et des revenus. L'opposition est évidente pour la pétition d'hérédité où la partie ayant succombé et de bonne foi pourra les conserver jusqu'au jour de la demande en justice (122). Il n'est donc pas étonnant que l'article 856 du Code civil prévoit, en matière de rapport des libéralités, que les fruits et les intérêts des choses sujettes à rapport ne sont dus qu'à compter du jour d'ouverture de la succession (123) et que l'article 928 du Code civil indique, en matière de réduction, que le donataire restituera ceux qui excèdent la portion disponible, à compter du jour du décès du donateur, si la demande a été faite dans l'année du décès, sinon au jour de la demande. Le même principe de solution s'applique également à la révocation des libéralités (124). Toutes ces hypothèses possèdent des points communs (125). Elles résultent d'une disparition rétroactive et la bonne foi du débiteur ne fait pas de doute. Le fondement juridique de ces solutions apparaît identique.

41. Ces solutions s'expliquent par l'idée de possession. Le possesseur de mauvaise foi ne mérite aucune protection et il ne doit profiter d'aucun bénéfice. De bonne foi, le débiteur réunit l'*animus* et le *corpus* et il a, comme l'exige l'article 550 du Code civil, possédé comme un propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices. Les différents articles, prévoyant la possibilité de conservation partielle des productions apparaissent comme une application du principe posé par l'article 549 du Code civil.

Ces différents textes résolvent donc un conflit de titres, celui présomptif du possesseur de bonne foi et celui effectif du propriétaire. L'un consiste dans l'apparence d'un droit et l'autre consiste dans le droit réel le plus absolu. Reste alors à savoir pour quelles raisons, le Code civil a fait triompher le premier (126). Ceci est du, sans doute, au caractère sécurisant de la possession qui constitue l'apparence de la réalité et l'est même dans la majorité des hypothèses. De plus, conscient d'être devenu propriétaire grâce à un titre translatif de propriété, le possesseur ne pouvait imaginer devenir débiteur d'une obligation de restitution. On considère qu'il bénéficie

(121) "Il devrait restituer aussi, quoique le texte ne le dise pas, les revenus qu'il a négligé de recueillir, et par exemple, les intérêts des sommes de la succession qu'il a eues entre les mains, car l'usage qu'il en a fait a été pour lui l'équivalent d'un revenu ... L'idée évidente de la loi, c'est qu'il ne profite en rien de cette succession". Marcade, Explication théorique et pratique du Code Napoléon, T. 3, 5e éd, n° 81.

(122) Selon la Cour de Chambéry (Chambéry, 14 mars 1990, D, 1992 Som 227, obs Lucet; RTD Civ 1992 803, obs Patarin), c'est au jour de la connaissance du vice que commence la mauvaise foi de l'héritier, apparent et donc de son obligation de restitution. Fréquemment cette date se confondra avec celle de la demande.

(123) Civ, 15 février, DP, 1865 1 430 qui casse un arrêt d'appel ayant fait courir les intérêts du jour de la demande en justice; *adde* Civ 1ère, 14 mai 1992, D, 1992 IR 171.

(124) Pour la révocation pour cause d'ingratitude, article 958 alinéa 3 du Code civil; pour la révocation pour survenance d'enfant, article 962 du Code civil.

(125) On doit, sans doute, leur appliquer la solution dégagée dans le droit commun de la possession par la Cour de cassation (Civ 1ère, 20 juin 1967, RTD Civ, 1968 397, obs Bredin) selon laquelle "si le possesseur doit restituer les fruits au propriétaire qui revendique la chose à compter du jour de la demande, le propriétaire saurait prétendre qu'aux fruits qu'aurait produits la chose dans l'état où le possesseur a en pris possession". La seule différence est que le point de départ de leur restitution diffère; *adde* Paris, 22 novembre 1972, D, 1974 93, note Malaurie.

(126) "Le propre de la possession est de faire participer à la vie juridique de situations qui, étant de pur fait, auraient dû lui demeurer totalement étrangères". Ortscheidt, La possession en droit civil français et allemand, 1978, n° 217 bis.

de la faculté de percevoir les fruits et les revenus pour en faire l'usage que bon lui semble, comme le peut un véritable propriétaire. L'argument de paix sociale, de respect de l'apparence conduit à négliger ou au moins à réduire les pouvoirs du propriétaire.

42. En cas de possession de bonne foi, l'obligation de restitution des fruits et des revenus du débiteur débute à des dates différentes. En cas de rapport, elle court à compter du jour d'ouverture de la succession (127). En cas de réduction, elle débutera à compter du jour du décès du donateur si la demande en réduction a été faite dans l'année du décès, sinon du jour de la demande. Cette dernière date est aussi utilisée par la pétition d'hérédité. Enfin, en cas de révocation ; si elle est due à une survenance d'enfant, les productions échues ou perçues depuis la naissance de l'enfant lui restent acquises ainsi que celles perçues depuis la naissance tant que celle-ci ne lui a pas été notifiée et, si elle est due à un inexécution des charges ou à l'ingratitude, la restitution n'aura lieu qu'à compter de la demande de révocation (128).

Dans toutes ces hypothèses, le droit aux productions cesse le jour où le possesseur a, ou doit avoir, connaissance du vice qui entache son titre translatif de propriété. Il semble tout à fait logique que son obligation de restitution courre à partir de dates différentes puisque les raisons de l'anéantissement rétroactif divergent et qu'elles conditionnent la naissance de cette obligation.

On assiste à un infléchissement par rapport à la solution dégagée pour la possession. En cette matière, l'article 550 alinéa 2 du Code civil prévoit que leur acquisition cesse du jour où les vices sont connus, mais la jurisprudence considère qu'elle s'arrête le jour où le propriétaire introduit son action (129). En droit patrimonial de la famille, l'existence d'une action en justice n'est pas toujours requise, comme par exemple en cas de rapport ou de révocation par survenance d'enfant. L'arrivée de certains événements apparaît suffisante pour démontrer cette connaissance.

43. Mais les restitutions ne sont pas toujours effectuées en nature et, dans les hypothèses de rapport et de réduction, elles s'opèrent également en valeur (130). En cas de rapport en valeur, l'article 860 du Code civil retient la valeur du bien donné à l'époque du partage, d'après son état à l'époque de la donation. Si le donataire a aliéné le bien, la valeur rapportable est celle du bien à l'époque de la donation et si un nouveau bien a été subrogé à celui vendu, celle du nouveau bien à l'époque du partage. En cas de réduction en valeur, l'article 868 alinéa 1 du Code civil prévoit que le bénéficiaire de la libéralité sera débiteur d'une indemnité équivalente à la portion excessive de la libéralité réductible qui se calculera d'après la valeur des objets donnés ou légués à l'époque du partage et leur état au jour où la libéralité a pris effet. Comme fréquemment en droit patrimonial de la famille, le législateur a utilisé le système de la dette de valeur.

(127) En ce sens Civ 1ère, 2 juin 1992, D, 1992 IR 212.

(128) Et ce même si elle a été précédée d'une sommation d'exécuter Paris, 3 juillet 1890, DP, 1890 2 54 ; Bourges, 6 juin 1898, D, 1898 2 495 ; Limoges 16 décembre 1896, D, 1899 2 418.

(129) Par exemple, Civ, 23 décembre 1840, S, 1841 1 36 ; Civ 1ère, 1er février 1955, Bull civ, I, n° 48 ; Civ 3, 28 juin 1983, Bull civ, III, n° 148 ; Civ 3, 28 juin 1984, Gaz Pal, 1984 1 pan 28, obs A. Piedelièvre. Certains auteurs ont expliqué cette solution par l'effet déclaratif du jugement, car, au moment où le possesseur est actionné en revendication, il peut légitimement continuer à être de bonne foi, par exemple Ortscheidt, La possession en droit civil français et allemand, n° 48.

(130) Désormais en vertu de l'article 858 du Code civil (réd. L. 3 juillet 1971) le principe est que le rapport se fait en moins prenant.

Commun au rapport en nature et au rapport en valeur, l'article 856 du Code civil prévoit que la restitution des fruits et des revenus ne sera due qu'à compter du décès, si la demande a été faite dans l'année du décès et où l'article 868 alinéa 3e du Code civil prévoit que les sommes dues sont productives d'intérêt au taux légal en matière civile. Les difficultés posées par ces deux institutions étant analogues, on envisagera conjointement la question des intérêts puis celle des fruits et des revenus, avant d'apprécier la valeur des solutions.

44. Pour les intérêts, la Cour de cassation, dans le domaine voisin du rapport des dettes (131), a commencé par reprendre la solution dégagée en matière de lésion pour les intérêts du supplément du juste prix (132). Il fallait donc tenir compte de la variation dans le temps de la valeur de la chose donnée. Puis, par un arrêt du 21 mai 1985 elle a estimé, en matière de réduction, que les intérêts ne courraient que du jour du partage (133). Enfin, par une décision de 25 janvier 1987, elle a repris cette solution en indiquant que, lorsque le rapport se fait en valeur sous forme d'une indemnité, celle-ci n'est productive d'intérêts que du jour où elle est déterminée : ils ne commencent à courir que du jour de la liquidation de la dette, c'est à dire au jour du partage (134).

Pour les fruits et les revenus, la solution a également évolué. Dans un premier temps, la Cour de cassation a décidé que leur restitution ne devait pas diverger selon le mode de restitution (135). Puis dans un arrêt du 21 mai 1985, elle avait semblé, par une incidente, l'exclure (136), même si pour certains auteurs, elle avait seulement exclu leur restitution en nature (137). Enfin, par une décision du 21 juin 1989, elle indique qu'il résulte de l'article 928 du Code civil "qui ne fait aucune distinction selon qu'une libéralité a été faite ou non à un successible, qu'en cas de réduction en valeur de la libéralité, le donataire doit restituer, à compter du jour du décès du donateur l'équivalent des fruits perçus de la portion de bien donnée sur laquelle porte la réduction" (138).

(131) Civ 1ère, 11 juin 1981, D, 1981 594, note Morin ; J.C.P., N, 1982 25, obs Remy ; RTD Civ, 1982 573, obs Patarin ; dans le même sens pour des intérêts dus sur la valeur de la chose léguée Civ 1ère, 12 janvier 1983, D, 1983 IR 177, obs Martin ; Rép. Def, 1983 1351, obs Champenois.

(132) Civ 3, 3 mai 1972, D, 1972 598, note Malaurie ; J.C.P., 1972 II 17143, rapport Fabre ; Gaz Pal, 1972 2 897, note Planqueel ; RTD Civ, 1973 139, obs Cornu ; sur renvoi Orléans, 14 juin 1973, D, 1974 485, note Malaurie ; Gaz Pal, 1974 1 421, note Planqueel ; RTD Civ, 1974 630, obs Cornu.

(133) Civ 1ère, 21 mai 1985, D, 1987 65, note Morin ; RTD Civ, 1986 394, obs Patarin ; Gaz Pal, 1986 1 pan 91, obs Grimaldi ; cf auparavant dans le domaine des récompenses dans les régimes communautaires Civ 1ère, 17 juillet, 1984, D, 1984 477, note Morin ; J.C.P., N, 1985 II 25, obs Remy ; RTD Civ, 1985 116, obs Patarin.

(134) Civ 1ère, 27 janvier 1987, D, 1987 253, note Morin ; RTD Civ, 1987 578, obs Patarin ; déjà auparavant dans le même sens Versailles, 10 décembre 1980, D, 1983 406, note Duclos ; Paris, 30 octobre 1985, D, 1986 333, note Ranouil ; depuis, Civ 1ère, 4 octobre 1988, Rép Def, 1989 173, note Morin ; RTD Civ, 1990 128, obs Patarin ; Civ 1ère, 14 mai 1992, RTD Civ 1993 175, obs Patarin ; pour un prétendu rapport de dettes Civ 1ère, 29 novembre 1989, Rép Def, 1990 222, note Morin ; J.C.P., 1990 II 21590, note Salvage ; RTD Civ, 1990 536, obs Patarin ; pour l'application de l'article 1099-1 du Code civil, Civ 1ère, 3 décembre 1991, Rép Def, 1992 402, obs Champenois ; *adde* Testu, chronique d'actualité : Successions et libéralités, J.C.P., 1992 I 3604, n° 6. Il semble donc que cette solution doive s'appliquer dans toutes les hypothèses, en droit patrimonial de la famille, où le système de la dette de valeur est admis et où les intérêts seraient dus. Il en est sans doute ainsi, par exemple, en cas de soule payable à terme où ils doivent courir du jour du partage car c'est à cette date, en l'absence du terme, que le créancier devait recevoir paiement, sur ce point Sériaux, Les successions, les libéralités, n° 133.

(135) Par exemple Civ 1ère, 7 novembre 1979, J.C.P., 1981 II 1953, note de La Marnière qui affirme que "l'article 928 du Code civil qui prévoit la restitution pour le donataire des fruits de ce qui excède la quotité disponible à compter du décès du donateur, ne fait aucune distinction selon que la libéralité a été faite ou non à un successible". Pour une critique de cette solution Terré et Lequette, Les successions, les libéralités, n° 1038.

(136) Civ 1ère, 21 mai 1985, préc.

(137) Morin, note sous Civ 1ère, 21 mai 1985, préc.

(138) Civ 1ère, 21 juin 1989, Bull civ, I, n° 245 ; Rép Def, 1989 1122, 2e espèce, note Morin ; J.C.P., 1990 II 21754, obs Salvage ; R.T.D. Civ, 1990 130, obs Patarin. Il faut remarquer que la Cour de

45. Il faut vérifier si ces solutions respectent ou non le principe de neutralité qui doit exister en cette matière. Il signifie que les droits des parties ne doivent pas être modifiés par le mode de rapport. Au point de vue patrimonial, aucune d'entre elles ne doit tirer avantage d'une modalité particulière.

Le système actuel présente le mérite de la simplicité, car il supprime certains calculs, parfois difficiles à effectuer. Mais les textes prévoyant le rapport ou la réduction, indiquent que le point de départ des intérêts est fixé, en principe, au jour du décès. Même s'il est exact que, dans le domaine voisin des récompenses et des créances entre époux, les articles 1473 alinéa 2 et 1479 alinéa 2 du Code civil, dus à la rédaction de la loi du 23 décembre 1985, fixent le point de départ au jour de la liquidation (139), il n'en reste pas moins vrai qu'une telle solution heurte les textes classiques du Code civil. La solution dégagée pour les fruits et les revenus semble en harmonie avec les dispositions légales. Néanmoins, les créanciers du rapport ou de la réduction en valeur semblent désavantagés par rapport à la situation qui aurait été la leur si elles avaient été effectuées en nature.

46. Faut-il en déduire pour autant que la solution consistant à attribuer au créancier d'une part certains fruits et certains revenus et d'autre part les intérêts comme le prévoit à l'heure actuelle le Code civil, respecterait mieux le principe de neutralité ? Une réponse affirmative n'est pas certaine.

Attribuer au créancier à la fois les fruits et les revenus et les intérêts fait, en réalité, double emploi. La conséquence serait alors une faveur excessive octroyée cette fois au créancier. En effet, les intérêts servent fréquemment, en tout ou en partie, à compenser la perte des fruits et des revenus et à remédier au phénomène de l'érosion monétaire. Or, une telle compensation ne doit pas ici être effectuée puisqu'ils sont déjà attribués. De même, il ne semble pas nécessaire de remédier à la dépréciation monétaire puisqu'il s'agit du but de la dette de valeur (140). Pourtant malgré la position de la jurisprudence, il s'agit incontestablement de la solution prévue par le Code civil.

La meilleure solution consisterait, sans doute, à harmoniser les règles concernant les intérêts des dettes de valeur en droit patrimonial de la famille et à généraliser la solution issue de la loi du 23 décembre 1985, ce qui permettrait à la jurisprudence de calquer le point de départ de la restitution des fruits et des revenus sur la solution existant pour le rapport et la réduction en nature. Cependant, dans cette hypothèse, leur rapport en valeur semble préférable (141).

cassation n'a pris parti sur cette question que pour le rapport en nature alors qu'elle aurait pu aussi le faire récemment pour le rapport en valeur (cf Civ 1ère 14 mai 1992, préc.) mais elle se borne à écarter la restitution des fruits et des revenus en nature.

(139) On a fait remarquer que "... l'important est que, pour la première fois, le législateur se prononce sur la délicate question des intérêts des dettes de valeur. La jurisprudence s'en trouve encouragée à généraliser la solution, pas d'intérêts avant la liquidation, à toutes les dettes de valeur ..." Grimaldi, Commentaire de la loi du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs, Gaz Pal, 1986 2 doctr. 529, n° 78.

(140) "La dette de valeur est une obligation qui a pour objet une valeur autre que monétaire et dans laquelle la monnaie n'est jamais *in obligatione* mais *in solutione*. De nature hybride, elle est intermédiaire entre l'obligation de somme d'argent et l'obligation de fournir une prestation en nature ; comme l'obligation en nature, elle reste à l'abri de la dépréciation monétaire, mais elle s'exécute nécessairement en argent comme l'obligation de somme d'argent ; son évaluation se fait au jour du règlement qui a pour but de conserver la valeur réelle de la créance et pour effet de transformer la dette de valeur en dette de somme d'argent". Pierre-François, La notion de dette de valeur en droit civil. Essai d'une théorie, 1975, préface Raynaud, n° 518.

(141) Si on prend l'exemple de la réduction en valeur, on s'aperçoit que le donataire conserve la propriété du bien frugifère donné. Il devient donc automatiquement propriétaire des fruits et revenus. On ne peut donc le contraindre à une sorte d'expropriation pour cause d'utilité privée.

On le constate, le rapport ou la réduction en valeur, de manière plus marquée que dans les hypothèses où ils s'opèrent en nature, retardent le moment où le débiteur devra restituer les productions de la chose frugifère, ce qui accentue, plus encore, le décalage entre la perception des fruits et des revenus et le droit sur le bien frugifère. Cette situation, constante en droit patrimonial de la famille, ne présente pas d'inconvénients majeurs si on considère qu'ils ont un intérêt économique négligeable, comme c'était le cas en 1804. Aujourd'hui la situation se présente différemment et on peut s'interroger sur la valeur de cette absence de prise en compte de l'importance patrimoniale des fruits et des revenus.

B - L'ABSENCE DE PRISE EN COMPTE DE LA VALEUR PATRIMONIALE DES FRUITS ET DES REVENUS

47. L'absence de prise en considération de la valeur patrimoniale des fruits et des revenus permet à une personne qui n'a jamais eu de droit sur le bien frugifère de conserver néanmoins fréquemment une partie de ces productions. Le fondement d'une telle situation semble à la fois juridique et économique. On peut se demander si, *de lege ferenda*, un principe de restitution intégrale des fruits et des revenus ne serait pas préférable.

La plupart des hypothèses où la restitution intégrale des fruits et des revenus n'est pas requise se rattache à l'idée de possession. Outre son caractère sécurisant et son apparence de réalité, il faut s'interroger sur les raisons de cette attribution des productions d'une chose frugifère au possesseur de bonne foi.

Ces règles peuvent apparaître comme une application de l'article 2279 du Code civil. Puisque les fruits et les revenus sont des meubles, leur possession vaudrait titre (142). Une telle proposition doit être réfutée, car il faudrait aussi l'appliquer aux produits, ce qui n'est pas le cas. Le caractère acquisitif de la possession qui, par la durée, débouche sur la propriété, fournit une autre possibilité de justification. Le capital supposerait un certain temps alors que pour les productions le phénomène serait instantané. Cette explication ne justifie pas la différence de traitement entre le possesseur de bonne foi et celui de mauvaise foi puisque ce dernier, par une durée plus longue, accède aussi à la propriété.

La meilleure explication tient certainement à l'équité de cette solution (143). La mauvaise foi empêche la conservation des fruits et des revenus à titre de sanction. En revanche, la bonne foi permettrait de les utiliser comme le fait un propriétaire qui les dépenserait (144). Donc l'obligation de restitution aurait un effet désastreux pour le possesseur de bonne foi, mais on passe alors sur le terrain économique.

La dispense de restitution serait fondée sur une présomption de leur consommation légitime qui ne déboucherait pas sur une diminution du capital. Puisque le possesseur de bonne foi, comme l'aurait d'ailleurs fait le propriétaire, les a consommés, il n'existe ni enrichissement ni appauvrissement. On ajoute aussi parfois que la restitution intégrale risquerait d'appauvrir le débiteur qui, pour

(142) Par exemple Marcade, Explication théorique et pratique du Code Napoléon, T. 2, 5e éd, n° 415. "Donc, quand un tiers possède de bonne foi l'immeuble appartenant à autrui, les différents produits de cet immeuble deviennent meubles par leur séparation du fonds, et se trouvent ainsi mobilisés pendant et sous la possession du tiers, deviennent à l'instant même sa propriété".

(143) Par exemple A. Piedelièvre, Droit des biens, n° 113 ; MM Malaurie et Aynes, Les biens, n° 515 parlent "d'amnistie pour les fruits" ; M. Cornu, Introduction, Personnes, Biens, 6e éd., n° 1169 parle de "bienfait de la loi".

(144) Par exemple Weill Terré et Simler, Les biens, n° 174.

satisfaire à son obligation devrait entamer son capital (145). De plus, la rétroactivité ne pourrait pas intégralement effacer le passé.

48. Cette vision économique correspond, sans doute, à la conception de la fortune au XIX^e siècle où seuls les immeubles étaient considérés comme patrimonieusement importants ; le rôle des fruits et des revenus consisterait dans l'entretien et dans la conservation du capital et ils n'auraient pas véritablement vocation à la capitalisation (146). La solution actuelle, favorisant le titulaire d'un pouvoir de fait, peut conduire à l'iniquité, ne serait-ce que parce que le montant des productions peut parfois dépasser, par l'écoulement du temps, la valeur du bien du producteur, ce qui amène à s'interroger sur les mérites d'une restitution intégrale.

Le principe d'une restitution intégrale des fruits et des revenus a été récemment proposé pour les restitutions consécutives à la nullité d'un contrat (147). En cette matière malgré l'absence de texte spécifique, on admet que leur restitution ne courra qu'à compter de la demande de nullité (148), et ce en vertu de l'article 549 du Code civil, prévoyant que le possesseur de bonne foi fait les fruits siens.

Ce principe encourrait deux reproches. Il constituerait une entorse au principe de la restitution intégrale qui a pour fonction de remettre les parties dans l'état qui aurait été le leur si le contrat annulé n'avait jamais existé (149). Or en l'absence de ce dernier, le créancier aurait perçu l'intégralité des fruits et des revenus. Cette dérogation à la rétroactivité ne pourrait s'expliquer que si le débiteur était tenu à restituer en tant que possesseur et le créancier fondé à l'obtenir en vertu de son droit de propriété restauré (150). Mais il y serait tenu en tant que débiteur de l'obligation de restituer et non comme possesseur de bonne foi. La nature personnelle de ce droit condamnerait toute immixtion du droit des biens (151).

49. La restitution intégrale des fruits et des revenus, en droit patrimonial de la famille présenterait des avantages incontestables, qu'elle s'opère en nature ou en valeur suivant les cas.

Le premier avantage est d'aboutir à des solutions, sans doute, plus justes puisque l'on tire toutes les conséquences de la rétroactivité. Très souvent, on s'aperçoit que le but des diverses institutions utilisées en cette matière, consiste à reconstituer les patrimoines comme si l'acte juridique n'avait jamais existé. Si l'on veut aboutir à ce résultat, les productions doivent être restituées de la même façon que le bien producteur. La restitution partielle des fruits et des revenus, ou son absence dans les cas de rapport ou de réduction en valeur, ne permet pas cette

(145) "On se trouve, en effet, en présence de deux personnes ; l'une, le propriétaire, a été négligent en laissant sa chose à autrui ; l'autre, le possesseur, n'a rien à se reprocher ; il est naturel, puisqu'il y a une perte à subir, qu'on sacrifie le propriétaire. La dispense de restitution est donc accordée uniquement pour éviter un appauvrissement au possesseur". Planiol et Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, T. I, 12^e éd., n° 2298 ; *adde* Marty et Raynaud, *Les biens*, n° 44.

(146) Cela explique qu'on accorde les fruits et les revenus au détenteur de la chose qui est amené à la conserver. Sur cette question, Zenati, *Les biens*, n° 362.

(147) Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitution et responsabilité*, 1992, préface Ghestin, n° 802 et 803.

(148) Mazeaud Chabas par Chabas, *Obligations*, 8^e éd., n° 332 ; Flour et Aubert, *L'acte juridique*, 5^e éd., n° 365 ; Malaurie et Aynes, *Les obligations*, n° 377 ; Ghestin, *Le contrat*, 2^e éd., n° 920 ; Weill et Terré *Les obligations*, 4^e éd., n° 332 ; Marty et Raynaud, T. I, 2^e éd, *Les sources*, n° 236 ; Larroumet, *Les obligations*, 2^e éd., n° 577 ; Starck par Rolland et Boyer, *Contrat*, 3^e éd., n° 892 ; Ponsard et Blondel, *Encycl. dr. civ.*, 2^e éd., V° "Nullité" ; Veaux, *Jurisc. civ*, art 1304 à 1314, fasc 4, n° 14 ; Poisson-Drocourt, *Les restitutions entre les parties consécutives à l'annulation d'un contrat*, D, 1983 85 ; Schmidt-Salewski, *Les conséquences de l'annulation d'un contrat*, J.C.P. 1989 I 3397.

(149) Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitution et responsabilité*, n° 802.

(150) Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitution et responsabilité*, n° 802.

(151) Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitution et responsabilité*, n° 802.

reconstitution puisque l'un des patrimoines aura bénéficié d'éléments qui auraient dû normalement profiter à l'autre.

Le deuxième avantage consiste à tirer parti de l'importance économique des fruits et des revenus. La plupart des articles, en cette matière, n'a pas été modifiée depuis 1804, si ce n'est éventuellement dans certaines modalités pratiques. Or à cette époque, ces productions étaient considérées comme des biens de faible importance patrimoniale, ce qui n'est plus le cas aujourd'hui. De plus, ces solutions présenteraient l'avantage de la simplicité puisqu'elles évitaient toute une série de calculs.

Le troisième avantage consiste dans l'harmonisation des différentes solutions prévues par le Code civil. En effet, surtout depuis la loi du 3 juillet 1971, l'interprétation et la conciliation de certains textes entre eux deviennent impossibles à opérer (152), ce qui conduit la jurisprudence pour en appliquer correctement un à en violer un autre.

50. Une restitution intégrale des fruits et des revenus poserait d'importantes difficultés de mise en œuvre. Fondée sur l'idée de droit personnel, elle devra comporter toutes les productions perçues ainsi que celles qui auraient dû l'être, ou leur valeur pour les restitutions en valeur. Mais le débiteur peut aussi avoir engagé des dépenses d'entretien qui ne doivent pas profiter indûment au véritable propriétaire qui devra en rembourser le montant si elles ont été normales utiles et non somptuaires.

Deux comptes devront être ouverts, l'un en faveur du créancier et l'autre en faveur du débiteur, ce qui posera, en pratique, quelques difficultés même si, comme cela tend à devenir le principe pour les fruits et les revenus en droit patrimonial de la famille, on limite cette recherche à cinq ans (153). Le remboursement des dépenses utiles est d'ailleurs accordé au possesseur de mauvaise foi. Il pourrait donc être appliqué au possesseur de bonne foi, s'il devait restituer l'intégralité des productions. Une restitution intégrale semble plus en harmonie avec la nature juridique des restitutions.

51. En droit patrimonial de la famille, les restitutions ont pour fonction de supprimer les effets matériels d'une situation juridique qui est censée ne jamais avoir existé. Entre les deux parties, il existe un rapport d'obligations qui contraint le débiteur à remettre le créancier en possession du ou des biens. On est alors incontestablement en présence d'un droit personnel, fait d'ailleurs attesté par l'emploi fréquent des expressions "débiteur de la restitution" ou "dette de restitution". On ne voit pas pour quelles raisons ce droit devrait subir une modification pour les fruits et les revenus.

Ces remarques s'appliquent, avec encore plus de force, bien que les mécanismes soient différents, aux hypothèses de délivrance de legs pour les légataires non saisis. Les débiteurs de cette obligation sont de simples détenteurs précaires. Ces solutions ne bénéficient même pas de l'argument de la possession. Là encore, le caractère du droit personnel de la délivrance postule une restitution intégrale des fruits et des revenus aux différents légataires.

(152) "Mais les plus grandes difficultés sont apparues lorsque la loi du 3 juillet 1971 a repoussé au partage l'évaluation de l'indemnité de rapport, sans pour autant modifier l'article 856. Comment calculer à compter du décès les intérêts d'une dette dont le montant n'est connu qu'au partage ? La question se pose d'ailleurs, de manière plus générale, pour toute dette de valeur qu'une disposition législative déclare productive d'intérêts avant sa liquidation ...", Grimaldi, Les successions, n° 712.

(153) Par exemple l'article 815-10 alinéa 2 du Code civil en matière d'indivision ; l'article 1403 alinéa 2, 1432 alinéa 2, 1540 alinéa 2 du Code civil en matière de régimes matrimoniaux.

52. Cependant, on peut douter qu'une telle solution, même si elle permet de tenir compte de la valeur économique des fruits et des revenus, soit admise. D'une part, on peut lui reprocher son caractère trop abstrait, et de ne pas suffisamment tenir compte du rôle de certaines institutions. Ainsi pour le rapport et la réduction a-t-on pu avancer que "... tant que la succession n'est pas ouverte, le donataire en avancement d'hoirie ne peut se former une opinion avisée sur l'opportunité de l'accepter ; le donataire n'est pas non plus en mesure de savoir si la libéralité est réductible et il est même fondé à penser qu'elle ne l'est pas si les réservataires tardent à former l'action. Au demeurant, la solution inverse aboutirait à une désuétude de la clause de rapport en nature, car l'avancement d'hoirie qui en serait frappé, serait de peu d'utilité pour son bénéficiaire" (154).

D'autre part, et peut-être surtout, ses difficultés de mise en œuvre risquent de faire obstacle à son adoption. Conduisant à de nombreuses et d'importantes difficultés pratiques, on peut douter que la pratique y soit favorable. Or, son rôle, en cette matière, est déterminant (155) et elle ne manquerait pas de dénoncer le caractère, selon elle, irréaliste d'une telle restitution intégrale.

Entre une solution économiquement et, peut-être, juridiquement plus juste mais de mise en œuvre délicate et une solution pratiquement facile à réaliser mais, sans doute, moins juste, la tendance actuelle paraît en faveur de la seconde, ce qui conduit à ne pas véritablement considérer les fruits et les revenus comme des éléments de richesse.

53. Les fruits et les revenus présentent, en droit patrimonial de la famille un double visage. Ils apparaissent à la fois prisonniers d'un certain passé et tournés vers l'avenir tant dans leur existence que dans leur régime. Dans leur existence, à côté des biens frugifères classiques, dont l'exemple le plus classique est l'immeuble, apparaissent de nouveaux biens pour lesquels les productions ou les avantages procurés ne correspondent pas toujours aux critères classiques de qualification des fruits et des revenus.

De leur passé, ils conservent parfois le caractère de chose de peu d'importance, servant principalement à l'entretien du bien producteur. Ils font alors l'objet d'un certain désintéret, puisque leur rôle ne diffère pas de celui qu'ils jouent en droit des biens. Seuls certains aménagements ont été rendus nécessaires.

A l'inverse, on s'aperçoit qu'il est impossible de toujours négliger la valeur patrimoniale qu'ils peuvent représenter, seuls ou mélangés avec d'autres facteurs comme par exemple le travail. Plus la valeur qu'ils peuvent parfois représenter augmente, plus leur particularisme s'accroît par rapport aux règles classiques du droit des biens. Cependant, l'apparition de nouveaux statuts est souvent mal accueillie par la pratique, en raison des difficultés de mise en œuvre, due à la fois au changement d'habitude et à leur complexité.

Mais l'importance des fruits et des revenus, pourrait encore s'accroître avec le projet de réforme des successions, prévoyant notamment certaines modifications des droits du conjoint survivant. La succession devrait, dans certains cas, maintenir le niveau d'existence de ce dernier. Pour aboutir à ce résultat, même si d'autres solutions sont envisagées, on peut penser que les productions des biens successoraux pourront servir à assurer ce maintien.

(154) Vareille, Volonté, rapport et réduction, Th. Limoges, 1984, n° 55.

(155) Il suffit de rappeler son influence en matière de fruits et de revenus des biens propres dans le régime de communauté qui a conduit la jurisprudence à les affecter à la communauté (Civ. 1ère, 31 mars 1992, préc.). On doit aussi relever que le projet de réforme des successions va également dans le sens d'une simplification en cette matière.

RETOUR SUR "LE DROIT DE NE PAS PAYER SES DETTES"

in Memoriam Georges RIPERT (*)

Par

Emmanuel PUTMAN

Professeur à l'Université Aix-Marseille III

1 - "Le droit de ne pas payer ses dettes" : ce fut le titre d'une chronique de Georges Ripert (DH 1936, Chron. 57), qui était relative aux délais de grâce. Mais sans doute Ripert lui-même ne se doutait-il pas à quel point son texte était prophétique. Les délais de grâce ne sont en effet qu'une forme assez bénigne du droit de ne pas payer ses dettes. Ils sont d'ailleurs assez mal nommés car le juge qui consent au débiteur un délai ne lui fait pas "grâce" de sa dette : il lui procure seulement un répit. Néanmoins la loi du 20 août 1936 qui donne à l'alinéa 2 de l'art. 1244 à peu de choses près la rédaction qu'on lui connaissait avant 1991, est annonciatrice : on se prévaut encore, dans un souci d'équité, une préoccupation humanitaire, de la "position" du débiteur. Mais sociologiquement, ce n'est plus seulement la figure du "pauvre débiteur" qui apparaît en filigrane de ce texte : le juge est aussi invité à tenir compte de la "situation économique", dont la crise de 1929 avait montré qu'elle pouvait frapper tout le monde. Du reste, n'est-il pas vrai que l'on ne prête qu'aux riches ? Assurément, la figure du "pauvre débiteur" va demeurer imprimée en filigrane des textes, jusqu'à l'époque contemporaine. Ainsi la loi du 11 octobre 1985 interdit-elle aux intermédiaires n'appartenant pas à une profession juridique réglementée ou à une catégorie définie par la loi, de passer avec des débiteurs des contrats rémunérés de gestion de dettes, en vue de rechercher des délais, des remises ou un plan de règlement : il ne faut pas que les débiteurs malheureux soient les victimes d'escrocs.

2 - Le droit de ne pas payer ses dettes va cependant progressivement devenir le reflet d'une situation économique, qui frappe aussi bien les entreprises -le droit des procédures collectives, ayant séparé l'homme et l'entreprise, va se vouloir de plus en plus curatif, et même préventif, en faveur de cette dernière- que les ménages, en

(*) Pour ne pas alourdir le texte du présent article, on a conservé la numérotation des dispositions légales antérieures au Code de la consommation : la loi du 11 oct. 1985 se retrouve à l'article L 321-1, la loi Scrivener du 10 janvier 1978, art. 8, à l'article L 313-12, la loi Neiertz, aux articles L 331-1 et s. Spécialement, l'article 12 al. 1 à 3 de la loi devient l'article L 332-5 ; l'article 12 al. 4, l'article L 332-6.

situation chronique de surendettement à la fin du XXe siècle. Ainsi notre droit contemporain, peut-être exagérément enclin à vouloir satisfaire tout intérêt et son contraire, va-t-il devoir rechercher un équilibre entre deux droits antagonistes : le droit de recouvrer sa créance, et d'agir si nécessaire en justice à cette fin, sont des droits de l'homme (le premier entre dans le droit de chacun au respect de ses biens, le second dans le droit de tout un chacun au procès équitable : cf., à ce propos des personnes morales étrangères, Com. 5 déc. 1989, Crim. 12 nov. 1990, Civ. I 25 juin 1991, RCDIP 1991, note Kairallah, 667, Rev. soc. 1992, 39, note Roujou de Boubée). Mais le droit de ne pas payer ses dettes ne commence-t-il pas, lui aussi, à le devenir ? (Pour un exemple de la difficulté de concilier le droit du créancier au recouvrement et le droit du débiteur au redressement, v. la discutée solution de Paris 30 janv. 1992 RTD Co 1992, 675, obs. Paisant, refusant l'insertion de la clause de retour à meilleure fortune dans un plan de redressement judiciaire civil). Demain, et peut-être aujourd'hui, on va accorder des plans de redressement à des débiteurs dont le passif n'a aucune chance d'être apuré (Civ. I 27 janv. 1993, RTD com 1993, 370) et l'on dira tout haut qu'il n'y a plus lieu de se préoccuper de concilier les intérêts du débiteur et des créanciers (Civ. I 16 juin 1993, RTD com 1993, 571, obs. Paisant).

3 - Au-delà des accidents de l'histoire, qui vont accorder momentanément, sous forme de moratoire, le droit de ne pas payer leurs dettes aux victimes des guerres, notamment de la guerre d'Algérie, deux phénomènes structurels vont amener le législateur à envisager le traitement de situations d'endettement : la crise économique qui fait des "sinistrés de la conjoncture", et l'essor du consumérisme. Selon des chiffres donnés par Mme Neiertz, promotrice de la loi du 31 décembre 1989 sur le surendettement des particuliers et des ménages, l'endettement ne représentait que deux semaines des revenus des Français en 1950. La situation s'est considérablement accélérée ces dix dernières années. En 1980, le taux de croissance annuel des crédits à la consommation était de 6 % ; en 1988, de 22 % ; 17 millions de cartes bancaires sont en circulation, et 20 millions de cartes privatives émises par des magasins, des sociétés de vente par correspondance, 69 % des emprunteurs n'ont aucune idée des taux d'intérêt des prêts qu'ils contractent. Certaines familles cumulent 15 ou 20 crédits.

4 - De prime abord, le droit actuel de ne pas payer ses dettes témoigne de la "commercialisation du droit civil" : on traite le consommateur de crédit en difficulté à la manière d'une entreprise en difficulté. (C'est tellement vrai que, si les dettes professionnelles sont exclues de l'appréciation du surendettement au niveau de la recevabilité de la demande, elles peuvent être réaménagées lors du plan de redressement judiciaire civil : Civ. I 18 fév. 1992, RTD Co 1992, 456 ; 31 mars 1992, RTD Co 1992, 675 ; 2 déc. 1992, RTD Co 1993, 173, obs. Paisant). La notion de surendettement, impossibilité pour le débiteur personne physique de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir, est à comparer avec celle, plus étroite, de cessation des paiements, impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible. La commission départementale d'examen des situations de surendettement des particuliers a un rôle comparable, dans le règlement amiable civil, avec celui du conciliateur dans le règlement amiable des entreprises. Le nouveau fichier national des incidents de paiement des crédits Scrivener amplifie les mesures permettant de connaître la situation du débiteur, telles que le fichier des incidents de paiement de chèques, l'état des protêts ou celui des inscriptions de nantissement délivrés par le greffe du tribunal de commerce. Après son extension pure et simple aux artisans par la loi du 25 janvier 1985, et son

adaptation à l'exploitation agricole par la loi du 31 décembre 1988, le redressement judiciaire des commerçants sert encore de modèle au redressement judiciaire civil, ce "désespoir des créanciers" à peine consolés par "leur" loi du 9 juillet 1991 sur les procédures civiles d'exécution.

5 - Ce rapprochement incite à rechercher des lignes de force au-delà de la distinction du débiteur professionnel ou non, et des divers types de règlement amiable et de redressement judiciaire. On est d'autant plus enclin à ne pas retenir comme "summa divisio" la distinction (d'ailleurs relativement complexe en droit positif) entre le débiteur professionnel et le débiteur consommateur que le crédit inter-entreprises est lui aussi source d'aménagements contractuels du droit de ne pas payer ses dettes. La loi n° 92-1442 du 31 décembre 1992 relative aux délais de paiement entre entreprises (comm. F. Auque, RTD Civ. 1993, 423) impose désormais pour la fourniture de certains produits (aliments périssables, divers alcools) des délais de paiement uniformes entre professionnels sous réserve d'accords collectifs interprofessionnels, et vise la transparence des conditions de délais et des pénalités de retard par des mentions obligatoires dans les conditions générales et les factures. Si dès lors, les clefs du traitement juridique de l'endettement ne sont plus dans l'élaboration d'un droit "consumentariste" il faut les trouver dans la manière plus ou moins énergique dont le droit de ne pas payer ses dettes se concrétise. A travers les mutations économiques, sociales et juridiques du demi-siècle écoulé, le droit de ne pas payer ses dettes retrouve des formes qui ne sont guère différentes de celles qui étaient déjà connues au temps de Georges Ripert. Améliorer le régime juridique de la dette, c'est toujours de deux choses l'une. Ou bien permettre au débiteur de gagner du temps, en suspendant contre lui les poursuites individuelles des créanciers ou en lui accordant termes et délais : c'est le répit. Ou bien, plus radicalement, sortir la dette du bilan de l'entreprise ou des carnets la ménagère, apurer le passif, passer l'éponge, c'est-à-dire faire grâce.

I - LE RÉPIT

6 - Généralement, le répit prend la forme d'un report d'échéance : l'exigibilité de la dette, qui était immédiate ou très prochaine, est reportée à un avenir plus lointain. Mais avant d'étudier ces hypothèses où la dette change de temps, il convient de faire une place aux techniques juridiques originales par lesquelles aujourd'hui, un répit est donné au débiteur lorsque la dette change de tête.

A - LA DETTE CHANGE DE TÊTE

7 - Sauf novation par changement de débiteur ou délégation parfaite, il est rare que, lorsqu'un tiers accepte de prendre en charge la dette, le débiteur initial soit définitivement déchargé : il y aura généralement un coobligé (par ex. une caution ou un codébiteur solidaire) qui après avoir payé disposera d'un recours en remboursement contre le débiteur initial (mécanisme de l'affacturage : le factor paye les factures des clients de l'adhérent puis se retourne contre eux sur la base d'un recours subrogatoire) : la cession de dette pure et simple n'est, dit-on, pas admise en droit français. Mais celui-ci connaît du moins des mécanismes de transfert provisoire et imparfait du poids de la dette. L'une de ces techniques est la délégation imparfaite, qui dans la pratique des affaires remplit aujourd'hui deux fonctions principales.

8 - Une fonction "juridique" de garantie. On en citera deux exemples (cf. Malaurie-Aynès, Sûretés, n° 326) : la technique du "projet financing" ou financement de projets industriels internationaux, dans lequel un pool bancaire accepte de financer la construction d'un complexe industriel à condition que lui soient délégués les produits de l'exploitation (v. M. Vasseur, "Les garanties indirectes du banquier", Rev. jurispr. comm., numéro spécial fév. 1982 sur l'évolution du droit des sûretés, p. 104 et s., n° 17 et s.) ; l'utilisation de la délégation imparfaite dans la sous-traitance : outre l'action directe des sous-traitants, l'art. 14 de la loi du 31 déc. 1975 prévoit que l'entrepreneur principal doit donner à ceux-ci une garantie, qui peut prendre la forme d'un cautionnement ou d'une délégation, le maître d'ouvrage devenant débiteur délégué des sous-traitants délégataires (avec l'avantage de l'inopposabilité des exceptions, attachée à la délégation encore qu'un arrêt ait semblé remettre en question cet avantage : Civ. I, 17 mars 1992, D 1992, 48 note Aynès, JCP 92, 21922 note Billiau, RTD Civ. 1992, 785 obs. Mestre).

9 - Une fonction comptable et financière, d'allègement du bilan. C'est la technique de la "défaillance économique". L'émetteur d'un emprunt obligataire le sort de son bilan sans le rembourser directement et sans cesser d'être juridiquement le débiteur principal (c'est pourquoi la défaillance est "économique" plus que "juridique"). Pour cela, l'émetteur cède à une société tierce un portefeuille de valeurs que la tierce société affecte au remboursement de l'emprunt : les revenus du portefeuille payeront les intérêts, sa vente couvrira le capital. La tierce société aura pour objet social exclusif d'être une "société de défaillance", sa personnalité juridique distincte de celle de la société émettrice permettant d'éviter que des créanciers de la société émettrice saisissent le portefeuille transféré à la société de défaillance. L'opération, dénommée là-bas "in substance defeasance", a été inventée aux USA en 1982 par la société Exxon. Aux USA, l'entité juridique chargée de l'opération de défaillance est non une société, mais un "trust" (V. Bertrel et Jeantin, "Droit de l'ingénierie financière", Litec, n° 226 et s.). L'avantage du "trust" est de créer un patrimoine d'affectation : les créanciers personnels du "trustee" ne peuvent saisir le trust. Cette technique est inconnue du droit français mais si le trust a été constitué à l'étranger, il peut être reconnu en France (reconnaissance facilitée par la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 sur le trust). Peugeot, en 1987, a ainsi réalisé une opération de défaillance en transférant un portefeuille à un trustee américain. Il existe en France un avant-projet sur le contrat de fiducie qui, s'il était adopté, permettrait d'atteindre le même résultat (l'avant-projet le définit comme "un contrat en vertu duquel un constituant transfère tout ou partie de ses biens et droits à un fiduciaire à charge pour celui-ci d'agir, dans un but déterminé, au profit du bénéficiaire ou du constituant lui-même", cf. au sein d'une abondante bibliographie Larroumet, "La fiducie inspirée du trust" D. 1990, Chron. 19 ; v. C. Ferry, "Défaillance économique et fiducie", JCP 1991, édit. E, I, 23, "Fiducie et procédures collectives", Rev. dr. banc. 1992, n° 33, p. 182 ; M. Cantin-Cumyn, "L'avant-projet de loi relatif à la fiducie, un point de vue civiliste d'outre-Atlantique, D 1992, Chron., 117 et s.). Si par l'effet de la délégation la dette change de tête ou repose sur deux têtes au lieu d'une, le répit qui en résulte pour le premier débiteur peut s'avérer illusoire : dans la délégation imparfaite, si au jour dit le délégué ne paye pas, le délégataire demeure en droit de se retourner contre le délégant. Pour que celui-ci puisse alors opposer une exception dilatoire, il faudrait que la dette change de temps.

B - LA DETTE CHANGE DE TEMPS

Ce changement s'opère par la volonté de la loi, du juge ou des parties.

a) Réaménagement légal

10 - Il s'agit des *moratoires*. On se bornera à noter le caractère conjoncturel de ce type de mesures, réponse à des situations temporaires (guerres ou crises). A noter aussi leur relative désuétude : ces solutions ponctuelles ne sont plus adaptées à une époque où la crise économique est endémique. Le législateur préfère maintenant des remèdes structurels, répondant non à des désastres frappant des catégories de personnes (ex. : les rapatriés d'Algérie) mais à des maux dont tous les débiteurs sont atteints : inflation, surendettement.

11 - Il s'agit aussi de la *suspension des poursuites individuelles* résultant d'une procédure collective (art. 47-48 de la loi du 25 janv. 1985, art. 10 loi du 31 déc. 1989, plus étroit car les poursuites ne sont suspendues que si la situation du débiteur l'exige et ne sont pas suspendues pour les dettes alimentaires). Il faut surtout souligner que la loi Neiertz, donc la suspension des poursuites individuelles qui peut en résulter ne bénéficie qu'au débiteur de bonne foi (art. 1, loi du 31 déc. 1989), le débiteur qui fait sciemment de fausses déclarations pour obtenir le bénéfice d'un règlement amiable ou d'un redressement judiciaire civils étant d'ailleurs, en cas de découverte ultérieure de sa fraude, déchu du bénéfice de la loi (art. 16). Si, contrairement à ce que décidaient certains juges du fond, la bonne foi doit, ici comme dans le droit commun, se présumer (Civ. I 4 avril 1991, JCP 1991, II, 21702, note Picod) la question se pose de savoir à quel moment le juge doit apprécier la bonne foi : au moment où le débiteur fait sa demande (il doit faire des déclarations sincères, cf. art. 16) ? au moment où il a passé les contrats générateurs de l'endettement (il ne doit pas rechercher du crédit par des moyens frauduleux, se surendetter sciemment, ou même faire preuve d'une imprévoyance coupable en sous-estimant son endettement) ? La question est discutée mais la sagesse serait de tenir compte cumulativement de tous ces éléments (v. F. Osman, "Bonne foi et surendettement des particuliers", Gaz. Pal. 1-2 avril 1992, p. 5 et s.). V. apparemment en ce sens, Civ. I, 31 mars et 14 mai 1992, RTD Co 1992, 864, obs. Paisant.

b) Réaménagement judiciaire

Il revêt deux aspects.

1°) *Délais de grâce*. Il convient d'insister sur trois points.

12 - *Allongement des délais de grâce*, exemple art. 1244 C. civ. (délai passé de un à deux ans) ; art. 1184 C. civ. (résolution judiciaire du contrat : le délai que peut accorder le juge, indépendant de l'art. 1244, n'est donc pas limité à deux ans. Il emprunte sa mesure aux circonstances d'où un très large pouvoir du juge), art. L 613 -1 et s. c. Constr. Rab. (délai maximal de trois ans, pour l'expulsion des locataires).

13 - *Extension du domaine des délais de grâce*, par exemple à travers les textes sur les baux civils d'habitation (art. 24, loi du 6 juillet 1989) et les baux commerciaux (art. 25 du décret de 1953, dont le domaine a été étendu par la loi du 31 décembre 1989 à de nouvelles causes de résiliation du bail, v. comm. Pédamon,

RTD Com. 1990, 190-191) : ces textes permettent au juge d'accorder des délais même en présence de clauses résolutoires.

14 - *Organisation de la "sortie" du délai de grâce* : une fois le délai terminé, de deux choses l'une : ou les échéances impayées doivent être réglées en une fois (c'est reculer pour mieux sauter) ou elles sont rééchelonnées. C'est la solution retenue en matière de crédit au consommateur par le nouvel article 8 de la loi Scrivener du 10 janvier 1978 (modifié par la loi du 31 déc. 1989 : le rééchelonnement ne pouvant excéder deux ans.

15 - Mais on doit remarquer que les délais de grâce ont tout de même des limites : pas de délai de grâce sans texte (Versailles 17 nov. 1986, D 1988, 95, note Prévault), le juge qui accorde un délai sur la base de l'art. 1184 C. civ. ne peut pas le renouveler (Civ. I, 19 déc. 1984, RTD Civ. 1986, 107, obs. Mestre). En dehors des textes spéciaux précités, le juge n'a pas le pouvoir d'accorder un délai de grâce en présence d'une clause résolutoire de plein droit (Civ. III 4 juin 1986, RTD Civ. 1987, 318 obs. Mestre).

16 - Le régime de droit commun des délais de grâce a été amendé par la loi du 9 juillet 1991 sur les procédures civiles d'exécution (art. 1244-1 à 1244-3 nouveaux, C. civ.). Compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, le juge peut, dans la limite de deux années, reporter ou échelonner les paiements, nonobstant toute clause contraire, ce qui suspend les procédures d'exécution engagées par le créancier et empêche les pénalités contractuelles de retard de courir. Ce régime, qui est inapplicable aux dettes alimentaires (pour l'aliment, point de répit) peut être complété, sur décision spécialement motivée, par une réduction du taux d'intérêt conventionnel (mais pas en dessous du taux légal) ou par une imputation des paiements d'abord sur le capital.

2°) Délais accordés dans le cadre de procédures collectives

17 - Il s'agit ici des délais décidés par le juge, c'est-à-dire imposés dans le cadre du plan de redressement. Pour le redressement judiciaire des entreprises, la règle est celle de l'art. 74 de la loi du 25 janvier 1985 : le tribunal peut imposer des délais aux créanciers qui ont refusé les propositions de l'administrateur. Mais ces délais doivent alors être uniformes : la jurisprudence insiste sur le respect d'un *principe d'égalité* (ex. : Versailles 13 mai 1988, D. 1988, 572, concl. Challe ; Douai 22 janv. 1987 ; Gaz Pal. 15-16 avr. 1987, p. 11 : interdiction d'imposer aux créanciers "réfractaires" des délais différents selon la qualité de privilégiés ou de chirographaires). En matière de redressement judiciaire civil (loi 31 déc. 1989, art. 12) la loi donne au juge un pouvoir, soit de "report" soit de "rééchelonnement" (sur la différence entre les deux, v. les explications données supra à propos du nouvel art. 8 de la loi Scrivener, sur le possible cumul des deux modalités, V. avis Cçass 1er nov. 1992, Bull. inf. Cçass., p. 27) limité à 5 ans (on observe l'allongement de cette sorte de "délai de grâce collectif" par rapport au droit commun de l'art. 1244 C. civ.). Comme c'est le juge de l'exécution qui désormais (depuis le 1er janvier 1993) est chargé du redressement judiciaire civil, il peut se retrouver coiffé d'une "double casquette" : comme juge de l'exécution, il se verra demander les délais du droit commun ; comme juge du surendettement, les délais de la loi Neiertz. Dans les procédures collectives (redressement judiciaire commercial et redressement judiciaire civil) il est utile de souligner que les dettes fiscales et de sécurité sociale sont "sorties" du mécanisme : les conditions auxquelles elles peuvent faire l'objet de

délais ou de remises sont réglées par des décrets particuliers. Mais surtout la loi Neiertz va beaucoup plus loin que la loi du 25 janvier 1985, du moins aux yeux de la Cour de cassation qui estime que dans le cadre du plan de redressement judiciaire civil, le juge n'est pas tenu d'assurer une égalité de traitement entre les créanciers (Civ. I 5 avril 1993, RTD Com. 1993, 575, n° 4, obs. Paisant). On espérait encore que l'égalité était un droit fondamental des créanciers, qu'il avait peut-être même valeur constitutionnelle. Déchantons... et paraphrasons la "ferme des animaux" de G. Orwell : devant le non paiement, les créanciers sont tous frères. Mais certains frères sont moins égaux que d'autres.

18 - L'art. 86 de la loi du 25 janvier 1985 donne aussi au tribunal la possibilité d'accorder des délais au débiteur à l'occasion de la cession judiciaire des contrats dans le cadre du plan de cession. Mais le principe étant que seul cet octroi de délais est possible et que pour le reste, les conditions initiales du contrat cédé ne doivent pas être modifiées, la plupart des cours d'appel préférèrent au "rééchelonnement" (qui allongerait la durée du contrat), la solution -rigoureuse pour le débiteur- du "report" (Aix, 13 janv. 1988, D. 1988, 280, note Fabiani ; Caen 10 mars 1988, Rev. proc. coll. 1988, 392). Le juge ne peut-il du moins suspendre le cours des intérêts (légaux ou conventionnels) de retard ? Un arrêt, faisant preuve de mansuétude, l'a admis (Montpellier 7 mai 1991, D. 1991, 557, note Derrida).

19 - L'existence de plusieurs sources possibles -de droit commun et de droit spécial- de délais de grâce amène, inévitablement chez certains la tentation d'écarter la maxime "specialia generalibus derogant", et de cumuler les durées de délais possibles selon le droit commun et le droit spécial : tentation particulièrement vive en matière de redressement judiciaire civil (cf. Grenoble 28 mai 1991, RTD Com. 1992, 237, obs. Paisant) mais contre laquelle la Cour de cassation a, à juste titre, réagi (Civ. I, 16 déc. 1992, RTD Com. 1993, 174, obs. Paisant). Rappr. sur la question de savoir si le juge peut accorder au débiteur plusieurs plans de redressements judiciaires civils successifs, la réponse hostile de Bordeaux 20 juin 1991, RTD Co. 1992, 461, obs. Paisant. En revanche, le cumul de plusieurs mesures ressortissant d'un même droit spécial est possible (cumul des al. 1, 2 et 4 de l'art. 12 de la loi du 31 déc. 1989 ; v. Civ. I, 16 juin 1992, RTD Co. 1992, 867, obs. Paisant). Sur le non-bénéfice à la caution des délais accordés au débiteur principal dans le cadre de l'art. 13 loi 31 déc. 1989, v. Angers, 3 janv. 1991, RTD Co 1992, 238, obs. Paisant.

20 - A tout le moins, la dette dont les délais de paiement ne sont pas allongés par le plan de redressement, ne se voit pas raccourcie, de sorte que si la procédure collective ne profite pas forcément au débiteur sous cet angle, en tout cas elle ne lui nuit pas : l'art. 56 de la loi du 25 janvier 1985 prévoit que le redressement judiciaire n'entraîne pas d'exigibilité immédiate des créances à terme. La non-exigibilité immédiate des créances à terme est invocable par la caution (Com. 14 nov. 1989, RTD Co 1990, 494, obs. Martin-Serf, Com. 2 mars 1993, D 1993, somm..309 et Defrénois 1993, 1051, obs. Aynès ; JCP 1993, I, 3680, n° 5 obs. Simler et Delebecque) ; inversement, lorsque l'exigibilité immédiate se produit (en cas de liquidation judiciaire ou de cession de l'entreprise, art. 90 et 160, loi du 25 janv. 1985) elle est opposable à la caution (Aix 20 sept. 1990 et 28 fév. 1991, Rev. proc. coll. 1993-1, p. 136, obs. Delebecque).

c) Réaménagement conventionnel

Par un contrat bilatéral

21 - Le créancier, même dans le cadre de la procédure collective, est incité à accorder des délais au débiteur volontairement : pour les contrats continués en phase d'observation, ce sera le moyen d'obtenir un classement en troisième rang de l'art. 40 de la loi du 25 janvier 1985. L'une des principales questions est de savoir si le report d'échéance accordé au débiteur principal bénéficie à la caution. La réponse est certainement affirmative pour les cautions simples, en raison du caractère accessoire du cautionnement (C. civ. art. 2013). Elle est controversée pour le cautionnement solidaire : certains arrêts semblent refuser à la caution solidaire le bénéfice des délais accordés au débiteur principal (Req. 28 fév. 1939, S 1931, 1, 161) ce qui est discutable car le cautionnement solidaire n'en est pas moins un cautionnement accessoire. Cette controverse a influencé l'art. 64 de la loi du 25 janvier 1985 qui ne permet pas aux cautions solidaires d'invoquer les délais accordés par le plan de redressement au débiteur principal. La jurisprudence étend ce texte même aux délais et remises accordés volontairement par le créancier et repris par le plan, alors qu'on aurait pu les considérer comme des réaménagements conventionnels (Paris 22 fév. 1989, RTD Co 1989, 727, obs. Campana ; Com. 28 mai 1991, Banque 1992, 100, obs. Rives Lange, 17 nov. 1992, D. 1993, 41, note Vidal). La notion de réaménagement conventionnel voit donc son domaine restreint. Assiste-t-on au même phénomène lorsqu'il s'agit d'un contrat collectif ?

Par un contrat collectif

22 - Il s'agit du règlement amiable commercial ou civil. La question est ici de mesurer le rôle de la volonté des parties. S'agissant du règlement amiable civil (loi du 31 déc. 1989) son caractère paraît assez nettement conventionnel (v. d'ailleurs, clairement en ce sens, T. Alençon, 28 sept. 1990, D. 1992, somm. 10, obs. Derrida) : les mesures proposées par la Commission sont indicatives, c'est la discussion des parties qui fixe les reports d'échéance et les échelonnements de paiement et une fois qu'elles les ont acceptés, leur contrat ne produit d'effet qu'entre elles et n'est pas obligatoire pour les tiers et notamment pour les créanciers qui n'ont pas participé à la discussion (Différence importante par rapport au plan de redressement de la loi du 25 janv. 1985 qui est opposable à tous. Quant au plan de redressement de la loi Neiertz, en l'absence d'organisation collective de la procédure il paraît difficile de lui attacher un effet "erga omnes"). Mais la Commission a le pouvoir de tenir compte de la connaissance que pourrait avoir chacun des prêteurs lors de la conclusion des différents contrats, de la situation d'endettement du débiteur, ce qui est peu conciliable avec le caractère amiable du plan de règlement. S'agissant du règlement amiable de la loi du 1er mars 1984, le même caractère contractuel emporte le même effet relatif. Mais l'essence "amiable" de l'accord est encore plus accentuée car il est négocié sous l'égide d'un conciliateur qui n'a aucun pouvoir de coercition. Pour l'invocabilité des délais par les cautions, l'absence d'une disposition analogue à l'art. 64 de la loi du 25 janvier 1985 permet de l'admettre au profit même de la caution solidaire (v. cependant contre l'invocabilité par la caution des délais accordés au débiteur dans le plan de redressement judiciaire civil, Angers, 3 janv. 1991, RTD Com 1992, 238, obs. Paisant).

23 - L'art. 37 de la loi du 1er mars 1984 suspend les poursuites individuelles en paiement et les voies d'exécution relatives aux créances concernées par l'accord ;

il interdit aussi la prise de nouvelles sûretés pour les garantir. Le contrat collectif ne doit, dans la mesure du possible, pas se contenter de procurer au débiteur un répit : c'est aussi un cadre pour accueillir les remises auxquelles peuvent consentir les créanciers (ex. art. 4, loi du 31 déc. 1989), un support de la grâce.

II - LA GRÂCE

24 - Il peut être fait au débiteur totalement grâce de sa dette ; la grâce est alors absolutoire. Mais il peut aussi ne lui en être remis qu'une partie : la grâce est atténuante.

A - LA GRÂCE ABSOLUTOIRE

a) L'extinction forcée de la créance

25 - La procédure collective peut être une bonne affaire pour le débiteur, dans la mesure où elle entraîne directement ou indirectement une extinction forcée de la créance : c'est le cas dans le redressement judiciaire des entreprises. Les créances ni déclarées ni relevées de forclusion sont éteintes (loi 25 janv. 1985, art. 53 al. 3) et, après une longue controverse, la Cour de cassation a réaffirmé, comme elle l'avait déjà fait sous l'empire de la loi antérieure, du 13 juillet 1967 (cf. Com. 19 juin 1984, D. 1985, 140, note Honorat) que les cautions (contrairement aux codébiteurs solidaires, Com. 19 janv. 1993, D 1993, 331, note Honorat et Patarin) peuvent se prévaloir de cette extinction, qui n'est pas une exception purement personnelle au débiteur principal (v. Com. 17 juil. 1990, D. 1990, 494, note Honorat). L'art. 169 de la loi du 25 janv. 1985 prévoit aussi qu'en principe, le jugement de clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif ne fait pas recouvrer aux créanciers l'exercice de leur action individuelle : la question de savoir si c'est l'action contre le débiteur principal, ou toute action de recouvrement de la créance (y compris contre les cautions qui est visée, demeure controversée (favorable à l'action contre la caution, Pau 14 janv. 1988, Cah. jur. Aquitaine 88/3, p. 496 ; Bourges 30 mai 1989, Banque 1989, 976, obs. Rives-Lange ; Com 8 juin 1993, JCP 1993, I, 3704, n° 8, obs. Cabrillac et Petel, RTD com 1993, 583, obs. Martin-Serf). Par ailleurs, en cas d'adoption du plan de cession de l'entreprise, le paiement du prix de cession libère le cessionnaire à l'égard des créanciers même si le passif est en réalité supérieur : les créanciers n'ont plus d'action qu'éventuellement contre le cédant qui n'est plus qu'une enveloppe vide ; encore ne retrouvent-ils cette action que dans des cas exceptionnels prévus par l'art. 169 auquel renvoie l'art. 92 de la loi de 1985 ; autant dire qu'ils subissent en fait une extinction forcée d'au moins une partie de leurs créances.

b) L'abandon volontaire de la créance

26 - Encourager les abandons de créances est l'un des objectifs avoués de la négociation menée sous l'égide des Commissions de surendettement (v. circulaire Neiertz BOCCRF 30 nov. 1990). De même, l'obtention d'un allègement de la dette est très recherchée par l'entreprise en difficulté... même si le droit des procédures collectives ne sait pas forcément gré au créancier des sacrifices qu'il consent : accordés en période suspecte en contrepartie d'avantages exagérés, ils peuvent tomber sous le coup de la nullité des contrats commutatifs déséquilibrés (art. 107, loi 25 janv. 1985, v. par ex. Poitiers 28 nov. 1990, Rev. proc. coll. 1993-1, 109, obs. Auque et Lemistre). Il faut par ailleurs combiner les règles civiles de la remise de

dette (C. civ. art. 1282 et s.) avec les règles fiscales gouvernant l'abandon de créance. Le principe est que, si l'abandon de créance engendre un profit imposable dans le patrimoine du débiteur, il est déductible des résultats du créancier : fiscalement, la remise de dette est donc globalement neutre, et avantageuse du point de vue du créancier. Les règles sont un peu différentes en cas d'abandon par une société-mère des créances qu'elle a sur sa filiale. Pour la société-mère, l'abandon opéré pour des raisons financières est déductible si la filiale est en situation nette négative ; il cesse de l'être à partir du moment où il rétablit la filiale en situation nette positive d'une manière telle qu'il s'analyse fiscalement en une augmentation de la participation de la société-mère (Mémento Lefebvre Fiscal 1993, n° 762 et s.).

27 - A l'abandon pur et simple de la créance s'opposera la grâce seulement atténuante qui résulte d'une réduction de la créance.

B - LA GRÂCE ATTÉNUANTE

28 - Là encore, la réduction de dette peut être volontaire ou forcée. Il n'est d'ailleurs pas toujours facile de distinguer l'une de l'autre. Quelle est par exemple la nature des remises consignées dans le plan de continuation d'une entreprise en redressement judiciaire ? Certes, le plan ne peut que donner acte aux créanciers de leurs remises et non les imposer ; mais le tribunal pourrait éventuellement réduire les remises. Aux yeux de la Cour de cassation, cela suffit pour que les remises participent du caractère judiciaire du plan, et pour appliquer l'art. 64 de la loi de 1985 qui interdit aux cautions solidaires de s'en prévaloir (Com. 17 nov. 1992, D. 1993, 41, note Vidal).

29 - Mais le droit multiplie aujourd'hui les cas de réduction forcée. En voici trois exemples.

30 - *Arrêt du cours des intérêts* (art. 55 loi 25 janv. 1985, invocable par la caution, Com. 3 nov. 1990, JCP 1991, édit. E, II, 114).

31 - Réduction du taux d'intérêt. Outre la réduction du taux d'intérêt qui peut être accordée dans le cadre du droit commun des délais de grâce (supra n° 16) l'art. 12 al. 2 de la loi Neiertz permet la réduction du taux des intérêts des échéances reportées ou rééchelonnées par le plan (à propos des hésitations sur la possibilité d'une réduction à un "taux zéro", comp. avis 1er nov. 1992, Bull. inf. Ccass, p. 27, et Civ. I 5 avril 1993, RTD Com 1993, 573, n° 3, obs. Paisant).

32 - *Déchéance du droit aux intérêts de retard* en cas de non information de la caution par la banque (art. 7-3 loi du 10 janv. 1978 et art. 9-3 loi du 13 juillet 1979, modifiés par la loi du 31 déc. 1989, en cas de non information sur la défaillance du débiteur principal ; art. 48 loi du 1er mars 1984, en cas de non information sur le montant de la dette). A ces règles il convient d'ajouter le deuxième alinéa introduit par la loi du 9 juillet 1991 sur les procédures civiles d'exécution dans l'art. 3 de la loi du 11 juillet 1975 sur le taux de l'intérêt légal. Lorsque l'intérêt est majoré de cinq points à l'expiration du délai de deux mois à compter du jour où la décision de condamnation est devenue exécutoire, le juge de l'exécution peut, à la demande du débiteur ou du créancier, et en considération de la situation du débiteur, exonérer celui-ci de cette majoration ou en réduire le montant. On peut aussi remarquer que les déchéances légales du droit aux intérêts constituent une "sanction-plancher" : les stipulations du contrat peuvent l'aggraver (rapp. Com. 7 avril 1992, Rev. Soc.

1992, 722, note Legeais : en cas de violation de l'art. 48 de la loi du 1er mars 1984 par la banque seule la déchéance du droit aux intérêts est appliquée en l'espèce parce que la banque n'apparaissait pas de mauvaise foi et n'était pas contractuellement tenue d'une obligation spéciale de renseignement envers la caution) et elle peut se cumuler avec les sanctions du droit commun de la responsabilité (V. Com 20 oct. 1992, Rev. Soc. 1993, 415).

33 - *Réduction du principal de la dette* : art. 12 al. 4 loi du 31 déc. 1989 sur le redressement judiciaire civil ; en cas de vente forcée du logement principal du débiteur grevé d'une hypothèque bénéficiant à un établissement de crédit ayant financé l'acquisition, le texte prévoit la possibilité pour le juge d'instance de réduire le montant de la fraction des prêts restant dus après la vente (mais cette réduction peut être plus qu'atténuante : il peut y avoir "réduction à zéro", Civ. I, 31 mars 1992, RTD Co 1992, 678, et la réduction du capital peut se cumuler avec celle des intérêts, Civ. I, 16 juin 1992, RTD Co 1992, 867, obs. Paisant). Par ailleurs, cette vente forcée elle-même paraît n'être que la solution de dernier recours subsidiaire par rapport aux autres mesures de l'art. 12 et notamment au report des dettes : Civ. I 27 janv. 1993, D 1993, 343.

34 - Inversement, la grâce volontaire peut se révéler une fausse grâce. C'est le cas à travers le phénomène de la "renégociation des prêts" ou des "prêts substitutifs" en matière immobilière. Un accédant à la propriété qui avait emprunté dans les années 1980 à 17 % pour une inflation de 14 % et qui arrive dans une conjoncture où les taux sont de 10 % pour une inflation de 4 % trouve sa charge trop lourde et demande à sa banque -ou à une autre- de lui consentir un prêt destiné à rembourser le prêt initial (cf. Sénéchal, "Les prêts substitutifs", JCP 1987, édit. N, I, p. 15 et s.). Mais si l'emprunteur ne se révèle en définitive pas solvable, il n'aura remboursé ni le premier crédit ni le second, et ce sera un facteur de surendettement. La Cour de cassation y incite malheureusement : son avis du 9 oct. 1992, JCP 1993, II, 2202, note Morgan de Rivery, admet qu'un crédit à la consommation peut être remboursé par des prélèvements sur un compte bancaire même si ce compte bancaire est débiteur, "l'effet de paiement" des prélèvements se produisant quand même, pourvu que l'établissement teneur de compte ait consenti une convention (même tacite !) de découvert. Fort bien : mais il faudra bien qu'un jour ce découvert soit lui-même remboursé. Le fera-t-on par des prélèvements sur un deuxième compte fonctionnant lui aussi "en rouge"... et jusqu'où ira-t-on dans la spirale du surendettement ? Il est vrai que celui-ci pourra valoir au débiteur les faveurs que l'on sait : la dette, et le droit de ne pas la payer, finissent alors par s'engendrer eux-mêmes.

N.D.L.A. - Cet article était déjà sous presse lorsque A. Sériaux nous a aimablement communiqué ses "Réflexions sur les délais de grâce" parues à la Revue Trimestrielle de Droit Civil 1993, p. 789. Nous y renvoyons le lecteur (notamment aux n° 3 et 4 de ces Réflexions, relatives à la suspension du moment de l'exécution, et à la réduction du montant de la dette).

**LE CONCUBINAGE HOMOSEXUEL
DANS LA LOI D.M.O.S.
DU 27 JANVIER 1993 :
LE LÉGISLATEUR A-T-IL OUVERT
LA BOÎTE DE PANDORE ?**

Par

Xavier AGOSTINELLI

Docteur en Droit,

A.T.E.R à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille

- I - ENTRE LE DIT ET LE NON DIT : D'UNE RECONNAISSANCE DÉGUISÉE A UNE RECONNAISSANCE IMPOSÉE**
 - A - Une reconnaissance déguisée : vers l'admission du concubinage homosexuel ?**
 - B - Une reconnaissance imposée : vers l'unification du concubinage ?**

- II - ENTRE LE DROIT ET LE NON DROIT : DE L'INSUFFISANTE INTERVENTION LÉGISLATIVE A LA NÉCESSITÉ D'UN TEXTE GÉNÉRAL**
 - A - Une intervention législative insuffisante : à la rencontre de paradoxes**
 - B - L'absence d'un statut juridique général : vers la nécessité d'une intervention législative ?**

1 - Le mythe a été depuis longtemps dénoncé de la prétendue adaptation du droit au fait (1). Étape obligée de l'éternelle croisade qui entretient les défenseurs de la théorie du droit naturel dans la querelle qui les oppose aux tenants du positivisme, il n'a pourtant jamais véritablement disparu de la scène juridique. Ainsi, de la réforme de la filiation à celle du divorce, en passant par la légalisation de l'avortement, les exemples ne manquent-ils pas qui, pour n'en citer que quelques-uns relatifs au droit de la famille, confirment aisément combien "la transformation profonde de la vie sociale impose (bien souvent) de faire coïncider les règles légales et l'état des mœurs" (2).

Sans doute est-ce là le tribut que doit nécessairement payer le droit pour s'affranchir, si ce n'est de tout archaïsme, à tout le moins, d'un certain immobilisme et dès lors, peut-on facilement admettre, dans le sillage du Doyen Carbonnier, que "le droit, de plus en plus de droit, soit tout à la fois le moyen nécessaire et le résultat inéluctable du développement" (3).

Rappeler en outre que le contexte actuel apparaît spécialement propice à un tel discours relèverait très certainement du plus élémentaire des euphémismes tant il est vrai, aujourd'hui encore, que les nombreuses discussions sur les questions de bioéthique, de procréation médicalement assistée ou de personnalité juridique de l'embryon humain traduisent combien peut être persistante la préoccupation majeure d'harmoniser, au nom d'une meilleure sécurité juridique, le droit par rapport au fait.

2 - Il en va cependant différemment lorsque le législateur vient entériner, et ce, quelles que légitimes que soient ses motivations, une situation qui, au-delà des limites du non-droit, touche aux frontières des mœurs voire des bonnes mœurs.

3 - Ainsi en est-il aujourd'hui du concubinage. Situation de fait par excellence que M. J. Carbonnier range sans hésitation aucune parmi les phénomènes de non-droit (4), mais qui -le paradoxe n'en est que plus saisissant- n'a eu de cesse de susciter chez bon nombre de juristes, nonobstant sa situation "hors-le-droit", un engouement particulièrement vif (5). On pensait le débat momentanément clos tant l'accord semblait s'être opéré, aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence, sur certains effets que la loi attache au concubinage (6).

C'était sans compter sur l'évolution de certaines mœurs et l'apparition de nouvelles revendications tenant à la notion même de cette institution traditionnellement présentée comme se situant à l'ombre du mariage (7).

4 - Il aura, en effet, suffi de l'entrée en vigueur d'une circulaire de la CNAM (8) pour que se trouve une nouvelle fois relancé le débat relatif à la reconnaissance de ce qu'il convient communément de désigner le "concubinage" homosexuel. Sans doute, l'idée était-elle déjà dans l'air (9) qui, en dépit de l'exemple danois (10), n'a

(1) Cf. not. C. Atias et D. Linotte : "Le mythe de l'adaptation du droit au fait" ; chron. XXXIV in Dalloz 1977 ; p. 251.

(2) Cf. Ch. Atias, D. Linotte op. cit.

(3) J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 7^e édition, 1992, LGDJ, Paris, p. 41 et la note 35 référencée.

(4) Cf. J. Carbonnier, op. cit. p. 32, in fine.

(5) Cf. infra note 29 et la bibliographie sur l'union libre.

(6) Sur ce point cf. infra.

(7) Cf. L. Josserand, *L'avènement du concubinat*, chron. D.H. 1932, p. 45. add. P. Esmein, le problème de l'union libre, in RTD Civ. 1935, p. 747, n° 1 ; add. M. Nast, *Vers l'union libre ou le crépuscule du mariage légal*, qui n'hésite pas à mettre l'accent sur l'ascension de ce qu'il appelle "le mariage de fait", chr. in D.H. 1938, p. 37.

(8) Circulaire de la CNAM en date du 11 mai 1993, entrée en vigueur le 3 août 1993.

(9) En 1990 une proposition de loi tendant à créer un contrat de partenariat civil avait été déposée au Parlement. Cf. Sénat, doc. parl. n° 422, seconde session ordinaire de 1989-90, annexe au P.V. de la

trouvé en fait, en-deçà de nos frontières, son aboutissement, qu'au travers d'une simple précision donnée par les instances de la Sécurité sociale.

En fait, comme nous allons bientôt tenter de l'analyser, cette circulaire n'a rien de novatoire qui se limite simplement à renvoyer aux dispositions de la loi DMOS du 27 janvier 1993 (11). Il n'en demeure pas moins, cependant, que cette nouvelle donne est de nature à porter un coup de bélier particulièrement retentissant à certains piliers qui soutiennent la voûte de notre droit de la famille.

5 - En effet, en venant préciser (12) que l'article 78 de la loi DMOS du 27 janvier 1993 visant le droit aux prestations en nature de l'assurance maladie-maternité au bénéfice de la personne vivant avec un assuré social, incluait diverses situations parmi lesquelles "celles des personnes de même sexe vivant ensemble", la CNAM vient ainsi confirmer que le législateur a scellé une première pierre importante dans la voie de la reconnaissance juridique du concubinage homosexuel.

Notre prétention n'est certes pas, ici, de pointer un doigt accusateur voire moralisateur sur le bien fondé d'une telle reconnaissance qui procède bien plus d'un réel souci de vouloir régler certaines situations qui, jusqu'ici, n'étaient pas prises en compte par les textes, que d'une véritable évolution des moeurs (13).

Toutefois, au-delà de cette première et significative avancée, bon nombre d'interrogations demeurent qui, à notre sens, ne sont pas prêtes d'être résolues.

Le caractère déguisé de cette reconnaissance en est d'ailleurs un indice spécialement révélateur qui, non seulement, s'inscrit à contre-courant de la quasi-totalité de la doctrine et de la jurisprudence (I) mais en plus, risque fort de donner naissance à un certain nombre de contradictions qui, en l'absence de toute intervention législative précise en ce domaine, constitueront très certainement la source d'un abondant contentieux au regard des avantages que notre droit attribue, pour l'instant, aux seuls concubins hétérosexuels (II).

I - ENTRE LE DIT ET LE NON DIT : D'UNE RECONNAISSANCE DÉGUISÉE À UNE RECONNAISSANCE IMPOSÉE

6 - Certes l'arbre ne saurait cacher la forêt et, à ce titre, il ne serait sans doute véritablement pas opportun aujourd'hui de tirer à boulets rouges sur le texte de cette fameuse circulaire en date du 11 mai 1993. En effet, toute la difficulté ne repose pas sur la précision qu'elle est venue apporter qui -si l'on s'en tient au communiqué rendu public par le Ministère des affaires sociales (14)- "(...) a pour seul objet de commenter le contenu de la loi à l'intention des gestionnaires".

7 - Il en va en revanche différemment de la démarche utilisée par le législateur. En effet, outre le fait que cette précision ait été rendue nécessaire par la

séance du 25 juin 1990. Add. Le Monde du 18 avril 1992, p. 24 et 23 avril 1992, p. 10. Le 25 XI 92 une nouvelle proposition n° 3066 tendant à créer un contrat d'union civile a été déposée à l'A.N. Plus récent encore une autre proposition de loi tendant à la création d'un contrat de partenariat civil a été déposée au Sénat. (Sur cette question voir not. l'étude de J.-M. Floraud et K. Achoui, "Vers un nouveau modèle d'organisation familiale : le contrat d'union civile", Les Petites Affiches, 9 avril 1993, n° 43, p. 11 et s.

(10) Le Danemark a en effet légalisé en 1989 la pratique dite du partenariat inscrit.

(11) Loi n° 93-121 in Actualité Législative Dalloz 1993, p. 199.

(12) Cf. Rev. Liaisons sociales, Bref social du 5 août 1993, n° 11495, partie législation-règlementation.

(13) Concernant l'argument tenant aux moeurs, nous pensons qu'il conviendrait d'opérer une distinction. En effet, s'il est incontestable que le concubinage homosexuel est aujourd'hui un fait social parfaitement établi, ce n'est pas tant son existence qui constitue une atteinte aux moeurs, mais bien plus le fait que d'aucuns en revendiquent l'assimilation avec le concubinage hétérosexuel.

(14) Communiqué du 4 août 1993, in Liaisons sociales, Bref social, 5 août 1993, partie législation-règlementation.

rédaction d'une disposition en des termes délibérément vagues et généraux, elle confirme surtout que la reconnaissance opérée par le législateur revêt un caractère pour le moins déguisé (A). Sans doute, ce choix volontaire entre le dit et le non-dit s'explique-t-il par la finalité même des lois portant diverses mesures d'ordre social (15). Mais il procède très certainement d'un souci, parfaitement légitime, de ne point trop vouloir heurter une doctrine et une jurisprudence dont les réticences à l'égard de cette reconnaissance du concubinage homosexuel sont, pour l'instant, quasi-unanimes (B).

A - UNE RECONNAISSANCE DÉGUISÉE : VERS L'ADMISSION DU CONCUBINAGE HOMOSEXUEL ?

8 - Si le droit aux prestations en nature de l'assurance-maladie -maternité a été reconnu à la personne vivant avec un assuré social depuis douze mois au moins et se trouvant à la charge effective et permanente (16), c'est bien plus dans la création d'une nouvelle catégorie d'ayant droit que se situe l'apport de la loi (17).

9 - En effet, si l'on s'en tient aux seules dispositions de l'article 78 de la loi nous apprenons que "la personne non visée par le premier alinéa du présent article -c'est à dire l'article L. 161-14 du Code de la Sécurité sociale- et par les articles L. 313-3 et L. 381-4 (du même Code), qui vit depuis une durée fixée par décret en Conseil d'État (douze mois consécutifs) avec un assuré social, et se trouve à sa charge effective, totale et permanente, a, à condition d'en apporter la preuve dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État, (production d'une simple attestation annuelle et co-signée), la qualité d'ayant droit aux prestations en nature des assurances maladie et maternité".

Le triple renvoi aux articles L. 161-14 alinéa 1er (18), L. 313-3 (19) et L. 381-4 (20) est particulièrement révélateur qui, en fait, nous conduit à appréhender, *résiduellement* quelle nouvelle catégorie de personne le législateur a entendu faire bénéficier à titre d'ayant droit, de la couverture sociale en matière d'assurance maladie-maternité.

D'où la nécessaire précision donnée par les responsable de la CNAM... En fait, hors les membres de la famille, la personne qui vit maritalement ou encore les élèves et étudiants, le doute était permis quant à cette nouvelle personne pouvant se trouver "à la charge effective, totale et permanente" d'un assuré social.

Nous savons aujourd'hui, que le législateur a entendu en particulier régler la situation des personnes de même sexe vivant ensemble.

(15) Sous le couvert de l'amélioration des conditions sociales, les lois DMOS ne sont pas, parfois, sans remettre en cause d'autres dispositions spéciales et appellent, à ce titre, un contrôle particulièrement strict de la part du Conseil constitutionnel.

(16) Cf. article 78 loi portant DMOS du 27 janvier 1993 tendant à compléter les dispositions de l'article L. 161-14 du Code de la Sécurité sociale.

(17) Jusqu'ici, en effet, la qualité d'ayant-droit était réservé, sous certaines conditions, aux seuls membres de la famille et de la personne qui vit maritalement avec l'assuré social. Il ne fait aucun doute aujourd'hui que le compagnon homosexuel peut prétendre à la couverture sociale en qualité d'ayant-droit de celui avec lequel il vit. Il lui suffit, conformément aux dispositions du décret n° 93-678 du 27 mars 1993, instituant un nouvel article R. 161-8-1 dans le Code de la Sécurité sociale, de rapporter la preuve qu'il se trouve, depuis un an, à la charge effective, totale et permanente de son compagnon (lui-même assuré social) au moyen d'une déclaration sur l'honneur, annuelle et co-signée par l'assuré et à la condition qu'il ne relève pas lui-même d'un régime obligatoire d'assurance maladie et maternité. Cf. J.O. 28 mars 1993, p. 5397 1^o colonne.

(18) Article L. 161-14 ancien visait expressément en un alinéa unique la personne qui vit maritalement avec un assuré social.

(19) L'article 313 dispose des différentes personnes qu'il convient d'entendre par la catégorie membre de la famille.

(20) L'article 381-4 concerne exclusivement la couverture sociale des élèves et étudiants.

10 - Sans doute, cette nouvelle disposition générale, qu'il convient d'interpréter de manière extensive, concerne-t-elle également toutes les personnes autres que celles jusqu'ici expressément visées par les textes (21) et pouvons-nous considérer que cette vocation pour le moins "généraliste" du nouvel article L. 161-14 du Code de la Sécurité sociale était difficile à concilier avec une rédaction plus précise.

Mais il n'en demeure pas moins que le législateur a implicitement reconnu une existence juridique aux personnes de même sexe vivant ensemble et ce qui ici surprend le plus c'est la manière dont celui-ci a entendu intégrer cette reconnaissance dans notre droit positif.

11 - Les raisons -traditionnellement reçues- d'une telle admission déguisée ne manqueraient certainement pas (22) et le législateur aura ainsi estimé ne point avoir à trop heurter certaines sensibilités. Cependant certaines interrogations demeurent quant à la place et l'opportunité d'une telle reconnaissance à l'intérieur d'un texte général visant à la mise en oeuvre de plusieurs mesures diverses d'ordre social et dont la portée équivaut en fait à un moyen détourné d'introduire dans notre droit, le concubinage homosexuel (23).

12 - En effet, non seulement il s'agit-là d'une reconnaissance implicite purement résiduelle qui peut laisser beaucoup à réfléchir sur les motivations réelles du législateur mais encore cette reconnaissance -nous indique-t-on- se perd dans l'admission de plusieurs autres situations qui, jusqu'alors, n'étaient pas davantage prises en compte par les textes (24).

13 - Nous ne pouvons dès lors que légitimement nous interroger sur le rôle et la volonté du législateur en ce domaine : pourquoi celui-ci n'a-t-il pas pris le soin de définir précisément quelles situations il entendait viser par cette disposition. Sans doute, eu égard à la conjoncture actuelle et relativement à certains cas douloureux (25), cette prise en compte opérée par le législateur était-elle opportune. Mais dans ce cas, pourquoi ne pas le consacrer expressément ?

(21) Ainsi, si l'on s'en tient aux dispositions de l'article L. 313-3 alinéa 4 Code Sec. sociale, faut-il admettre que sont également concernées l'ascendant, le descendant, le collatéral au-delà du 3ème degré ou encore l'allié d'un degré différent de celui de l'assuré social.

(22) D'ordre essentiellement moral, elles procèdent également de la position des Cours et Tribunaux à l'égard du concubinage homosexuel, sans doute les mentalités sont-elles en train de changer et en certain domaine a-t-on connu des bouleversements qui n'ont pas été sans remettre en cause plusieurs décennies de jurisprudence. La toute récente reconnaissance du transsexualisme, certes intervenue à la suite de la condamnation de la France par la C.E.D.H le 25 mars 1992- par l'AP de la Cour de cassation en est une exemple particulièrement significatif, (Cf. AP 11/XII/1992, JCP 1993-II, n° 21991, concl. JEOL).

(23) Il est intéressant de noter ici qu'à l'occasion des débats parlementaires l'article 30 du projet de loi (futur article 78 de la loi) a été plusieurs fois amendé lors de sa présentation au Sénat qui, par deux fois, purement et simplement supprimé la disposition litigieuse (cf. notamment J.O. Travaux parlementaires, Sénat, Séance du 18/XII/92 p. 4329 1ère colonne et séance du 22/XII/92, p. 4723, 2ème colonne). M. Seillier rapporteur au nom de la commission des affaires sociales indiquant pour justifier la suppression de cet article que "la commission des affaires sociales souhaite que ne soient pas remis en cause les principes qui fondent notre droit sans qu'un débat de fond ait été engagé".

(24) La modification de l'article L. 161-14 du Code de la Sécurité sociale devrait ainsi permettre, en théorie, de combler un "vide social" en apportant une couverture sociale aux personnes âgées de 20 à 25 ans et qui, vivant au foyer de leurs parents ne sont ni étudiants, ni salariés, sans pouvoir être RMistes (cf. l'article de C. Rigollet, "La Sécu applique la loi", in le Point, semaine du 16 au 21 août 1993) ; add. J.O. Travaux parlementaires, A.N. Séance du 21/XII/1992, p. 7752, 2° colonne in fine).

(25) Cette disposition devant ainsi notamment permettre aux victimes du Sida ayant épuisé leurs droits de bénéficier de la couverture sociale de leur compagnon.

Sans nul doute consacrer de manière générale et absolue le concubinage homosexuel eut-il certainement ouvert la voie à la censure du Conseil constitutionnel (26).

De manière affirmée, l'intention du législateur se veut-elle ainsi strictement circonscrite au seul domaine du droit aux prestations en nature de l'assurance maladie-maternité.

Reste que, quelque soit le cadre initial auquel il a entendu restreindre son intervention, le législateur n'en a pas moins donné légalement une première assise juridique, qui jusqu'ici faisait défaut, au concubinage homosexuel (27).

Or cette première reconnaissance pour limitée qu'elle puisse être n'en est pas moins en contradiction avec la majorité de la doctrine et l'ensemble de la jurisprudence qui, de façon quasi-unanime condamnent toute extension de la notion de concubinage hétérosexuel à celle de concubinage homosexuel.

B - UNE RECONNAISSANCE IMPOSÉE : VERS L'UNIFICATION DU CONCUBINAGE ?

14 - En entamant ainsi -sans la moindre discussion quant au fond- une telle brèche sur le mur de nos institutions en général et du droit de la famille en particulier, le législateur, quelle que soit l'honorabilité de ses véritables intentions, n'a certainement pas résolu toutes les difficultés. Apparemment incompatible avec notre droit, nous pouvons nous demander si cette reconnaissance imposée ne risque pas de sacrifier demain l'état de nos mœurs sur l'autel d'une éventuelle unification du concubinage.

15 - S'il est vrai que "le droit, sauf cas extrêmes qui compromettraient les droits d'autres personnes ou l'intérêt social, ne peut pas empêcher certains modes de vie : il doit les tolérer" (28), alors il est normal de considérer que le concubinage, entendu comme "l'état de deux personnes qui ont choisi de vivre ensemble, comme mari et femme, mais sans passer devant l'officier d'état-civil" (29), ait peu à peu pénétré les arcanes de notre droit. Nous ne reviendrons pas ici sur la lente et patiente évolution de cette situation de fait (30) qui, aujourd'hui, si elle reste toujours à la

(26) La Haute juridiction saisie le 24 XII 1992 n'a d'ailleurs pas hésité à déclarer contraire à la Constitution plusieurs autres dispositions au motif qu'elles étaient "dépourvues de tout lien avec le texte soumis à la délibération des assemblées" et que partant, avaient été "adoptées selon une procédure irrégulière. (Cf. CC déc. n° 92-317 DC du 21 janvier 1994, J.O. du 23 janvier 1994, p. 1240). Il est ici intéressant de noter que le Conseil constitutionnel a déclaré inconstitutionnel l'article 62 de la même loi DMOS qui prévoyait la possibilité de transfert de bail, en cas de décès du locataire principal, à toute personne qui vivait avec celui-ci depuis au moins un an, et qui nécessairement incluait le compagnon homosexuel. Il faut dire que la saisine n'incluait pas l'article 78 dont il est question ici.

(27) Il suffit pour s'en convaincre de lire certains titres particulièrement évocateurs, parus dans la presse au lendemain de l'entrée en application de la circulaire de la CNAM : "Une véritable révolution culturelle", le Point, semaine du 16 au 21/8/1993 ; "L'homosexualité entre à la sécu", Le Méridional, 6 août 1993 ; "Sécurité sociale : les couples homosexuels reconnus", le Provençal, 7 août 1993.

(28) Cf. E. Gounot, "Un droit nouveau pour une famille nouvelle", in Semaines Sociales de France, Metz 1972, p. 205.

(29) Cf. M. Poulmais, "Réflexions sur l'état du droit positif en matière de concubinage", chron. in JCP 1973-I n° 2574.

(30) Sur ce point v. notamment, outre les auteurs op. cit. : R. Rodière : "Le ménage de fait devant la loi française", Travaux de l'Association H. Capitant, 1957, Dalloz 1960, p. 55 et s. ; Ph. Malaurie : "Mariage et concubinage en droit français contemporain", in Archives de Philosophie du Droit, n° 20, 1975, p. 17 et s. ; G. Payard, "Les couples non mariés", article in Mariage et Famille en question (L'évolution contemporaine du droit français), ouvrage publié sous la direction de R. Nerson, Tome 1, 1978, éditions du CNRS, p. 211 ; F. Alt, "Choisir la vie maritale ou choisir la vie conjugale", in JCP 1983-I n° 3119 ; J. Rubellin-Devichi, "L'attitude du législateur contemporain face au mariage de fait", in RTD Civ. 1984, p. 392 et s. ; add. du même auteur "La condition juridique de la famille de fait en France", JCP 1986-I, n° 3241 ; l'ouvrage collectif "Les concubinages approche socio-juridique",

recherche d'une définition juridique et d'une reconnaissance légale expresse n'en a pas moins opéré une entrée officielle dans notre droit (31). Cependant le parallèle est intéressant à mener qui, aujourd'hui, nous oblige, concernant le concubinage homosexuel à une interrogation quasi-similaire à celle qui entretenait nos aînés, il y a quelques décennies face à la progression du concubinage hétérosexuel. Interrogation quoique similaire mais certainement pas identique. Sans doute Sénèque avait-il parfaitement résumé la situation qui, jadis, écrivait "les vices d'autrefois font les moeurs d'aujourd'hui" (32).

16 - Mais entre la condamnation de toute union hors-mariage qui "dans la tradition d'un ancien droit imprégné de christianisme" (33) refoula pendant longtemps le concubinage hétérosexuel en deçà des frontières de l'illégal et de l'immoral et la reconnaissance juridique du concubinage homosexuel que d'aucun revendique aujourd'hui (34), il y a loin de la coupe aux lèvres.

17 - En premier lieu, la seule référence aux moeurs suffirait à le démontrer. Celles-là même qui, pour reprendre l'éminent auteur, "complètent le droit ou le corrigent, s'inspirent de lui ou l'inspirent, le précédent ou le suivent" (35), et dont nous connaissons l'influence qu'elles ont pu avoir à l'égard de la reconnaissance du concubinage (36).

Cependant à la question de savoir si l'état de nos moeurs permet la reconnaissance du concubinage homosexuel, la réponse paraît encore bien difficile à apporter. Au-delà du tabou, au-delà du scandale, même si l'homosexualité fait aujourd'hui partie intégrante de nos moeurs (37), est-ce à dire que celles-ci l'ont réellement acceptée ? Rien n'est moins sûr. Il s'agit en réalité bien plus d'une

publié sous l'égide du Centre de Droit de la Famille sous la direction de J. Rubellin-Devichi, 1986, éditions CNRS ; L. Leveneur, Situations de fait et droit privé, Bibliothèque Solus, Tome 212, LGDJ 1990, p. 335 à 359 et p. 423 à 442 ; Ph. Delebecq, "L'union libre", intervention aux 5^e rencontres médico-juridiques sur le Sida et les infections à virus HIV, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-en-Provence, 26 janvier 1991, PUAM 1992, p. 57 ; C. Noir-Masnata, "Les effets patrimoniaux du concubinage et leur influence sur le devoir d'entretien entre époux séparés" ; Librairie Droz, Genève, 1982.

(31) Sur les avantages que la loi accorde aux concubins hétérosexuels cf. infra n° 27 et s..

(32) Cité par D. Ganacia, "Droits et obligations résultant du concubinage", in Gaz. Pal. 1981-(1), doctrine p. 16 et s..

(33) Cf. D. Ganacia, op. cit.

(34) Cf. D. Imbert, "Du droit à la différence", in Consécration et usage de droits nouveaux, colloque de mai 1985, Centre de Recherches Critiques sur le Droit, Université de St Étienne, spéc. p. 50 ; cf. J.-P. Branlard, Le sexe et l'état des personnes, Bibliothèque Solus Tome 221, LGDJ 1993, n°771, p. 291 : "(...) qu'un homosexuel essaie de se lier, aux mêmes fins, à son partenaire ne nous surprend pas davantage. L'étonnant n'est pas qu'une société connaisse l'homophilie, mais qu'elle l'ignore ou en fasse une caricature. Le comportement social des homosexuels varie d'éphémères rencontres aux unions régulières installées dans un réel confort conjugal. En ces temps de la redoutable maladie du Sida, le couple stable demeure un idéal pour de nombreux homosexuels. On devrait porter un jugement plus averti sur le question" ; add. J. Rubellin-Devichi, Des éléments constitutifs du concubinage, in RTD Civ. 1990, p. 53 et s..

(35) Ph. Jestaz, Le Droit, coll. Connaissance du droit, 2^e édition, Dalloz 1992, p. 31.

(36) Cf. Ph. Jestaz, op. cit. : "A l'égard du concubinage, le Code civil pratiquait l'ignorance, donc l'indifférence. mais les tribunaux lui ont longtemps montré de l'hostilité en raison de l'état des moeurs. Les moeurs ayant changé, leur jurisprudence s'infléchit tandis que le législateur, de son côté, intervient ça et là en faveur des concubins", add. dans le même sens D. Denis, obs. sous CA Rennes, 27 novembre 1985 et CA Paris 11 octobre 1985, D. 1986 jp. p. 380 : "Chacun sait que le concubinage hétérosexuel s'est considérablement développé dans les moeurs, spécialement parmi les jeunes couches de la population. C'est notamment le "mariage à l'essai" et la "cohabitation juvénile", au moins aussi répandu que le mariage proprement dit."

(37) A lui seul, le nombre de revues spécialisées publiées en langue française est suffisamment révélateur, auquel il convient d'ajouter la liste des établissements réservés aux homosexuels ou encore les serveurs-minitels spécialisés.

relative tolérance que d'une véritable reconnaissance (38). Sans doute, certains décisions ont-elles eu à intervenir sur ce problème (39) mais pour, à chaque fois, rejeter toute reconnaissance du concubinage homosexuel. De fait, force est de constater, en dépit du souhait exprimé par certains (40) qu'aujourd'hui encore nos cours et tribunaux -et en amont, nos moeurs (41)- ne sont pas disposés à considérer le concubinage homosexuel comme une *situation normale*, source de droits ou génératrice d'effets juridiques.

18 - Sans doute, la récente intervention législative tendant à accorder le statut d'ayant droit, pour l'octroi de prestations en nature en matière d'assurance maladie/maternité, à la personne vivant depuis au moins un an avec un assuré social du même sexe, serait-elle de nature à infléchir ce qui précède. Mais cette reconnaissance législative, pour l'instant en parfaite contradiction avec la jurisprudence de la Cour de cassation (42), est-elle à même d'ouvrir la porte à une éventuelle assimilation du concubinage homosexuel au concubinage hétérosexuel ? Nous ne le pensons pas.

19 - D'une part, en effet, traditionnellement, si le concubinage a gagné en France ses lettres de noblesse, il est bien évident que s'est exclusivement et nécessairement dans la mesure où il s'entendait (et continue à s'entendre) comme "la situation de fait consistant dans la vie commune de deux personnes ayant décidé de vivre comme des époux, sans pour autant s'unir par le mariage, ce qui ne peut que concerner qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme." (43).

La quasi-totalité de la doctrine est d'ailleurs en ce sens (44).

(38) Cf. D. Denis, op. cit. "Aujourd'hui, les mouvements homosexuels apparaissent au grand jour. Ils ont des revues, des spectacles, des élus. Cette tolérance de l'opinion publique à l'égard de l'homosexualité est fragile. L'épreuve du Sida le montre, mais elle existe".

(39) Cf. CA Rennes, 27 novembre 1985, CA Paris 11 octobre 1985, op. cit ; add. à propos de ces arrêts les observations de M. Dowling-Carter, in Rapport de la Cour de cassation 1989, p. 85 ; Add. TGI Paris, 28 juin 1985, Defrenois 1985 1^o partie, p. 1161 n^o 98 ; Paris, 27 mai 1985, D. 86, IR, p. 436, obs. Giverdon ; Cass. soc. 11 juillet 1989 (2 espèces), D. 1990 jp. p. 582 obs. Ph. Malaurie, JCP 1990-II, 21553, obs. M. Meunier.

(40) Cf. D. Denis, op. cit : "Peut-être, la Cour de cassation, un jour, si elle est saisi, osera amorcer une évolution juridique que les moeurs commandent, ainsi que l'évolution des lois".

(41) Une récente étude publiée dans la Revue Ethique, sous la plume du Docteur Romain Liberman renvoie à une conception exclusivement médicale de l'homosexualité qui reste "avant tout une conduite sexuelle déviante par rapport à l'acte sexuel normal qui désigne une activité sexuelle entre partenaires de sexe opposé, visant à obtenir l'orgasme par pénétration génito-génitale" (Rev. Ethique, la vie en question, n^o 5, Automne 1992, p 57 à 67).

(42) Cf. Cass. soc. 11 juillet 1989, op. cit.

(43) Cf. CA Rennes, 27 novembre 1985, op cit, CA Paris, 11 octobre 1985, op. cit ; Cass. soc. 11 juillet 1989, op. cit.

(44) V. not. Ph. Malaurie/L. Aynès, Cours de Droit civil, La Famille, 3^o éd. Cujas, 1993, n^o 251: "Le concubinage est un rapport entre un homme et une femme. (...) La différence des sexes est donc aussi essentielle au mariage qu'au concubinage. Il n'existe pas de concubinage homosexuel, parce que le concubinage est, à cet égard aussi, calqué sur le mariage."; Add. J. Carbonnier, Droit civil, T. 2, La Famille, 1992, PUF, n^o 228 et ss qui ne fait pas la moindre référence au concubinage homosexuel ; A. Benabent, Droit civil, La Famille, 5^o éd., Litec, 1993, n^o 21: "En tout cas, il est un élément qui apparaît nécessaire et en fait véritablement le contre-point du mariage, c'est qu'il ne s'entend qu'à l'égard d'un couple homme-femme."; G. Cornu, Droit civil, La Famille, 3^o éd., 1993, Montchrestien, n^o 45: "C'est l'union d'un homme et d'une femme qui vivent en ménage comme mari et femme, maritalement, mais sans être mariés."; J.F. Lusseau, Vie maritale et Droit de la Sécurité sociale, in Rev. Droit Social, 1980, pp. 203, n^o 2: "La vie maritale est la situation de l'homme et de la femme qui ont décidé de vivre totalement ensemble, comme des époux, sans pour autant s'unir solennellement par le mariage."; J.P. Gridel, Notions fondamentales de Droit et Droit Français, Introduction, méthodologie, synthèses, éd. Dalloz, 1992: "Quant au concubinage, il consiste seulement mais nécessairement, à vivre concrètement et ostensiblement, comme si l'on était marié en droit. La vie commune et intime entre deux personnes n'est donc pas, en langue juridique, un concubinage."; Add. cependant J. Hauser / D. Huet-Weiller, Traité de Droit civil, La Famille, LGDJ, 1989, spéc. n^o 422. Sans pour autant rejeter complètement la référence au mariage, les auteurs s'interrogent en ces termes: "Pour refuser aux concubins homosexuels certains avantages accordés aux concubins hétérosexuels, la jurisprudence avance souvent l'argument que les droits ne sont accordés au concubinage que dans la

20 - D'autre part, et il semblerait, ici, que l'argument avancé soit décisif, si initialement le doute était permis quant à une possible assimilation, l'extension de la situation de deux personnes de même sexe à celle de deux personnes de sexe opposé paraît, désormais, définitivement compromise.

Si l'on admet, en effet, dès lors que les conditions sont réunies que par concubinage on entend vie maritale (45), il était, jusqu'à la loi DMOS du 27 janvier 1993, permis de penser que selon l'adage bien connu : là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer (46). C'est d'ailleurs, notamment, en ce sens que dans l'affaire qui opposait Mme L. à la CPAM de Nantes (47) l'appelante entendait obtenir satisfaction et, se déclarant concubine de Mme D. avec laquelle elle vivait depuis deux ans sous le même toit, revendiquait la qualité d'ayant droit de cette dernière.

21 - Sans doute, la Cour d'appel de Rennes, et, sur pourvoi, la Cour de cassation ont-elles estimé que la vie en commun de deux homosexuels n'est pas assimilable à la vie maritale et ne peut conférer la qualité d'ayant droit au regard des règles en vigueur en matière de Sécurité sociale (48). Sans doute aussi, le raisonnement suivi en l'espèce par les magistrats a-t-il appelé certaines critiques qui, pour se situer exclusivement sur le seul plan juridique (49), n'en condamnaient pas moins le refus par le juge d'assimiler le concubinage homosexuel au concubinage hétérosexuel (50).

22 - Quelles que soit la qualité et la rigueur d'un tel argument, non seulement il présente, selon nous, un inconvénient majeur (51), mais il a perdu aujourd'hui, toute raison d'être.

mesure où il ressemble au mariage. (...). Il est permis de s'interroger sur cette limite (...) et surtout de remarquer que cette référence au mariage est bien tardive."

(45) Cf. sur ce point, *Les concubinages, approche socio-juridique*, T. 2, 1986, Centre de droit de la famille sous la direction de J. Rubellin-Devichi, éditions du CNRS, spéc. p. 187, n° 6 et suivants.

(46) "Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus", sur les origines de cette maxime, cf. H. Roland/L. Boyer, *locutions latines et adages français du droit français contemporain*, T. 2, éditions l'hermes, 1979, p. 570 et 571.

(47) Cf. CA Rennes, 27 novembre 1985, op. cit. et coll. soc. 11 juillet 1989, op. cit.

(48) Voir aussi sur ce point les observations de H. Harichaux in *Rev. Droit sanitaire et social* 1990, p. 116 et ss.

(49) Voir notamment les observations de J. Rubellin-Devichi, "Des éléments constitutifs du concubinage", in *RTD Civ.* 1990, p. 53 et ss. "Sur ce dernier point les magistrats de la Cour de cassation sont contredits par la réalité. Les couples homosexuels veulent précisément vivre comme des époux : ils ont un domicile commun, un domicile fiscal identique (...) et non seulement vivent à même pot et à même feu, mais souhaitent parfois avoir une progéniture commune (...). Faut-il enfin souligner, pour montrer que les concubins homosexuels, eux aussi, entendent vivre comme des gens mariés, d'une part, la pratique des unions entre homosexuels (...) d'autre part, la loi danoise du 7 juin 1989, qui admet que deux personnes du même sexe peuvent s'unir (...) si les couples homosexuels qui vivent comme des gens mariés ne sont pas des concubins, que sont-ils donc ?"

(50) Sur ce point voir aussi, *Les concubinages, approche socio-juridique*, op. cit., p. 26, n° 14 et svts. ; add. *Les concubinages dans le monde*, op. cit. spéc. la préface signée J. Rubellin-Devichi : "Nombre de couples homosexuels mènent une vie maritale, se considèrent liés par des devoirs identiques à ceux qui naissent du mariage et il n'est pas rare qu'ils cherchent par tous les moyens, à se doter d'une progéniture (...). Comment en tout cas le droit pourrait-il distinguer là où les faits ne distinguent pas ?" ; Add. L. Leveneur, Thèse op. cit., p. 450 n° 364 "En réalité, il ne semble pas absurde d'admettre que d'ores et déjà, les expressions de concubinage ou de vie maritale peuvent avoir une double signification et désigner une liaison hétérosexuelle, mais aussi, éventuellement homosexuelle."

(51) On a tendance à oublier que ce qui a présidé à la reconnaissance jurisprudentielle et, dans certains cas, légale du concubinage c'est que justement, il se construit en marge du mariage, il en revêt l'apparence mais sans les atours de sa forme solennelle. Il est avant tout la reconnaissance et le respect d'un choix délibéré au regard du principe de liberté matrimoniale. Le concubinage homosexuel, s'il est également une renonciation indirecte au mariage (comment, l'entendre autrement puisque la loi française fait de l'identité de sexe un empêchement dirimant à mariage ?), demeure

En effet, le législateur en complétant les dispositions de l'article L. 161-14 du Code de Sécurité sociale, a sans doute, offert à deux personnes de même sexe le bénéfice de revendiquer une relative reconnaissance juridique mais il a, par la même occasion, définitivement fermé la porte à toute assimilation du concubinage homosexuel au concubinage hétérosexuel.

Désormais la distinction existe entre la personne "vivant maritalement" et "la personne autre que celle qui vit maritalement". Pourtant, il convient aujourd'hui d'appréhender le concubinage hétérosexuel (qui repose exclusivement sur le choix de deux personnes de sexe différent de vivre maritalement) et le concubinage homosexuel (qui, s'il est une réalité concrète, ne saurait s'entendre de la situation de deux personnes de même sexe revendiquant le statut de vie maritale) de manière différente.

23 - Force est donc de reconnaître que le concubinage tel qu'on l'entend ne saurait s'appliquer à des situations autres que celles qui mettent en présence deux personnes de sexe différent.

24 - Reste que si aujourd'hui cette reconnaissance législative est de nature à interdire expressément toute assimilation du concubinage homosexuel au concubinage hétérosexuel, elle n'en procure pas moins certains avantages à la communauté homosexuelle. Sans doute cette reconnaissance est-elle limitée à la seule couverture sociale en matière de prestations en nature des assurances maladie/maternité. Mais, en l'état, et quand bien même deux compagnons homosexuels ne pourraient aujourd'hui prétendre à bénéficier des mêmes avantages que la loi accorde aux concubins vivant maritalement, il n'en demeure pas moins que cette admission déguisée dans notre droit du concubinage homosexuel n'est pas sans ouvrir la porte à bon nombre de situations qui, demain, ne manqueront pas de devenir paradoxales.

II - ENTRE LE DROIT ET LE NON-DROIT : DE L'INSUFFISANTE INTERVENTION LÉGISLATIVE À LA NÉCESSITÉ D'UN TEXTE GÉNÉRAL

25 - Toute assimilation entre concubinage homosexuel et concubinage hétérosexuel semble donc, à priori, impossible. Cela étant, contrairement à ce qui avait pu être mis en avant à la suite de la décision rendue, en la matière, par la Chambre sociale de la Cour de cassation : "Exclure, par principe, le concubinage homosexuel de la scène juridique, c'est évidemment admettre, par principe, le concubinage hétérosexuel" (52), le législateur n'en a pas moins voulu permettre au concubinage homosexuel d'accéder à la première marche de la reconnaissance juridique.

Sans doute, existe-t-il encore une différence de terminologie et conviendrait-il peut-être ici de s'accorder à reconnaître que chacune des situations intéressées appelle une qualification spécifique (53).

avant toute chose une volonté affirmée de réaliser librement une vie qui, quoiqu'on en dise, ne saurait revêtir à aucun moment l'apparence du mariage.

(52) Cf. J. Rubellin-Devichi précit. RTD Civ. 1990 obs.

(53) Ne serait-il pas logique, au vu de ce que nous avons précédemment évoqué, d'employer l'expression vie maritale chaque fois qu'il s'agit d'envisager la situation de deux personnes de sexes différents vivant sous le même toit et de réserver la qualification de concubinage dès lors que nous sommes en présence de deux personnes de même sexe ? C'est en tout cas l'invitation que semble nous faire le législateur...

26 - Toutefois, au-delà de cette confusion de vocabulaire, il n'en demeure pas moins que les concubins homosexuels bénéficient d'un avantage exprès que leur confrère désormais la loi. Dès lors apparaît une embarrassante interrogation : en procurant un tel avantage aux concubins homosexuels, le législateur n'a-t-il pas par la même occasion, (provisoirement ?) réduit à néant l'attente de ces derniers concernant d'autres avantages, jusqu'ici accordés aux seuls concubins hétérosexuels, mais qui ne rentrent pas moins dans le champ des revendications légitimes de l'ensemble de la communauté universelle.

La question conduit à un étonnant paradoxe qui souligne les limites et l'insuffisance de cette intervention législative (A) et qui démontre, plus que jamais, la nécessité d'un texte précis en la matière (B).

A - UNE INTERVENTION LÉGISLATIVE INSUFFISANTE : A LA RENCONTRE DE PARADOXES

27 - Le lecteur l'aura sans doute compris : en faisant ici référence aux autres avantages que la loi ou le juge reconnaissent pour l'instant, aux seuls concubins hétérosexuels, nous évoquons principalement les dispositions relatives au droit au maintien dans les lieux du concubin en cas de décès du locataire principal, certaines règles relatives au droit fiscal, celles concernant l'adoption (54) ou encore les principes jurisprudentiels applicables en matière d'indemnisation du concubin survivant en cas de décès de son compagnon.

Autant d'avantages qui ont certainement été reconnus dans un souci évident de meilleure harmonisation -voire de meilleure justice- entre la situation de couples mariés et celle impliquant deux êtres ayant délibérément choisis de ne pas s'unir par un lien matrimonial, autant d'avantages sur lesquels il convient aussi de s'arrêter quelques instants.

28 - Ainsi concernant le droit au maintien dans les lieux du concubin en cas de décès du locataire principal, l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989 (55), reprenant largement les dispositions des textes antérieurs (56), prévoit-il en cas d'abandon du domicile ou de décès du locataire principal, la continuation ou le transfert du contrat de bail au profit notamment du concubin notoire dès l'instant où celui-ci a vécu depuis au moins un an au foyer du locataire avant l'abandon de domicile ou le décès.

Certains auteurs ont admis que l'expression "concubin notoire" pouvait indifféremment s'appliquer au compagnon hétérosexuel ou homosexuel (57). La jurisprudence en a décidé autrement qui, en deux occasions (58), a exclu le compagnon homosexuel du bénéfice des dispositions relatives au droit au maintien dans les lieux,

(54) Relativement aux couples hétérosexuels, la question n'a pas été sans soulever bon nombre de difficultés, sur ce point v. not. P. Raynaud, "Un abus de l'adoption simple, les couples adoptifs", chron. VII, D. 1983, p. 39 et ss.

Quid en ce qui concerne, les demandes d'adoption émanant de personnes de même sexe vivant ensemble sous le même toit ? Voir, sur cette question, les conclusions de M. Dowling-Carter, op. cit. et la jurisprudence référencée, spec. p. 106.

(55) Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, ALD 1989, p. 147, commentaires Aubert et Bihl ; add. Warembourg-Auque, JCP 1989-1, n° 3421.

(56) Cf. art. 5 de la loi n° 48-1360 du 1er septembre 1948 ; cf. art. 16 de la loi n° 82-526 du 22 juin 1982 ; l'art. 13 de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986.

(57) Voir sur ce point, J. Rubellin-Devicchi, RTD Civ 1990 op. cit. ; add. G. Fau et A. Porte, "Cohabitation, concubinage, homosexuels", Revue Annales des loyers 1991, p. 577 et ss. où les auteurs s'interrogent sur le point de savoir si en l'absence de toute exclusion expresse prévue par la loi, le refus d'accorder ce même avantage au concubin homosexuel, ne serait pas simplement arbitraire.

(58) CA Paris, 27 mai 1986, D. 1986, p. 436 IR obs. Giverdon et CA Paris 10 mai 1990, D. 1990, som. p. 306.

au motif que "si, l'existence de couples homosexuels stables, vivant ensemble, constitue un fait social, une telle situation ne peut être tenue pour créatrice de droit".

Sans doute, si une affaire similaire devait se présenter aujourd'hui, le juge appliquerait-il la même solution. Mais sur le fondement de quel motif ?

Certainement pas sur le fait qu'en l'absence de toute définition légale du concubinage, l'existence de couples homosexuels stables, vivant ensemble, ne constitue qu'un fait social et ne peut, dès lors, être considérée comme une situation créatrice de droit.

29 - En effet, le législateur, bien que son intervention se soit limitée à l'ouverture du droit aux prestations en nature en matière d'assurance maladie/maternité (59), n'a-t-il pas malgré tout, implicitement admis l'existence de couples homosexuels en tant que génératrice de droits ?

Nous touchons ici aux incertaines frontières du paradoxe ... Est-il logique pour justifier le refus d'octroyer un avantage aux concubins homosexuels de leur opposer un argument tenant à leur non-existence sur la scène juridique, alors que le législateur vient, tout récemment, de leur en permettre l'accès ?

L'argument ne semble dès lors plus opposable. D'autant que, si l'on revient sur l'analyse des termes de l'article de la loi du 6 juillet 1989 il est expressément mentionné que le transfert du bail bénéficie "aux ascendants, au concubin notoire ou aux personnes à charge...".

Dès lors, le concubin homosexuel ne pourrait-il prétendre à être considéré comme une personne à charge (60) ? Avant la loi du 27 janvier 1993, le juge pouvait peut-être, une fois encore, soutenir que la notion de personne à charge ne saurait s'entendre d'un individu du même sexe. Désormais, l'argument n'aurait plus de sens dans la mesure où le législateur a expressément fait de la notion de charge effective, totale et permanente l'une des conditions incontournables de la reconnaissance du concubinage homosexuel.

30 - Dans un autre ordre d'idée, concernant la législation fiscale, le paradoxe est tout aussi évident qui, s'il confirme, sans aucun doute, que le concubinage homosexuel tel que reconnu en matière de sécurité sociale par le nouvel article L. 161-14, ne peut en aucun cas être assimilé au concubinage hétérosexuel, nous conduit cependant à quelque perplexité.

31 - Il est acquis que le système fiscal, et plus particulièrement l'impôt sur le revenu, est relativement avantageux pour les concubins (61). En effet, contrairement aux revenus d'un couple marié qui, dès lors que chacun des deux époux exerce une activité rémunérée, sont purement et simplement additionnés, ceux des concubins, nonobstant leur vie commune, sont envisagés séparément. Sans doute cet avantage perd-il toute sa raison d'être dès lors que pour prétendre à entrer dans les champs des dispositions de l'article L. 161-14 nouveau du Code de la Sécurité sociale, le

(59) En fait ce n'est pas la seule mesure favorable aux concubins homosexuels que le législateur avait envisagée. En effet, initialement, le projet de loi portant DMOS prévoyait au Titre V, un article 62 qui avait pour objet d'autoriser le transfert de bail, en cas de décès du locataire, à toute personne qui vivait avec ce locataire depuis au moins un an, suite à la double saisine du 24 décembre 1992 et du 8 janvier 1993, le Conseil constitutionnel a déclaré cette disposition contraire à la Constitution au motif qu'elle "modifiait l'équilibre général des relations entre bailleurs et preneurs de locaux d'habitation prévu par la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 modifiée (...) qu'elle était dépourvue de tout lien avec le texte soumis à la délibération des assemblées et que dès lors, avait été adoptée selon un procédure irrégulière".

(60) Cf. en sens J. Rubellin-Devichi, RTD Civ. 1990 op. cit.

(61) Sur ce point cf. not. E. Sullerot, Evolution sociologique de la famille et inadapation du système fiscal, Rev. Fr. Fisc. Publ. 1986, p. 2 et ss.

compagnon homosexuel doit rapporter la preuve qu'il est à la charge effective, totale et permanente de l'assuré social (62). Ainsi, nous serions en présence d'un individu relevant dans un domaine du statut personnel de son compagnon, considéré comme étant à sa charge, alors que dans un autre domaine -celui de l'imposition sur le revenu- la jurisprudence a déjà admis que "la concubine indigente ne peut être considérée comme une personne à charge de son amant" (63).

32 - De fait, d'un côté, la loi officialise juridiquement la situation de deux compagnons de même sexe dès lors que l'un d'eux est à la charge de l'autre, d'un autre, la jurisprudence considère, que la concubine indigente -et a fortiori le concubin homosexuel sans ressources- n'est pas à la charge de son compagnon... Que faut-il donc en conclure ?

33 - Enfin, concernant l'indemnisation du concubin homosexuel en cas de décès accidentel de son compagnon (64), les difficultés ne vont certainement pas non plus manquer de surgir.

Est-il encore besoin de rappeler, ici, combien a été lente et délicate la prise en considération de la concubine qui, pendant longtemps, n'a pu obtenir réparation auprès du responsable de l'accident ayant entraîné le décès de son concubin ?

Depuis le célèbre arrêt rendu par les Chambres Mixtes de la Cour de cassation (65), la jurisprudence est fixée en ce sens qui admet, qu'en droit commun, la concubine puisse être indemnisée du préjudice tant matériel que moral causé par le décès de son concubin (66).

34 - Quid aujourd'hui concernant la concubinage homosexuel ? Sans doute la Cour de cassation a-t-elle eu l'occasion de préciser ce qu'il convient d'entendre par la notion de concubinage (67).

A l'évidence, aussi choquant que cela puisse paraître (68), le doute n'était alors, a priori, pas de mise, concernant l'éventuelle indemnisation du concubin homosexuel en cas de décès de son compagnon (69). Récemment encore, un éminent

(62) A supposer une éventuelle assimilation entre concubinage homosexuel et concubinage hétérosexuel, sans doute le "couple" pourrait-il prétendre à bénéficier du même avantage fiscal, auquel cas il ne rentrerait plus dans le champ de l'article L. 161-14 Code Sec. soc. Il ne pourrait non plus invoquer, sauf à en dénaturer l'essence même, la notion de vie maritale qui s'entend de relations établie entre un homme et une femme.

(63) CE, 15 janvier 1932, Rec. quest. fisc. 32.73.

(64) Nous n'envisagerons pas ici le cas de décès d'un assuré par suite d'un accident de travail. Pour mémoire, rappelons dans cette hypothèse que si la législation sociale exclue la concubine de tout droit à pension en cas de décès (art. L. 432-1 Code sec. soc.), la cour de cassation a admis que la concubine, si elle n'entre pas dans l'expression d'ayant droit de l'article L. 451-1 C. Sec Soc., lequel vise uniquement les personnes qui perçoivent des prestations en cas de décès accidentel de leur auteur, peut néanmoins prétendre à être indemnisée, selon les règles du droit commun, du préjudice personnel que lui cause la mort de son compagnon. (Cass. soc. 25 octobre 1990, D. 91, JP p. 111, note Y. Saint-Jours.

(65) Cass. (Ch. mixtes) 27 février 1970, D. 1970, J.P. p. 201, note R. Combaldieu ; JCP 1970-II n° 16305, conclusion R. Lindon, obs. P. Parlange ; RTD Civ. 1970, p. 353, obs. G. Durry ; add. N. M.K. Goma, "La réparation du dommage et l'existence d'un intérêt légitime juridiquement protégé", chron. XXXI, D. 1970, pp. 145 et ss.

(66) Cf. Not. Cass. crim. 19 juin 1975, D. 1975, JP p. 679, note A. Tunc ; CA Paris 10 novembre 1976, JCP 1978 II n° 18859, note R. Savatier ; En matière d'accident de travail, Cf. Cass. AP 2 février 1990, JCP 1990 II, n° 21558, concl. L. Joinet, obs. Y. Saint-Jours ; cass. soc. 25 octobre 1990, op. cit.

(67) Cf. cass. soc. 11 juillet 1989, op. cit.

(68) Comment en effet concevoir qu'il soit accordé une indemnité pour préjudice moral résultant de la perte d'un cheval de course comme a pu le faire la Cour de cassation à propos de la célèbre affaire Lunus (Civ. 16 janvier 1962, D. 1962 jp. p. 199, note R. Rodière, JCP 1962-II, n° 12557, note Esmein). Sur ce point cf. également L. Leveneur, thèse op. cit. n° 661, p. 441 et spéc. la note référencée n° 89.

(69) Cf T. Cor. Nantes, 28 février 1983, cité par J. Danet, "Le corps homosexuel : de la répression à la conquête des droits", Rev. Actes, 1985, n°49/50, p. 49.

spécialiste n'écrivait-il pas "il n'est pas certain que la vie commune de deux homosexuels puisse de si tôt leur conférer la qualité d'ayant cause au sens du droit commun, car les barrières juridiques ne tombent jamais plus vite que l'évolution des mœurs", ce que traduisent, en d'autres termes, ces paroles d'une chanson de Brassens : "les braves gens n'aiment pas que l'on suive un autre route qu'eux" (70).

35 - Pourrait-on aujourd'hui, envisager la même solution ? Sans doute, le législateur a-t-il consacré une nouvelle notion d'ayant droit en reconnaissant, dans une certaine mesure le concubinage homosexuel. Sans doute aussi, la notion spécifique d'ayant droit en matière sociale (71), ne recouvre-t-elle pas celle, plus étendue, d'ayant cause en droit commun.

Mais comment alors, dans ce cas, échapper à un nouveau paradoxe ?

36 - En effet, s'il est acquis que le droit de la sécurité sociale déroge au droit commun, il est un point sur lequel apparemment toute discussion semble compromise.

S'agissant de l'assurance décès qui garantit aux ayants droit d'un assuré social le paiement d'un capital, l'article L. 361-4 du Code de la Sécurité sociale dispose expressément que l'octroi de ce capital décès bénéficie "par priorité aux personnes qui étaient au jour du décès à la charge effective, totale et permanente de l'assuré" (72).

Or, si l'on en croit la finalité de la récente intervention du législateur, le concubin homosexuel peut désormais prétendre à la qualification d'ayant droit de son compagnon.

Au cas de décès de celui-ci, non seulement, nous serions en présence, d'une part, au sein de la même protection sociale, d'un premier paradoxe (73), mais d'autre part, si l'on admettait qu'à travers la reconnaissance du législateur d'une nouvelle catégorie d'ayant droit, le concubin homosexuel peut désormais prétendre *de lege lata*, et par analogie, à une couverture en matière d'assurance décès, est-il, dès lors, logique, de lui refuser tout droit à indemnisation au regard des règles du droit commun ? Le doute est permis...

A l'évidence donc, si l'on s'en tient simplement aux hypothèses précédemment évoquées, il apparaît que la récente modification législative de l'article L. 161-14 du Code de Sécurité sociale -illustration moderne de la boîte de Pandore- a ouvert la porte à bien plus de difficultés au regard de l'intention louable qui a motivé l'intervention du législateur.

Intervention dont nous pouvons mesurer les limites et qui débouche sur l'interrogation suivante : ne serait-il pas opportun de doter la communauté homosexuelle d'un statut juridique approprié ?

(70) Y. Saint-Jours, obs. sous Cass. soc. 25 octobre 1990, op. cit.

(71) Sur cette notion, v. not. R. Théry, "Les personnes à charge et le droit de la famille", JCP 1948-I, n°739.

(72) Sur ce point cf. not. J. Rubellin-Devichi, "La condition juridique de la famille de fait en France", JCP 1986, II, n° 3241, n° 19 et ss.

(73) En effet, étant entendu que l'art. L. 361-4 C. Sec. soc. vise expressément la personne qui, au jour du décès, était à la charge effective, totale et permanente du cujus, faut-il inclure parmi les bénéficiaires de l'assurance décès le concubin homosexuel dont on sait qu'il bénéficie aujourd'hui, de la seule assurance maladie/maternité, mais qu'il n'en est pas moins à la charge effective, totale et permanente de son compagnon ?

B - L'ABSENCE D'UN STATUT JURIDIQUE : VERS LA NÉCESSITÉ D'UNE INTERVENTION LÉGISLATIVE ?

37 - C'est un lieu commun aujourd'hui de prétendre que l' homo-sexualité est une réalité sociale (74). Sans doute, les nouvelles revendications de la communauté homosexuelle ne sont-elles pas encore à même de franchir l'écueil que peut constituer, en la matière, l'état de nos moeurs. En effet, tant qu'il s'agit d'apprécier l'exercice d'une simple liberté de choix de mode de vie, tenant à l'assouvissement et l'accomplissement de pulsions homosexuelles, cela, en fait, ne devrait (et ne doit, en tout état de cause) regarder que les principaux intéressés.

Différente, en revanche, est la réaction du corps social, dès lors qu'il s'agit de dépasser le simple cadre de relations entre deux individus, pour aboutir à une reconnaissance juridique du concubinage homosexuel tendant à une assimilation à la vie maritale stricto sensu (75).

38 - De fait, si l'on s'en tient à la récente intervention du législateur en faveur des couples homosexuels, et au-delà, bien évidemment, de son caractère limité à la seule couverture sociale en matière d'assurance maladie/maternité, la question se pose de savoir si une intervention législative d'ensemble concernant la communauté homosexuelle ne serait pas, aujourd'hui, opportune.

39 - En 1971, concernant le concubinage homosexuel à travers le projet de loi relatif à la filiation, le Professeur H. Mazeaud interpellait en ces termes le législateur : "Si vraiment, le législateur estime que le concubinage est une situation morale et socialement saine, alors, mais alors seulement, qu'il adopte le projet ! " (76) O tempora, o mores... Reprenant l'éminent spécialiste, ne serait-il pas temps, aujourd'hui, de mettre enfin le législateur face à ses responsabilités ?

40 - En tant que telle, la communauté homosexuelle est une réalité. Ce qui dérange et qui appelle le déploiement de l'étendard des moeurs, ce n'est pas tant qu'elle existe, ce sont bien plus les *dérapages ou les abus* qu'elle n'est pas, parfois, sans susciter.

Ainsi, concernant plusieurs libéralités qu'un individu avait consenties par voie testamentaire à plusieurs compagnons du même sexe, plus jeunes que lui et avec lesquels il entretenait des relations sexuelles, voire concubines, de manière concomitante, le T.G.I de Paris n'a-t-il pas hésité à prononcer leur nullité au motif qu'elles avaient perdu leur caractère libéral et gratuit "en ayant pour cause impulsive et déterminante la rémunération de la prolongation de relations immorales." (77).

Sans doute si l'on s'en tient aux seules dispositions de l'article 1133 du Code civil et à toute la jurisprudence développée en matière de libéralités immorales entre concubins (78), le juge, en l'espèce, ne pouvait-il faire autrement que d'affirmer que

(74) Sur ce point v. not. J. Danet, "Le corps homosexuel: de la repression à la conquête des droits.", art. précit.; add. R. Romi, "Droit et homosexualité.", in Rev. Actes, 1988, n° 64, pp. 29 et ss.

(75) Il est vrai cependant que le *phénomène* homosexuel, au-delà des simples faits, a déjà emporté une relative protection juridique. Cf not. la loi n° 82-683 du 4 août 1982 qui a abrogé l'alinéa 2 de l'article 331 du Code pénal qui punissait de peines correctionnelles "quiconque aura commis un acte impudique ou contre nature avec un mineur du même sexe. Sur la suppression de ce texte, voir not. Ph. Jestaz, in RTD Civ 1982, pp. 795 et ss.

(76) Cf. H. Mazeaud, "Une famille dans le vent : la famille hors-mariage", chron. XV, D. 1971, pp. 99 et ss.

(77) Cf. TGI Paris, 28 juin 1985, Rep. Defrenois 1985, I° partie, n° 98, pp. 1161 et ss.

(78) En principe, ce n'est pas tant le caractère illicite de la relation qui entraîne l'annulation de l'acte. C'est de l'analyse de la cause impulsive de la libéralité elle-même (l'acte a pour but de favoriser la formation, la continuation ou la rémunération des rapports immoraux) que le juge prononce l'annulation. Sur ce point, v. Not. Ascensio, RTD Civ 1975, pp. 248.

la cause des dispositions testamentaires litigieuses était contraire aux bonnes moeurs. Abstraction faite du caractère intéressé des libéralités, en aurait-il décidé de même si ces dernières, au lieu d'être attribuées à plusieurs individus, n'avaient en fait bénéficié qu'à une seule et même personne (79) ? La question demeure... Qui débouche ainsi, au-delà de toute référence à la morale ou aux bonnes moeurs, sur le fait de savoir si une véritable intervention législative, en ce domaine, est ou n'est pas nécessaire.

41 - Sans doute, les initiatives réalisées à ce jour, n'ont-elles pas connu, non seulement au plan doctrinal (80), mais aussi en ce qui concerne le domaine législatif (81), un réel aboutissement et les différents projets déposés devant le Parlement sont-ils restés lettre morte.

Sans doute aussi, pour reprendre ici une conclusion du Doyen Carbonnier "ne pas légiférer pourrait bien être la manière courageuse de légiférer" (82). Mais *indifférence* ne signifie pas pour autant *inexistence*... Et il serait peut-être temps d'inciter le législateur à faire preuve davantage de courage (83).

42 - Il est vrai que si l'on se réfère au texte de la proposition de loi tendant à créer un contrat de partenariat civil qui, en son temps, avait été déposé devant le Sénat (84), les dispositions sollicitées n'étaient pas, c'est le moins que l'on puisse dire, susceptibles de recueillir la moindre unanimité.

Tendant à mettre en place, pour les couples non mariés et sans différenciation de sexe aucune, un véritable contrat directement inspiré des droits et obligations que la loi organise en matière matrimoniale, il était évident que ce texte ne pouvait être que de nature à être interprété comme une offense au mariage et, au-delà, comme sonnante le glas de la Famille Légitime.

43 - De fait, sans pour autant tomber dans les errements d'une confrontation soigneusement placée sur le terrain d'une propice morale, il serait peut-être intéressant - surtout si l'on admet que par son intervention le législateur a ouvert la voie à une éventuelle prochaine reconnaissance juridique du concubinage homosexuel - de mener, enfin, le débat jusqu'à son terme. Dès lors, l'alternative est des plus simples : si le législateur considère qu'il est opportun de doter le concubinage homosexuel d'un cadre juridique pré-établi, qu'il le fasse. Si, au contraire, il apparaît qu'il n'y a pas lieu de lui offrir un tel statut juridique, alors qu'il le dise.

(79) "Quelle que soit la permissivité réelle ou supposée de la société actuelle, une telle décision ne peut être qu'approuvée. Non seulement il s'agissait de relations homosexuelles, mais celles-ci se caractérisaient par la pluralité de partenaires et la nature intéressée des liens existant entre ceux-ci."

(80) V. not. P. Murat, in JCP 1993-1, n° 3688, spéc. n° 6.

(81) Cf. ici J.M. Florand et K. Achoui, "Vers un nouveau modèle d'organisation familiale: le contrat d'union civile", art. précit.

(82) Cité par P. Murat, op. cit.

(83) Ainsi, alors que la presse s'est largement fait l'écho de la prochaine soumission à l'Assemblée Nationale d'une proposition de loi relative à la création d'un contrat d'union civile (cf Le Monde, 18 avril 1992, p. 24, Le Monde, 23 avril 1992, p. 10), le Ministre des Affaires Sociales et de l'Intégration, suite à une question écrite, a-t-il expressément contredit la nouvelle en affirmant "qu'aucun projet de loi relatif à un contrat d'union civile n'a été élaboré, ni, à plus forte raison, déposé par le Gouvernement qui, par ailleurs, n'a pas eu connaissance, à ce jour, du dépôt d'une proposition de loi sur ce sujet." (cf JCP 1992, Informations, p. 111. Rep. quest. écrite n° 21266, J.O Sénat, 25 juin 1992, p. 1443.

(84) Proposition de loi n° 422, Sénat, Seconde session ordinaire de 1989/90, Annexe au Procès Verbal de la séance du 25 juin 1990.

44 - A l'heure de l'ouverture des frontières et de l'harmonisation européenne, la France y gagnerait peut-être... (85). A condition, bien évidemment, de ne pas se tromper de cible, de ne pas confondre, d'une part, concubinage homosexuel et concubinage hétérosexuel et de dépasser, d'autre part, le débat qui entretient depuis longtemps la quasi-totalité des juristes, à savoir si le concubinage est ou n'est pas en mesure de concurrencer le mariage. Débat qui, sans aucun doute, n'est pas sans faire obstacle à une éventuelle reconnaissance du couple homosexuel (86).

45 - En l'état, *de lege ferenda*, la jurisprudence risque, une fois encore, d'avoir fort à faire et même si certains ont tenté de démontrer l'inutilité de tout texte précis en la matière, en soulignant qu'en définitive seul le juge est mieux placé pour garantir la lettre et l'esprit de tout ce qui fait la force de nos institutions (87), il devient urgent d'enlever cette douloureuse épine plantée au pied de notre Droit de la Famille (88).

(85) Pour les exemples cités chez certains de nos pays voisins, notamment le Danemark ou encore les Pays-Bas, cf. l'article précité de J.M. Florand et K. Achoui

(86) Ainsi, relativement aux couples homosexuels, A. Benabent souligne-t-il : Quoique ces situations tendent à être, soit plus fréquente, soit plus avouées qu'autrefois, elles demeurent marginales et il n'est pas à l'ordre du jour de leur offrir un statut juridique." (in Droit Civil, La Famille, 5^e édition, 1993, Litec, n° 18-1, p. 20.

(87) Cf. concl. Dowling-Carter, op. cit.

(88) Cf. Ph. Malaurie, obs. sous Cass. soc., 11 juillet 1989, op. cit. : "Sauf en jouant avec les mots et en dénaturant les institutions, il ne peut y avoir, entre les homosexuels, ni mariage, ni adoption, il n'y a pas non plus, entre eux, union libre. On peut bien appeler un chapeau une table ; le chapeau continuera d'être un chapeau et la table, une table. La tricherie sur les mots est toujours le signe d'une dérive intellectuelle et morale."

LA GENÈSE MÉDICALE ET JURIDIQUE DE L'ARTICLE 311 ALINÉA 1 DU CODE CIVIL

(LOI N° 72-3 DU 3 JANVIER 1972)

Par

Antoine LECA

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

L'actuel article 311 alinéa 1 du Code civil dispose que "la loi présume que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du trois centième au cent quatre-vingtième jour, inclusivement, avant la date de naissance".

Cette disposition, formellement maintenue par la loi du 3 janvier 1972, est extrêmement ancienne. Non seulement elle figure dans le texte original de 1804, mais elle a été tirée de la compilation justinienne du VI^{ème} siècle (1), qui avait elle-même repris une règle consacrée pour la première fois par un rescrit de l'Empereur Antonin le Pieux au second siècle (2). Rares sont les normes juridiques à pouvoir se prévaloir d'une aussi vénérable antiquité (3). Pourtant, à l'inverse de ce que cette apparente fixité pourrait laisser imaginer, la question du délai de gestation a été particulièrement controversée par les médecins et les juristes depuis vingt-cinq siècles. C'est ce qui ressort du détour historique, auquel l'auteur de ces lignes souhaiterait convier le lecteur.

Trois périodes relativement homogènes méritent d'être distinguées :

- 1^o) l'Antiquité, qui fournit aux siècles ultérieurs un double héritage tiré de la médecine grecque et du droit romain,

(1) *D.* 38, 16, 3, 11 : "Post decem menses mortis natus, non admittetur ad legitimam hereditatem (l'enfant né dix mois après la mort de son père n'est pas admis à la succession légitime).

D. 38, 16, 3, 12 : "De eo autem, qui centesimo octogesimodosecundo die natus est, Hippocrates scripsit, et divus Pius pontificibus rescripsit, justo tempore videri natum : nec videri in servitutem conceptum, cum mater ipsius ante centesimum octogesimumsecundum diem esset manumissa" (On lit dans Hippocrate, dont le sentiment a été confirmé par l'Empereur Antonin dans un rescrit adressé aux pontifes, que l'enfant né le 190^{ème} jour après la mort de son père est légitime et qu'on ne pourra pas dire qu'il ait été conçu dans la servitude si sa mère avait été affranchie 182 jours avant son accouchement).

(2) *D.* 38, 16, 1, 1 et 3, 11-12.

(3) S'agissant du Code civil, on pourrait mentionner toutefois l'institution d'un délai de viduité de dix mois (*C. c.*, art. 228) qui, apparue dans le très ancien droit romain, s'est maintenue jusqu'à l'Antiquité tardive, qui porta le délai à un an (*C. 5, 9, De sec. nupt.*) ou encore la règle selon laquelle pour succéder il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession (*I.J.*, II, XIX, §.4 ; *C. c.*, art. 725).

- 2°) la période médiévale et moderne, marquée par d'inconciliables controverses médicales et juridiques,
- 3°) l'époque contemporaine, qui s'efforça de régler définitivement la question.

I - L'HÉRITAGE MÉDICAL ET JURIDIQUE DE L'ANTIQUITÉ

La durée de la grossesse a longtemps posé problème. La médecine chinoise traditionnelle l'évaluait à dix mois (4).

La médecine grecque s'accordait normalement sur un délai allant de sept à neuf mois, plus précisément 210 à 272 jours. Mais elle admettait des gestations pathologiques de onze mois (5), notamment Hippocrate (6) qui donne le chiffre de dix mois maximum (7), tout en admettant d'une certaine mesure des grossesses allant jusqu'à onze (8). Platon (9) donne une fourchette de sept à dix mois pleins (10). Aristote (11), en accord sur ce point avec le maître de Cos, estimait incontestablement que la gestation pouvait parfois se prolonger au delà du dixième mois (12). Il n'y a guère qu'Homère, qui paraisse évoquer une grossesse de près de douze mois, mais le passage en question n'est pas très clair (13).

Cette hésitation sur le terme de la gestation, notamment le terme maximum, venait de la difficulté à diagnostiquer précisément la grossesse. A l'époque, celle-ci n'était certaine que lorsque la mère avait senti bouger le foetus pour la première fois, ce qui ne pouvait être constaté sans équivoque que dans un état avancé, environ le quatrième mois. Avant ce moment, on ne pouvait guère se reporter qu'à l'enflure du ventre ou, comme au Moyen-Age, à l'examen digital du col de l'utérus (14).

Aucune disposition juridique ne nous est parvenue pour nous permettre d'éclairer la position que le droit grec pouvait avoir sur cette question. A vrai dire, elle était d'un intérêt très limité, dans la mesure où, au moins en droit athénien, un père pouvait toujours se débarrasser de son enfant né pourtant en légitime mariage (15).

Il en était de même dans l'ancien droit romain (16) qui, dominé par des préoccupations pratiques, n'a jamais dû se poser la question du délai de la gestation. En

(4) M. Granet, "La pensée chinoise", Albin Michel, Paris, 1968, p. 305.

(5) J. Roussier, "La durée normale de la grossesse", "Droits de l'antiquité et sociologie juridique - Mélanges H. Lévy-Bruhl", Sirey, 1959, pp. 245 sq. et du même auteur : "Opinions anciennes sur les grossesses prolongées", in "Études d'histoire du droit privé offertes à Pierre Petot", Paris, 1959, pp. 473 sq.

(6) (vers 460-337).

(7) Hippocrate, "De la génération", XXX.

(8) Hippocrate, "Traité du foetus de huit mois", 13 ; "De l'aliment", 42.

(9) (428-347).

(10) "A partir du jour où un d'entre ces hommes sera devenu époux, tout ce qui naîtra de rejetons le dixième et même le septième mois après ce jour, recevra de lui, les garçons, la désignation de 'mon fils', les filles, celle de 'ma fille'..." (Platon, *Rép.*, V, 461, O.C., Bibl. de la Pléiade, Gallimard, 1950, t. I, p. 1035 ; L. Beauchet, "Histoire du droit privé de la république athénienne", t. 1, Paris, 1897, p. 339).

(11) (384-322).

(12) Aristote, "De la Génération des animaux", IV, 10, 777 b ; R. Lalou, "Étude de la maxime : *infans conceptus pro nato habetur...en droit français*", Thèse Droit, Paris, éd. A. Rousseau, 1904, p. 11.

(13) Le poète nous dit que Poséïdon promet à la nymphe qu'elle enfanterait "avant le retour de l'année" (Homère, "Odyssée", XI, 234).

(14) G. Duby, M. Perrot (sous la direction de), "Histoire des femmes", t.2, Plon, Paris, 1991, p. 302.

(15) L. Beauchet, "Histoire du droit privé de la république athénienne", *op. cit.*, t.2, pp. 85 sq. sur le droit d'exposition.

(16) P.F. Girard, "Manuel élémentaire de droit romain", Paris, Rousseau, 7ème édition, 1924, p. 169 ; R. Villers, "Rome et le droit privé", Albin Michel, Paris, 1977, p. 45. L'exercice du "ius tollere", qui permettait au "pater" de rejeter l'enfant a été réduit à la fin du Ier siècle E.C. et au tout début du IIème, par deux sénatus-consultes relatifs à des cas particuliers, puis d'une manière plus générale par un "praeiudicium" inséré par Julien lors de la codification de l'Édit (achevée en 125), mais il n'a jamais disparu entièrement (J. Declareuil, "Paternité et filiation légitime, contribution à l'histoire de la famille

tous cas, la loi des XII Tables ne dit rien sur la date de la conception. Seul Aulu-Gelle (17), dont le témoignage est postérieur de plusieurs siècles, semble dire qu'à cette époque les decemvirs avaient fixé la plus longue durée de la gestation à 300 jours (18). Mais plus loin, l'auteur reconnaît très clairement "qu'il n'y a pas de délai fixé dans la loi" (19), ce qui dissipe toute équivoque. Tout au plus peut-on noter qu'une fois encore c'est la grossesse prolongée qui pose des difficultés.

Pendant la plus grande partie de l'époque classique, la situation est plus obscure. Autour des années 200 avant J.C., dans deux de ses comédies, Plaute (20) évoque des naissances survenues "au dixième mois" (21). Au premier siècle avant notre ère, Varron (22) emprunte à Aristote l'idée d'une durée maximum de onze mois (23). Au premier siècle, Pline l'Ancien (24) rapporte que quatre siècles auparavant (en 340?), un prêteur du nom de Lucius Crassus Papirius aurait déclaré légitime l'enfant d'une femme né treize mois après le pré-décès de son mari (25). Un peu plus tard, l'anecdote est reprise par Aulu-Gelle (26). Hormis le constat d'un problème persistant concernant la durée maximale de la gestation, il est difficile de tirer un enseignement certain de ces indices isolés. En effet, on peut les interpréter de deux manières : ils peuvent prouver l'absence de toute limite juridique ou alors, nonobstant l'existence de celle-ci, attester que celles-ci n'entraînaient pas une présomption irréfragable. La seconde solution est sans doute la meilleure, mais rien ne permet d'en certifier la véracité.

L'obscurité ne se dissipe vraiment qu'avec le rescrit d'Antonin le Pieux (27), du second siècle de notre ère. Ce texte, qui nous est connu par le témoignage d'Ulpien (28) (29), pose pour la première fois la double limite des septième et dixième mois. Il semble bien avoir été élaborée sur l'autorité des travaux d'Hippocrate (30).

En tous cas, on retrouve ces deux délais chez les jurisconsultes de l'époque des Sévères. Selon Paul (31), l'enfant né à compter du septième mois du mariage, c'est à dire après une gestation possible de six mois accomplis, devait être considéré comme légitime (32) et, après dix mois, il ne pouvait plus être tenu pour tel (33). C'est Ulpien qui, reprenant ce passage, transforma ces délais mensuels en délais de

légitime à Rome", "Mélanges P.F. Girard", Paris, 1912, pp. 315-352 ; P. Tisset, "Contribution à l'histoire de la présomption de paternité", Thèse Montpellier, 1921 ; M. Lanfranchi, "Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano", Bologna, 1953 ; A. Lefebvre-Teillard, "Pater is est quem nuptiae demonstrant. Jalons pour une histoire de la présomption de paternité", "Le droit de la famille en Europe", P.U.S., Strasbourg, 1992, pp. 392-401).

(17) (130 E.C.- ?).

(18) "Decemviri in decimo mense gigni hominem, non in undecimo, scripsissent" (Aulu-Gelle, "Nuits Attiques", livre III, chap. XVI, §.12).

(19) "quoniam nullum certum tempus pariendi statutum ei videretur" (*ibid.*, livre III, chap. XVI, §.23).

(20) (vers 254-184 A.E.).

(21) Plaute, "La comédie de la marmite" ("Aulularia"), Acte IV, scène 1 ; "La comédie de la corbeille" ("Cistellaria"), Acte I, scène III).

(22) (116-27).

(23) Ses propres termes nous ont été conservés par Aulu-Gelle : "Quo in libro etiam undecimo mense aliquando nasci posse hominem dicit, ejusque sententiae...Aristotelem laudat auctorem" (Aulu-Gelle, "Nuits attiques", XIII, 16).

(24) (23-79).

(25) Pline l'Ancien, "Histoire naturelle", VII, V, 40.

(26) Aulu-Gelle, "Nuits Attiques", livre III, chap. XVI, §.12.

(27) (86-161).

(28) (?-228).

(29) *D.*, 38, 16, De suis et leg., 3, 11, 12.

(30) R. Lalou, *op. cit.*, pp. 9-10 ; X. Labbée, "La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort", Presses Universitaires de Lille, 1990, p. 17.

(31) (?- 235).

(32) Paul, L.12, *D.*, De statu hominum, liv. 1, tit. V : "Septo mense...propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis".

(33) *D.*, III, § 11, de suis et legitimis haeredibus : "Post decem menses mortis natus, non admittetur ad legitimam haereditatem".

jours. L'exigence minimale des six mois accomplis devint celle des 179 jours pleins et le plafonnement des dix mois, celui des 300 jours pleins (34). En effet, dans la computation romaine des délais, on ne comptait ni le dies a quo, ni le dies ad quem (35). Ces dispositions furent reprises dans le Digeste (36).

Toutefois, elles n'étaient assorties que d'une présomption simple, qui pouvait être écartée par une preuve contraire. Aussi bien mentionne-t-on fréquemment des décisions judiciaires admettant des grossesses excédant 300 jours (37). Il s'agit de deux jugements antérieurs au rescrit d'Antonin, qui concernent des grossesses anormalement longues. Le premier est celui du prêteur L. Papirius, dont il a déjà été question (38). La seconde décision, celle de l'Empereur Hadrien (39) qui, inspiré par la vie honorable et la chasteté des mœurs d'une veuve, admit la légitimité d'une grossesse de onze mois (40). Mais ces deux exemples ne pourraient emporter la conviction que s'ils étaient postérieurs à la consécration légale de la règle.

Les partisans de la présomption irréfragable ont fait valoir un fragment d'Ulpien, figurant également au Digeste, qui paraît dire que la présomption est irréfragable pour l'enfant né plus de dix mois après la dissolution du mariage. Mais le passage est ambigu (41). En revanche, postérieurement à la rédaction du Digeste, une décision de Justinien admit la légitimité d'un enfant né pendant le onzième mois (42), ce qui allait replonger les juristes ultérieurs dans l'incertitude.

II - LES INCERTITUDES DE LA MÉDECINE ET DU DROIT A L'ÉPOQUE MÉDIÉVALE ET MODERNE

Dans l'histoire des sciences de la vie, il est classique de faire état de la réception de la médecine grecque par les Arabes aux IX^{ème}-X^{ème} siècles, puis, grâce à cette médiation orientale, de sa redécouverte par l'Occident aux XI^{ème}-XII^{ème} siècles. Si, dans ses grandes lignes, le mouvement n'est pas contestable, il manque d'exactitude pour la question qui nous occupe.

En effet, le droit musulman se sépara de la médecine grecque, en admettant que le fœtus puisse s'endormir et hiberner dans l'utérus, jusqu'à deux, voire cinq ans (43). Ce dernier délai, toujours admis par le rite Malékite, se retrouve notamment chez Avicenne (44), qui assignait à la grossesse une durée pouvant aller jusqu'à cinq ans (45).

(34) Ulpien, Commentaire sur Sabinus, De suis et legitimis heredibus L.3, §.2.

(35) Virgile, "Églogues", IV : "Matri longa decem tulerunt fastidia menses" ; Ovide, "Fastes" V : "Jamque decem menses et puer ortus erat" ; Justinien, Nov. ch. II : De muliere quae peperit undecimo mense.

(36) D., 38, 16, De suis et leg., 3, 11, 12 et 1, 5, De stat. hom., 12.

(37) P.F. Girard, *op. cit.*, pp. 178-179 ; R. Lalou, *op. cit.*, pp. 12-13 ; R. Villers, "Rome et le droit privé", *op. cit.*, p. 219 ; X. Labbée, "La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort", *op. cit.*, pp. 17-18.

(38) *supra* n. 25.

(39) (76-138).

(40) Le témoignage se trouve chez Aulu-Gelle : "...divum Hadrianum causa cognita decrevisse in undecimo quoque mense partum edi posse : idque ipsum ejus rei decretum nos legimus, in eo decreto Hadrianus id statuere se dicit requisitis veterum philosophorum et medicorum sententiis" ("*Nuits Attiques*").

(41) D., 38, 16, De suis et leg., 3, 11, 12.

(42) Nouvelle 39, cap. 2.

(43) G.H. Bousquet, M. Jahier, "L'enfant endormi", "Revue Algérienne...de Législation et de Jurisprudence", Alger, 1941 ; L. Milliot, F.P. Blanc, "Introduction à l'étude du droit musulman", Sirey, Paris, 1987, pp. 405-406. En 1950, G.H. Bousquet rapporte qu'en Kabylie on lui a parlé de coups de fusils tirés devant le ventre de la mère pour réveiller l'enfant ! (G.H. Bousquet, "Justice française et coutumes kabiles", Alger, 1950, p. 86, n. 1).

(44) (980-1037).

(45) A. Netter, H. Rozembaum, "Histoire de la contraception", R. Dacosta, Paris, 1985, p. 153.

Par ailleurs, malgré les traductions de l'arabe effectuées par Constantin l'Africain (46) et Gérard de Crémone (47), qui livra d'ailleurs à l'Occident le "Canon" d'Avicenne (48), ces théories ne furent pas reçues dans l'Europe chrétienne.

Les romanistes médiévaux reprirent les limites figurant au Digeste. Raban Maur (49) (50), et saint Pierre Damien (51) (52), avant la renaissance bolonaise, Azon (53) (54) et Hostiensis (55) (56), après celle-ci, ne font aucune allusion au onzième mois et c'est de quelques jours seulement que la glose consent à prolonger le délai extrême de dix mois "secundum quosdam physicos". Les post-glossateurs demeurèrent fidèles à cette computation, que ce soit Bartole (57) (58) ou Balde (59) (60). En ce qui concerne la valeur juridique de la présomption, si le droit savant du Moyen-Age alla plus loin que le droit romain, en refusant d'écouter la mère qui, fût-ce sous serment, affirmerait que son enfant était d'un autre que de son mari, il n'imaginait pas pour autant de conférer un caractère irréfragable à cette présomption (61).

C'est également vrai des auteurs coutumiers qui, plus restrictifs sur le fond, aboutirent généralement à une limite autour de neuf mois. Selon Beaumanoir (62) en 1283, "fame ne puet porter son enfant plus de XXXIX semaines et un jour" (63), soit 274 jours. En Grande-Bretagne, Britton parle de quarante semaines (64), soit 280 jours.

En ce qui concerne le délai, la jurisprudence paraît avoir opté pour la tendance opposée. Le Parlement de Paris admit en 1375 le délai de onze mois et Boutillier, qui nous a conservé cet arrêt, l'approuve (65). On connaît également des décisions judiciaires qui paraissent autrement plus laxistes. L'une d'elles admit même une grossesse de 23 mois, arguant d'influences astrales qui l'auraient prolongée (66).

La médecine moderne ne permit pas de trancher ces difficultés. Non seulement, elle se divisa sur la question des grossesses prolongées, mais encore ouvrit-elle la controverse sur les gestations précoces.

(46) (vers 1015-1087).

(47) (1114-1187).

(48) G. Duby, M. Perrot (sous la direction de), "Histoire des femmes en Occident", t. 2 : Le Moyen-Age, Plon, Paris, 1991, p. 57.

(49) (776-856).

(50) Raban Maur, "Comment. in libro Sapientiae", 1, II, c.2, éd. Migne, 109, col. 687 : "Quamvis non omnes ad decimum mensem pertingant, cum alii septimo, alii octavo, alii nono nascantur ; sed hunc partum qui in decimo mense gignitur perfectiorem magisque vitalem esse et salubrem asserunt (physici)..." Ainsi est-il naturel que Jésus soit né dans le dixième mois de sa conception, soit après 276 jours, ou neuf mois et six jours, c'est à dire en autant de fois six jours (6 fois 46) que l'édification du Temple avait demandé d'années (Saint Augustin, "De trinitate", IV, 5).

(51) (1007-1072).

(52) Pierre Damien, "Epist.", L.II, ep. 21.

(53) (1198-1230).

(54) Azon, "Summa" (vers 1230-1240), c. de secundis nuptis.

(55) (m.1271).

(56) Hostiensis, "Summa", eod. c. Adde.

(57) (1314-1357).

(58) Bartole sur la loi Gallus (D. 28, 2, 29 pr.).

(59) (vers 1320-1400).

(60) Balde sur la loi Si qua ex feminis, C. de secundis nuptiis (C.V.9.2).

(61) A. Lefebvre-Teillard, "Pater is est quem nuptiae demonstrant", op. cit., pp. 397-398.

(62) (1246?-1296).

(63) "Les Coutumes de Beauvaisis", éd. Salmon, Picard, Paris, 1899, n° 582.

(64) Britton, évêque de Hertford (m.1275) est l'auteur d'un coutumier anglo-normand, dont le chapitre 66 reproduit une ordonnance qui dispose que si une femme se déclare enceinte à la mort de son mari, "le vicomte la face mettre en nostre chastel ou ailleurs en sauvegarde et, si elle ne aie enfant dans les quarante semaines après la mort de son baron, si elle soit punie par prison et par fyn" (J. Roussier, "Opinions anciennes sur les grossesses prolongées", op. cit., p. 479, n. 14).

(65) Boutillier, "Somme rural", 95 ; Merlin De Douai, "Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence", 5ème édition, Remoissenet, Paris, 1830, t. IX, v° Légitimité, p. 628 ; R. Lalou, "Étude de la maxime Infans conceptus...en droit français", op. cit., p. 15.

(66) J.P. Lévy, "Cours d'histoire du droit privé (La Famille)", Les Cours de Droit, Paris, 1973, p. 71.

En ce qui concerne les premières, L. Joubert (67), une des sommités de l'époque, admit un délai de onze mois (68).

C'est d'ailleurs la durée que Rabelais, bachelier en médecine de la faculté de Montpellier, assignait à la grossesse de Gargamelle qui porta Gargantua "jusques à l'unziesme moys". Mais il n'est pas sûr qu'il faille prendre la chose très au sérieux car Rabelais précisait ironiquement : "...autant, voire davantage, peuvent les femmes ventrer porter, mesmement quand c'est quelque chef d'oeuvre et personnage que doibve en son temps faire grandes prouesses" (69). Et un peu plus loin, il se moque de l'admission des grossesses de onze mois par le droit de l'époque : "Moiennans lesquelles loys, les femmes vefves peuvent franchement jouer du serrecropière à tous enviz et toutes restes, deux moys après le trespas de leurs mariz. Je vous prie par grâce, vous aultres mes bons averlans, si d'icelles en trouvez que vaillent le desbraguetter, montez dessus et me les amenez. Car, si au troisiemes moys elles engroissent, leur fruit sera héritier du deffunct" (70).

En ce qui concerne les gestations rapides, le dr. Montanus admettait un délai de cinq mois (71). En 1748 encore, Brouzet rapportera un cas analogue en osant préciser que l'enfant prématuré "a vécu à la manière des foetus pendant les quatre premiers mois après sa naissance, c'est à dire sans crier, sans têter, sans faire aucune excrétion apparente et sans aucun autre mouvement que celui d'avalier quelques gouttes de lait tiède. Après ces quatre mois, ou neuf mois après sa conception, il est sorti tout à coup de cette espèce de léthargie, a crié, tété, remué ses membres, et a crû au point de devenir à seize mois plus fort que ne le sont ordinairement les enfants de cet âge" (72).

Le problème se compliqua après la découverte des spermatozoïdes en 1677. En effet, elle est à l'origine d'une nouvelle controverse sur la durée de vie de ces "animalcules" (Leeuwenhoek) dans l'organisme féminin. En 1700, Andry émit l'hypothèse qu'ils puissent féconder l'ovule trois mois après le rapport sexuel, ce qui pouvait rallonger d'autant la durée totale de la procréation (73). Il en résultait qu'une naissance posthume de douze mois n'était pas forcément illégitime.

La question restait pendante à la fin de l'Ancien Régime. Ainsi, en 1764, une polémique fameuse opposa deux maîtres éminents, A. Louis (74), secrétaire perpétuel de l'Académie de Chirurgie (75) et A. Petit, docteur-régent de la Faculté de Médecine de Paris (76). Selon la consultation du second, signée de vingt deux médecins ou chirurgiens en 1766, des grossesses de six à treize mois et demi étaient possibles (77).

..*.*

(67) (1529-1583).

(68) L. Joubert, *"Erreurs populaires et propos vulgaires touchant la médecine et le régime de santé"*, Bordeaux, 1579, t. III, chap. II.

(69) Rabelais, *"Gargantua"* (1534), chap. III.

(70) Ibid.

(71) J. Gelis, *"L'arbre et le fruit - La naissance dans l'Occident moderne (XVIème -XIXème siècles)"*, Fayard, 1984, p. 309.

(72) G. Mauquest De La Motte, *"Traité des accouchements"*, Paris, 1765, p. 302.

(73) P. Darmon, *op. cit.*, p. 61 ; A. Netter, H. Rozembaum, *op. cit.*, p. 109.

(74) (1723-1792).

(75) *"Mémoire contre la légitimité des grossesses tardives"*, 1764. Voir dans le même sens : M.P. Bouvart, *"Consultation contre la légitimité des grossesses prétendues tardives"*, s.l., 1764.

(76) A. Petit, Lebas, *"Question importante : peut-on déterminer un terme préfix pour l'accouchement ?"*, 1764. Voir également : A. Petit, *"Recueil de pièces relatives à la question des naissances tardives"*, 1766, 2 vol. ; Lebas, *"Nouvelles observations sur les naissances tardives"*, Paris, 1765.

(77) Merlin, *"Répertoire..."*, *op. cit.*, v° Légitimité, p. 600 et 626.

Dans ces conditions, il ne faut pas s'étonner des incertitudes de la jurisprudence des XVII^{ème}-XVIII^{ème} siècles. On y relève deux tendances, l'une restrictive, l'autre traditionnellement libérale.

S'agissant de la durée minimale de la grossesse, les tribunaux se situent entre deux thèses extrêmes.

A la plus rigoureuse, il faut rattacher un arrêt du Parlement de Grenoble de 1605, qui jugea qu'un enfant né dans le sixième mois après le mariage n'était pas légitime. Au XVIII^{ème} siècle, Merlin cite plusieurs décisions de ce type (78).

Mais, à l'inverse, il rapporte aussi un arrêt du Parlement de Provence du 4 mai 1779, qui admit la légitimité d'un enfant né seulement 172 jours après le mariage (79).

En ce qui concerne les longues gestations, le clivage est encore plus grand.

A la tendance libérale, il faut rattacher traditionnellement la jurisprudence du Parlement de Paris. Le 2 août 1649, la cour parisienne reconnut la légitimité d'un enfant né dix mois et neuf jours après l'absence du mari, et cela bien que la mère eût avoué son adultère (80). Au siècle suivant, Roussilhe cite encore un arrêt de cette juridiction, daté du 29 juillet 1758, par lequel un enfant né douze mois et six jours après la mort du mari, fut déclaré légitime (81). La palme revient toutefois à un arrêt du Parlement de Rouen, qui décida le 8 juillet 1695 qu'une grossesse pouvait durer quinze mois (82).

A la tendance restrictive, se rattache le plus grand juriste anglais du XVIII^{ème} siècle, Blackstone qui emprunta à Britton le vieux délai anglo-normand des quarante semaines (83).

Un compromis s'avérait nécessaire. C'est à l'époque contemporaine qu'il revint de le réaliser.

III - LE FRAGILE COMPROMIS DES XIX^{ÈME} -XX^{ÈME} SIÈCLES

Le droit intermédiaire hérita d'une situation confuse qu'il ne parvint pas à démêler.

L'observation est particulièrement évidente pour le second projet de Code civil, préparé par Cambacérès (84) et présenté à la Convention le 23 fructidor an II (9 septembre 1794). Dans le discours préliminaire, ouvrant son projet, celui-ci dut reconnaître qu'il s'était d'abord proposé "de décréter que l'enfant né avant le septième mois du mariage, ou dans le dixième après la dissolution, n'appartiendrait point au mari de la mère" (85). Mais, de son propre aveu, il avait ensuite opté pour la fourchette du 180^{ème} au 286^{ème} jour (86), qui fut encore élargie dans le texte définitif établissant un délai fixé du 150^{ème} au 286^{ème} jour (87). En effet, lors de la discussion article par article, qui débuta le 16 frimaire an III (6 décembre 1794), devant

(78) Merlin, "Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence", 5^{ème} édition, Remoissenet, Paris, 1830, t. IX, v^o Légitimité, pp. 595 sq.

(79) *ibid.*, p. 601 ; R. Lalou, "Étude de la maxime Infans conceptus...en droit français", *op. cit.*, p. 15 ; X. Labbée, "La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort", *op. cit.*, p. 18.

(80) Merlin De Douai, "Répertoire...", *op. cit.*, v^o Légitimité, p 628 ; R. Lalou, "Étude de la maxime Infans conceptus... en droit français", *op. cit.*, p. 15.

(81) Roussilhe, "Institutions au droit de la Légitime", n^o 40.

(82) Merlin De Douai, "Répertoire...", *op. cit.*, v^o Légitimité, p 629 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, "Des personnes", III, p. 320 ; R. Lalou, "Étude de la maxime Infans conceptus...en droit français", *op. cit.*, p. 15.

(83) "Commentaires sur les loix anglaises", t. 2, Bruxelles, 1774, p. 180.

(84) (1759-1824).

(85) Cambacérès, "Projet de Code civil", Paris, an V, p. 8.

(86) *ibid.*, pp. 9-10.

(87) Art. 110 : "L'enfant né avant le cent cinquantième jour du mariage, ou deux cent quatre-vingt-six jours après que le mariage est dissous, peut être désavoué par l'époux de sa mère".

l'assemblée, les débats les plus longs portèrent sur ce problème (88) et le projet initial, qui excluait la légitimité de l'enfant né dans le dixième mois de la dissolution du mariage, fut vivement critiqué. Brival proposa la limite de dix mois accomplis, Levasseur et Réal neuf mois et dix jours, Dubouchet neuf mois et quinze jours (89). La solution définitive des neuf mois et demi parut la transaction la plus raisonnable. Elle fut d'ailleurs reprise dans le troisième projet de Code civil (90), daté du 16 prairial an IV (4 juin 1796).

*_*_*_*

Lorsque les rédacteurs du Code Civil de 1804 voulurent statuer sur la question, ils consultèrent le plus célèbre obstétricien de l'époque, le docteur Fourcroy, qui répondit dans son rapport, que la gestation ne pouvait durer moins de 186 jours, ni plus de 286 jours (91). C'est pour éviter toute chance d'erreur que les rédacteurs du Code préférèrent retenir dans l'article 311 les délais romains plus larges de 180 et 300 jours (92).

Cette règle fut complétée par deux dispositions concernant les naissances hors-délais. En premier lieu, s'agissant de l'enfant né moins de 180 jours après la célébration du mariage, l'article 314 considère qu'il est légitime. Il naît légitime (93), bien qu'il soit évident qu'il ait été conçu illégitimement (94), ce qui explique que son statut puisse être remis en cause (95). En second lieu, concernant l'enfant né plus de 300 jours après la dissolution du mariage, l'article 315 dispose de façon vague que sa légitimité "pourra être contestée". C'est donc à la jurisprudence qu'il incombait d'en préciser les modalités (96).

*_*_*_*

Certes il s'agissait là d'un compromis fragile, qui de surcroît n'était pas entièrement satisfaisant. Mais la souplesse des solutions adoptées et les zones délibérément laissées dans l'ombre assurèrent finalement sa longévité. Tout au long

(88) J.L. Halperin, *"L'impossible Code civil"*, P.U.F., 1992, p. 210.

(89) *"Réimpression de l'Ancien Moniteur"*, Paris, 1847, t. XXII, p. 689.

(90) J.L. Halperin, *"L'impossible Code civil"*, op. cit., p. 236.

(91) J.G. Loche, *"Esprit du Code Napoléon"*, t. VI, 1808, p. 50.

(92) R. Lalou, op. cit., p. 16 ; X. Labbé, *"La condition juridique du corps humain..."*, op. cit., p. 18.

(93) Dans un premier temps, les tribunaux considérèrent les enfants nés dans les 179 premiers jours du mariage de leur mère comme légitimés par le mariage subséquent de leurs auteurs. Mais la jurisprudence estima finalement que ces enfants n'étaient pas légitimés, mais légitimes à proprement parler (Poitiers, 19 juillet 1875, Marsault, S.76. 2. 161, P.76.582, D. 76.2.28 ; M. Dalloz, *"Répertoire de Législation, de Doctrine et de Jurisprudence"*, t. XII, Paris, 1893, p. 495 ; A. Carpentier, G. Frerejouan Du Saint, *"Répertoire général alphabétique du droit français"*, t. XXX, Paris, Larose, 1902, p. 172.

(94) M. Dalloz, *"Répertoire"*, op. cit., t. XII, p. 495 ; A. Carpentier, G. Frerejouan Du Saint, *"Répertoire"*, op. cit., t. XXX, p. 172.

(95) En effet, le mari peut le désavouer. En d'autres termes sa légitimité est subordonnée au non-exercice de l'action en désaveu de paternité (Liège, 12 fructidor an XII ; A. Carpentier, G. Frerejouan Du Saint, *"Répertoire"*, op. cit., t. XXX, p. 176).

(96) Il a été jugé très tôt que l'enfant né plus de 300 jours après la dissolution du mariage devait être réputé illégitime sur la simple demande des héritiers (Grenoble, 12 avril 1809, Chapelet ; Aix, 8 janvier 1812, Frédy). En d'autres termes, il n'est pas réputé de droit illégitime (M. Dalloz, *"Répertoire"*, op. cit., t. XII, p. 496 ; A. Carpentier, G. Frerejouan Du Saint, *"Répertoire"*, op. cit., t. XXX, p. 179). D'ailleurs, en appréciant les circonstances d'espèce, les juges ont parfois admis la légitimité (Aix, 6 avril 1807), notamment lorsque l'enfant pouvait faire valoir dans ce sens des preuves irrésistibles (Limoges, 18 juin 1840, Champemard ; S.40.2.510 ; P.40.2.638). Après tout, "l'expérience indique...que, dans certains cas extraordinaires (sic), les naissances peuvent avoir lieu plus de 300 jours après la conception" (A. Carpentier, G. Frerejouan Du Saint, *"Répertoire"*, op. cit., t. XXX, p. 179). Ce n'est qu'à une époque plus récente (Cass. Civ., 9 juin 1959, pour un enfant né 306 jours après le décès du mari) que la présomption d'illégitimité tirée d'une contestation (en justice) fut tenue pour irréfragable (P. Mimin, *"La présomption d'illégitimité tirée de l'article 315 doit-elle demeurer irréfragable ?"*, D. 1959, pp. 261 sq).

du XIX^{ème} siècle, la jurisprudence appliqua les dispositions du Code, en n'apportant que de légères modifications.

S'agissant des enfants nés dans les 180 premiers jours du mariage, elle remit en cause leur légitimité s'il était établi qu'ils provenaient d'un commerce adultérin (97).

En ce qui concerne les enfants nés à compter du 300^{ème} jour, un court dépassement du délai maximum fut admis par une traduction des délais extrêmes de la grossesse "de momento ad momentum" (d'heure à heure) et non plus "de die ad diem" (de jour à jour). C'est ainsi que la Cour d'Appel d'Orléans le 3 juin 1869 accepta une naissance légitime après une gestation de 301 jours (98). Ce mode de calcul fut ensuite transposé pour le délai minimum (99).

Les autres droits européens adoptèrent des solutions assez comparables. Comme le code français, la plupart des codes étrangers reprirent ainsi les délais romains (100). Le B.G.B., le code civil allemand de 1896, s'est légèrement écarté de ces règles en prenant en compte la période qui s'étend du 181^{ème} au 302^{ème} jour (101). Depuis, ce plafond des 302 jours a été consacré par les nouveaux codes allemand (102) et helvétique (103). Le droit néerlandais a repoussé encore un peu la limite, jusqu'au 306^{ème} jour (104).

A partir de 1930, dans une série d'arrêts, la Cour de Cassation proclama la légitimité d'origine de l'enfant né avant le 180^{ème} jour du mariage (105), solution consacrée par la loi du 3 janvier 1972, qui puise son origine dans cette jurisprudence. Toutefois, à aucun moment la haute-instance ne remit en cause le délai maximum de la grossesse.

La présomption de légitimité s'attachant aux naissances intervenues dans les délais légaux fut même renforcée par sa transformation en présomption irréfragable par la Cour de Cassation en 1959 (106). Cette décision entraîna bien des critiques (107).

Bien au-delà de cet arrêt, la liste des reproches adressés au droit de la filiation à la veille de la réforme du 3 janvier 1972 était devenue impressionnante. Injustice, mensonge, incohérence figuraient parmi les principaux griefs. Pourtant en ce qui concerne le vieil article 311-1, la loi de 1972 n'entraîna aucun bouleversement. Elle étendit même son application à la filiation naturelle, comme à la filiation légitime.

(97) A. Carpentier, G. Frerejouban Du Saint, "Répertoire", *op. cit.*, t. XXX, p. 177.

(98) Rec. Sirey, 1869, 2. 194 ; R. Lalou, *op. cit.*, p. 18.

(99) C. César-Bru, E. Godefroy, J. Plassard, "Répertoire général alphabétique du droit français", Supplément t. X, Sirey, 1935, p. 692.

(100) Tel était le cas au début du siècle du code portugais (art. 101), du code néerlandais (art. 305), du code espagnol (art. 108), du code italien de 1866 (art. 160) et du code autrichien (art. 138) (R. Lalou, *op. cit.*, p. 22).

(101) "Est réputée époque de la conception la période qui s'étend du 181^{ème} au 302^{ème} jour avant celui de la naissance, y compris le 181^{ème} et le 302^{ème} jour avant celui de la naissance, cette période est réputée époque de la conception en faveur de la légitimité de l'enfant" (art. 1572 ; R. Lalou, *op. cit.*, p. 22).

(102) art. 1592 (J. Roussier, "La durée normale de la grossesse", *op. cit.*, p. 22).

(103) art. 252 (*ibid.*, p. 246).

(104) G. Nicolau, "L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation", Thèse Droit (Bordeaux III), 1988, P.U.B., Bordeaux, 1989, p. 43.

(105) Cass. Civ., 4 janvier 1935, D. 1935.1.5 ; S.1936.1.17 ; Ch. réunies, 8 mars 1939, S., 1941.1.17.

(106) Cass. Civ., 9 juin 1959, pour un enfant né 306 jours après le décès du mari (D. 1959, p. 557 ; J.C.P., 1959, II, 11158). Cette transformation était depuis longtemps en germe dans la jurisprudence de la Cour de Cassation, comme en témoigne l'arrêt Demoiselle Lhuillier c. Langrognet, concernant un enfant naturel, dont la paternité fut attribuée à l'homme qui avait eu des relations intimes avec la mère pendant la période légale de la conception. A cette occasion, la Cour avait décidé que "cette présomption légale s'impose aux juges" (Cass. Civ., 11 juillet 1923, D., 1923.1.130 ; S., 1924.1.113).

(107) V. par exemple : P. Mimin, "La présomption d'illégitimité tirée de l'article 315 doit-elle demeurer irréfragable ?", D. 1959, pp. 261 sq.

Toutefois, conformément à une tendance historique de longue durée (108), "pour faire triompher la vérité" (109), le législateur, tenant compte de l'avis des médecins (110) pour qui une grossesse peut durer un peu plus de 300 jours et un enfant peut venir au monde avant terme, vivant et viable (111), transforma la présomption attachée à ces délais légaux en une présomption simple (112). Désormais, même si l'enfant bénéficie d'une légitimité d'origine, éminemment appréciable, le mari a la possibilité de la remettre en cause en apportant, par tous moyens (113), la preuve qu'il ne peut être le père (114) et la mère peut également écarter la présomption de paternité (115). Inversement, si l'enfant né plus de 300 jours après la dissolution du mariage ou la disparition du mari ne bénéficie pas de la présomption de légitimité (116), celle-ci peut être rétablie lorsque les circonstances lui rendent de la crédibilité (117).

En d'autres termes et pour conclure, la loi de 1972 n'a pas fait table rase des vieux délais romains, qui ont su si bien conjuguer les impératifs de vérité et de stabilité, indispensables à l'institution familiale, et, si ces antiques règles se voient aujourd'hui bousculées, c'est moins par l'évolution du droit lui-même, que par les progrès de la génétique contemporaine. En effet, le développement de la recherche de paternité par comparaison des groupes sanguins (118) permet désormais d'éviter des

(108) M.J. Gebler, "Le droit français de la filiation et la vérité", L.G.D.J., 1970, p. 448.

(109) J. Foyer, "Rapport sur le projet de loi n° 1624 sur la filiation", p. 27.

(110) La Commission des lois -comme jadis les rédacteurs du Code Civil- a en effet consulté un médecin accoucheur, le Professeur Henrion, pour s'assurer que les délais légaux de gestation pouvaient être maintenus (M. Hecht, "Essai sur quelques aspects des rapports entre droit privé et biologie", Thèse Droit, Toulouse, 1980, p. 125 ; D. Huet-Weiller, "Le droit français", in "Droit de la filiation et progrès scientifique", sous la direction de C. Labrusse et G. Cornu, Economica, Paris, 1982, p. 15).

(111) J.O. Débats, Ass. nat., 1971-1972, p. 4298 sur l'absurdité d'une présomption irréfragable en matière de filiation.

(112) C. civ., art. 313, al. 3 ; D. Huet-Weiller, *op. cit.*, p. 16 ; X. Labbé, "La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort", *op. cit.*, p. 19 ; G. Nicolau, "L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation", *op. cit.*, p. 43. Ce choix du Parlement est remarquable car le projet de loi déposé par le Gouvernement prévoyait le maintien de la présomption irréfragable (P. Raynaud, "La loi du 3 janvier 1972 et la jurisprudence", Les Cours de Droit, Paris, 1976, p. 35).

(113) C'est là une innovation car jusqu'alors, du moins pour le désaveu de droit commun, la preuve de la non-paternité supposait celle de l'impossibilité physique de cohabiter pendant la période légale de la conception, la preuve par tous les moyens n'étant admissible que si le mari prouvait préalablement le recel de la naissance ou si l'enfant devait agir en réclamation d'état (C. civ., art. 325). A l'heure actuelle, le moyen le plus souvent utilisé est l'expertise sanguine, dont les recueils de jurisprudence font état depuis 1937 (J. Massip, "La preuve scientifique de la filiation et la pratique judiciaire", in "Droit de la filiation et progrès scientifique", *op. cit.*, p. 51) et que la Cour de Cassation a consacré dans les arrêts du 25 juillet 1949 (D., 1949, p. 585) et du 15 janvier 1960 (Bull. Cass., 1960 I p. 285). Dans la première décision, elle a jugé qu'une cour d'appel "ne pouvait rejeter une demande d'expertise sanguine au seul motif que la théorie de la preuve par comparaison des groupes sanguins est encore discutée scientifiquement et n'a qu'une valeur provisoire". Dans le deuxième arrêt, elle a décidé que le défendeur à une action en justice ne pouvait plus désormais refuser de se soumettre à une expertise sanguine.

(114) C. civ., art. 312, al. 2.

(115) C. civ., art. 313, al. 1, écartant la présomption de paternité "quand l'enfant, inscrit sans l'indication du mari, n'a de possession d'état qu'à l'égard de la mère".

C. civ., art. 318, offrant à la mère la possibilité d'intenter, dans certaines conditions, une action en contestation de paternité légitime. Cette disposition, très controversée au Parlement à l'époque (J.D., débats Ass. Nat., 1971, pp. 4305 sq.), est remarquable car, si elle peut s'appuyer sur de bonnes raisons de fait (P. Raynaud, "La loi du 3 janvier 1972 et la jurisprudence", *op. cit.*, p. 100), il demeure juridiquement singulier de permettre à la mère de se prévaloir de sa propre faute et de priver le mari de la paternité que lui attribue la loi (M.L. Rasset, "Propos critiques sur la loi du 3 janvier 1972", R.T.D.C., 1973, pp. 207 sq.).

(116) C. civ., art. 315.

(117) C. civ. art. 313-2, al. 1 : "La présomption de paternité retrouve, néanmoins, de plein droit, sa force si l'enfant, à l'égard des époux, a la possession d'état d'enfant légitime"

C. civ. art. 313-2, al. 2 : "Chacun des époux peut demander que les effets de la présomption de paternité soient rétablis, en justifiant que, dans la période légale de la conception, une réunion de fait a eu lieu entre eux, qui rend vraisemblable la paternité du mari" (P. Raynaud, "La loi du 3 janvier 1972 et la jurisprudence", *op. cit.*, pp. 39 sq.

(118) supra, n. 113 ; D. Salmon, "La preuve scientifique de la paternité. État de la science et déontologie", in "Droit de la filiation et progrès scientifiques", *op. cit.*, pp. 27 sq. ; G. Nicolau, "L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation", *op. cit.*, p. 53 et 58.

erremments scabreux, comme la vieille procédure du congrès (119), et de forger des preuves d'une incontestable fiabilité. Par ailleurs, les procédés les plus récents de fécondation artificielle (120), notamment l'I.A.C. (121) post-mortem (122), permettent dorénavant de reculer à peu près indéfiniment les antiques délais légaux, posant des contradictions à peu près insolubles en l'état actuel du droit (123), ce qui implique une refonte législative, que l'on peut certes appréhender, mais dont on ne pourra pas éternellement différer la nécessité. Il reste que "ceci est une autre histoire".

(119) En vigueur en France au XVI^{ème}-XVII^{ème} siècles, jusqu'à sa disparition en 1677, la procédure avait pour objet de prouver les capacités sexuelles et reproductrices d'un homme marié en l'obligeant à exécuter ses devoirs conjugaux en présence d'experts (cf. P. Darmon, *"Le tribunal de l'impuissance"*, Seuil, 1979, pp. 207 sq).

(120) L'insémination artificielle n'est pas une nouveauté en soi. On y a recouru très tôt chez les animaux. Ainsi, dans l'Arabie du XIV^{ème} siècle, le procédé était couramment utilisé comme instrument de vengeance : à l'insu de l'adversaire, les bonnes juments étaient inséminées avec un bouchon de paille imbibé du liquide séminal d'un mauvais étalon. S'agissant des êtres humains, la première tentative médicalement assistée remonterait à 1790 (S. Briand, *"Les problèmes posés par le don de sperme dans l'insémination artificielle hétérologue"*, Thèse Médecine, Université de Rennes I, 1981, p. 13 ; F. Terré, *"L'enfant de l'esclave. Génétique et droit"*, Flammarion, 1987, p. 51). Mais les expériences se multiplièrent surtout à partir de 1861 (C. Sainte-Cluque, *"Bilan du C.E.C.O.S. Aquitaine depuis sa création jusqu'au 31-12-81"*, Thèse Médecine, Bordeaux, 1982). C'est d'ailleurs à peu près à cette époque (1866) que remonte la découverte de la survie des spermatozoïdes à -15^{ème} et l'idée de les congeler pour en assurer la conservation (M. Jondet, *"Conservation du sperme humain dans l'azote liquide"*, Thèse Médecine, Rennes I, 1974). Toutefois, ces innovations suscitèrent de si vives réactions que le mouvement dut marquer un coup d'arrêt. En France, la première décision de justice, intervenue en matière d'insémination artificielle, date de 1883 et l'hostilité qu'elle traduit découragea les médecins de pratiquer de tels procédés : "il importe à la dignité du mariage, dit le jugement, que de semblables procédés ne soient pas transposés du domaine de la science à celui de la pratique" (Trib. Civil Bordeaux, 27 août 1883 ; S. Briand, *"Les problèmes posés par le don de sperme dans l'insémination artificielle hétérologue"*, *op. cit.*, p. 13 ; F. Terré, *"L'enfant de l'esclave. Génétique et droit"*, *op. cit.*, pp. 75-76 ; G. Nicolau, *"L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation"*, *op. cit.*, p. 202). En 1897, le Saint Office déclara la fécondation artificielle illicite (B. Viala et alii, *"L'insémination artificielle avec donneur par sperme congelé"*, *"Gynécologie"*, XXVII, n^o 6, 1976, p. 549).

Aussi bien, faut-il attendre l'entre-deux-guerres mondiales pour voir l'insémination artificielle vaincre ces obstacles et marquer de nouveaux progrès. Cependant, ce n'est qu'en 1954 que réussit la première insémination avec du sperme congelé (*ibid.*, p. 147) et trente années de plus furent nécessaires pour obtenir les premières naissances par décongélation et implantation d'embryons humains (*ibid.*, p. 243 à 245).

Le procédé techniquement le plus révolutionnaire demeure toutefois la fécondation in vitro, qui suppose des manipulations, non seulement impossibles, mais surtout inconcevables des siècles passés. La première fécondation en éprouvette a été obtenue en 1969, la première naissance, en 1978 (*ibid.*, p. 275 à 277).

(121) "Insémination Artificielle avec sperme du Conjoint". A cette insémination dite "homologue", il faut ajouter l'insémination "hétérologue" d'un donneur extérieur au couple, qui pose des problèmes encore plus aigus (S. Briand, *"Les problèmes posés par le don de sperme dans l'insémination artificielle hétérologue"*, *op. cit.*, p. 2).

(122) X. Labbé, *"L'insémination artificielle pratiquée après la mort du donneur"*, Gazette du Palais, septembre 1984, pp. 2 sq.

(123) Certes si la paternité d'un enfant né plus de trois cent jours après la dissolution du mariage peut encore être judiciairement admise, au bénéfice d'un "enfant de la science", le vieil article 725 du Code civil dispose tout de même que, "pour succéder, il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession". Il est certain que la règle pourrait être assouplie, comme l'était d'ailleurs en droit romain celle de l'exclusion des "personae incertae" du bénéfice de la succession, dans l'intérêt des héritiers posthumes (R. Villers, *op. cit.*, p. 468), quitte pour cela à dissocier la mort juridique de la mort biologique. Mais dans l'éventualité d'un long intervalle, peut-on imaginer sérieusement de rouvrir une succession déjà liquidée ?

Dans un tout autre ordre d'idées, il est inadmissible qu'un époux ayant consenti à une insémination artificielle puisse ensuite désavouer sa paternité, comme il le peut aujourd'hui (G. Nicolau, *op. cit.*, p. 508).

L'ÉTENDUE DE L'AUTONOMIE COMMUNALE DANS LES STATUTS MÉDIÉVAUX DE BONIFACIO (XII^e - XIV^e SIÈCLE) (1)

Par

Édouard RICHARD
Docteur en Droit -

A.T.E.R. à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille

Objet de la conquête (259 av. J. C.) et de la domination romaine jusqu'au Ve siècle, puis des présences byzantine, papale et franque, la Corse fut abandonnée aux razzias sarrasines (Xe et début du XI^e siècle). L'île devint le champ de la lutte opposant Pise et Gênes, deux cités rivales dont l'alliance éphémère avait pourtant permis l'éviction de ces derniers envahisseurs (2). Seule pourtant, la première de ces deux cités obtint la domination exclusive de l'île jusqu'à la fin du XII^e siècle, période au terme de laquelle la seconde, par un habile coup de main, parvint à s'emparer de Bonifacio qui resta ainsi longtemps la seule place génoise de l'île (3)

La domination de la Corse constitua la motivation de décennies de guerres larvées entre pisans et génois, guerres qui se soldèrent par la victoire de la République ligure à Méloria (1284) contraignant Pise (la République de Saint Sixte) à signer une trêve (1288), prélude à l'effacement de sa puissance en Méditerranée (4). Cet événement contribua à la domination définitive de Gênes sur la Corse en 1358, non sans que les conquérants aient eu fort à faire avec la résistance des seigneurs locaux (5). De ce fait Gênes laissa subsister une emprise seigneuriale ponctuelle,

(1) Les statuts médiévaux de Bonifacio (1195, 1321 et 1388 pour la période relative à cette étude, plus quelques pièces annexées aux statuts, 1619 pour les temps modernes) furent publiés par les soins du chanoine Letteron dans le *Bulletin de la Société des Sciences Historiques et Naturelles de la Corse* (n° 29 sq.) au cours des années 1880-1885.

(2) Paul Arrighi, *Histoire de la Corse*, Privat, Paris, 1971, p. 97, 120, 149-150. Teofilo Ossian de Nagri, *Storia di Genova*, Aldo Martello, Milano, 1968, p. 213 souligne le rôle décisif d'Aldebert II, marquis de Ligurie, contre Mugahid, chef des Sarrasins.

(3) La ville de Calvi ne tombe entre les mains génoises qu'en 1264

(4) Bragadin, *Histoire des Républiques maritimes italiennes*, Payot, Paris, 1955, pp. 104-106.

(5) Antoine-Marie Graziani, in *Histoire d'Ajaccio* (sous la direction de F. Pomponi), La Marge, Ajaccio, 1992, p. 35 : "La défaite de la résistance collective incarnée dans la deuxième moitié du XIII^e siècle par des seigneurs comme Giudice di Cinarca nous paraît être une rupture plus décisive pour l'île que la Meloria elle-même."

source d'un droit partiellement autonome et original, comme par exemple dans le Cap Corse (6). Mais, l'impératif militaire exigeant une sécurité absolue en certains lieux clefs, les génois furent contraints à une "colonisation" (7) avant la lettre dans les places stratégiques telles que Calvi ou surtout Bonifacio. La maîtrise de cette dernière cité, bâtie à l'extrémité d'une longue presqu'île, entièrement tournée vers la mer, constituait un atout majeur dans les permanentes joutes maritimes auxquelles étaient astreints des génois sujets à des rivalités commerciales et militaires avec les autres puissances méditerranéennes. Les communes génoises de Corse au moyen-âge n'ont pas été, contrairement à leur puissance de tutelle italienne, un champ permanent d'expérience politique. Au contraire, la domination ligure se traduit par une stabilité remarquable de leurs structures politico-administratives, qui furent insensibles aux soubresauts politiques de la métropole (8), aux ruptures brutales entraînant des changements de "régime".

Des travaux effectués sur des registres notariaux du moyen-âge et de l'époque moderne ont permis d'établir avec précision les règles de droit civil et commercial appliquées aux personnes dans la Corse devenue génoise (9) et dans leurs relations avec la métropole ; d'autres études encore ont traité des relations internes à la société corse du bas moyen-âge (10). Mais, aucune d'entre elles n'a aujourd'hui véritablement abordé l'examen des franchises économiques, juridiques et politiques découlant des statuts médiévaux des colonies génoises de Corse. Octroyées et/ou fruits de conventions négociées avec la métropole ligure, ces franchises sont déterminantes de la teneur du particularisme de ces cités. Au regard de ces considérations, l'intérêt d'une étude sur Bonifacio se justifie par la possession des statuts médiévaux de 1195, 1321 et 1388, ainsi que des actes annexés aux statuts (11), alors que l'on ne possède rien sur les autres communes corses placées sous domination génoise dès le moyen-âge (Calvi, Bastia, Ajaccio) (12). D'autre part, il apparaissait intéressant de comparer l'attitude de deux autorités de tutelle a priori bien distinctes à l'époque, à

(6) Antoine Leca, *L'esprit du droit corse d'après le plus ancien code insulaire : les statuts de San Colombano de 1348*, Ajaccio, La Marge, 1990, p. 26 : [...] la république ligure laissait aux seigneurs qui lui avaient prêté hommage une assez large liberté dans l'adoption de statuts ou même l'approbation de statuts déjà établis".

(7) On peut sans hésiter utiliser le terme de colonie en raison, notamment, de l'existence de monopoles commerciaux liant Bonifacio à Gênes. M. Pierre Toubert parle précisément de phénomène "colonial" en Corse et en Sardaigne, "*Histoire de l'Italie médiévale*", in *L'histoire médiévale en France, bilans et perspectives*, Seuil, Paris, 1991, p. 402. Le terme est également utilisé par F. Pomponi, in *Histoire d'Ajaccio*, op. cit., p. 61.

(8) Y. Renouard et P. Braunstein, *Les villes d'Italie de la fin du Xe siècle au début du XIVe siècle*, SEDES, Paris, 1969, t. 1, pp. 233-258 et t. 2, pp. 495-499 : la vie politique génoise fut marquée, jusqu'au XIVe siècle, par un défilé de régimes politiques différents, mais se succédant les uns aux autres de manière récurrente, consulat (avant 1191), alternance consulat/podestatie (1191-1216), podestatie (1217-1256 et 1299-1306), double podestatie (1262-1270), régime des capitaines du peuple (1256-1262, 1285-1299 et 1335-1339), dyarchie (1270-1285 et 1306-1309 et 1317), régime des gouverneurs (1309-1311 et 1312-1317), vicariat angevin (1317-1335), pour se terminer avec la révolution de 1339 au terme de laquelle Simon Boccanegra se fait acclamer seigneur et doge à vie (ibid., p. 498).

(9) Voir notamment la thèse de M. Cancellieri, *Gênes en Corse et en Sardaigne au XIIe siècle*, thèse de doctorat 3e cycle, 3 tomes, Aix-en-Provence, 1980.

(10) Par exemple : Antoine Leca, *L'esprit du droit corse*, La Marge, Ajaccio, 1990. Du même auteur : "*Le jus sanguinis dans le droit familial : l'exemple des statuts corses au moyen-âge (1195-1484)*", in *Études offertes à Pierre Jaubert*, Presses Universitaires de Bordeaux, Talence, 1992, pp. 453-469 ; "*La protection des droits de la communauté familiale dans les statuts corses au Moyen-Âge (1195-1484)*", *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, à paraître en 1994.

(11) Même si l'on possède les statuts municipaux de Bonifacio du XVIIe siècle (1625), la motivation de leur étude est relativisée par le manque d'intérêt réel que susciteraient des comparaisons avec les institutions municipales françaises dont l'autonomie s'était amoindrie sous la pression de la tutelle royale.

(12) En effet, les statuts des villes de Calvi (1454) et de Bastia (1484) sont les plus anciens statuts de ces communes génoises de Corse connus à ce jour et n'intéressent donc que peu la période du moyen-âge. En outre, l'implantation génoise à Ajaccio, qui date de la fin du XIIIe siècle, se traduit par la seule construction d'un château et le maintien d'une autorité purement nominale ; enfin on ne possède aucun document relatif à la ville à cette période, cf. A. M. Graziani, op. cit., p. 36.

savoir la commune de Gênes d'une part, les seigneuries foncières du continent d'autre part. Certes leur nature différait considérablement, mais leur politique à l'égard de leurs dépendances urbaines méritait d'être étudiée, ne serait-ce que parce qu'elle relevait, dans les deux cas, d'un pouvoir de type seigneurial. Les communes ou les consulats pouvaient bénéficier de l'octroi d'un degré d'autonomie souvent appréciable (13), alors que les communes de prévôté voyaient leur dépendance plus marquée, en raison notamment du rôle actif de l'agent seigneurial. L'institution par Gênes d'un podestat à la tête de ses colonies (14), disposant apparemment de larges prérogatives, ne doit pourtant pas mener à un rapprochement trop hâtif avec le dernier type d'institution municipale que l'on vient d'évoquer.

Certes, et en outre, le développement du droit statutaire des municipalités italiennes de Corse et de Sardaigne fut limité en raison même de leur sujétion à la "centralisation" (15) pisane, puis gênoise. Mais, cet a priori est en réalité dépassé par la marge de manœuvre considérable dont disposent les bonifaciens, tant sur le plan de leurs libertés politiques, que sur le plan des libertés privées individuelles. En cela, la teneur des libertés octroyées rend les citoyens de Bonifacio tout à fait comparables à leurs homologues continentaux, sans que la nature de l'autorité gênoise influe de manière tangible dans le sens d'une sévérité ou d'une trop grande latitude.

IÈRE PARTIE - LES LIBERTÉS POLITIQUES

Deux idées de la notion de représentation, issues de la maxime *Quod omnes tangit, ab omnibus tractari et approbari debet* (16), sont présentes en Occident au moyen-âge. Sous un premier angle, le terme de représentation relève d'une acception traditionnelle qui affirme que le corps est représenté tout entier par sa tête (17). Mais il est un second aspect, qui suppose le concept de délégation et de mandat, et fait, en principe, jouer la *plena potestas* dont les délégués sont porteurs au non de leurs commettants (18). C'est en ce dernier sens que les assemblées urbaines italiennes invoquèrent la maxime dès la première moitié du XIII^e siècle, l'incluant par là dans le droit public de leur Cité (19). Mais, dans le cas bonifacien, juger de la réalité de l'application de *Quod omnes...* demande de tenir compte de deux facteurs. D'une part en effet Bonifacio est une création gênoise et, à ce titre, est sujette à un lien de

(13) Les communes jurées possèdent, on le sait, un maire et des échevins dotés de larges prérogatives administratives, financières, économiques..., il en va de même pour les consulats du sud de la France où ce pouvoir est, en revanche, exercé collégalement par les consuls.

(14) Voir l'étude de M. E. Gasparini sur *Le podestat dans les statuts municipaux corses du moyen-âge (XII^e-XV^e siècles)*, R. R. J., 1993-1.

(15) Sergio Mochi Onory, *Storia del diritto italiano*, La Goliardica, 1951-1952, p. 255.

(16) Cette formule dérive d'un fragment du code Justinien : "*ut quod similiter tangit, ab omnibus comprobetur*" (V. 59. 5), lequel n'était qu'une "simple technique du droit privé concernant les tuteurs multiples", n'ayant aucune portée constitutionnelle et ne s'appliquant pas aux corporations (cf. Brian Tierney, *Religion et droit dans le développement de la pensée constitutionnelle*, P. U. F. (Léviathan), Paris, 1993, p. 39). La portée de ce fragement a été étendue et la récupération de "*Quod omnes...*", procède ainsi d'un déplacement du champ d'application de la maxime qui, à l'origine, ne constituait qu'un principe de droit privé dans l'orbite du droit public, cf. P. Leicht, *Storia del diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 1956, p. 195.

(17) Y.-M.-J. Congar, "*Quod omnes tangit, ab omnibus tractari et approbari debet*", R. H. D., 1958, n° 2 (avril-juin), p. 248 : "Cette idée, dont il serait facile d'indiquer les racines bibliques [...] On la trouve chez les théologiens du XIII^e siècle ainsi que chez les canonistes qui disent par exemple, que l'*Ecclesia Romana* ou le pape représentent toute l'Eglise".

(18) *Ibid.*, p. 249. Il n'y a plus représentation "dans le chef" mais "par des délégués." (*ibid.*)

(19) Sur la *plena potestas* et la *plena auctoritas* voir Brian Tierney, *op. cit.*, pp. 38-39. "L'idée canonique de représentation "avec plein pouvoir", d'abord formulée comme un principe de droit privé pour définir le rôle d'un fondé de pouvoir agissant au nom d'une corporation dans une démarche légale, acquit une portée constitutionnelle lorsqu'elle fut utilisée pour définir les pouvoirs de membres élus à des assemblées représentatives" (*ibid.*, p. 39). Albert Rigaudière, *Gouverner la ville au moyen-âge*, Anthropos Economica, Paris, 1993, p. 127.

dépendance à l'égard de la cité mère. D'autre part, on observe que l'assemblée générale des habitants, dont le rôle est pour le moins très diffus dans les statuts, s'efface dans la quasi-totalité des cas au profit du pouvoir de décision des deux organes pluraux que sont le *Conseil* et les *Anciens*. L'étude du champ d'application de *Quod omnes...* est sujette à un examen sous un double angle. Il s'agit en effet d'évaluer d'une part la réalité de la représentation juridique de la commune dans ses organes délibérants, d'autre part de prendre la juste mesure de l'autonomie communale au regard des prérogatives dont sont susceptibles de disposer lesdits organes. Cela revient alors à évaluer dans le temps et dans l'espace, d'une part la représentativité des organes collégiaux à travers l'étude de leur mode de nomination, d'autre part l'étendue de leurs prérogatives.

LA NOMINATION DES ORGANES DE CONSEIL

Une clarté très inégale des statuts préside à l'examen du mode de nomination tant du Conseil des Anciens que du Conseil de la Commune qui coopère avec lui dans l'administration de Bonifacio.

Les Anciens

Si aucune mention des Anciens n'est notable dans les premiers statuts de Bonifacio de 1195, ce qui est compréhensible puisque Gênes n'en possédait pas à cette époque (20), on en retrouve en revanche la trace en 1321 au sein des conventions (21) (portant statuts) passées entre Brancaleone Doria, syndic et procureur de la ville de Gênes, et les habitants de Bonifacio (22). La subite mention de la présence de cet organe dans les statuts bonifaciens ne doit pas occulter son existence probable, de même que celle du Conseil (23), antérieurement à cette date, les statuts de 1321 ne venant finalement que "cristalliser" la pratique antérieure. L'existence même et les fonctions de cet organe collégial, dès la fin du XIII^e siècle, sont déterminantes de la manifestation du concept d'*universitas* (24), réintroduit et étendu par les canonistes médiévaux (25), ce qui donne en l'occurrence à la commune la personnalité juridique. Mais, en raison du silence des statuts sur des points essentiels et également déterminants de l'existence de cette *universitas* à Bonifacio, on doit se

(20) A la fin du XII^e siècle, Gênes vit une alternance entre consulat (six consuls) et podestatie (un *consilium regimine* se réunissant chaque année pour décider du régime politique de l'année suivante). En outre le consulat suppose l'existence d'un *prior consulum*, ce qui traduit la volonté de concentration des pouvoirs pour mettre fin aux sempiternelles conspirations politiques des factions, Y. Renouard et P. Braunstein, op. cit., p. 243).

(21) Les statuts de Bonifacio de 1321 sont composés de deux conventions (de respectivement douze et treize articles chacune) des 11 février et 21 mars 1321 (de la date de l'approbation par l'assemblée générale des habitants) suite aux "demandes faites au procureur de Gênes par la commune de Bonifacio."

(22) On les retrouve sous la dénomination d'"*anciani*" dans les statuts de Bonifacio de 1321 (cap. IV) ou d'"*Antianis*" dans ceux de 1388 (cap. XXI) ou, dans les statuts bastiais, d'"*Anziani*" à compter d'un décret du gouverneur, annexé aux statuts de la commune, et relatif au conditions d'élection du podestat, des anciens et du conseil de la ville de Bastia (12 mai 1590).

(23) Giovanna Petti-Balbi, "Bonifacio all'inizio del trecento", in *Studi Genuensi*, n°9, 1972, p. 9.

(24) Cf. Jean-Louis Mestre, *Introduction historique au droit administratif français*, P. U. F., Paris, 1985, p. 105 sq. : Ce concept était utilisé par les juristes romains pour distinguer les individus des groupes qu'ils constituaient, et ils avaient dégagé l'idée selon laquelle les *universitates* avaient "une personnalité juridique propre, à l'instar des citoyens" (ibid., p. 105) cf. D. 46. 1. 22 et D. 50. 16. 16.

(25) Ibid. : "[...] Innocent IV, comme à la même époque la canoniste Hostiensis, dépassent l'analyse des dispositions d'ordre processuel [du droit romain] pour montrer qu'il est de l'essence de l'*universitas* de former "un groupe juridiquement constitué, possédant l'autorisation expresse ou tacite du supérieur compétent" (cf. P. Michaud-Quantin, *Universitas. Expressions du mouvement communautaire dans le moyen-âge latin*, Vrin, Paris, 1970, p. 41).

contenter de ce seul indice tangible de la réalité d'une *universitas* "locale" (26). L'instauration d'un organe "représentatif" manifeste certes un calque de la re-création et de l'évolution d'organes similaires au sein de la métropole (27), mais s'apparente aussi aux institutions en vigueur dans les colonies génoises de Sardaigne (28), en Italie (29) ou dans la France méridionale (30). On peut sans hésiter apparenter aux Anciens bonifaciens, quoique leur dénomination diffère, les trois consuls calvais (31) et les quatre officiers bastiais (32) dont on trouve trace dans les statuts de leurs villes respectives dès le XIVE siècle.

Les statuts bonifaciens de 1321 et ceux 1388 parlent de l'élection trimestrielle d'Anciens au scrutin (33), mais sans que le libellé de l'article les concernant définisse avec précision le corps électoral source de leur mandat. Il faut attendre la fin du XIVE siècle pour que ce corps soit identifié au Grand Conseil de la commune (34), sans toutefois que le mode de nomination soit le moins du monde évoqué, contrairement, par exemple, aux statuts calvais ou bastiais (35). C'est également à cette époque que le nombre des Anciens est enfin mentionné comme étant fixé à quatre (36). On ne discerne en outre aucune condition d'éligibilité précise

(26) *Ibid.*, p. 18-10. Ainsi les modalités d'expression de la volonté relèvent-elles de l'*universitas*, que l'organe soit identifiable à une assemblée générale des bourgeois ou habitants ou à un conseil.

(27) Y. Renouard et P. Braunstein, *op. cit.*, précisent que l'on trouve une dualité de Conseils dans la podestatie génoise dès 1217 avec un haut conseil de huit nobles exerçant l'administration financière et un autre conseil plus large titulaire des pouvoirs législatif et délibératif (pp. 243-244) Un conseil des Anciens est expressément mentionné dès 1256 dès l'avènement de Guglielmo Boccanegra (p. 248).

(28) Il en va de même dans la colonie génoise de Sassari, en Sardaigne, où l'on retrouve une dualité similaire (cf. Francesco Artizzu, "*Le strutture politico-amministrative del Comune di Sassari attraverso la lettura degli Statuti*", in *Gli Statuti Sassaresi, economia, società, istituzioni a Sassari nel medioevo e nell'età moderna*, Cagliari, E.D.E.S., 1986, p. 173) : Les habitants participent à la vie politique par l'intermédiaire de deux Conseils : le Conseil Majeur composé de cent *juratos* élus à vie (puis cooptés) et le Conseil Mineur (indiqué comme "Anciens"), qui joue plus ou moins le rôle de conseil exécutif du conseil majeur et qui comporte seize membres, représentant par groupe de quatre chacun des quartiers de la ville, et dont le renouvellement est bimestriel.

(29) *Ibid.*, p. 183 : Ainsi chez les pisans où le podestat est entouré de 1218 à 1254 d'un "petit conseil" et d'un "grand conseil" représentant plusieurs corps et communauté professionnelles et différents quartiers de la ville) ; Dès 1255 à Bologne, où les Anciens (douze puis seize personnes) sont élus par le "consiglio di popolo", cf. P. S. Leicht, *Storia del diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 1950, p. 249 ; à Florence, où le capitaine du peuple est assisté de douze Anciens (*ibid.*). D'une manière plus générale, l'Italie médiévale est marquée par l'existence, aux côtés de l'assemblée générale, d'un "consiglio di credenza", composé d'"*hominis credentes*", c'est à dire composé d'hommes dignes de foi et appartenant à la catégorie la plus élevée de la population (*ibid.*, p. 235).

(30) V. L. Bourrily, *op. cit.*, p. 89 : Il en va de même à Marseille où les organes de conseil comprennent le "Conseil général" et le "Conseil secret" (ou "étroit"), qui collaborent tous deux avec le podestat local (toujours un italien) à la gestion des affaires de la commune.

(31) Statuts de Calvi, 1454, cap. I.

(32) Statuts de Bastia, 1484, cap. II, § 4.

(33) Statuts de Bonifacio, 1321, cap. IV : "*Item quod anciani communis bonifacij de tribus in tribus mensibus [...] debeant eligi* ; 1388, cap. XXI : "[...] *de tribus mensibus in tres menses [...]*" A Calvi, la durée du mandat est équivalente, cf. Statuts de Calvi, 1454, cap. I) : "[...] *sint electi consules pro mensibus tribus, postea de tribus in tres menses fiat huiusmodi consulum electio [...]*" Par contre, l'annualité gouverne la durée du mandat des "*principali*" (statuts de Bastia, 1484, cap. II, § 5 : "[...] *per un anno continuo [...]*"), officiers formant conseil auprès du podestat (*ibid.*).

(34) Statuts de Bonifacio de 1388, cap. XXI : "[...] *Antiani debeant esse [...] eligi per consilium magnus [...]*".

(35) A Calvi (statuts de Calvi, 1454, cap. I) le mode de nomination est partiellement aléatoire dans la mesure où le podestat tire au sort les billets portant le nom des consuls après qu'une pré-désignation eut été faite par les bourgeois de la commune sélectionnés par lui (*ibid.* : "[...] *inde extrahantur tres cedule et illi quorum nomina in illis reperientur scripta [...]*" Le choix s'effectue en effet au terme d'une double pré-désignation : dans un premier temps le podestat sélectionne cinquante bourgeois qui à leur tour désignent quarante d'entre eux. C'est à partir de ces noms choisis que le podestat tirera au sort les magistratures de la ville, notamment les trois consuls, mais également les neuf conseillers et le syndic. A Bastia, la nomination des "*principali*", relève du choix de leurs prédécesseurs (statuts de Bastia, 1484, cap. II, § 6) : "[...] *han eletto e nominato, eleggono e nominano per loro consiglieri* [suivent les noms] *quali saranno eletti per l'avvenire.*"

(36) Statuts de Bonifacio, 1388, cap. XXI : "[...] *Antiani castri Bonifacii debeant esse quatuor [...]*".

dans aucun des statuts bonifaciens (37), si ce n'est l'interdiction relative d'exercer un mandat plus d'une fois avec le même podestat (38), ce qui recoupe toujours le souci d'éviter la formation ou la pression de factions avides d'accaparer le pouvoir politique et qui favorise une certaine "alternance".

Rien n'est précisé sur la fréquence des réunions des Anciens pas plus que sur celle de la convocation du Conseil de la commune. On peut supposer que le caractère bihebdomadaire qui préside aux réunions auprès du podestat en matière de justice³⁹ gouverne également la fréquence des convocations ayant un objet administratif et/ou politique.

Le Conseil ou Grand Conseil

A l'instar de certaines formes d'organisation municipales méridionales⁽⁴⁰⁾, on observe, à Bonifacio, un Conseil ou "Grand Conseil" (la dénomination est variable dans les statuts), doublant les Anciens, et participant avec eux à l'administration de la commune (41).

Mais, les statuts bonifaciens sont nettement avares de détails en ce qui concerne la nomination de ce type d'institutions. Il est prévu, dès 1321, une élection de cinquante conseillers (42), mais leur existence a très certainement précédé dans la pratique leur mention dans les statuts (43). Ces conseillers sont recrutés dans les familles bonifaciennes les plus influentes (44). Si la convention de 1321 se borne à préciser que les conseillers doivent être élus en présence du podestat et des Anciens (45), en revanche, les statuts de 1388 viennent explicitement accorder à ces deux dernières institutions le choix des dits conseillers⁽⁴⁶⁾. Le mandat est d'une durée d'un an (47), périodicité dont le choix relève très certainement de la même motivation

(37) Il faut en effet attendre les Temps Modernes et les statuts de 1619 pour trouver, outre la limite décrite dans la note ci-après, un âge d'éligibilité fixé à 25 ans (cf. Statuts de Bonifacio, 1619, cap. VII, § 2 : "[...] *Non si elega alcun minor di venticinque, ne meno chi fosse uscito di tal magistrato, non essendo ancora passato un' anno.*")

(38) Statuts de Bonifacio, 1388, cap. XXI. L'interdiction est absolue si le mandat du podestat n'excède pas sa durée normale d'un an, mais elle est relative dans la mesure où elle cesse de jouer au cas où ledit mandat dépasserait cette durée : "*Et non possim aliquis esse Antianus Bonifacii nisi semel tantum cum uno potestate, nisi steterit ultra unum annum ipse potestas in dicto potestatie officio.*" A Calvi (statuts de 1454, cap. I), il est établi que l'on ne pourra exercer la magistrature consulaire plus d'une fois tous les deux ans.

(39) Statuts de Bonifacio, 1388, cap. XXIV ; voir également infra note 82.

(40) Sur lesquelles on ne dispose que peu de choses puisqu'il y a un quasi "vide de documentation", cf. Albert Rigaudière, *Saint Flour, ville d'Auvergne au bas moyen-âge*, P. U. F., 1982, p. 128.

(41) La dualité se retrouve bien évidemment à Gênes et en Italie (cf. supra), dans des colonies génoises telle la ville de Pera sur la Mer Noire (où l'on observe l'existence de deux conseils de six et vingt-quatre membres, cf. Vito Piervigovanni, *Lezioni di storia giuridica genovese, il medioevo*, E. C. I. G., Genova, 1984, p. 83), mais aussi, par exemple, à Marseille : ainsi dans la podestatie marseillaise où le "Conseil général" assiste le premier magistrat aux côtés d'un "Conseil secret", cf. V. L. Bourrily, op. cit., p. 89. Étant précisé que la composition du Conseil général de 183 membres (ibid., p. 205) est mixte, c'est à dire formée de conseillers ordinaires (83 personnes) et des chefs de métiers (100 représentants), dernier rajout qui, souligne V. L. Bourrily, est propre à Marseille (ibid.).

(42) Statuts de Bonifacio, 1321, cap. V et statuts de 1388, cap. XXI (ils ne seront plus que vingt-cinq aux XVII^e siècle, cf. statuts de 1625, cap. VII).

(43) Les conseillers, dont la présence est attestée dès la fin du siècle précédent, avaient vu leur nombre varier de 22 à 38 entre 1287 et 1302 (cf. G. Petti-Balbi, *Bonifacio...*, op. cit., p. 9) pour se fixer à cinquante dans la convention de 1321.

(44) M. C. Bartoli, in *Bulletin de la société des sciences historiques et naturelles de la Corse*, 1er, 2e et 3e trimestre 1980, 634, 635, et 636e fascicules, p. X.

(45) Les statuts de 1321 sont avares de précisions se bornant à exiger que le conseil soit élu en présence du podestat et des Anciens suivant la coutume (Statuts de Bonifacio, 1321, cap. V : "[...] *in presentia potestatis et ancianorum pro ut moris.*")

(46) Les statuts de 1388 précisent en outre que ce choix doit être fait suivant la coutume (Statuts de Bonifacio, 1388, cap. XXI) : "[...] *eligi per potestatem et supradictos Antianos ut moris est.*")

(47) Statuts de Bonifacio, 1321, cap. V et statuts de 1388, cap. XXI. L'annualité gouverne également la durée du mandat des conseillers marseillais, cf. V. L. Bourrily, op. cit., p. 205. La pratique de

que celle qui préside à la durée du mandat des Anciens (48), mais surtout pour rester en concordance avec l'annualité des fonctions podestataires en cours (49). De fait, cette durée est implicitement étendue sous réserve du dépassement dans le temps du mandat du dit podestat. Il en va de même dans les statuts calvais où le conseil voit son mode de désignation annuel calqué sur celui des consuls (50).

Il faut au passage noter une quasi-omission dans les statuts bonifaciens. On remarque en effet que les statuts insistent surtout sur les organes censés représenter l'ensemble de la commune mais que presque rien n'est dit sur l'assemblée générale des habitants, dont l'existence est pourtant attestée, ne serait-ce justement que par son approbation des dits statuts (51). Le recrutement du conseil déterminé, on l'a vu, par le choix du podestat et des Anciens d'une part, la restriction du champ d'application de cette procédure aux familles bonifaciennes les plus influentes (52) d'autre part - ce qui n'est que le calque de la pratique italienne (53) voire même française (54) - prête peu à élaborer une théorie de la souveraineté véritablement démocratique, nonobstant le réel progrès que constitue l'existence même d'organes délibérants (55). En effet, la réalité de la vie politique municipale est telle qu'il apparaît exclu de distinguer autre chose que le reflet de celle de la métropole, voire du règne de l'oligarchie continentale (56). La formule *Quod omnes tangit...*, prise dans

l'annualité de la fonction de conseil est aussi une caractéristique du mouvement d'émancipation urbaine du moyen-âge qui vise à limiter, tant que faire se peut, l'éventualité d'une usurpation du pouvoir conféré à temps, voir H. Pirenne, op. cit., p. 150.

(48) Sur les motivations (sentiment de défiance) présidant à la limitation de la durée des fonctions de conseiller dans les communes du continent, voir J. L. Mestre, *Introduction...*, op. cit., p. 60.

(49) Statuts de Bonifacio, 1388, cap. XXI. Les conseillers restent donc en fonction aussi longtemps que le podestat qui aura présidé à leur élection.

(50) Statuts de Calvi, 1454, cap. I : "[...] *extrahantur cedule novem et illi quorum nomina scripta reperiantur in dictis cedulis intelligentur electi ad consilium pro consilio pro anno uno [...]*" En outre, les conseillers calvais, comme leurs collègues consuls, ne sont pas rééligibles en deçà d'une période de deux ans (ibid.).

(51) Ainsi l'assemblée générale des habitants de Bonifacio s'est-elle réunie les 11 février et 21 mars 1321 en l'église Sainte-Marie pour approbation de la convention portant statuts passée avec la commune de Gênes.

(52) Voir supra note 41.

(53) Jacques Heers, "Le clan familial au moyen-âge, étude sur les structures politiques et sociales des milieux urbains", P. U. F., Paris, 1974, p. 250 : "Toute étude précise [...] des réalités de la vie politique dans les villes d'Italie, à la fin du Moyen Age, montre toujours, d'une façon décisive, que les grandes familles détiennent l'essentiel du pouvoir."

(54) Ibid., p. 253.

(55) Ce qui pousse à relativiser le point de vue G. Petti-Balbi (op. cit., p. 95), voyant dans le phénomène de l'extension des organes de conseil une véritable démocratisation des institutions communales bonifaciennes.

(56) En effet, parler du jeu de la démocratie au sein des institutions municipales au moyen-âge relève de l'anachronisme, cf. Robert Fossier, *La société médiévale*, A. Colin, Paris, 1971, p. 243. L'auteur note encore que, d'une manière générale, le petit peuple est joué dans la lutte pour le pouvoir, les plus riches dominant la vie municipale (ibid., p. 406-407).

Sur l'Italie : Antonio Marongiu, *Storia del diritto italiano, ordinamenti e istituti di governo*, Cisalpino Goliardica, Milano, 1978, p. 76 : "La commune se présente comme une organisation typiquement oligarchique et aristocratique [...]" Voir également sur les consulats d'Italie méridionale : Jean-Marie Martin, "Les communes en Italie méridionale aux XIIe et XIIIe siècles", in *Villes, bonnes villes, cités et capitales* (recueil), Publications de l'Université de Tours, 1989, p. 204 : ainsi à Gaète où le consulat est confisqué, dès la fin du XIIe siècle, par quelques familles aristocratiques. Autre exemple révélateur avec les statuts de la ville de Sassari où les *juratos* (les cent conseillers) sont cooptés traduisant ainsi une sorte de "verrou" oligarchique ayant pour objet d'éviter la formation de partis et des luttes de faction à l'intérieur de la cité, cf. Diego Quaglioni, "Legislazione statutaria e principi di governo della "Civitas". Il caso di Sassari", in *Gli statuti sassaresi*, op. cit., p. 183. A Florence le gouvernement de la "commune du peuple" est en réalité une émanation de la ploutocratie cf. P. Leicht, *Storia...*, éd. de 1950, op. cit., p. 251 : "[...] esso è in realtà una emanazione della plutocrazia."

En France : Jean-Louis Mestre, *Introduction...*, op. cit., p. 58, sur l'anachronisme qui consisterait à interpréter les tendances à l'émancipation des villes en fonction des idées d'un autre siècle et sur "la substitution des tendances oligarchiques aux sentiments démocratiques initiaux [qui] se répand [...] par suite de l'accroissement des divisions sociales). Voir également C. Petit-Dutaillis, *Les communes françaises*, Albin Michel, Paris, 1970, p. 188, sur la montée de l'oligarchie dans les bonnes villes à la fin du moyen-âge, et sur son caractère "égoïste" ou "incapable" (ibid., p. 120). Jean-Louis Harouel,

son acception la plus novatrice, trouve dès lors un champ d'application restreint. Même le tirage au sort des conseillers calvais, qui donne une apparence réellement démocratique à leur choix, est en réalité dépourvu de ce caractère, le choix s'effectuant à partir d'un nombre de bulletins pré-choisis par le podestat (57).

Il reste à déterminer si les considérations propres à ce problème anticipent les conclusions auxquelles mène l'étude des fonctions des organes municipaux.

FONCTION DES ORGANES COLLÉGIAUX

Le *jus statuendi* des communautés urbaines, "un des meilleurs indices permettant d'apprécier le degré d'autonomie atteint" par celles-ci (58), trouve également à Bonifacio un champ d'application remarquable. La commune de Gênes, titulaire éminente de ce droit (59), en délégua une part considérable de l'exercice à sa colonie dans les domaines économique et fiscal, ainsi qu'en matière de garantie des personnes ou en matière de police administrative, lui assurant par là une réelle autonomie.

Les organes collégiaux, qu'ils agissent séparément ou de concert, disposent d'un pouvoir de contrôle du podestat et des officiers municipaux voire même d'un véritable pouvoir de décision ou de législation dans toutes ces matières. En cela, ils se distinguent, par exemple, de la podestatie marseillaise où le podestat est seul chargé du pouvoir de décision (60).

En matière économique les Anciens et le Conseil disposent du pouvoir de nomination des hommes chargés de percevoir la taxe de 10% sur les marchandises vendues ou déchargées dans la commune (61) Les modifications des prix des denrées de base comme le blé, l'orge, l'huile ou le vin sont sujettes à une autorisation du seul Conseil (62). A l'inverse la modification du prix de produits tels que le fromage, la viande ou encore des denrées dont la valeur n'a pas encore été établie relève du pouvoir des *ministrali* ou des *censori* (63).

En matière fiscale le principe du consentement à l'impôt est établi de manière implicite (64) (autre éclairage de *Quod omnes tangit* (65) dès les statuts bonifaciens

Histoire des Institutions de l'époque franque à la Révolution, P. U. F., Paris, 4e édition, 1992, p. 180 note que si le rôle de l'assemblée générale paraît plus développé dans les consulats du Midi de la France (l'assemblée est associée aux grandes décisions qui engagent l'avenir de la cité et dispose d'un pouvoir de ratification des mesures consulaires), il faut se garder d'une vision trop démocratique de l'institution (par exemple à Avignon, ville qui paraît avoir été le plus en avance sur ce point, l'assemblée n'est convoquée que trois fois par an). Sur le Languedoc voir Philippe Wolff, "L'épreuve des temps", in *Histoire du Languedoc*, Privat, Toulouse, 1967, p. 252. Beaumanoir, (L, 7) déplore que "[...] li povre ne li moine n'ont nuls des administracions de le vile, ainçois les ont toutes li riche [...]"

(57) Statuts de Calvi, 1454, cap. I et II.

(58) Albert Rigaudière, op. cit., p. 115.

(59) Ibid. : M. A. Rigaudière note que ce *jus statuendi* s'est développé plus rapidement dans les communes italiennes que dans les villes du midi de la France.

(60) V. L. Bourrily, op. cit., p. 82.

(61) Statuts de Bonifacio, 1321, cap. XII.

(62) Précision fournie par l'Abbé Letteron, in B. S. S. H. N. C., op. cit., n° 29, 1883, p. 78.

(63) Abbé Letteron, op. cit., p. 78.

(64) J. Favier, *Finance et fiscalité au bas moyen-âge*, Sedes, Paris, 1971 : En Italie également "[...] l'impôt est décidé, imposé et levé par les représentants des contribuables que sont les conseils de gouvernement [...] le problème du consentement ne se pose, toutefois, en aucun cas. Il est implicite, en raison de la nature du pouvoir politique."

(65) Voir Alain Demurger, *Temps de crises et temps d'espoirs XIV-XVe siècles*, in *Nouvelle Histoire de la France médiévale*, Seuil, Paris, 1990.

de 1321, puisque l'accord du Conseil est déterminant de toute nouvelle charge fiscale (66). Par là-même le podestat ne peut exiger l'établissement d'un nouvel impôt ni demander aucune corvée sans une autorisation votée du Grand Conseil (67) : l'oligarchie veille (68). C'est là une marque d'autonomie considérable, surtout au regard des contraintes subies, par exemple dans nombre de consulats méridionaux (69). C'est encore le Conseil qui détermine l'emploi du produit des amendes perçues par les caissiers à l'occasion des condamnations (70). En cette matière, le Conseil agit en étroite complémentarité avec les Anciens dans ce que l'on peut qualifier d'un véritable droit de contrôle de l'emploi des fonds et des biens communaux. De fait, les caissiers, placés sous étroite surveillance à cause des risques d'agissements frauduleux (71), ne peuvent effectuer sans le consentement des Anciens et du podestat un paiement (72) ou un remboursement (73). Le contrôle des Anciens apparaît plus précis encore lorsque l'on observe que leur mandat, muni du sceau communal du prieur, est obligatoire pour que les caissiers puissent distraire une partie des fonds de la commune pour payer le podestat (74). En outre, aucune distraction des biens de la commune ne peut se faire sans une autorisation du Grand Conseil sous peine de sanctions prononcées par le syndicat (75). A Bastia, si les Anciens disposent du pouvoir d'utiliser les fonds publics, on observe que celui-ci est enfermé dans d'étroites limites puisqu'il leur est impossible, sauf à s'engager sur leurs fonds personnels, de mandater une dépense de plus de vingt-cinq lires sans le consentement de la communauté (76).

A Bonifacio, les écritures de la commune, consignées entre les mains des chanceliers seront inscrites, en présence des Anciens et du podestat, sur le registre ordinaire de la ville (77).

(66) Statuts de Bonifacio, 1321, cap. XI : "[...] potestas bonifacii [...] non possit nec debeat facere aliquem cotimum seu imponere aliquam dactitam, prestium aut cabellam nisi de voluntate consilii communis bonifacij."

(67) Statuts de Bonifacio, 1388, cap. X : "[...] non audeat, vel possit [...] imponere hominibus Bonifacii novam cabellam seu novum cotimum, dactitam vel prestantiam sine voluntate et deliberatione consilii majoris Bonifacii [...]"

(68) Monique Bourin-Dernidu, *Temps d'équilibre temps de rupture*, in *Nouvelle Histoire de la France médiévale*, Seuil, Paris, 1990, p. 218, sur l'oligarchie et la fiscalité.

(69) A. Rigaudière, "Le financement des fortifications urbaines en France du milieu du XIV^e siècle à la fin du XV^e siècle", in *Revue Historique*, 1985, 273, pp. 46-48 : nonobstant la libre gestion de l'assiette et de la perception, les communautés doivent obtenir l'autorisation préalable de leur autorité de tutelle (pouvoir central) pour l'établissement de toute fiscalité nouvelle sous réserve encore que l'emploi des revenus soit réservé à l'œuvre de fortification.

(70) Statuts de Bonifacio, 1321, cap. XXI : "*Item quod condemnationes [...] debeant pervenire ad manus massariorum communis bonifacii et expendere ad voluntatem consilii communis bonifacii.*"

(71) Voir à ce sujet l'extrême rigueur avec laquelle les statuts communaux du moyen-âge détaillent les conditions d'accès à ce type de fonctions (cautions "bonnes et suffisantes", bonnes mœurs) cf. J. L. Mestre, *L'évolution du statut du personnel local*, in *Collectivités locales* (sous la direction de Francis-Paul Bénéot), t. VII, Dalloz, 1986, p. 10112-5.

(72) Statuts de Bonifacio, 1388, cap. XXVIII et statuts de Calvi, cap. III, étant précisé que les statuts calvais ajoutent un troisième organe de contrôle en adjoignant le Conseil et exigent un contreseing du greffier de la Cour pour donner à l'acte forme authentique : "[...] de mandato potestatis, consulum et consilii Calvi do quo mandato appareat apodisia dictorum potestatis, consulum et consilii subscripta manu scribe curie [...]"

(73) Ibid., cap. XXIX.

(74) Ibid., cap. XXX.

(75) Ibid., cap. XI : "[...] non permittat vel consentiat quod de rebus pecunia seu bonis communis castri, Bonifacii detur seu aliquo modo donetur aliqui persone cuiuscunque conditionis existat, nisi precedente deliberatione et consensu majoris consilii dicti castri [...] sub pena sindicamenti" Le syndicat était une magistrature ayant pour mission de contrôler tous ceux qui, à un titre quelconque, disposaient d'une parcelle d'autorité. Le syndicat génois (1294) était formé de cinq membres nommés pour quatre ans.

(76) Statuts de Bastia, 1484, cap. IV (cette disposition se retrouve également dans les statuts confirmés de 1563, cap. XI).

(77) Statuts de Bonifacio, 1388, cap. XXXII.

Le podestat ne peut faire d'innovation ou imposer une charge à un bourgeois ou à un habitant de Bonifacio sans le consentement de la commune (78), c'est-à-dire vraisemblablement sans une délibération de l'assemblée générale des habitants, si l'on considère que toute intervention des Anciens et/ou du Conseil est par ailleurs expressément mentionnée. Cette assemblée ne semble jouer qu'un rôle de codélibération dans des circonstances spécifiques telle que l'imposition que l'on vient de mentionner ou encore l'approbation des statuts communaux (79). Les Anciens codélibèrent avec le podestat relativement à l'exemption de charges personnelles tant pour les infirmes que pour les personnes âgées de moins de dix-sept ans que pour celle dont l'âge est supérieur à soixante-dix ans (80). En outre, l'avis du Conseil est déterminant pour l'exemption de charges et de redevances, dont peuvent éventuellement bénéficier (en vertu de l'application conditionnelle de l'art. XLII de ces mêmes statuts) les notaires et les tabellions (81).

Enfin, quant à la possibilité de battre monnaie, rien ne vient laisser entendre, dans les statuts du moyen-âge, que ce droit ait pu être accordé. Cette absence politico-économique marque une rigoureuse limite aux libertés que Gênes était susceptible d'accorder à ses colonies, l'émission monétaire étant une prérogative régaliennne par excellence (82).

En matière de charges et de garanties personnelles le Conseil veille à la sécurité des personnes contre l'arbitraire du podestat. Celui-ci doit obtenir son accord préalable pour ordonner une incarcération en cas de meurtre ou de trahison (83), ou encore au cas où il désirerait molester (c'est-à-dire torturer) une personne (84), voire la bannir (85).

Les Anciens bonifaciens, comme les consuls calvais (86), assistent le podestat dans l'exercice de sa fonction de justice : ils donnent audience deux fois par semaine (87), en sa compagnie, et entendent les doléances de ceux qui auraient à se plaindre (88). Cette présence aux côtés du podestat est peut-être révélatrice de la survivance de l'antique justice populaire, en l'occurrence importée par Gênes (89). Les consuls calvais disposent toutefois du pouvoir partagé avec le podestat, de prononcer des condamnations et des amendes en matière civile et pour les délits ordinaires (90), mais non pas en matière criminelle où le podestat reste seul compétent (91).

(78) Statuts de Bonifacio, 1321, cap. XV : "[...] potestas [...] non possit facere aliquam novitatem vel gravamen alicui burgensi vel habitatori bonifacij nisi de voluntate et beneplacito communis [...]".

(79) Cf. supra note 51.

(80) Statuts de Bonifacio, 1388, cap. XII.

(81) Ibid., cap. XLII.

(82) Cette émission dépend, à Gênes, de l'"Ufficio di moneta", cf. Vito Piergiovanni, *Gli statuti civili e criminali di Genova nel Medioevo*, E. C. I. G., Genova, 1980, p. 95.

(83) Statuts de Bonifacio, 1321, cap. XVI : "[...] si esset homicida, fur et traditor aut qui deberet amittere aliquem membrum, et de istis articulis declaratur semper per consilium communis bonifacij." Le pouvoir d'exercer ce contrôle est étendu aux Anciens en 1388 : désormais, ceux-ci exerceront un contrôle conjoint avec le Conseil (statuts de 1388, cap. XV).

(84) Ibid., cap. XVIII.

(85) Ibid., cap. XXV et statuts de 1388, cap. XV, étant précisé que ces derniers statuts font participer les Anciens à la prise de décision.

(86) Statuts de Calvi, 1454, cap. IV.

(87) Statuts de Bonifacio, 1388, cap. XXIV.

(88) Ibid., cap. III.

(89) P. S. Leicht, *Storia...*, éd. de 1956, op. cit., p. 204 : l'auteur précise que l'on retrouve des traces de cette justice "au sein de laquelle les *boni homines* [...] assistaient au plaid [...] il reste alors au juge à ordonner la sentence et à en ordonner l'exécution."

(90) Statuts de Calvi, 1454, cap. IV : "[...] per dictum potestatem et consules in civilibus et ordinariis [...]".

(91) Ibid., cap. III.

En matière administrative et dès 1321, avec presque un siècle et demi de retard sur la métropole (92), le conseil bonifacien dispose du pouvoir d'élire le podestat (93). Encore une fois, et contrairement, par exemple, aux indications données par les documents arlésiens (94), on trouve peu de précisions sur la structure des organes chargés de l'élection (95). Le podestat, dont il s'agit de limiter l'étendue des pouvoirs, ne peut en demander une extension au Conseil ou à la commune de Bonifacio, ses pouvoirs demeurent en effet strictement limités au libellé des statuts (96).

Les Anciens accompagnent le podestat le soir pour aller fermer la porte de la place (97) dont la garde (98) et l'ouverture ne sont faites qu'avec leur consentement (99) et avec les clefs de la ville dont ils ne seront toutefois les seuls dépositaires qu'en 1388 (100). Si le podestat, comme le portier lui-même, ne peut disposer seul du pouvoir de faire ouvrir la porte, il est en revanche susceptible d'exiger par réquisition des Anciens, sous peine d'une amende de cent lires, son ouverture (101). Le souci de sécurité se traduit ici par une relative dispersion des responsabilités.

Les Anciens disposent, comme en Sardaigne (102), du pouvoir de demander au podestat la réunion du Grand Conseil (103). Celui-ci, une fois convoqué, est libre, si le quorum de la moitié des conseillers est atteint (104), de délibérer sur tout sujet et de prendre toute décision qui ne serait ni contraire ni préjudiciable à l'honneur de Gênes ou aux intérêts de Bonifacio (105). Cette restriction, qui limite l'étendue de l'autonomie communale, justifierait alors, en cas d'infraction, l'intervention de l'autorité supérieure (en l'occurrence génoise). On retrouve un schéma voisin dans l'interdiction faite aux communes de la France d'alors de prendre des mesures allant à l'encontre des intérêts de leur autorité de tutelle, en l'occurrence royale (106). En outre les conseillers qui seraient personnellement intéressés à la prise de décision ne peuvent prendre part aux délibérations du Conseil (107).

(92) Y. Renouard et P. Braunstein, op. cit., p. 238. C'est en 1190 que les conseillers et consuls génois décidèrent d'élire un podestat ; l'élection devint annuelle à compter de 1217.

(93) Statuts de Bonifacio, 1321, cap. XIII. On retrouve cette faculté à Bastia dans les statuts de 1484, (Statuts de Bastia, cap. II).

(94) L. Stouff, "La ville d'Arles...", op. cit., p. 170. Quatre délégués, désigné par le *consilium* décident de l'élection du podestat.

(95) Voir E. Gasparini, op. cit. p. 15.

(96) Statuts de Bonifacio, 1388, cap. VIII.

(97) Ibid., cap. VII et XXII.

(98) Ibid., cap. VII. Le podestat ne peut permettre à un des ses gens ou à un étranger de faire la garde sans le consentement des Anciens. Le remplacement est soumis à une autorisation similaire (ibid.).

(99) Ibid., cap. XXII.

(100) Ibid. : "[...] *claves dicte porte quas tenent* [...]" Les statuts bonifaciens de 1195 n'accordaient la garde des clefs et l'autorité pour l'ouverture de la porte qu'au podestat (statuts de Bonifacio, 1195, cap. I, § 14).

(101) Ibid. et cap. XXXIV et XXXV.

(102) Francesco Artizzu, op. cit., p. 173. Le conseil mineur, en accord avec le podestat, peut décider de la convocation du conseil majeur.

(103) Statuts de Bonifacio, 1388, cap. IV : "[...] *Antiani Bonifacii requisierint potestatem quod congregari faciat maius consilium Bonifacii* [...]"

(104) Statuts de Bonifacio en usage au XVe siècle, op. cit., [I.48.]. Une convocation du 9 octobre 1388 laisse apparaître, que sur les cinquante conseillers requis pour la délibération, seuls vingt-cinq d'entre eux prirent part au débat. En revanche, rien n'est indiqué sur la majorité requise au moment du vote pour une prise de décision.

(105) Statuts de Bonifacio, 1388, cap. IV : "[...] *non sit contra honorem communis Janue, nec in prejudicium ipsius nec etiam dicti loci bonifacii* [...]"

(106) François Olivier-Martin, *Les Ordres, les Pays, les Villes et les Communautés d'habitants*, Loysel, Paris, 1988, p. 363-364 : "[...] s'il résulte...[qu'un]...un mauvais usage est fait de la liberté qui a été donnée [...] le roi, ou le seigneur reprend en main la direction des affaires de la ville."

(107) Statuts de Bonifacio, 1388, cap. XXVI. A Bastia, en revanche, ce sont les "quatre" qui, en compagnie du podestat, "conseillent, délibèrent et ordonnent" dans la mesure où cela sert à l'utilité de la communauté, cf. Statuts de Bastia, 1484, cap. II, § 5 : "[...] *insieme col predetto Podesta* [...] *possano e debbano consigliare, deliberare ed ordinare quanto li parerà utile e bene della datta comunità.*"

D'autre part, un des soucis primordiaux des autorités des villes au moyen-âge était de disposer de personnel à leur service, preuve éminente de leur part d'autonomie au regard de leur autorité de tutelle (108). Dans cette optique on note que le Conseil bonifacien peut procéder, comme sur le continent (109), à l'élection de quelque syndic ou député avec la permission du podestat et sous réserve que le salaire du syndic ou du député à élire ait été fixé à l'avance (110). De concert avec le podestat, les conseillers recevront le serment des officiers tels que les *ministrali* par lequel ceux-ci jurent d'observer les règlements (111). Les "quatre" bastiais procèdent également, de concert avec le podestat, à l'élection des officiers, mais le podestat dispose à lui seul de deux voix (112). Les Consuls calvais, eux, co-choisissent les caissiers de la commune avec le Conseil et le podestat (113).

Le Prieur des Anciens est le dépositaire du sceau (114), symbole éminent de l'existence de la commune (115) et, en l'occurrence, garant de l'existence juridique de celle-ci. En effet, le Prieur ne peut sceller ou faire sceller une lettre qui n'aurait pas été écrite au nom de la commune et lue par les Anciens (116). Il ne doit en outre confier le sceau à personne sous peine d'une amende de cent lires (117). Les Anciens sont en outre les intermédiaires nécessaires des informations envoyées par le podestat à la commune de Gênes (118) relativement à son administration (119). Mais ce contrôle se double de celui exercé par le Chancelier sur les lettres envoyées aux Anciens par le Doge et le Conseil de Gênes. Quant aux lettres envoyées au podestat et aux Anciens conjointement, les Anciens ne pourront les ouvrir qu'en présence et avec l'autorisation du podestat. Dans ce dernier cas le podestat garde la lettre et les Anciens peuvent seulement en demander une copie (gardée par le chancelier de Bonifacio) (120). On observe en outre l'existence d'un contrôle (par ouverture et lecture préalable) du podestat pour les lettres envoyées aux Anciens par des gens autres que le Doge ou le Conseil. Ce contrôle doit s'effectuer sous peine d'une amende de 50 à 1000 lires (au gré du Doge et du Conseil) : s'y ajoute la peine prévue en fonction des statuts et du contenu de la lettre (121).

L'esprit qui paraît animer ces mesures est toujours celui d'une méfiance mutuelle se traduisant par une étroite surveillance. Il n'est d'ailleurs rien d'autre que la manifestation du dilemme posé à la métropole génoise quant à son attitude envers ses "colonies stratégiques". Gênes, en effet, était partagée entre la nécessité de maintenir à tout prix son autorité dans ces lieux, qui servaient d'asile face aux corsaires

(108) Jean-Louis Mestre, *L'évolution...*, op. cit., p. 10112-1.

(109) M. Jean-Louis Mestre (*Introduction...*, op. cit., p. 59) précise que dans les communes françaises du moyen-âge, les administrateurs municipaux font l'objet d'une *electio* dont les modalités varient en fonction des rapports de la communauté d'habitants et du seigneur comme en fonction des rapports internes à la communauté elle-même.

(110) Statuts de Bonifacio, 1388, cap. VIII.

(111) Ibid., cap. XXXVII et statuts de Bastia, 1484, cap. II, § 6.

(112) Statuts de Bastia, 1484, cap. II, § 6.

(113) Statuts de Calvi, 1454, cap. III. A l'inverse, à Arles, ce sont les conseillers qui choisissent les juges et les clavaires chargés d'administrer les finances communales, cf. L. Stoff, *"La ville d'Arles..."*, op. cit., p. 170.

(114) Statuts de Bonifacio, 1388, cap. XXIII : "[...] *prior Antianorum qui tenet sigillum dicti communis [...]*".

(115) Paul Viollet, op. cit., p. 15.

(116) Statuts de Bonifacio, 1388, cap. XXIII : "[...] *non possit nec debeat aliquo modo vel causa sigillare vel sigillari facere aliquam litteram que non mittatur vel vadat pro parte dicti communis, et quam insimul predicti Antiani legerint vel legi fecerint antequam sigilletur [...]*".

(117) Ibid. : "[...] *non possit [...]* *dimittere vel concedere sed semper ipsum penes se tenere debeat sub pena librarum centum.*"

(118) Ibid., cap. XVIII. C'est-à-dire au Doge ou aux syndicateurs de Gênes.

(119) Ibid., cap. XVIII.

(120) Ibid., cap. XXV.

(121) Ibid.

rebelles, et le souci de satisfaire, pour maintenir leur fidélité, les exigences de ses colons qui la poussaient à accorder des franchises sans cesse plus hardies.

IIÈME PARTIE - LES LIBERTÉS PERSONNELLES

Les libertés personnelles octroyées aux habitants de Bonifacio sont susceptibles d'examen à deux points de vue, que sont d'une part leurs activités commerciales et leurs contraintes administratives, d'autre part la nature des garanties octroyées aux justiciables.

LES LIBERTÉS ET PRIVILÈGES DES BOURGEOIS EN MATIÈRE COMMERCIALE ET ADMINISTRATIVE

Le statut particulier de place militaire clef en Méditerranée explique bon nombre des franchises accordées aux habitants de cette place génoise de Corse. Les droits et libertés portent sur l'économie, la fiscalité et le service armé, mais nombre de restrictions tenant à la réglementation des échanges et à la sécurité de la ville viennent en tempérer l'exercice.

Les libertés et privilèges commerciaux

La liberté commerciale (122) constitue le maître-mot des franchises accordées aux colons génois, mais celle-ci n'est cependant pas exempte de certaines contraintes.

En effet la liberté d'aller et de venir par mer depuis et vers Bonifacio sans payer aucun droit(123) ou impôt maritime (124) se double, de la liberté d'achat et de vente (125), limitée en 1321 aux graisses et denrées (126), et de l'exemption de redevances sur le commerce du grain, du vin, de l'huile...(127) En outre les marchands bonifaciens bénéficient d'une franchise de taxe sur les biens vendus au détail sur la place de Gênes et, sous réserve de dépôt de caution et de formalité de déclaration préalable, dans les ports de la Riviera ligure (128) sous domination génoise. Enfin, les franchises de taxe sont totales, puisque l'acheteur n'est pas redevable de leur paiement lorsque le vendeur en est exempt (129) ; cette dernière mesure, dérogoire au droit génois lui-même (130), témoigne de l'audace des

(122) En ce qui concerne les modalités des échanges, on observe dans les statuts bonifaciens le rôle clef des *ministrali* qui ont la charge du contrôle des poids et mesures. Ces officiers sont chargés d'augmenter ou de diminuer le prix des denrées, si les circonstances l'exigent. Leur institution ne sera pas explicitement détaillée par écrit avant la rédaction des statuts bonifaciens de 1619 ! (cap. XVI). A Bastia, les *ministrali* contrôlent le trafic du lin, de la laine, de la soie, du grain, des denrées et du fer (cf. statuts de Bastia, 1484, cap. II, § 8). Ces officiers peuvent être "intéressés" à leur fonction dans la mesure où ils touchent une quote-part des amendes sanctionnant les "contrefacteurs", enfreignant la législation des poids et mesures. Ils perçoivent en effet un tiers de l'amende de cinq lires prévue pour ce type d'infraction (les deux tiers restant étant partagés pour moitié entre la seigneurie et la communauté) : "[...] e qualunque che contrafarà [...] cada per ogni volta di pena di lire cinque, il terzo alla Signoria, il terzo alla Comunità, ed il terzo alli ministrali [...]" (ibid.).

(123) Statuts de Bonifacio, 1195, cap. I, § 3.

(124) Ibid., cap. VII.

(125) Ibid.

(126) Statuts de Bonifacio, 1321, cap. I.

(127) Ibid., cap. I et XXIV. Cette mesure réaffirmait la liberté d'achat et de vente visant par là particulièrement la corruption de "certains officiers" de la commune de Gênes exigeant abusivement une taxe sur le trafic de ces marchandises.

(128) Ibid., cap. VIII. Il est à noter que cette clause n'est observable, selon les statuts, qu'à compter du 2 février 1266.

(129) Ibid., cap. VII. Ce qui évite au vendeur d'être amené à baisser son prix pour éviter que le paiement de celui-ci, et de la taxe ensuite, ne paraisse excessif à l'acheteur.

(130) Giovanna Petti-Balbi, op. cit., p. 105.

demandes bonificiennes et de la largesse de la métropole ligure dans le souci de voir sa colonie lui rester attachée. A la suite de vexations subies par les bonificiens de la part des collecteurs gènois, les franchises fiscales furent reconfirmées en 1343 par le doge Simon Bocanegra (131).

En cas de guerre, des garanties considérables sont octroyées aux bonificiens relativement tout d'abord de la gêne occasionnée au commerce. La métropole garantit le maintien des privilèges des habitants à l'encontre des conséquences d'éventuelles guerres civiles à Gênes même (la lutte entre Guelfes et Gibelins amenaient des "changements" à la tête de la métropole) (132) ou extérieures (133). Gênes indemne ensuite tant l'absence forcée (134), que les biens perdus pour cause de guerre (135), l'autorité gènoise, assumant par là un rôle voisin de l'esprit de l'actuelle C.O.F.A.C.E., se substituant même au créancier bonificien lésé en recourant contre le débiteur après avoir désintéressé le premier (136).

Cependant, on observe l'instauration de certaines limites en raison de motivations économiques de nature monopolistique, imposées par Gênes à ses dépendances, ce qui traduit une dépendance de type colonial. En effet, le commerce de blé et de bois est restreint à la seule direction de Gênes (137), tant pour garantir l'approvisionnement des populations que pour réserver aux gènois la construction des navires, armes de guerre privilégiée des républiques italiennes (138). En outre, cette mesure se doublait de la servitude de ne pas couper du bois (139). Gênes se méfiait-elle des velléités de révolte de sa colonie ?

D'autre part, les conséquences parfois dramatiques de la dépression économique du XIV^e siècle (140) motivèrent très certainement la mesure selon laquelle tout achat de victuailles ou de graisses à un étranger entraînait la revente obligatoire du tiers de la marchandise au prix d'achat à la population sous une peine minimum d'une amende de vingt-cinq lires (141). Il s'agissait, par cela, d'assurer les conditions les plus aptes à maintenir la paix sociale (142). La lutte contre la pauvreté et le souci de l'approvisionnement motivent en effet une action sur le ravitaillement visant les quantités et les prix (143), surtout si l'on considère que les denrées de base sont les plus sujettes aux fluctuations économiques et monétaires (144). Cette

(131) Arrêt prononcé le 18 juillet 1343 par les vicaires du doge, pièce n° X, annexée aux statuts de 1321.

(132) Statuts de Bonifacio, 1321, cap. XIX.

(133) Ibid., cap. XXII. La place ne pourra jamais être mise en gage ou aliénée et conservera toujours ses franchises et sa liberté.

(134) Ibid., cap. X : "[...] *propter absentiam ipsorum omnia dapna esi facta infra dictum terminum per commune Janue et fideles imperij debeant emendari.*"

(135) Ibid., cap. VIII : "[...] *commune Janue et fideles imperii dicta dapna debeant emendare et restituere dictis perdentibus.*"

(136) Ibid., cap. VII.

(137) Statuts de Bonifacio, 1195, cap. I, § 24.

(138) Yves Renouard, *Les hommes d'affaires italiens du moyen-âge*, A. Colin, Paris, 1949, p. 52 : "La seule grande industrie qui se développe à Gênes sur des bases capitalistes est celle des constructions navales."

(139) Statuts de Bonifacio, 1195, cap. XLVII.

(140) Voir Guy Fourquin, *Histoire économique de l'Occident médiéval*, Armand Colin, Paris, 1979, p. 246 sq.

(141) Statuts de Bonifacio de 1388, cap. LV.

(142) Yves Barel, *La ville médiévale, système social système urbain*, Presses Universitaires de Grenoble, 1977, p. 249 : "Une nourriture suffisante et à bon marché est évidemment une garantie de paix sociale [...]"

(143) Ibid., p. 250.

(144) Guy Fourquin, op. cit., p. 314 : "Les objets de luxe ne concernent que de minces couches de la population [...] ils sont donc plus stables." En revanche les produits de première nécessité comme les grains sont "très sensibles à toutes les formes de la variation de la conjoncture."

"fraternité communale" est loin d'être spécifique au cas bonifacien puisqu'on observe des pratiques similaires dans le Sud de la France (145).

La sécurité de la commune

Nonobstant le service militaire dû par les *serventi* que le podestat amène avec lui (146) et qui a un caractère modulable (147), les habitants de la ville sont exempts de droit de garde (148). La seule véritable astreinte est financière, en ce que les riches ont l'obligation d'entretenir une réserve de cinquante mines pour la sécurité de la place (149). Cette dernière obligation paraît avoir reçu au moins un tempérament notable, voire s'être tout simplement éteinte lorsqu'on observe que les statuts bonifaciens de 1321 consacreront l'usage désormais établi suivant lequel Gênes avait la charge des travaux d'entretien des murs et des tours de la ville (150). La prise en charge par Gênes de la protection de la commune justifie l'exemption de service militaire sur terre ou sur mer (151). Mais, on observe que, du fait de la carence ponctuelle de l'assistance gènoise en matière militaire, les habitants se virent, de manière occasionnelle, obligés d'assurer eux-mêmes la défense de la place. En contrepartie de cette obligation de fait, contraire à ce qui était implicitement prévu dans les statuts précédents, les bonifaciens obtinrent, en 1321, de la métropole une indemnisation de 768 livres par an (152) pour la garde de la place ainsi que pour les frais induits (153).

Le maintien de la sécurité constituait bien le maître-mot de la philosophie présidant à la rédaction des statuts bonifaciens. En effet, mue par d'évidents desseins politico-stratégiques, la politique gènoise à l'égard de ses colonies consistait à favoriser l'implantation d'habitants venant de la Riviera ligure tant, sur un plan positif, en "intéressant" les candidats au départ (154), que sur un plan négatif, en favorisant le bannissement des éléments jugés dangereux pour la sécurité de la communauté. En effet, en dehors de l'exception calvaise bien plus tardive (155), on remarque que les Corses ou les étrangers, sauf sévère contingentement (156), ne

(145) Ainsi à Montpellier où tout habitant présent lors d'une transaction conclue entre un commerçant et son fournisseur, pourra prendre part au marché, ajoutant sa commande, pour laquelle il bénéficiera du prix de gros (cf. P. Viollet, op. cit., p. 57).

(146) Statuts de Bonifacio, 1195, cap. I, § 2.

(147) Ibid., cap. VII. Une paix avec les Pisans est en effet susceptible d'entraîner une diminution du service de garde des *serventi* : "[...] *possim eius custodiam moderare secundum decretum et beneplacitum consiliorum fuerint* [...]".

(148) Ibid., cap. I, § 5 et cap. VII.

(149) Statuts de Bonifacio, 1195, cap. I, § 13.

(150) Statuts de Bonifacio, 1321, cap. XXIII.

(151) Ibid., cap. I.

(152) Ibid., cap. II. Y compris les arriérés des deux années précédentes.

(153) Ibid. Ainsi la reconstruction de la citerne qui a nécessité l'emprunt d'une somme de deux mille livres remboursables à 20% d'intérêt.

(154) Vito Vitale, "La vita economica del Castello di Bonifacio nel secolo XIII", in *Studi in onore di Gino Luzzato*, Giuffrè, Milano, 1949, p. 131 : les gènois auraient, dans les quarante premières années qui suivirent la conquête, une récompense à qui octroyait un fils né et devenu président de Bonifacio.

(155) Statuts de Calvi, 1454, cap. V : "[...] *non intelligendo alienigam corsum* [...]".

(156) Statuts de Bonifacio, 1195, cap. I, § 19. Il ne doit pas y avoir plus de trente familles corses dans Bonifacio. Cette interdiction est doublée de l'impossibilité pour les bourgeois ou les *serventi* d'habiter hors de la ville (ibid., § 3). Ceci sous-entend certainement l'exigence de la qualité de propriétaire déterminante de la citoyenneté dans les villes de France du moyen-âge (cf. P. Viollet, op. cit., p. 43-44). Il est à noter qu'en 1195, à Bonifacio résident 1200 colons gènois, cf. Jacques Heers, "Un exemple de colonisation médiévale, Bonifacio au XIIIe siècle", in *Anuario de estudios medievales*, Barcelona, 1964, p. 561. Les statuts bonifaciens de 1388 (cap. L) précisent qu'il ne doit pas y avoir plus de vingt-cinq étrangers dans la ville quand ces personnes n'ont pas été envoyées par la ville de Gênes. On retrouve le même ostracisme dans les statuts bastiais, 1484, cap. II, § 13 : "[...] *han statuito ed ordinato*

sont pas autorisés à résider dans Bonifacio (157) et n'obtiennent le droit de "citoyenneté" que dans des circonstances exceptionnelles (158). Les génois tentèrent certes de s'attacher les seigneurs corses par la promesse d'un lien de fidélité en contrepartie duquel Gênes s'engageait à leur octroyer un droit de citoyenneté bonifacienne. Mais, ces mesures demeurèrent sans effet véritable, les seigneuries visées demeurant pour le moins réticentes, si ce n'est hostiles (159). De la sorte on comprend que dans les statuts de 1321, les individus rebelles envers la commune ou autrefois expulsés par elle ne soient autorisés à y pénétrer, nonobstant l'avis du podestat, qu'avec le consentement du Conseil (160).

Un souci de sécurité explique également la présence d'une réglementation en matière d'urbanisme. Celle-ci, présente également en France dès le XIV^e siècle (161), trouve à Bonifacio un champ d'application dans les statuts de 1388. Toute construction d'un immeuble d'habitation est sévèrement réglementée (162) et surtout soumise à autorisation préalable (sous peine d'une amende de cinquante liras et de la destruction du bâtiment (163). En outre, et pour des raisons militaires évidentes, les habitants de Bonifacio sont soumis à une servitude *non aedificandi* à moins de quinze pieds des remparts, sous peine d'une amende de cent liras et de la destruction du bâtiment (164). La salubrité enfin suppose l'interdiction de jeter des immondices sous peine d'une amende fixée par le podestat (165) et l'on retrouve l'obsession du moyen-âge à l'égard la peste (166). Cette précaution, très certainement issue d'une pratique antérieure, dut avoir son utilité puisqu'on ne peut observer de fléchissement notable de la courbe démographique de la ville à cette époque (167).

Les quelques restrictions aux franchises motivées par des impératifs de sécurité n'occulent aucunement l'ampleur des privilèges commerciaux dont bénéficient les bonifaciens. Ceux-ci profitent assurément des effets bénéfiques de l'ampleur du commerce péninsulaire au moyen-âge bien plus ne subissent les

che in li predetti borghi, nè in alcun di quelli non possi abitare alcun Corso [...] senza licenza della Signoria e del Podestà e consiglio loro [...]".

(157) *Ibid.*, § 20. Elles ne seront de fait autorisées à y entrer que dans la journée et pour les besoins du commerce.

(158) Jacques Heers, "Un exemple de colonisation médiévale...", *op. cit.*, p. 564 : Ainsi lorsqu'un navire génois fut sauvé de l'échouage par l'intervention providentielle d'un corse auquel on accorda, en remerciement, la citoyenneté.

(159) Paul Arrighi, *op. cit.*, p. 174-175.

(160) Statuts de Bonifacio, 1321, cap. XXV : "[...] potestas [...] non possit reverti facere intus castrum bonifacij nec ipsum assidere nec venire facere aliquem rebellem communis bonifacij aut confiniatum per commune bonifacij nisi de voluntate consilij communis bonifacij." Dans la même optique et pour illustrer la permanence de cette attitude, on observe que postérieurement, dans les statuts bastiais de 1484, le commerce avec les corses et les étrangers (les deux catégories sont assimilées) est étroitement réglementé (cf. statuts de Bastia, 1484, cap. II, § 13) et que, par mesure de précaution, certaines transactions immobilières, susceptibles de toucher à la sécurité de la commune sont, sauf autorisation, totalement interdites (*ibid.*, § 14. Ainsi la vente d'une maison sans une licence du podestat et du Conseil ou du Gouverneur est strictement interdite sous peine non pas de la nullité de la vente mais de confiscation puis de vente du bien dont le profit sera partagé entre la Seigneurie et la communauté).

(161) J. L. Harouel, *Histoire de l'urbanisme*, P. U. F. (*Que sais-je*), Paris, 1985, 2^e édition, p. 33.

(162) Statuts de Bonifacio, 1388, cap. XLIV. Des impératifs d'urbanisme interdisent tout empiètement et sanctionnent tout dommage causé aux rues de Bonifacio.

(163) *Ibid.*, cap. XLV. On retrouve ce préalable sous la forme de l'autorisation de la seigneurie foncière dans les villes médiévales, cf. J. L. Harouel, *Histoire de l'urbanisme*, *op. cit.*, p. 32.

(164) *Ibid.*, cap. XLIII.

(165) *Ibid.*, cap. XLVII.

(166) Surtout si l'on considère que ce fut un navire génois qui fut à l'origine de l'introduction de la peste noire en Europe (Guy Fourquin, *op. cit.*, p. 322). Voir également Jacques Heers, "La ville au moyen-âge", Fayard, *Pluriel*, Paris, 1990, pp. 303 sq.

(167) Giovanna Petti-Balbi, *op. cit.*, p. 122.

Sur les conséquences de la peste voir Y. Renouard, "Conséquences et intérêt démographiques de la peste noire en 1348" in *études d'Histoire médiévale*, Jeupen, Paris, 1948, p. 160 : "Ainsi en Italie où 40 à 60% de la population des villes ont péri."

contraintes dues à l'action des ennemis de Gênes. Il reste à examiner si la teneur des garanties accordées au justiciable bonifacien reflète la largesse de la métropole déjà observée dans les matières que l'on vient d'évoquer.

LA TENUEUR DES GARANTIES JUDICIAIRES OCTROYÉES DANS LES STATUTS

Le principe posé par les statuts communaux corses selon lequel le podestat est seul détenteur du pouvoir de juger donne a priori l'impression qu'au regard, par exemple, de l'évolution générale des pouvoirs des juridictions municipales continentales¹⁶⁸, les habitants des cités génoises de Corse ne disposaient pas d'une grande autonomie. Mais, à la grande étendue des pouvoirs du podestat, ou de ses subordonnés directs, en matière de justice dans le monde méditerranéen médiéval en général (169) et dans les cités génoises de Sardaigne (170) et de Corse en particulier (171), répondent un certain nombre de privilèges reconnus aux habitants et propres à assurer des garanties réelles aux justiciables. Celles-ci se manifestent tantôt sous un angle négatif tenant à la limitation des prérogatives du podestat en matière de justice, tantôt sous un angle positif tenant à l'étendue des garanties individuelles des justiciables.

Diverses mesures sont, dans les statuts bonifaciens du moyen-âge, susceptibles de limiter le caractère éventuellement arbitraire des prérogatives d'un podestat disposant de prérogatives juridictionnelles tant en matière civile qu'en matière pénale. Ce dernier point est sans doute le plus sensible, quand on sait que le podestat reste le maître d'œuvre de la "justice du sang", la métropole (jouant ici le rôle du Prince) imitant en cela la pratique continentale consistant le plus souvent à réserver au seigneur ou à un de ses officiers la connaissance des affaires relevant de ce domaine (172). En cela, les privilèges bonifaciens ne reflètent pas le particularisme du droit des communes du Cap corse, lesquelles bénéficient de la faculté d'élire annuellement les officiers chargés des prérogatives juridictionnelles (173). Ces

(168) Voir Jean-Marie Carbasse, *Introduction historique au droit pénal*, P. U. F., Paris, 1990, p. 87. A. Esmein, *"Histoire de la procédure criminelle en France, et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIIIe siècle jusqu'à nos jours"*, reproduction anastatique Verlag Sauer & Auvermann Kg, Frankfurt am Main, 1969, p. 16 : "Les bourgeois des villes de commune ou d'échevinage, poursuivis en matière criminelle, devaient être jugés par leurs justices municipales [...] c'est un principe bien souvent exprimé [...] qui établissait à leur profit le jugement par les pairs." En outre, dans le sud, les consuls exerçaient collégalement les fonctions de jugement, assistés dans leurs délibérations par divers conseillers (ibid., p. 17). Ainsi à Marseille, en Arles et en Avignon où les juges sont des personnages distincts des consuls et/ou du podestat, cf. P. Viollet, *Histoire des Institutions Politiques et Administratives de la France*, t. III, Paris, 1903, p. 120.

(169) Ainsi en Italie où la fonction judiciaire du podestat est prééminente (Bognetti, "Appunti sul podesta", in *Storia del diritto italiano*, Arte Grafiche Pacini Mariotti, Pisa, 1933-34, p. 40.), à Marseille de 1221 à 1229 (lors de la période podestataire) en compagnie de deux "juges du podestat" (V.-L. Bourrilly, "Essai sur l'histoire politique de la commune de Marseille", Aix-en-Provence, A. Dragon, 1925, p. 86n.), en Arles (podestatie de 1220 à 1236) où le podestat amène avec lui un juge de première instance (L. Stouff, "La commune d'Arles au XIIe siècle, à propos d'un livre récent", *Provence Historique*, octobre-décembre 1961, t. XI, fasc. 46, p. 307 et du même auteur : "La ville d'Arles à la fin du moyen-âge", Thèse Lettres, Aix-en-Provence, 1979, p. 170).

(170) Le podestat exerce la juridiction civile et criminelle, flanqué d'un "coadjuteur" (cf. Francesco Artizzu, op. cit., p. 170 et 172).

(171) Le podestat dispose en effet du pouvoir de juger, en matière civile et criminelle (cf. statuts de Bonifacio, 1388, cap. I ; statuts de Calvi, 1454, cap. III ; statuts de Bastia, 1484, cap. II) au sein du tribunal podestataire appelé "arringo", (cf. Antoine Leca, "L'esprit du droit corse...", op. cit., p. 43), homologue corse de l'"arringo cittadino" de l'Italie médiévale (Y. Renouard et P. Braunstein, op. cit., t. I, p. 30).

(172) Ainsi en Italie où la justice du sang appartient aux officiers du Prince, cf. P. S. Leicht, *Storia...*, éd. de 1950, op. cit., p. 233.

173 Antoine Leca, op. cit., p. 30 : Ainsi, dans la commune de San Colombano, si le seigneur était assisté d'auxiliaires (*confaloneri* et *raggionneri*) chargés de l'assister, ces officiers avaient la caractéristique

dernières communes, bien que dépendant théoriquement de Gênes, sont sous l'autorité d'un seigneur local. Elles bénéficient sur certains points, tel celui que l'on vient d'évoquer, d'un droit indiscutablement original, faisant une part non négligeable aux coutumes locales (174).

La nature du droit applicable

La première limite relève de l'existence et de la nature du droit applicable en matière de justice. En effet, à une période d'usage du seul droit génois dans les statuts bonifaciens de 1195 (175), succède un accroissement progressif de l'application, sauf exception (176), d'un droit statutaire propre en matière de justice à la carence éventuelle duquel on se réfère alternativement soit au droit de la métropole qui dispose dès lors d'une valeur supplétive (177), soit au droit romain (178). Ce qui pourrait constituer une première limite implicite à l'arbitraire du juge se double, notamment en matière d'infractions économiques, d'une tarification détaillée des amendes constituant, par leur existence même, une "armature légale" propre à contenir, a priori (179), dans d'étroites limites l'arbitraire podestataire (180). Les statuts de 1388 précisent que seul le refus de prêter serment de fidélité au podestat dans les huit jours qui suivent son arrivée, ou encore des

d'être élus par la population. En outre, ces officiers rendaient la justice (les *raggioneri* sous la direction des *confaloneri*) au sein d'un tribunal populaire de première instance établi dans chaque piève (ibid., p. 45) et portant le nom d'"arringo". Le terme d'"arringo" désigne également le tribunal podestataire (le podestat était désigné par le seigneur) dans certaines communes du Cap corse (cf. F. Pomponi, *Histoire de la Corse*, Hachette, Paris, 1979, p. 98).

(174) V. ibid., sq.

(175) Statuts de Bonifacio, 1195, cap. I, § 37 : "[...] *capitula et consuetudines civitatis Janue* [...]" Ce qui s'explique très certainement par l'immédiate antériorité de l'occupation génoise.

(176) Dans des cas spécifiques comme le bannissement ou la torture (voir infra), les règles édictées par les statuts de Gênes trouvent encore à s'appliquer (cf. Statuts de Bonifacio, 1388, cap. XIX). On a vu, à ce propos, que les Anciens exercent un contrôle conjoint avec le Conseil sur les motivations présidant à l'incarcération, à la torture ou au bannissement (voir supra note 85). On ne trouve trace de l'application de la coutume que dans les statuts calvais de 1454, qui prévoient qu'en matière criminelle, nonobstant toute coutume ou toute disposition contraire, l'on se référera, tant en matière procédurale que relativement au droit applicable, aux statuts de la Commune et, en cas de carence de ceux-ci (relativement aux dispositions édictées), aux statuts de la commune de Gênes : "[...] *in criminalibus non obstante aliqua consuetudine, capitulo aut ordine in contrarium disponente habeat baliām procedendi, processus faciendi, condemnandi, forestandi et multandi non excedendo formam capitulorum Calvi, et ubi desint capitula Calvi non excedendo capitulorum Janue in quantitativis condemnationum* [...]" cf. statuts de Calvi, 1454, cap. III. Ainsi les statuts calvais admettent-ils l'usage coutumier du pardon de l'outrage par la victime (en cas de paroles injurieuses ou de coups sans effusion de sang), l'effusion de sang seule pouvant justifier du recours automatique au droit calvais.

(177) Sergio Mochi Onory, *Storia del diritto italiano*, La Goliardica, 1951-1952, observe que le droit génois a déjà pris une valeur supplétive au regard du droit des autres cités ligures.

(178) Ibid. Les statuts de Bonifacio de 1388 (cap. I) précisent que le podestat doit rendre la justice selon les statuts de Bonifacio ou d'après le droit romain si les statuts sont muets.

(179) M. Jean-Marie Carbasse note qu'"au XIIIe siècle, dans les coutumes rédigées du Midi, les tarifs pénaux prennent une extension beaucoup plus considérable en englobant des délits de plus en plus importants : délits ruraux, nocturnes, adultère, effusion de sang, vols majeurs etc. l'arbitraire du juge seigneurial est ainsi progressivement réduit au minimum." (*Introduction...*, op. cit., p. 90). Mais, le principe de la fixité de la peine, qui n'est pas en soi un facteur distinctif de la pratique continentale (cf. B. Schnapper, *Les peines arbitraires du XIIIe au XVIIIe siècle*, L. G. D. J., Paris, 1974, p. 5), ne constitue pas non plus une garantie absolue d'absence d'un éventuel arbitraire du juge (André Laingui, Arlette Lebigre, *Histoire du droit pénal*, t. II, *La procédure criminelle*, Cujas, Paris, 1979, p. 11 et 129 sq. pour la France et A. Pertile, *Storia del diritto italiano*, vol. V, "Storia del diritto penale", Milano, 1892, p. 398) mais, à notre sens, il en constitue au moins un indice sérieux. Madame Carlin relève toutefois le faible pouvoir d'appréciation du juge en raison de l'existence d'un catalogue détaillé des infractions et des peines dans les statuts niçois du XIIIe siècle (1205), cf. Maryse Carlin, *Le droit pénal dans les statuts de Nice au XIIIe siècle*, in *Etudes offertes à Pierre Jaubert*, op. cit., p. 127.

(180) Ainsi les statuts calvais prévoient-ils une possibilité de révision par le Conseil des sanctions prises par le podestat ou son prédécesseur dans le cas où les condamnations par eux prononcées témoigneraient de l'outrepassement des droits que leur accordent les statuts de la Corse (Réponse de l'Office Saint-Georges à la 14e requête des habitants de Calvi, document annexé aux statuts de Calvi, 1454).

infractions susceptibles d'entraîner des conséquences importantes pour la communauté (181) rendent à celui-ci une liberté totale dans la fixation de la peine (182). Toutefois, le domaine d'application de l'arbitraire du podestat est, semble-t-il, assez restreint. Ceci contribue à distinguer Bonifacio, par exemple, du cas niçois où, en revanche, le jeu de l'arbitraire podestataire trouve matière à s'exprimer plus largement (183).

Les conditions relatives à la procédure

En première instance : le principe selon lequel les habitants relèvent obligatoirement de la juridiction du podestat local (184) (celui-ci est donc compétent *ratione loci* et *ratione personae*), est renforcé, sous un autre angle tenant aux garanties des habitants par le privilège de juridiction dont paraissent généralement bénéficier les justiciables locaux dès 1195 (185) et que le podestat fut toujours tenu de respecter (186). A cette dernière règle jouant le rôle de principe ne répondent, en guise d'exception, que des obligations tenant à des règles juridiques précises prévoyant que la juridiction compétente sera celle du lieu où le paiement aurait dû s'effectuer (187), ou encore celle du lieu où à été signé le contrat ou encore des dispositions tenant à la liberté des contractants dont les stipulations peuvent prévoir le lieu d'arbitrage, étant précisé que dans ces trois cas, le lieu dont il est question ne peut être que Gênes. Si rien, dans les statuts, ne précise la caractère écrit ou oral de la procédure, on peut toutefois légitimement penser que la renaissance du droit romain poussant au déclin de l'oralité au moins dans les causes civiles (188), trouve ici aussi un champ d'application.

L'appel : la possibilité d'appel devant une autorité supérieure, fréquente, mais non pas systématique (189) dans les communes du moyen-âge, trouve un champ d'application dans les statuts bonifaciens.

Le privilège de juridiction, dont le champ d'application s'étend à la première instance, ne joue toutefois plus en cas d'appel puisque celui-ci doit être interjeté devant une autorité dont la dénomination, si elle est variable selon les temps et les lieux, est identifiable à un organe supérieur politico-juridictionnel de la commune de

(181) Ainsi le cas déjà évoqué du dépôt d'immondices (statuts de Bonifacio, 1388, cap. XLVII) est susceptible de laisser libre cours à l'arbitraire du podestat dans la fixation de la peine.

(182) Statuts de Bonifacio, 1388, cap. 38 : "[...] *sub pena et penis arbitrio dicti potestatis imponendis transactis dictis diebus octo.*" Le podestat doit en fait contraindre à payer un sol d'amende toute personne (de 17 à 70 ans) qui n'aura pas juré sur les évangiles fidélité à la Commune de Gênes et promis de la défendre, de l'assister et de lui obéir dans les huit jours qui suivent son arrivée. Le dépassement du délai rend sa liberté au podestat dans la fixation de la peine.

(183) A Nice, en effet, c'est l'insolvabilité du condamné qui restaure le champ d'application de l'arbitraire du juge (en principe limité par l'existence de peines pécuniaires), cf. Maryse Carlin, "Le droit pénal dans les statuts de Nice...", op. cit., p. 130. En d'autres termes, la fixation de peines pécuniaires très élevées contribuait de facto à étendre le champ d'application de l'arbitraire du juge.

(184) Les statuts de Bonifacio prévoient que les habitants de la ville et du district de Bonifacio sont jugés par leur podestat (Statuts de Bonifacio, 1195, cap. XXXVII et statuts de 1321, cap. IX).

(185) Statuts de Bonifacio, 1195, cap. VI : "*Non cogam aliquem Burgensem castri Bonifacii [...] venire Januam ad rationem faciendam alicui persone [...]*"; statuts de 1321, cap. IX : "*Item quod aliquis burgensis et habitator per aliquem potestatem vel retrorem non possit constringi ad eundem Januam [...]*"; statuts de 1388, cap. LII : "*Item quod aliqua persona habitatrix vel burgensis castri Bonifacii cuiuscunque conditionis existat, non possit vel debeat cogi Januam venire ad standum iuri [...]*".

(186) Statuts de Bonifacio, 1321, cap. IX ; statuts de 1388, cap. LII.

(187) Statuts de Bonifacio, 1195, cap. VI : "[...] *vel in ipso contineatur quod solucio debeat fieri in Janua [...]*"; statuts de 1388, cap. LII.

(188) P. S. Leicht, *Storia...*, éd. de 1956, op. cit., p. 204.

(189) Maryse Carlin, "Le droit pénal dans les statuts de Nice...", op. cit., p. 124 : ainsi l'article 61 des statuts municipaux niçois (1205) prévoit les décisions du juge municipal sont sans appel.

Gênes (190). La seule exception à ce principe, mais qui contribue également aux garanties du justiciable, ne joue que si la sentence du podestat est manifestement injuste (191), auquel cas l'intéressé dispose d'un délai de huit jours pour saisir en appel de cette sentence le Conseil des Anciens (192). En outre, si la possibilité d'appel constitue déjà en elle-même une limitation implicite d'un éventuel arbitraire podestataire, on constate que cette limitation est accrue par l'effet suspensif de l'appel, admis dès 1195, à l'encontre de l'application des effets de la décision juridictionnelle podestataire (193). Ce champ d'application du principe de l'effet suspensif de l'appel doit toutefois être distingué de celui, plus conflictuel, tenant à la remise en cause de la compétence du premier juge, comme c'est le cas en France à l'époque (194).

La possibilité d'appel est limitée dans le temps et dans l'espace. En effet, le caractère suspensif joue sous réserve toutefois que les délais (195), en lesquels l'appel est enserré, soient respectés (196). Les statuts de 1388 perfectionnèrent ces restrictions en précisant que l'appelant devait, en outre, avoir donné des garanties suffisantes de sa solvabilité à travers le paiement de peines comminatoires, soit à

(190) Dans les statuts de Bonifacio de 1195 (cap. II), le justiciable fait appel de la décision du podestat local devant le podestat de Gênes. Les statuts de 1321 ne mentionnent, comme autorité que la "commune de Gênes" ("*commune Janue*"). En 1388 (Gênes est désormais sous l'autorité des Doges et, en l'occurrence d'Antonio Adorno) l'appel doit être interjeté devant le Doge et le Conseil. Les statuts de Calvi (1454, cap. V) mentionnent, entre autres autorités compétentes, l'Office Saint-Georges, mais précisent, selon les cas (cf. infra) qu'il est possible de faire appel soit devant le Gouverneur, soit devant le vicaire de la Corse). Sous la podestatie arlésienne l'appel était interjeté devant un magistrat étranger nommé pour un an (cf. L. Stouff, *La villes d'Arles...*, op. cit., p. 170).

(191) Statuts de Bonifacio en usage au XVe siècle [1.4], in *Bulletin de la Société des Sciences historiques et naturelles de la Corse*, 634, 635 et 636e fascicules, 1er, 2e et 3e trimestres 1980, p. 3. Le texte (qui précise par ailleurs que cela arrive rarement !) vise le jugement rendu contre l'équité c'est à dire "contre Dieu" et qui entraîne la fausseté de la sentence : "[...] *ipsi potestates [...] aliquando propter avariciam et etiam per ingoranciam, quod de raro evenit, injustas et contra Deum et justiciam condemnationes faciunt et ferunt [...]*".

(192) Ibid. : "[...] *possit et valeat se ad suam voluntatem appellare ad consilium provisionis Ancianorum [...] infra dies octo [...]*".

(193) Statuts de Bonifacio, 1195, cap. II. Les statuts de Bastia (1484) prévoient le caractère suspensif de manière indirecte en ne donnant force exécutoire à la décision de justice podestataire qu'au terme du délai de dix jours dont bénéficie le justiciable pour faire appel : "*Ita tamen quod ipsa acta appellans teneatur et debeat presentare potestati Janue vel iudicibus suis seu scribis dicti potestatis per se vel alium infra sex menses postquam ipsa acta eidem consignata erunt, quod si non fecerit rata remaneat sententia fata et lacta in ipsum.*"

(194) Albert Rigaudière, *Saint-Flour...*, op. cit., p. 265-266. Dans la France médiévale, le champ d'application du principe de l'effet suspensif diffère en ce que le débat est sous-tendu par la volonté du justiciable d'échapper à la justice de son seigneur à chaque fois qu'il était appelant. En l'occurrence, le principe de l'effet suspensif est alors utilisé par le pouvoir royal pour s'affirmer au détriment des justes seigneuriales ecclésiastiques et/ou laïques.

(195) Le délai est d'une durée de six mois dans les statuts Bonifaciens de 1195 (cap. II) et de 1321 (cap. VI) mais, les statuts de 1388 laissent planer une incertitude dans la mesure où le délai de huit jours gouvernant le paiement de la peine comminatoire ne préjuge pas forcément de la même durée du délai d'appel. Mais, eu égard aux multiples répétitions de l'existence d'un délai de huit jours dans des cas plus exceptionnels (sentence injuste du podestat, absence du justiciable) on peut légitimement penser que le délai avait été réduit de six mois à huit jours. Les délais s'élèvent de dix ou trente jours (voir infra note suivante) à Bastia (cf. statuts de 1484, cap. II).

(196) Le respect des délais constitue en effet une condition de recevabilité de l'acte, cf. Statuts de Bonifacio, 1195, cap. II. Les statuts bastiais prévoient le respect d'un délai de dix jours (dans le cas d'une amende de moins de 10 livres) et s'élève (dans le cas d'une amende de plus de 10 livres) soit à quinze jours en cas d'appel devant le Gouverneur, soit à trente jours en cas d'appel devant le préfet du Magnifique Office (cf. statuts de Bastia, 1484, cap. II).

l'égard de la communauté dans les causes criminelles (197), soit à l'égard de son cocontractant en matière civile ou commerciale (198).

Les autres garanties du justiciable

D'autres mesures offrent des garanties au justiciable : celui-ci doit se voir notifier son jugement en personne et, en cas d'absence, le délai d'appel de huit jours ne court qu'à compter de ladite notification (199). Dans les cas d'infractions les plus bénins (200), le versement d'une caution par la personne dont la culpabilité est établie empêche son incarcération (ou encore son maintien en prison) (201), ce qui recoupe le caractère suspensif de l'appel précédemment évoqué. Cette pratique de la liberté sous caution ne paraît cependant pas être limitée au champ méditerranéen (202). A l'inverse, et en interprétant a contrario les statuts, on peut légitimement penser que les cas graves, tels les crimes de sang, supposent le versement d'une caution en cas d'accusation ou encore l'incarcération immédiate en cas de preuve manifeste de la culpabilité de l'accusé. Le nécessaire préalable du jugement gouverne également, dès 1195, des sanctions telles que le bannissement ou la torture (203), qui paraissent (bien que les Anciens et le Conseil exercent conjointement un contrôle sur les motifs susceptibles de présider à l'expulsion d'une

(197) Les statuts bonifaciens de 1388 (cap. XII) prévoient que l'appel est possible, en matière criminelle, des condamnations prononcées par le podestat, pourvu que dans les huit jours qui suivent la condamnation l'appelant paie la somme à laquelle il a été condamné ou donne une caution suffisante pour le paiement de la somme à laquelle il pourrait être condamné par le Doge et son Conseil. A ces conditions seulement le podestat pourra admettre l'appel.

(198) Statuts de Bonifacio, 1388, cap. LIV) : Toute partie condamnée dans une cause civile par le podestat à une amende de 20 livres ou moins est obligée de payer dans les huit jours le montant de la condamnation à l'autre partie pour avoir le droit de faire appel. La partie à qui l'on a payé le montant de la condamnation devra verser une caution pour garantir la restitution de ce qu'elle aura reçu ainsi que le paiement des frais d'appel. Autrement l'appel ne sera point admis.

(199) Statuts de Bonifacio en usage au XVe siècle, op. cit., [I.4.], : "*Si vero persona condemnata fuerit absens, possit et valeat infra dies octo postquam fuerit sive applicaverit in Bonifacio et noticiam habuit de dicta condemnatione [...]*".

(200) Cas dont on trouve une définition négative dans les statuts de 1321 c'est à dire tous les cas ne relevant ni du vol, ni de la trahison, ni du meurtre ni de la volonté de faire "perdre quelque membre." (statuts de Bonifacio, 1321, cap. XVI).

(201) A ce sujet, les statuts bonifaciens de 1388 sont venus apporter une garantie supplémentaire que leurs prédécesseurs de 1321 ne prévoyaient pas. En effet, si ceux-ci faisaient fi de la culpabilité de l'accusé pour exiger le dépôt éventuel d'une caution (statuts de Bonifacio, 1321, cap. XVI) que le podestat devait rendre dans les quatre jours en cas d'acquiescement (ibid., cap. XXVII), ceux de 1388, en revanche, établirent formellement le nécessaire établissement de la culpabilité de l'intéressé comme préalable obligatoire à l'incarcération et à la recevabilité d'un dépôt de caution libératoire (cap. XIV). Cette possibilité de versement d'une caution se retrouve aussi dans les communes du nord de la France où leur paiement, mis à part le cas de crime grave, pouvait entraîner la suspension de l'incarcération, cf. Bernard Schnapper, op. cit., p. 12 (également in *Revue d'Histoire du Droit*, t. 41, 1973, pp. 237-277 et t. 42., 1974, pp. 81-112).

(202) Voir par exemple André Chedeville, "*La charte de franchises de Chartres (1297)*", in *Villes, bonnes villes...*, op. cit., p. 194 : les inculpés sont libres s'ils fournissent des cautions personnelles ou immobilières suffisantes. On note sur ce point une pratique analogue au nord et au sud de la France, les communes méridionales reprenant les règles des *Etablissements de Saint-Louis* ou du *Livre de Justice et de Plet*, cf. P. Ourliac, "*L'esprit du droit méridional*", in *Droit privé et institutions régionales, Etudes historiques offertes à Jean Yver*, P. U. F., Paris, 1976, p. 578. Jean-Marie Carbasse, *Introduction...*, op. cit., p. 89 : "Autre privilège reconnu aux bourgeois par les chartes de franchises : le droit de rester libre jusqu'au jugement, moyennant la fourniture de cautions [...] (plèges dans le Nord, fidances ou fiances dans le Sud)".

(203) Statuts de Bonifacio, 1195, cap. I, § 34 et statuts de 1388, cap. XIX. Ce phénomène est propre à l'écroulement du vieux système de preuve est, avec le système des amendes, une des caractéristiques du mouvement communal, cf. H. Pirenne, *Les villes du moyen-âge*, P. U. F., Paris, 1971, p. 146. Cela dit, le phénomène de la torture ne s'est pas chronologiquement réparti de manière uniforme dans les colonies génoises. En effet, les statuts de Pera de 1143 ne la mentionnent pas, et il faut attendre les statuts de 1375 pour la voir expressément incluse dans le droit de cette colonie génoise de la Mer Noire, cf. Vito Pierrigiovanni, *Lezioni...*, op. cit., p. 77.

personne (204)), avoir toujours relevé du droit gènois (205). Ce dernier point qui ne peut toutefois être le révélateur d'une philosophie d'ensemble des chartes communales bonifaciennes, tend cependant à favoriser la thèse d'un système juridictionnel à connotation parfois inquisitoriale (206) et témoigne de l'influence du droit romain (207), influence qui a été plus précoce en Italie qu'en France (208). Il est cependant difficile de se prononcer avec certitude, en raison de l'imprécision des statuts, sur le caractère purement accusatoire ou inquisitoire de la procédure. Les conclusions de la toute récente étude sur les pouvoirs podestataires en Corse inclinent vers la seconde hypothèse (209). L'exemple cité dans les statuts de la pratique de la torture, avatar de la renaissance du droit romain, permet de corroborer cette opinion. En outre, la tendance générale sur le continent est à une réduction tangible du champ d'application de la pratique de la procédure accusatoire (210), pourtant réclamée par les bourgeois dès les premiers temps du mouvement communal (211). Le droit méridional en outre précédé sur ce point, en raison de l'influence italienne, la réglementation pontificale de la procédure inquisitoire (212). Malgré tout, les statuts font relativement peu cas des peines corporelles, au profit d'une profusion de mentions de peines pécuniaires diverses. Cette considération laisse penser que la nature des peines infligées, situe le cas bonifacien en retrait de l'évolution propre au droit des communes du Midi de la France (213). Enfin, la mention, déjà évoquée, de la possibilité du paiement d'une caution contribue, par sa seule existence, à prouver le jeu au moins résiduel de la procédure accusatoire dans les cas les moins graves.

(204) Le Conseil dans les statuts bonifaciens de 1321 (cap. XVI), le même organe ou les Anciens dans les statuts de 1388 (cap. XV) soit contrôlent soit "apprécient" les motifs de l'expulsion.

(205) Dont on retrouve l'obligation expresse d'application dans les statuts de Bonifacio, 1388, cap. XIX.

(206) André Laingui, Arlette Lebigre, op. cit., p. 56 : "La torture [...] fut introduite par la pratique. Dans une procédure accusatoire elle n'a pas sa place." D'où l'accroissement des pouvoirs du juge "[...] menant en droite ligne à la procédure d'inquisition la plus rigoureuse." Voir également André Laingui, *Histoire du droit pénal*, P. U. F., (*Que sais-je*), Paris, 1985, 1ère édition, p. 47 et Yvonne Bongert, *Cours d'histoire du Droit Pénal. "Le droit pénal français médiéval de la seconde moitié du XIIIe siècle à l'ordonnance de 1493"*, Les Cours de Droit, Paris, 1973, p. 131 sur l'extension de la pratique de la question. Cependant, on note que la torture trouve parfois encore matière à s'appliquer, alors que persistent certaines institutions accusatoires, cf. André Laingui, "Accusation et inquisition en pays de coutumes au moyen-âge (XIIIe-XVe siècle)", in *Etudes offertes à Pierre Jaubert*, op. cit., p. 422. Voir enfin Jean-Marie Carbasse, *Introduction...*, op. cit., pp. 139 sq.

(207) *Ibid.*, p. 57 et B. Schnapper, op. cit., p. 13 qui précise en outre que la pénétration du droit romain, c'est aussi la poussée de l'arbitraire (*ibid.*, p. 14).

(208) La torture est, on l'a vu, expressément mentionnée dès les statuts bonifaciens de 1195 alors que la réception du droit pénal romain dans le midi de la France est postérieure à 1250, cf. B. Schnapper, op. cit., p. 14. En outre, la procédure inquisitoire n'était prévue (dans la première moitié du XIIIe siècle), dans bien des consulats provençaux, que pour les infractions les plus graves (cf. Maryse Carlin, "Le droit pénal dans les statuts de Nice...", op. cit., p. 124.) et ne recouvrait l'ensemble des incriminations qu'exceptionnellement comme à Nice dès 1205 (*ibid.*), en raison de la plus grande précocité de l'influence italienne. M. Jean-Marie Carbasse situe toutefois la première mention de la torture dans la charte octroyée en 1246 à la ville d'Aigues-Mortes, puis en 1254 pour le Languedoc (*Introduction...*, op. cit., pp. 140-141). Dans le domaine royal, il faut attendre les Ordonnances de 1315 et de 1319 pour noter une apparition expresse de la torture, cf. B. Garnot, *La justice en France de l'An mil à 1914*, Nathan, Paris, 1993, p. 44.

(209) Eric Gasparini, op. cit., pp. 11-12.

(210) Voir Yvonne Bongert, op. cit., p. 130 : ainsi le développement de pratiques telles que le soupçon ou la dénonciation. Salvador Minguijon Adrian, *Historia del derecho espanol*, Labor, Barcelona, 1953, p. 217 : l'auteur évoque l'évolution dans l'Espagne chrétienne de cette époque de la procédure criminelle du système accusatoire vers le système inquisitoire.

(211) Jean-Marie Carbasse, *Introduction...*, op. cit., p. 88 : "[...] les bourgeois revendiquent d'abord le privilège de la procédure accusatoire - privilège dont jouissaient déjà les chevaliers - [...] De fait, le principe "pas d'accusation pas de procès" figure dans de nombreuses chartes du XIIIe siècle."

(212) André Laingui, "Accusation et inquisition...", op. cit., p. 412.

(213) Voir J. M. Carbasse, *Consulats méridionaux et justice criminelle*, Thèse droit, Montpellier, 1974, p. 281 sq. sur la déflation des amendes en rapport de l'accroissement des peines corporelles dans le Midi de la France."

Le droit à une justice apparemment équitable (nonobstant l'existence de la torture (214) se double du simple droit à la justice qui bénéficie à tous. En effet, les plus pauvres, incapables de se payer les frais d'un procès contre les plus riches, sont justiciables, sur décision du podestat, d'une commission d'hommes honorables aptes à trancher le litige (215). En revanche, rien n'est dit relativement à la nature de la sanction, et l'on peut hésiter sur la nature du sort réservé aux plus démunis ; en outre l'indice que constitue l'évolution de la sanction pénale appliquée aux personnes les plus humbles en Italie, incite plutôt à penser à l'existence d'une justice de "classe" (216). La prudence commanda enfin aux rédacteurs des statuts bonifaciens de 1321 et 1388 de ne plus faire percevoir le montant des condamnations par le podestat lui-même, mais par des caissiers : les *massari* (217), les sommes sont alors employées, à Bonifacio, au gré des prescriptions du Conseil de la commune et/ou des Anciens (218) et ont donc été soustrait au moins de *jure* (219) à la gestion podestataire (220). Ce dernier point illustre le caractère plus étendu de l'autonomie bonifacienne, tant au regard de sa consœur calvaïse que vis-à-vis des rapports des communes du sud de la France avec leur autorité de tutelle.

* * *

Si le podestat dispose d'importantes prérogatives en matière de justice, on peut néanmoins considérer que son rôle est relativement secondaire pour toutes les affaires touchant à l'administration de la commune. Le Conseil et les Anciens disposent, on l'a vu, d'un véritable pouvoir tant de décision que de contrôle des agissements du premier magistrat de la commune. Par là, il ne semble pas que ces organes aient été cantonnés à un rôle quasi-honorifique de contrôle du podestat dans les affaires mineures, lui laissant seul toute latitude pour les affaires les plus importantes, comme ce fut parfois le cas en Italie (221). De toutes les colonies génoises en Corse au moyen-âge Bonifacio est celle qui obtint le plus de privilèges. Des raisons militaires stratégiques ont poussé les génois à maintenir celles-ci, quitte à les multiplier, pour s'assurer la fidélité des bonifaciens (222).

Cela dit, les impossibilités "absolues" comme celle de frapper monnaie, de décider de la paix et de la guerre qui sont réservés à la métropole (223), celles plus relatives de l'omniprésence du podestat dans les actes juridiques, économiques et administratifs de la commune limitent d'une manière sensible l'autonomie de Bonifacio.

(214) Voir supra note n° 202.

(215) Statuts de Bonifacio, 1388, cap. LIII. Cette procédure est mise en oeuvre à la simple requête de l'une des parties. Les statuts bonifaciens se réfèrent en l'occurrence expressément aux statuts génois.

(216) P. S. Leicht, *Storia...*, éd. de 1956, op. cit., p. 203.

(217) Statuts de Bonifacio, 1321, cap. XXI ; statuts de 1388, cap. XXIX et statuts de Calvi, cap. III.

(218) Statuts de Bonifacio, 1321, cap. XXI : "[...] *expendere ad voluntatem consilii communis [...]*"; statuts de 1388, cap. XXIX : "[...] *iuxta voluntatem potestatis et consilii antianorum et non aliter [...]*".

(219) Et non pas de *facto* puisque Gênes ne respecta pas ces dispositions, préférant réduire le salaire du podestat du montant des peines pécuniaires par lui prononcées. (cf. Giovanna Petti-Balbi, "Genova et Corsica nel trecento", Roma, Nella sede dell'Istituto, 1976, p. 94.

(220) Ce qui est un progrès puisqu'auparavant le podestat récoltait les peines et les convertissait en amélioration des fortifications, cf. Statuts de Bonifacio, 1195, cap. I, § 19 : "*Teneatur quoque ipse potestas quod quicquid habuerit de vintenis et bannis eciam peccuniariis et quicquid exegerit convertat in melioracione et fortificatione castri.*"

(221) Peppino Tosi e Claudio Manzoni, *Le gerarchie medioevali nel governo del borgo di Arona secondo i suoi statuti*, in *Bolletino Storico per la provincia di Novara*, a. LXII, 1971, p. 110 : Seule la gestion des affaires mineures est susceptible de rendre le podestat sujet à un contrôle constant du conseil.

(222) Giovanna Petti-Balbi, op. cit., p. 103.

(223) Sur ce point particulier on peut noter que ce n'est qu'en 1363 que le conseil génois peut décider de la guerre et de la paix (ce droit n'appartenant autrefois qu'à l'autorité supérieure), cf. Vito Piergiorganni, *Lezioni...*, op. cit., p. 124.

Sous un autre angle, et nonobstant l'existence tangible de franchises et de libertés politiques on ne trouve aucun élément de droit susceptible d'assurer à Bonifacio l'originalité propre aux communes spécifiquement insulaires, notamment du Cap corse (224). Celles-ci font en effet une place notable au jeu de la coutume. De fait, l'extension plus ou moins notable des franchises et libertés communales sur tel ou tel point ne distingue pas de manière significative Bonifacio de la plupart de ses consœurs européennes lesquelles, sauf exception (ainsi Gênes, Venise... qui sont des villes souveraines), relèvent très inégalement de leur autorité de tutelle et ne sont pas toutes, bien évidemment, soumises à un droit uniforme. Nonobstant l'existence de ces limites, cette commune bénéficie cependant au moyen-âge d'une réelle autonomie, que son statut de colonie n'altère que très peu. Dès lors, même si ces statuts médiévaux limitent l'originalité du cas bonifacien à quelques éléments épars, tenant à la matière économique, on peut néanmoins légitimement conclure à leur caractère pleinement révélateur du mouvement des autonomies communales propre à cette période.

(224) Voir notamment les conclusions d'A. Leca sur la spécificité de nombre d'institutions communales insulaires (cf. supra note 173) dépendant des seigneuries locales, même si celles-ci sont théoriquement sous la dépendance génoise.

LA RÉFORME DE LA PROCÉDURE D'EXPULSION AVEC LA LOI DU 24/08/1993 RELATIVE À LA MAÎTRISE DE L'IMMIGRATION ET AUX CONDITIONS D'ENTRÉE, D'ACCUEIL ET DE SÉJOUR DES ÉTRANGERS EN FRANCE

Par

Lakhdar BOUMAZA
DEA de Droit public interne
Chargé de Travaux Dirigés à l'Université d'Aix-Marseille III

Dans un mouvement d'ensemble, chaque alternance politique nous offre une série de réformes dont le contenu s'oppose à ce qui a été édicté auparavant. Les élections de mars 1993, avec la victoire de la coalition libérale "RPR/UDF", ne manqueront pas de développer ce phénomène chronique en raison également de la faiblesse numérique composant la nouvelle opposition de gauche. Des nationalisations aux privatisations, de l'école publique à l'école privée, ces thèmes sont autant de questions sur lesquelles la société française est régulièrement sollicitée au rythme du calendrier électoral et dans un cadre d'opposition idéologique. Celle-ci est toujours aussi présente qu'il n'y paraît et l'on est assez proche de la réflexion de l'historien Charles Seignobos soulignant qu'à travers le clivage "droite/gauche" se profilaient "deux conceptions inconciliables de la vie sociale et politique" (1).

Au cœur de cet antagonisme, c'est de l'Homme qu'il est essentiellement question au sein d'une République se fondant sur la trilogie : "Liberté, Égalité, Fraternité". Mais pour faire l'objet d'une telle protection constitutionnelle, de quel homme s'agit-il ? La problématique remonte au droit romain et se rattache à la distinction catégorielle que l'on opérait politiquement et juridiquement entre le citoyen et l'étranger. Si, historiquement, l'on s'en tient à la période révolutionnaire, la nuit du 4 août et plus tard la portée de l'article 1er de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 n'empêcheront nullement les pouvoirs publics de procéder dans le Code Napoléon à l'institution de discriminations (2)

(1) "Études de politique et d'histoire", Paris, P.U.F. 1934, p. 312.

(2) Pour l'historien G. Norriél, analysant cette période post révolutionnaire, "privé de ces droits civiques, l'étranger est aussi exclu de nombreux droits civils (droit de succession, d'adoption, etc...), sauf s'il obtient (par décret) "l'admission à domicile" ou s'il appartient à une nation ayant conclu avec la France un traité de réciprocité".

envers l'étranger. A partir du milieu du XIX^{ème} siècle, le droit positif trouve immédiatement son point d'équilibre qui justifie le recours à l'immigration par la volonté de pallier "l'affaiblissement de la démographie française" (3) dans un contexte industriel en pleine explosion où "il existait un besoin de main-d'œuvre, renforcé par le désir des patrons de peser sur le niveau des salaires en rendant l'offre d'emplois plus abondante" (4). Le constat est aussitôt perceptible dès lors que l'immigration apparaît comme "la vraie solution" (5) aux problèmes économiques français. C'est ce caractère fondamental qui va permettre, en fonction de la conjoncture économique et sociale, d'orienter la politique en matière d'immigration dans un sens comme dans l'autre. Ainsi le comportement des dirigeants politiques au cours de la période allant de 1850 à 1938 s'analyse en "des réponses au coup par coup" (6).

De ce fait, durant ces années, on ne pouvait que difficilement compter sur une certaine stabilité juridique du statut des étrangers. "C'est selon le cas, la pression de l'opinion publique, celle des entreprises, le jeu des États d'origine qui feront varier les règles applicables" (7). A titre d'illustration négative on signalera la rédaction du "malencontreux" (8) décret-loi du 12 novembre 1938 (9) à propos de la délivrance de la carte de commerçant.

Avec la période trouble s'ouvrant sur l'État français, le droit des étrangers ne pouvait espérer recevoir un quelconque dispositif favorable. Le rétablissement de la légalité républicaine conjugué à la "logique de changement social qui inspire le Haut Comité de la population, recréé à la libération par le Général De Gaulle" (10), donne naissance à l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France. Dès 1945, le droit de l'immigration s'inscrit dans une structure juridique cohérente où l'institution de ce premier instrument de régulation (11) du flux migratoire permettra de répondre aux nouvelles transformations économiques et sociales d'après-guerre. On voit alors que le non-national a toujours fait l'objet d'une attention toute particulière de la part de l'État et ce, quelle que soit la physionomie de la société française. Il en sera d'autant plus ainsi lorsque la dégradation de la situation économique imposera aux pouvoirs publics une réaction courageuse.

La période postérieure aux "trente glorieuses" (1945-1975) débutant avec le premier choc pétrolier met alors l'étranger sous le pouvoir discrétionnaire de la toute puissante administration du ministère de l'intérieur et du Préfet dans le département. Dorénavant, ce n'est plus l'entrée et le séjour qui se libéralisent mais plutôt toutes les procédures administratives d'éloignement du territoire : reconduite à la frontière, interdiction du territoire et expulsion.

"Le Creuset Français : histoire de l'immigration (XIX^{ème} et XX^{ème} siècle), Édition du Seuil, Collection Point 1992, p. 72.

(3) Alain Lemousin, "L'histoire de l'immigration", in Revue Pouvoirs, "L'immigration", n° 47, P.U.F 1988, p. 15.

(4) Ibid. p. 15.

(5) G. Norriél, "Population, immigration et identité nationale en France (XIX^{ème} et XX^{ème} siècle), Édition Hachette 1992, p. 146.

(6) P. Weil, "La politique française d'immigration", in Revue Pouvoirs, "Immigration", n° 47, 1988, p. 46.

(7) Ibid. p. 48.

(8) La formule est du Professeur Niboyet dans son commentaire sur l'ordonnance du 2/11/1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers, Dalloz 1946, chron. p. 13.

(9) Dalloz périodique 1939/4, p. 163, où en substance l'article 6 dispose qu'"il n'est pas dérogé par le présent décret au décret du 17/06/1938 tendant à assurer la protection du commerce français".

(10) P. Weil, "La politique d'immigration", op. cit. p. 49.

(11) Par exemple, la principale novation est la création d'un double titre : l'un pour le séjour et l'un pour le travail à l'initiative du Ministre du Travail ou de ces services déconcentrés). Pour un commentaire complet, voir la chronique du Dalloz 1946, op. cit. p. 13, du Professeur Niboyet.

Ce bref historique montre combien un régime juridique peut être flexible au détriment d'une catégorie d'individus à laquelle il arrive d'opposer la construction politique de l'État-Nation. Ainsi, pour D. Loschak, "La cohésion, réelle ou imaginaire, de l'État-Nation a fonctionné comme facteur d'exclusion, produisant simultanément la catégorie moderne d'étranger et sa mise à l'écart ; et tous les progrès politiques et juridiques accomplis dans le cadre de l'État (la liberté, l'égalité, la démocratie;) ont été conçus et mis au bénéfice exclusif des membres de la Nation, les autres étant implacablement rejetés hors de l'État de droit, de ses institutions, de ses bienfaits" (12).

La franchise et la lucidité intellectuelles de ces réflexions ne font qu'enregistrer la mise en œuvre des techniques évoquées plus haut et sur lesquelles le législateur (13) est intervenu maintes fois pour les réformer en considération de la dynamique politique animant l'affrontement "Droite/Gauche" (14). L'adoption de la loi n° 93-1027 du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, de séjour et d'accueil des étrangers en France (15) nous donne l'occasion, compte tenu du changement de majorité, de présenter la métamorphose du nouveau droit de l'expulsion rendant plus "précaire" (16) que jamais le séjour de l'étranger sur le territoire national.

Ce caractère réducteur que l'on retrouve dans ce nouveau texte tient d'une part aux aménagements qui ont eu lieu dans le cadre de la procédure de droit commun (I). D'autre part, c'est la procédure dérogatoire qui a été quelque peu bouleversée (II).

I - LES AMÉNAGEMENTS DANS LE CADRE DE LA PROCÉDURE ORDINAIRE

Dans l'ensemble normatif que constitue l'ordonnance du 2 novembre 1945, celle-ci correspond aux articles 23, 24, 25 du Chapitre V consacré à l'expulsion. On observera tout d'abord que la mise en œuvre de ce procédé administratif n'est pas totalement discrétionnaire puisque les rédacteurs du texte de 1945 avaient institué une commission spéciale sous la présidence de l'autorité préfectorale et composée de ma-

(12) "L'étranger ou la double exclusion (réflexions sur la condition juridique des étrangers)" ; Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 1986, n° 17, p. 98.

(13) Sauf erreur de notre part, l'ordonnance du 2/11/1945 a subi les modifications par les textes ci-après :

Décret n° 55-1351 du 12 octobre 1955 (*J.O.* du 16 octobre 1955) ;

Ordonnance n° 58-1297 du 23 décembre 1958 (*J.O.* du 24 décembre 1958) ;

Ordonnance n° 58-1298 du 23 décembre 1958 (*J.O.* du 24 décembre 1958) ;

Loi n° 65-526 du 3 juillet 1965 (*J.O.* du 4 juillet 1965) ;

Loi n° 72-617 du 5 juillet 1972 (*J.O.* du 9 juillet 1972) ;

Loi n° 73-4 du 2 janvier 1973 (*J.O.* du 3 janvier 1973) ;

Décret n° 75-493 du 11 juin 1975 (*J.O.* du 20 juin 1975) ;

Décret n° 76-56 du 15 janvier 1976 (*J.O.* du 22 janvier 1976) ;

Loi n° 76-621 du 10 juillet 1976 (*J.O.* du 11 juillet 1976) ;

Loi n° 80-9 du 10 janvier 1980 (*J.O.* du 11 janvier 1980) ;

Loi n° 81-973 du 29 octobre 1981 (*J.O.* du 30 octobre 1981) ;

Décret n° 82-441 du 26 mai 1982 (*J.O.* du 29 mai 1982) ;

Loi n° 84-622 du 17 juillet 1984 (*J.O.* du 19 juillet 1984) ;

Loi n° 86-1025 du 9 septembre 1986 (*J.O.* du 12 septembre 1986) ;

Loi n° 89-548 du 2 août 1989 (*J.O.* du 8 août 1989) ;

Loi n° 90-34 du 10 janvier 1990 (*J.O.* du 12 janvier 1990) ;

Décret n° 91-902 du 6 septembre 1991 (*J.O.* du 13 septembre 1991) ;

Loi n° 91-1383 du 31 décembre 1991 (*J.O.* du 1er janvier 1992) ;

Loi n° 92-190 du 26 février 1992 (*J.O.* du 29 février 1992) ;

Loi n° 92-625 du 6 juillet 1992 (*J.O.* du 9 juillet 1992).

(14) Sur cette question voir l'article d'Agnès Hochet, "L'immigration dans le débat politique français", Revue Pouvoirs n° 47, "L'immigration", P.U.F 1988, pp. 23-30.

(15) *J.O.* du 29/08/1993, p. 12196. Pour un premier commentaire, H. Guimezanes, JCP 1993, Édition G n° 32-36, Actualités.

(16) D. Loschak, "L'étranger ou la double exclusion", *R.I.E.J.* 1986, *op. cit.*, p. 78.

gistrats des deux ordres de juridictions ainsi que divers représentants d'administration (17).

Reste que selon les époques, le rôle de la commission était plus ou moins important par rapport au fait que l'avis pouvait être ou non sollicité par l'autorité, compétente pour prendre la mesure d'expulsion. Avec l'article 16 de la loi du 24 août 1993 s'ouvre une période où l'on assiste à une diminution de son rôle (A).

Se situant sur le plan matériel, l'ordonnance de 1945 assure néanmoins la protection d'un certain nombre de personnes qui ne pouvaient faire l'objet d'une décision de cette nature.

Compte tenu de l'importance de ce privilège, il est évident que c'est sur cet aspect de l'ordonnance qu'a porté également la réforme de l'été 1993. En effet, puisqu'elle est fréquemment invoquée par l'ensemble des étrangers, selon la situation personnelle de chacun, les parlementaires de la nouvelle majorité "RPR/UDF" n'ont pas hésité à entreprendre, pour partie, la révision de la liste des personnes non expulsables (B).

A - LA DIMINUTION DU RÔLE DE LA COMMISSION SPÉCIALISÉE

Le mécanisme originel de l'ordonnance de 1945 prévoyait que la commission spécialisée ne se réunissait que si l'étranger le demandait afin "de faire valoir toutes les raisons qui militent contre son expulsion" (18). Par la suite, le Ministre de l'intérieur restait entièrement libre sur le sens de sa décision en présence de l'avis de cet organe consultatif. L'autorité ministérielle bénéficiait d'autant plus de cette souplesse juridique que dans le texte de base aucune obligation d'information ne semblait peser sur l'administration centrale pour qu'elle porte à la connaissance de l'intéressé l'existence de cette commission.

En réalité, il n'en est rien et l'imprécision législative (19) peut être comblée en invoquant la jurisprudence du Conseil d'État sur les droits de la défense comme principe général du droit (20). Avec la loi n° 81-973 du 29 octobre 1981 (21) le droit commun de l'expulsion est réformé sur deux points.

(17) L'article 24 § 2 issu de la loi du 29/10/1981 est rédigé de la manière suivante :

"L'étranger est convoqué pour être entendu par une commission siégeant sur convocation du préfet et composée :

Du président du tribunal de grande instance du chef-lieu du département, ou d'un juge délégué par lui, président ;

D'un magistrat désigné par l'assemblée générale du tribunal de grande instance du chef-lieu du département ;

D'un conseiller du tribunal administratif.

Le chef du service des étrangers à la préfecture assure les fonctions de rapporteur ; le directeur départemental de l'action sanitaire et sociale ou son représentant est entendu par la commission ; ils n'assistent pas à la délibération de la commission.

La convocation, qui doit être remise à l'étranger quinze jours au moins avant la réunion de la commission, précise que celui-ci a le droit d'être assisté d'un conseil et d'être entendu avec un interprète.

L'étranger peut demander le bénéfice de l'aide judiciaire dans les conditions prévues par la loi n° 72-11 du 3 janvier 1972. Cette faculté est indiquée dans la convocation. L'admission provisoire à l'aide judiciaire peut être prononcée par le président de la commission.

Les débats de la commission sont publics. Le président veille à l'ordre de la séance. Tout ce qu'il ordonne pour l'assurer doit être immédiatement exécuté. Devant la commission, l'étranger peut faire valoir toutes les raisons qui militent contre son expulsion. Un procès-verbal enregistrant les explications de l'étranger est transmis, avec l'avis de la commission, au ministre de l'intérieur qui statue. L'avis de la commission est également communiqué à l'intéressé.

(18) Article 26 de la première rédaction de l'ordonnance de 1945.

(19) Sur ce point l'ordonnance de 1945 est demeurée relativement floue puisque l'initiative de la réunion était entièrement remis entre les mains de l'intéressé sans prévoir un automatisme particulier.

(20) C.E. Section 5/05/1944, Dame Vve Trompier Gravier, Rec. p. 133 ; GAJA, 10^e édition 1993, n° 64, p. 350.

(21) Relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, J.O. du 30 octobre 1981, p. 2970.

D'une part, la réunion de la commission spécialisée est systématique et il n'y a pas lieu de s'attendre à un acte de bienveillance de la part des pouvoirs publics. D'autre part, et c'est là un aspect fondamental de ce texte, un avis défavorable de la commission pourra désormais interrompre la procédure d'expulsion. Il va sans dire qu'à partir de l'adoption de ce texte "les garanties de procédure qui l'entourent sont accrues" (22) et qu'elles peuvent constituer un véritable frein dans la mise en œuvre de ce pouvoir discrétionnaire.

Pour permettre un plein épanouissement de ce phénomène administratif, la majorité parlementaire, issue des élections de mars 1986, modifia cette disposition pour faire "sauter" la soupape de sécurité dont pouvait bénéficier l'étranger. Dans la loi n° 86-1025 du 9 septembre 1986 (23), la commission spécialisée redevient un organe consultatif sans pouvoir d'opposition au Ministre de l'intérieur. Lors de la discussion du texte à l'Assemblée nationale, cette question fut abordée par le député J.-Y. Le Déant ; et le Ministre chargé de la sécurité, R. Pandraud, invoqua l'incohérence qui existait entre des faits sanctionnés pénalement en raison de leur extrême gravité et la position de cette commission administrative (24). Pendant près de trois ans, toutes les commissions spécialisées devaient fonctionner sur ce nouveau modèle décisionnel dépourvu d'intérêt pour ceux qui devaient s'y présenter. Il a fallu attendre l'alternance socialiste de 1988 puis la loi n° 89-548 du 2 août 1989 (25) pour qu'intervienne une fois de plus un changement dans l'attribution de pouvoir à la commission spécialisée. Revue à la hausse, celle-ci ne manquera pas avec la loi du 24 août 1993 d'être momentanément descendue à un seuil où l'on est en droit de se demander qu'elle est son utilité. La question mérite d'être entièrement posée dans la mesure où le législateur a mené à son terme l'opération de "dénoyautage" des prérogatives (26) dont disposait jusqu'à tout récemment ces organes administratifs. Dans ce nouvel environnement juridique la position de la commission perd toute sa valeur pour ne devenir qu'une simple appréciation dépourvue de toute force obligatoire pour ses destinataires. La remise en cause de cette institution peut surprendre alors que certains voyaient en la commission un organe ayant un "caractère quasi juridictionnel" (27) voire "juridictionnel" (28).

Si l'on se penche initialement sur les deux volumineux rapports présentés respectivement à l'Assemblée Nationale (29) et au Sénat (30), aucun commentaire

(22) D. Loschak, "L'entrée et le séjour des étrangers en France : une législation sous influence", A.J.D.A. 1989, Doctrine p. 587.

(23) Relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, *J.O.* du 12 septembre 1986, p. 11035.

(24) *J.O.* Débats, Assemblée nationale, 2ème séance du 15/07/1986, p. 3281 :

- en 1982 la Cour d'assises de Seine Maritime : coups ayant entraîné la mort (10 ans de réclusion) ; avis défavorable de la commission ;

- 1983, Cour d'appel de Reims : attentat à la pudeur avec violence (5 ans de prison) ; avis défavorable de la commission ;

- 1983, Cour d'assises de Paris, 10 ans de réclusion criminelle pour assassinat et tentative d'assassinat ; avis défavorable de la commission.

(25) Relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, *J.O.* du 8 août 1989.

(26) Avant la modification de l'article 23, al. 2, de l'ordonnance 45 par la loi du 24/08/1993 (art. 15), l'avis conforme de la commission spécialisée était également requis pour refuser à un étranger l'abrogation de l'arrêté d'expulsion lorsque cette demande est faite à l'expiration d'un délai de 5 ans, à compter de l'exécution définitive de cette mesure. Avec le nouveau droit positif, l'autorité compétente se contentera d'une simple consultation obligatoire. On retrouve avec la même force l'application de la loi du 9/09/1986 qui avait également institué ce régime libéral d'abrogation où le pouvoir central n'était lié par aucun élément extérieur lui imposant un type de décision plutôt qu'un autre.

(27) J. Rivéro, "Les libertés publiques", P.U.F 1989, T. 2, p. 136.

(28) N. Guimezanes, "Le droit des étrangers : l'entrée et le séjour", Édition Armand Colin, Collection "U" 1987, p. 149.

(29) Rapport n° 326 présenté par le Député J.-P. Philibert, 10ème législature, p. 81.

(30) Rapport n° 399 présenté par le sénateur P. Masson, 2ème Session extraordinaire 1992/1993, p. 66 et s.

n'est apporté pour tenter de donner un commencement d'explication pour justifier une telle absence dans la protection de l'étranger sur le point d'être expulsé. Ce manque d'indication devient une sorte de normalité dans un contexte marqué à la base par le caractère discrétionnaire de la procédure. Ce degré supplémentaire rend le recours à la police spéciale des étrangers encore plus facile et plus libre pour ces principaux détenteurs. En fait, le législateur anéantit les uns après les autres les obstacles qui pourraient empêcher ce pouvoir "régalien" d'évoluer normalement vers l'arbitraire. Avec l'avis de la commission spécialisée, c'est le dernier bastion qui est tombé car l'on n'a plus la possibilité effective et concrète de faire valoir ses droits face à l'administration. Ceci ne fait que confirmer l'idée selon laquelle la commission spécialisée n'est qu'un simple organe administratif parmi tant d'autres chargé de préparer une décision. En réalité, c'est une position traditionnellement admise tant par la doctrine administrative (31) que par la jurisprudence (32). On ne peut que regretter une telle démarche eu égard à la nature de sa composition. La présence des membres des deux ordres de juridiction serait le gage d'une plus grande impartialité et cela permettrait d'extraire la commission du giron de l'autorité administrative de manière à lui donner une crédibilité, aussi réelle que possible, tant à l'égard de ceux qui comparaitront devant elle qu'à l'égard de l'opinion publique.

En lui ôtant la possibilité d'émettre un avis défavorable, le législateur a réduit quelque peu les chances de l'étranger de voir son affaire examiner avec la sérénité qui caractérise ce type d'organe "quasi-juridictionnel". Les débats ne seront plus ce qu'ils étaient et, c'est sans conviction aucune que les personnes et leurs conseils se présenteront devant celle-ci. En amont de la prise de décision, l'échéance administrative ne peut plus être reculer. Il est vrai que cela correspond à une certaine logique de l'action du pouvoir central : à partir du moment où une procédure d'expulsion est déclenchée contre un étranger, on ne voit pas pourquoi l'autorité compétente devrait s'encombrer d'un quelconque désaccord de la part d'un organe issu de ces rangs.

Le seul aspect véritablement positif, s'il en est, est de connaître avec exactitude la situation personnelle de l'intéressé afin que le signataire de la mesure soit pleinement informé de ces conséquences sur l'avenir de celui-ci. C'est le minimum incompréhensible dont la puissance publique n'a pas réussi à s'affranchir. Il en est ainsi, car "la jurisprudence fait obligation à l'administration de procéder à un examen particulier des circonstances de l'affaire avant de prendre une décision individuelle pour laquelle elle n'a pas compétence liée" (33).

En l'espèce, qui, mieux que la commission spécialisée, pourrait seconder aussi efficacement les services du ministère de l'intérieur en réunissant, de manière objective, les informations indispensables à rendre l'acte d'expulsion le moins contestable possible ? Il est également fort probable, en cas de contentieux de l'annulation, que les travaux de la commission, même s'ils ne constituent qu'une étape dans le processus de décision, servent de documents de référence lors de l'instruction de l'affaire et d'orienter au mieux la solution du juge.

Force est alors de constater que l'État, dans son ensemble, dispose de la plénitude de compétence pour parvenir à l'objectif qu'il s'est fixé en matière de maîtrise de l'immigration. Par là même, il pourra jouer sur le niveau en supprimant les unes après les autres les garanties de procédure et en plaçant l'étranger dans la plus grande

(31) J.O. Débat, Assemblée nationale, Séance du 30/09/1981, p. 1414 : au moment de la discussion de la loi du 29/10/1981, Mme le Ministre de la Solidarité nationale rappelait fermement aux membres de la Haute assemblée que cette commission n'est pas une juridiction, c'est un organisme qui donne un avis à l'administration.

(32) Tribunal administratif de Bordeaux, 3/12/1992, Sieur B. c/Ministre de l'Intérieur, Requête n° 9201137 et 9200202.

(33) B. Genevois, Conclusions sur l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'État, DRIDI 21/01/1977 ; G.P. 1977-I, p. 342.

instabilité juridique et psychologique. A cet état du droit, le Conseil constitutionnel n'a pas été sensible lorsque la loi modifiant l'ordonnance de 1945 lui a été déférée par un groupe de députés (34) et de sénateurs (35).

L'argumentation de ces derniers faisait remarquer d'une part "qu'en ne liant plus la décision de l'autorité administrative à l'avis de cette commission, le législateur a privé de garanties légales les droits de la défense des étrangers concernés" ; et que, d'autre part, "les dispositions de ces articles méconnaissaient l'article 66 de la Constitution".

La réponse de la Haute juridiction constitutionnelle s'articulait comme suit : *"Considérant que les cas visés par les dispositions contestées concernent des décisions d'expulsion et les demandes d'abrogation des arrêtés prononçant de telles décisions ; qu'en ne liant plus dans ce domaine les décisions de l'autorité administrative par l'avis de la commission consultative, le législateur a modifié une procédure administrative sans porter atteinte aux garanties juridictionnelles de droit commun applicables en l'espèce ; qu'il n'a ainsi méconnu aucun principe ni aucune règle constitutionnelle"* (36). On soulignera, dans cette affaire, que le Conseil ne s'est pas trop immiscé dans ce différend constitutionnel et s'est contenté de renvoyer le requérant expulsé en présence des garanties juridictionnelles de droit commun. Pour justifier d'une telle prise de position, il faut toujours avoir présent à l'esprit que l'on se trouve dans la sphère de la Haute police, terre d'élection du pouvoir discrétionnaire du législateur (37) et sur lequel on le sait *"l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement"* (38). Mais, par ailleurs, il ne faut pas oublier que, quelle que soit la garantie juridictionnelle offerte, et plus particulièrement la juridiction administrative, l'introduction d'un recours pour excès de pouvoir n'empêchera nullement l'exécution de la décision s'il n'y a pas le dépôt parallèle d'une demande de sursis. Même dans ce cas-là, il sera souvent trop tard car l'étranger aura aussitôt embarqué pour une destination d'où il lui sera très difficile d'assurer à ces droits de la défense une promotion maximale. Point n'est besoin de poursuivre l'épilogue et, pour échapper à l'indifférence totale de la commission, il importera de se réclamer de l'article 25 de l'ordonnance de 1945 sur laquelle la législation est intervenue pour le réviser.

B - LA RÉVISION DE LA LISTE DES PERSONNES NON EXPULSABLES

L'ordonnance de 1945 restait partiellement muette (39) sur l'existence de personnes ne pouvant faire l'objet d'une procédure d'expulsion. Face à un tel vide textuel on ne peut véritablement affirmer que certaines catégories de personnes pourraient bénéficier de la plus grande protection juridique dans la mesure où le pouvoir discrétionnaire de l'administration ne connaissait de limite *"rationae personae"*.

La loi du 29 octobre 1981 précitée est venue apporter un assouplissement de taille au régime juridique de l'expulsion. Pour la première fois, le législateur fixe

(34) Lettre de saisine, *J.O.*, p. 11731.

(35) Lettre de saisine, *J.O.*, p. 11737.

(36) Décision 93-325 DC du 13/08/1993, *J.O.*, p. 11722. Voir les commentaires suivants : M.M. Favoreu et Philip in *G.D.C.C.*, 7ème édition 1993, n° 47, p. 827 et s. ; Doyen L. Favoreu, *Revue. fr. de Droit constitutionnel*, 1993/15, p. 583.

(37) Pour cette question délicate voir l'excellent ouvrage de X. Philippe, *"Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises"*, *Economica-PUAM*, 1990, p. 147 et s.

(38) Décision du Conseil constitutionnel 75-54 DC, *"TVG"*, *Rec.* p. 19 ; *G.D.C.C.*, obs. MM. Favoreu et Philip, *op. cit.*, n° 23, p. 295 et s.

(39) Seul l'article 4 prévoit que *"les dispositions de la présente ordonnance ne sont pas applicables aux agents diplomatiques et aux conseils de carrière"*.

une liste de personnes non expulsables. "Ce texte a pour objet, dans un but humanitaire, de mettre à l'abri de l'expulsion diverses catégories d'étrangers essentiellement en raison de leur âge, de la durée de leur résidence en France ou, pour des raisons d'ordre social" (40). Contrairement avec ce qui s'est passé pour l'avis de la commission spécialisée, les législateurs successifs ne pouvaient indéfiniment défaire ce qui avait été précédemment édicté.

C'était d'autant plus le cas qu'on ne pouvait trop longtemps ignorer les développements de la jurisprudence constitutionnelle en matière de libertés fondamentales (41) et pour lesquelles les étrangers sont souvent concernés par leur réception. Ainsi donc, si le législateur de 1986 (42) n'a pas touché à la nomenclature de l'article 25, il n'en a pas moins apporté quelques modifications dont l'interprétation n'est pas exempt de toutes critiques.

A titre d'illustration, on peut prendre l'exemple de la situation juridique des mineurs de 18 ans qui, dans le régime de la loi de 1981, jouissent d'une immunité totale. Au contraire, avec la loi du 9 septembre 1986, la même personne ne bénéficie plus des mêmes conditions de protection puisqu'elle peut faire l'objet d'une mesure d'expulsion. Une telle différence de traitement s'explique par le fait que, dans la seconde hypothèse, la cellule familiale ne doit pas être éclatée. Il est préférable, dans l'intérêt de l'enfant, de ne pas le séparer de ses parents pour éviter une série de

(40) N. Guimezanes, "La loi n° 81-973 du 29/10/1981 sur les conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France", Dalloz, Doctrine, 1982, p. 179, § 21. Le texte est rédigé dans les termes suivants : (L. n° 81-973 du 29 oct. 1981) Ne peuvent faire l'objet d'un arrêté d'expulsion, en application de l'article 23 :

1° - L'étranger mineur de dix-huit ans ;

2° - L'étranger qui justifie, par tous moyens, résider en France habituellement depuis qu'il a atteint au plus l'âge de dix ans ;

3° - L'étranger qui justifie, par tous moyens, résider en France habituellement depuis plus de quinze ans ;

4° - L'étranger, marié depuis au moins six mois, dont le conjoint est de nationalité française ;

5° - L'étranger qui est père ou mère d'un ou plusieurs enfants français dont l'un au moins réside en France, à moins qu'il n'ait été définitivement déchu de l'autorité parentale ;

6° - L'étranger titulaire d'une rente accident du travail servie par un organisme français et dont le taux d'incapacité permanente et partielle est égal ou supérieur à 20 % ;

7° - L'étranger qui n'a pas été condamné définitivement à une peine au moins égale à un an d'emprisonnement sans sursis.

Toutefois, par dérogation au 7° ci-dessus, peut être expulsé tout étranger qui a été condamné définitivement à une peine d'emprisonnement sans sursis d'une durée quelconque pour une infraction prévue aux articles 4 et 8 de la loi n° 73-548 du 27 juin 1973 relative à l'hébergement collectif, à l'article L. 364-2-1 du Code du travail ou aux articles 334, 334-1 et 335 du Code pénal.

(41) Voir en ce sens l'ouvrage de référence de MM. Favoreu et Philip, "Les grandes décisions du Conseil constitutionnel", Sirey, 7^e édition 1993 ; également la Revue française de droit constitutionnel dont le Doyen L. Favoreu en est le directeur.

(42) L'article 9 de la loi n° 86-1025 du 9/09/1986 précité est rédigé dans les termes suivants :

Art. 9 - I. - Les 1° et 5° de l'article 25 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 précitée sont remplacés par les dispositions suivantes :

1° L'étranger mineur de dix-huit ans, sauf si les personnes qui subviennent effectivement à ses besoins font elles-mêmes l'objet d'une mesure d'expulsion ou de reconduite à la frontière et si aucune autre personne résidant régulièrement en France n'est susceptible de subvenir à ses besoins ; pour l'étranger mineur de seize ans, l'avis de la commission départementale d'expulsion doit être conforme ;

2° L'étranger, marié depuis au moins un an, dont le conjoint est de nationalité française, à la condition que la communauté de vie des deux époux soit effective ;

3° L'étranger qui est père ou mère d'un enfant français résidant en France, à la condition qu'il exerce, même partiellement, l'autorité parentale à l'égard de cet enfant ou qu'il subviennent effectivement à ses besoins ;

4° L'étranger qui justifie par tous moyens avoir sa résidence habituelle en France depuis qu'il a atteint au plus l'âge de dix ans ou depuis plus de dix ans et qui n'a pas été condamné définitivement pour crime ou délit à une peine au moins égale à six mois d'emprisonnement sans sursis ou un an avec sursis ou à plusieurs peines d'emprisonnement au moins égales, au total, à ces mêmes durées".

II. - Le 6° de l'article 25 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 précitée devient le 5°.

III. - Le 7° et le dernier alinéa de l'article 25 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 précitée sont abrogés.

troubles socio-psychologiques dommageables pour lui-même et pour le reste de la société.

Reste qu'en maintenant ce type de sauvegarde sur la "tête" de l'enfant, l'administration centrale risquait de se trouver dans l'impossibilité d'expulser les parents dès lors qu'ils invoqueraient l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (43) dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir.

Par rapport à ce dispositif, le juge administratif disposait des moyens nécessaires pour neutraliser l'effet de cette norme législative (44). Pressentant la portée d'une telle construction prétorienne autour du droit international, la loi du 2 août 1989 (45) puis la loi du 31 décembre 1991 (46) reprennent à quelque chose près la liste des personnes non-expulsables. Avec la victoire des libéraux, il était inconcevable qu'un tel édifice ne puisse faire l'objet d'aucune modification de la part d'un gouvernement dont la politique en matière d'immigration peut être considérée avant

(43) Ce texte dispose notamment en son alinéa 1 *toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.*

(44) C.E. Ass. 19 avril 1991, *Belgacem*, Rec. 152 ; du même jour, Ass. *Mme Babas*, Rec. 162 ; Rec. 152 ; R.F.D.A. 1991.497, R.G.D.I.P. 1991.800 et R.U.D.H. 1991.242, concl. Abraham ; A.J. 1991.551, note Julien Laferrière ; Rev. Adm. 1991.239, note Ruiz-Fabri ; J.C.P. 1991.II.21.757, note Nguyen Van Tuong ; Rev. cr. dr. inter. pr. 1991.677, note Turpin ; Cah. Dr. Eur. 1991.549, note Nguyen Van Tuong ; L.P.A. 8 juill. 1991, note Reydellet et 26 déc. 1992, note Icard.

Comme le note très justement les commentateurs des Grands arrêts de la jurisprudence administrative : "Une étape supplémentaire dans la protection des étrangers a été franchie depuis que le Conseil d'État a jugé, comme l'avait fait antérieurement la Cour européenne des droits de l'homme (arrêt *Berrehab* du 21 juin 1988 et arrêt *Moustaquim* du 18 févr. 1991) que l'art. 8 de la Convention, sur le droit au respect de la vie familiale, doit être appliqué par l'administration lorsqu'elle enjoint à un étranger de quitter le territoire national. Le juge administratif exerce sur ce point un contrôle de proportionnalité entre la mesure portant atteinte au droit à la vie familiale et l'intérêt public, contrôle qui absorbe alors le contrôle restreint portant sur la menace à l'ordre public". Sirey, 10^e édition 1993, p. 689.

(45) L'article 13 de la loi du 2/08/1989 est rédigé de la sorte :

I. - Les 1^o, 2^o et 4^o de l'article 25 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 sont rétablis dans leur rédaction antérieure à la loi n° 86-1025 du 9 septembre 1986.

II. - Le 3^o de l'article 25 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 dans sa rédaction antérieure à la loi n° 86-1025 du 9 septembre 1986 est modifié et est ainsi rédigé :

"3^o L'étranger qui justifie par tous moyens résider en France habituellement depuis plus de quinze ans ainsi que l'étranger qui réside régulièrement en France depuis plus de dix ans."

III. - Le 5^o de l'article 25 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 est ainsi rédigé :

"5^o L'étranger qui est père ou mère d'un enfant français résidant en France, à la condition qu'il exerce, même partiellement, l'autorité parentale à l'égard de cet enfant ou qu'il subvienne effectivement à ses besoins."

IV. - Le 6^o de l'article 25 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 dans sa rédaction antérieure à la loi n° 86-1025 du 9 septembre 1986 est ainsi rédigé :

"6^o L'étranger titulaire d'une rente d'accident de travail ou de maladie professionnelle servie par un organisme français et dont le taux d'incapacité permanente est égal ou supérieur à 20 %."

V. - Le 7^o et le dernier alinéa de l'article 25 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 sont rétablis dans leur rédaction résultant de la loi n° 81-913 du 29 octobre 1981 sous réserve de l'introduction entre les mots : "l'étranger" et : "qui n'a pas été condamné" du membre de phrase suivant : "résidant régulièrement en France sous couvert de l'un des titres de séjour prévus par la présente ordonnance ou les conventions internationales."

VI. - L'article 25 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 est complété par un alinéa ainsi rédigé :

"Les étrangers mentionnés aux 1^o et 6^o ne peuvent faire l'objet d'une mesure de reconduite à la frontière en application de l'article 22 de la présente ordonnance ou d'une mesure judiciaire d'interdiction du territoire en application de l'article 19 de la même ordonnance."

(46) L'article 23 de la loi du 31/12/1991 est rédigé de la sorte (*J.O.*, p. 7).

Art. 23. - I. - Le neuvième alinéa de l'article 25 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 précitée est ainsi rédigé : "Toutefois, par dérogation au 7^o ci-dessus, peut être expulsé tout étranger qui a été condamné définitivement à une peine d'emprisonnement sans sursis d'une durée quelconque pour une infraction prévue ou réprimée par l'article 21 de la présente ordonnance, les articles 4 et 8 de la loi n° 73-538 du 27 juin 1973 relative à l'hébergement collectif, les articles L. 362-3, L. 364-2-1, L. 364-3 et L. 364-5 du Code du travail ou les articles 334, 334-1 et 335 du Code pénal".

II. - Le troisième alinéa de l'article 25 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 précitée est ainsi rédigé : "Les étrangers mentionnés aux 1^o à 6^o ne peuvent faire l'objet d'une mesure de reconduite à la frontière en application de l'article 22 de la présente ordonnance".

tout comme un enjeu électoral (47). Le nouvel article 25 de l'ordonnance de 1945 prend une nouvelle physionomie sans être complètement remanié (48). Notre commentaire portera uniquement sur les changements apportés par le législateur.

Tout d'abord, le § 2 de l'article 25 n'est modifié que dans le sens où désormais la limite d'âge retenue, pour apprécier à partir de quand un étranger réside habituellement en France, a été portée de 10 à 6 ans.

L'extension de l'espace temps n'ira certainement pas accroître la protection de l'étranger dans la mesure où il va devoir apporter pour cette nouvelle période des justifications supplémentaires sur sa résidence habituelle. En réalité, cette disposition n'a pas d'intérêt immédiat car jusqu'à leur majorité moins un jour ils bénéficieront du § 1 de l'article 25 de l'ordonnance. A terme, on se pose la question de son utilité dans une conjoncture économique et sociale où l'immigration est stoppée depuis de nombreuses années.

Mais elle vise néanmoins une catégorie résiduelle d'étrangers sur laquelle il est toujours bon de maintenir un contrôle. En effet, les étrangers de la première génération ont capitalisé un nombre d'années suffisant pour s'estimer hors de toute atteinte de l'action administrative. Pour les autres, un certain civisme les incite à acquérir la nationalité française. Enfin, pour ceux qui seraient nés sur le territoire national et qui auraient expressément manifesté leur volonté, ils deviendraient français en application du droit du sol dit "jus soli" (49). On observera également que le projet initial ne prévoyait nullement la baisse de la limite d'âge mais faisait référence à l'autorisation de séjourner au titre du regroupement familial (50). Mais "cette restriction avait pour but de prévenir le regroupement familial sauvage" (51). Le texte définitif ne reprit absolument pas à son compte cette proposition particulière. On regrettera un tel retrait car c'est justement par le biais de la technique du regroupement familial que l'on pourrait affirmer que l'étranger évolue socialement au sein d'une structure juridique organisée.

Dépassant ce cadre, le professeur P. Kayser (52) notait également que "le regroupement a un intérêt économique évident pour les membres de la famille réunis dans un seul foyer. Il n'est pas non plus dépourvu d'intérêt pour le pays d'accueil puisque les gains des membres de la famille y sont en partie consommés. Mais l'intérêt moral du regroupement est plus important encore : il permet à des époux de vivre ensemble et d'élever en commun leurs enfants".

(47) Lire en ce sens le discours de Serge Didier, député de Haute Garonne, prononcé à l'Assemblée nationale, à l'occasion du vote de ce texte in "Le nouveau libéral", n° 40 du 13/07/1993, p. 14.

(48) L'article 17 de la loi du 22/08/1993 est rédigé dans les termes suivants :

Art. 17. - L'article 25 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 précitée est ainsi modifié :

I. - Le 2° est ainsi rédigé :

"2° L'étranger qui justifie par tous moyens résider en France habituellement depuis qu'il a atteint au plus l'âge de six ans ;".

II. - Le 3° est complété par les mots : "sauf s'il a été, pendant toute cette période, titulaire d'une carte de séjour temporaire portant la mention "étudiant"".

III. - Le 4° est ainsi rédigé :

"4° L'étranger, marié depuis au moins un an avec un conjoint de nationalité française, à condition que la communauté de vie n'ait pas cessé et que le conjoint ait conservé la nationalité française ;".

IV. - Il est ajouté un alinéa ainsi rédigé :

"Par dérogation aux dispositions du présent article, l'étranger entrant dans l'un des cas énumérés aux 3°, 4°, 5° et 6° peut faire l'objet d'un arrêté d'expulsion en application des articles 23 et 24 s'il a été condamné définitivement à une peine d'emprisonnement ferme au moins égale à cinq ans."

(49) Article 11 de la loi du 22/07/1993 (J.O. p. 10342 => réformant le droit de la nationalité) modifiant intégralement l'article 44 du Code de la nationalité ; voir également l'article d'Olivier Schrameck, "La réforme du droit de la nationalité", A.J.D.A. 1993, n° 11, p. 755 et s.

(50) Projet de loi déposé à l'Assemblée nationale n° 260, 10ème législature 1992/1993.

(51) Rapport présenté à l'Assemblée nationale, n° 326, op. cit., p. 82.

(52) "Le regroupement familial dans le droit communautaire, la Convention européenne des droits de l'homme et le droit interne français", JCP 1993, Doctrine n° 3679, § 1.

Quoiqu'il en soit, même si le regroupement familial n'a pas été intégré, il demeure une garantie pour l'un des membres de la famille à condition qu'elle ait consenti à y avoir recours (53).

Le § 3 de l'article 25 fait l'objet d'un complément rédactionnel qui touche à la qualité de l'étudiant. Désormais, le critère de la durée de la résidence en France doit s'apprécier de la manière suivante : *"l'étranger qui justifie par tous moyens résider en France habituellement depuis plus de 15 ans ainsi que l'étranger qui réside régulièrement en France depuis plus de 10 ans, sauf s'il a été pendant toute cette période titulaire d'une carte de séjour temporaire portant la mention "étudiant"*.

Avec ce rajout textuel, est-ce une "déclaration de guerre" qui est lancée en direction des étudiants étrangers ? On ne peut apporter immédiatement une réponse positive car l'interprétation de cette disposition *in fine* n'est pas aussi évidente qu'il n'y paraît. On observera, pour en éclairer le sens, que le gouvernement précédemment avait édicté une circulaire dont l'intitulé est à lui seul une marque de reconnaissance. Il s'agit d'un texte relatif au contrôle de la réalité des études des étudiants étrangers en France (54), prévu dans le cadre du dispositif de lutte contre l'immigration clandestine.

La loi du 24 août 1993 (55) améliore la performance en excluant d'une part, l'étudiant d'un possible renouvellement de plein droit de sa carte de résidence au titre de l'article 15, § 12, de l'ordonnance de 1945 prévoyant le régime de délivrance de ce type de document administratif. D'autre part, et c'est le corollaire de la restriction précédemment instituée, dorénavant, un étranger, ayant eu exclusivement le statut d'étudiant, ne pourra comptabiliser les années passées pour l'obtention d'un diplôme si celles-ci dépassent le seuil des 10 ans et un jour. C'est une façon, relativement complexe par la technicité de l'alinéa, d'affirmer que l'activité universitaire ne participe nullement ou reste totalement indifférente, lors de l'instruction de la demande de renouvellement ou l'invocation d'une certaine durée de séjour pour s'opposer à toute procédure d'expulsion.

On comprend d'autant moins cette réaction que le rapporteur, J.-P. Philibert, à l'Assemblée nationale (56) faisait remarquer sur la qualité d'étudiant que "si pendant cette période, soit avant d'entamer ses études, soit entre deux cycles universitaires, soit à l'issue de ses études, il a séjourné sous le couvert d'un autre titre de séjour, par exemple une carte de séjour temporaire "visiteur", "membre de famille" ou pour l'exercice d'une activité professionnelle, il a pleinement droit à la carte de résident".

Ce raisonnement peut donc être étendu au mécanisme d'expulsion et permettre à nouveau à l'étudiant de solliciter ces années universitaires. Mais alors comment expliquer cette différence de traitement entre ces deux catégories d'étudiants.

C'est une question similaire à laquelle le Conseil constitutionnel devait répondre selon l'argumentation parlementaire suivante. Les sénateurs, auteurs de la première saisine et les députés, auteurs de la seconde saisine faisaient grief à cet article de porter atteinte au principe d'égalité devant la loi en excluant de la catégorie des étrangers protégés contre l'expulsion les résidents titulaires d'une carte de séjour étudiant.

(53) Voir supra note 44, la jurisprudence du Conseil d'État sur le respect de l'article 8 de la C.E.D.H.

(54) Circulaire du 29/10/1991 publiée in "Étrangers : entrée, séjour et exercice d'une activité professionnelle", Ministère des affaires sociales, de la santé et de la ville, JORF 1992, p. 194.

(55) Il s'agit plus précisément de l'article 8, § 4. Le 12° est ainsi rédigé : "12° A l'étranger qui est en situation régulière depuis plus de 10 ans, sauf s'il a été, pendant toute cette période, titulaire d'une carte de séjour temporaire portant la mention "étudiant".

(56) Rapport n° 326, op. cit., p. 60.

La Haute juridiction constitutionnelle s'est prononcée de la manière suivante (57) : "Considérant en premier lieu qu'au regard de leurs attaches avec la France, les étrangers qui n'ont résidé sur le territoire français que pour y effectuer des études ne sont pas dans la même situation que ceux qui y ont résidé pendant la même durée pour d'autres motifs ; que, dès lors, compte tenu du but que s'est assigné le législateur, la réserve qu'il a prévue concernant certains étudiants ne méconnaît pas le principe d'égalité". Tout simplement on veut éviter que les étudiants, objet de la restriction, ne franchissent un peu trop facilement le passage des 10 ans, alors qu'ils ne sont titulaires que d'une carte de séjour temporaire. La neutralisation est complète pour une partie de la population étrangère qui n'a pas encore pris de décision concernant une installation durable sur le territoire national. De même, il apparaît tout à fait légitime, dans la mesure du strict nécessaire, de porter une attention particulière sur des personnes dont le pays d'origine n'a pas adopté complètement le modèle démocratique où les droits de l'homme ont une raison d'être. Il ne faut pas, sous prétexte d'études supérieures, que la France devienne un point de rencontre pour des individus peu scrupuleux, par les actions dévastatrices qu'ils pourraient mener contre la sécurité des personnes et des biens. Concernant toujours ce paragraphe, le reste du mécanisme initial a été reconduit, c'est-à-dire l'étranger qui ne veut faire l'objet d'un arrêté d'expulsion doit soit justifier par tous moyens résider en France habituellement depuis plus de 15 ans, soit régulièrement depuis plus de 10 ans. A ce titre, on remarquera que la distinction entre le résident habituel et le résident régulier est somme toute logique. Dans le premier cas, on va attacher le séjour à un faisceau de présomptions le plus concordant possible pour tirer toutes les conséquences sur l'élasticité administrative du terme habituel. Sur ce point, l'administration a apporté les indications suivantes : "*l'étranger qui réside habituellement en France est celui qui y est établi, c'est-à-dire qui y occupe un logement de façon continue, y exerce sa profession, y paie ses impôts. Si cet étranger vient à être incarcéré pour une infraction commise en France, il ne cesse pas pour autant de remplir la condition de résidence habituelle. Le temps qu'il passe dans un établissement pénitentiaire doit être pris en compte pour le calcul des années passées en France*" (58).

Cette dernière faveur administrative a été contestée par le juge administratif refusant d'inclure le passage d'un étranger dans un établissement pénitentiaire au titre de sa résidence habituelle (59). On voit donc que l'étranger doit avoir consenti à s'investir sur le sol français avec tout ce que cela entraîne comme formalités. La rigueur sur une telle question de fait se justifie par la volonté de lutter contre cette immigration qui consiste à se déplacer indéfiniment entre la France et son pays d'origine sans véritablement se décider à se fixer.

Dans le deuxième cas touchant à la résidence régulière, le rattachement s'apprécie par la production d'un titre de séjour "dont il reste toujours trace dans les dossiers de l'administration préfectorale au cas où l'étranger ne l'aurait plus en sa possession" (60). Avec cette hypothèse, il y a beaucoup moins d'incertitude puisqu'il suffit de se reporter à la date à laquelle l'étranger a sollicité pour la première fois une carte de résident. On comprend alors pourquoi la phase probatoire a été ramenée à 10 ans, dès lors que les pouvoirs publics se voient opposer leur propre réglementation qui est d'une plus grande certitude pour tout le monde. Sur le plan politique et

(57) Voir les observations du Doyen L. Favoreu, RFDC 1993, n° 15, op. cit., p. 595 ; voir également sur les conditions d'application du principe d'égalité, G.D.C.C. 7^e édition, op. cit., p. 282, § 8 et s.

(58) J.O. Débats, Assemblée nationale, Questions, 31/05/1982, p. 2252, n° 6456.

(59) T.A. de Versailles, 18/10/1985, Preira John c/ Ministre de l'Intérieur, D.A. 1986, n° 113 ; C.E. 6/05/1988, Ammouche Lebon, p. 174.

(60) Ph. Waquet et Fr. Julien Laferrière, Observation sous C.E. 11/03/1988, Hamadi ; Dalloz 1989, Sommaires commentés "Droit des étrangers", p. 116.

social, on opère une sélection dans la population immigrée pour ne favoriser que les membres les mieux intégrés au sein de la collectivité nationale. Cette conception est largement confirmée par la nouvelle rédaction de l'article 15, § 12 de l'ordonnance 1945 qui maintient comme seule condition au renouvellement de droit de la carte de résident de l'étranger la justification d'une résidence régulière depuis plus de 10 ans.

Reste que, dans un cas comme dans l'autre, "la preuve de la résidence en France est à la charge de celui qui l'invoque, il peut l'apporter par tous moyens" (61). A noter également que, dans le cadre de cette justification, l'étranger devra être particulièrement vigilant pour aboutir au résultat escompté. En effet, la jurisprudence administrative (62) n'opère aucune distinction entre la résidence habituelle et la résidence régulière pour ne consacrer, au prix d'un certain amalgame, que la seconde notion. Par voie de conséquence, tout le droit de la preuve sera unifié autour d'un seul thème et ce contrairement à la volonté du législateur.

Cela n'ira pas sans gêner quelque peu l'étranger qui, tout en étant concerné par la période des 15 ans, risque de ne pas être suffisamment probant pour emporter la conviction du juge administratif chargé d'apprécier le bien fondé d'un critère substitué à un autre et plus difficile à remplir. Mais, dans l'ensemble, on peut se satisfaire de cette garantie matérielle pour n'écarter, au profit de ceux qu'il le mérite réellement, qu'une partie de la communauté étrangère n'ayant pas eu le temps de s'exprimer clairement sur ces aspirations envers la France. La préférence, pour ces deux séries de périodes, apparaît comme totalement arbitraire car il n'est pas dit que, pour l'une ou l'autre d'entre elle, la personne visée ne soit considérée comme ayant un comportement dommageable pour l'ordre public dans le cadre d'une procédure de droit commun. La seule justification objective que l'on peut admettre est qu'elle constitue une phase au-delà de laquelle on estime que les étrangers ont fait leur preuve.

Avec le § 4, c'est la liaison entre le mariage et l'expulsion qui a été substantiellement revue par le législateur de 1993. L'expulsion devient impossible lorsque "l'étranger, marié depuis au moins un an avec un conjoint de nationalité française, à condition que la communauté de vie n'ait pas cessé et que le conjoint ait conservé la nationalité française".

Tout comme le précédent dispositif (63), ce sont les mariages blancs (64) qui se trouvent au bout de la ligne de mire de l'ensemble des pouvoirs publics. Avec la nouvelle majorité politique c'est la même inquiétude (65) mais la durée test a été augmentée pour atteindre un an. On doit se féliciter d'une telle rigueur, mais elle est souvent illusoire en présence de couples bien organisés sur la fraude du mariage et pour une période aussi courte. C'est dans ces conditions qu'une récente circulaire du Ministre de la justice, relative au mariage de complaisance avait pris ses dispositions pour permettre à l'officier d'état civil de vérifier l'authenticité et la sincérité des pièces du dossier de mariage dont il est saisi (66). Ceci permettant d'informer le Parquet sur l'existence d'éléments sérieux de nature à faire douter de la validité du consentement des époux. Reste qu'une telle pratique prenant sa source dans une simple circulaire ministérielle rentre en conflit avec la nouvelle position du Conseil

(61) N. Guimezanes, Dalloz 1981, Doctrine, op. cit., p. 180.

(62) C.E. 11/03/1988, Hamadi, Leb. p. 119, Dalloz 1989, observations Waquet et Laferrière, S.C., op. cit., p. 116.

(63) Dans la loi de 1981 puis celle de 1989 la période maximale était de 6 mois. Le gouvernement de l'époque avait les mêmes préoccupations : "Le souci de la Commission des lois qui a présenté cet amendement a été d'éviter les mariages rapides et de complaisance dans le seul but de se soustraire à la procédure d'expulsion" (*J.O. Débats, Assemblée nationale, 1/10/1981, p. 1417*).

(64) Sur l'ensemble de la question voir l'article de N. Guimezanes, "La situation en France des étrangers non communautaires à l'aube de l'année 1993", *Journal de droit International, 1993, n° 1, p. 36 et s.*

(65) Rapport Assemblée nationale, n° 326, op. cit., p. 58.

(66) Citée par N. Guimezanes, *Journal de droit international 1993, op. cit., p. 36.*

constitutionnel à propos de la liberté du mariage. En effet, une disposition de la loi déferée (art. 31) prévoyait justement le même mécanisme que celui institué par un gouvernement de gauche, ayant recours à un support textuel dont on peut douter de sa nature. Les parlementaires députés faisaient donc valoir que "l'intervention du contrôle a priori institué aura pour conséquence nécessaire sa reconduite à la frontière, assortie automatiquement d'une interdiction du territoire pour une durée d'un an. Ainsi, la célébration du mariage se trouvera-t-elle définitivement empêchée du moins en France ... et le législateur sera-t-il parvenu par des voies détournées à subordonner la célébration des mariages dits "mixtes" à la condition de la régularité du séjour, ce que la crainte de violer trop ouvertement les principes proclamés par la Convention européenne des droits de l'homme l'avait empêché de décider explicitement" (67).

Sur ce point, le Conseil constitutionnel ne manque pas de faire droit à la requête en affirmant clairement "*qu'en subordonnant la célébration du mariage à de telles conditions préalables, ces dispositions méconnaissent le principe de la liberté du mariage, qui est une des composantes de la liberté individuelle*" (§ 104).

Comme le note très justement le Doyen L. Favoreu, c'est la reconnaissance d'une liberté "sans condition" (68). Une telle avancée n'en rencontre pas moins l'existence de l'article 423 du Nouveau Code de procédure civile autorisant le ministère public à agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci. Mais l'intervention de cette autorité judiciaire ne se limite qu'à l'invocation du défaut de consentement du mariage (69) sans pouvoir exciper les vices qui pourraient l'altérer (70). Ainsi, donc, l'action en opposition constitue un instrument de contrôle préventif sur lequel la jurisprudence de la Cour de cassation devra se prononcer pour tenir compte des directives du juge constitutionnel.

La spécificité de l'action civile se double de la possibilité de mettre en œuvre la procédure ouverte par l'important avis (71) de la section du contentieux du Conseil d'État du 9 octobre 1992 Abihilali c/ Préfet de la Région Bourgogne et Préfet de la Côte d'Or.

La Haute juridiction s'est prononcée de la manière suivante : "*Si le mariage d'un étranger avec un ressortissant de nationalité française est opposable aux tiers, dès lors qu'il a été célébré et publié dans les conditions prévues aux articles 165 et suivants du Code civil et s'impose donc en principe à l'administration tant qu'il n'a pas été dissous ou déclaré nul par le juge judiciaire, il appartient néanmoins au préfet, s'il est établi de façon certaine lors de l'examen d'une demande présentée sur le fondement de l'article 15-1° de l'ordonnance du 2 novembre 1945 dans sa rédaction issue de la loi du 2 août 1989 que le mariage a été contracté dans le but exclusif d'obtenir un titre de séjour, de faire échec à cette fraude et de refuser à l'intéressé, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, la carte de résident*".

L'importance de la décision du Conseil constitutionnel laisse néanmoins planer la possibilité de contrôler à la source la constitution du paysage familial français et ce, pour réduire les complications et les difficultés liées à la mise en œuvre éventuelle d'une procédure ordinaire d'expulsion.

A terme, le contenu du § 4 n'a aucun intérêt si la tentative de fraude n'est pas décelée dès le consentement des futurs époux. Faute de quoi, c'est un échec pour le droit commun et c'est le mécanisme dérogatoire qui devra prendre le relais en déployant toutes ses potentialités pour combattre la tromperie qui aura échappée.

(67) Lettre de saisine, *J.O.*, op. cit., p. 11737.

(68) Commentaire sous 93-325 D.C., précitée, R.F.D.C. 1993/15, op. cit., p. 592.

(69) Cass. civil I, 20/11/1963, Dalloz 1964.465, note G. Raymond.

(70) T.G.I. La Rochelle, 2/05/1991, Dalloz 1992, p. 259, note P. Guiho.

(71) Le bon, p. 363 ; Journal de droit international 1993, avec les observations de F. Julien-Laferrrière, p. 103.

La célébration du mariage ne doit pas être détournée de sa fonction sociale traditionnelle ; le Doyen J. Carbonnier n'hésitait pas à qualifier cet acte "d'institution fascinante, fondamentale, fondatrice" (72). De ce fait, on ne peut que recommander la plus grande attention aux personnes qui participent activement à son respect et à sa promotion.

Au demeurant, la victoire "partielle", avec la consécration constitutionnelle de la liberté du mariage, ne pouvait être considérée comme gagnée qu'à partir du moment où aucune condition de temps n'était fixée pour mettre à l'abri d'une sanction administrative et de manière définitive le nouveau couple.

La riposte des parlementaires requérants ne se fit pas attendre et ils estimaient entre autre "qu'en supprimant toute protection contre l'expulsion et la reconduite à la frontière... pour les conjoints de Français pendant la première année de mariage ou en cas de cessation de la communauté de vie, cela constitue une violation du droit à mener une vie familiale normale".

Rejetant cette argumentation, le Conseil constitutionnel, dans ce cas précis, interprète restrictivement l'exercice du droit fondamental invoqué : "Considérant en deuxième lieu qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation du droit à mener une vie familiale normale avec les exigences de l'ordre public : que s'il peut permettre à l'autorité chargée de se prononcer sur l'expulsion d'un étranger de tenir compte de tous les éléments d'appréciation, notamment de sa situation personnelle et familiale, il ne transgresse aucune disposition constitutionnelle en faisant prévaloir en cas de menace grave à l'ordre public les nécessités de ce dernier".

Une telle position s'inscrit dans la dynamique politique de l'ordre public qui permet un rééquilibrage avec la reconnaissance de droits et libertés fondamentaux. En effet, le législateur est confronté à un certain nombre d'impératifs tirés du fonctionnement complexe de notre société et le phénomène de l'immigration en est un exemple. A ce titre, la réserve de l'ordre public, en tant qu'objectif à valeur constitutionnelle, devient un élément régulateur essentiel, qu'un protectionnisme constitutionnel absolu rendrait inopérant dans son développement et compromettrait à terme l'avenir de notre Nation.

Enfin, la dernière nouveauté touchant aux personnes non expulsables concerne la rédaction de l'alinéa suivant : "*Par dérogation aux dispositions du présent article, l'étranger entrant dans l'un des cas énumérés au 3°, 4°, 5° et 6° peut faire l'objet d'un arrêté d'expulsion en application des articles 23 et 24 s'il a été condamné définitivement à une peine d'emprisonnement ferme au moins égale à 5 ans*".

Le principe de la liaison entre la sanction administrative et la sanction pénale s'inscrit en quelque sorte dans la durée car tous les législateurs, depuis 1981, l'ont prévue mais avec des échelles de peines plus ou moins importantes.

Cette automaticité est "peu logique puisque contraire à la jurisprudence DRIDI du Conseil d'État" (73). Dans cet arrêt d'Assemblée, le juge adopte la position suivante : "*les infractions pénales commises par un étranger ne sauraient, à elles seules, justifier légalement une mesure d'expulsion et ne dispensent en aucun cas l'autorité compétente d'examiner, d'après l'ensemble des circonstances de l'affaire, si la présence de l'intéressé sur le territoire français est de nature à constituer une menace pour l'ordre ou le crédit public*" (74).

Il est clair qu'en présence de la volonté expresse du Parlement, l'opposition de la juridiction administrative sera anéantie sans que certains éléments du dossier ne

(72) Droit civil, Tome 2, "La famille", P.U.F., 15^e édition 1992, p. 33, n° 11.

(73) F. Julien-Laferrière, Actualité législative, Dalloz 1990, p. 23, commentaire sur la loi du 2/08/1989 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

(74) 21/01/1977, Rec. p. 78 ; Dalloz 1977, p. 527, observations F. Julien-Laferrière ; G.P. 1977/1°, p. 340, conclusions B. Genevois.

puissent être examinés pour reconnaître le bien fondé de la décision d'expulsion. Dans ce nouveau contexte normatif, la sanction administrative se transforme en une opération expéditive où le casier judiciaire marque, de manière indélébile, l'existence de l'intéressé. Le seul assouplissement introduit par le nouvel alinéa est d'avoir fixé le minimum pénal à une condamnation définitive au moins égale à 5 ans d'emprisonnement. "Cela traduit le souci de limiter l'expulsion aux cas où le trouble à l'ordre public a été constaté et sanctionné par une juridiction pénale, ce qui est une garantie contre une pratique trop extensive de l'expulsion" (75). Autrement dit, ce réflexe administratif permet donc de se "débarrasser" des seules "indésirables" dont la présence sur le territoire national pourrait réellement entraîner des conséquences néfastes pour la sécurité des personnes et des biens. L'avantage de cette option textuelle est de ne pas avoir fait cas des délits mineurs pour lesquels on retrouve pleinement l'application de la jurisprudence DRIDI.

Quant aux autres dispositions de l'article 25 de l'ordonnance, elles n'ont pas été réformées par la loi du 24 août 1993. Est-ce à dire que le fondement politique qui les anime soit identique dans le clivage "Droite/Gauche". On pourrait, à cette question, répondre par l'affirmative eu égard à l'évolution de l'idéologie socialiste dans le domaine de la préservation de l'ordre public et de politique d'immigration. L'apprentissage du pouvoir fait prendre conscience d'un certain nombre de réalités sociales. C'est dans ces conditions que la réforme de 1993 poursuit sur ce point là ce qui avait été entrepris dès 1989 et 1991. Une continuité technique transporte le texte d'une majorité à l'autre comme si une sorte de consensus allait se faire autour de la procédure ordinaire. De fausses divergences politiques à de vrais aménagements juridiques, la pratique administrative reste la même pour ceux qui sont chargés de signer les arrêtés d'expulsion et ceux qui vont les subir.

Les scrupules sont tout aussi absents lorsque le législateur ira bouleverser le contenu de la procédure dérogatoire.

II - LES BOULEVERSEMENTS DANS LE CADRE DE LA PROCÉDURE DÉROGATOIRE

Pour le moins surprenant que cela puisse paraître, c'est à la loi du 29/10/1981 que l'on doit l'introduction de l'article 26 de l'ordonnance de 1945 dans sa forme actuelle et qui opère de manière aussi distincte une différenciation entre les deux types de mécanismes. Initialement, l'article 25 de l'ordonnance de 1945 fait uniquement référence à la notion d'urgence absolue, reconnue par le Ministre de l'intérieur pour refuser à l'étranger le droit d'être entendu par la commission spécialisée. "Dans l'esprit des auteurs de l'ordonnance, il n'y avait donc pas de graduation dans le caractère de la menace pour l'ordre public mais seulement une préoccupation de répondre à des situations d'urgence" (76) dans un contexte politique économique et social d'après guerre.

Avec la loi de 1981, le système se perfectionne amplement pour faire place à un certain nombre de concepts inconnus dans le droit antérieur. Elle admet un degré supplémentaire dans le pouvoir discrétionnaire de la puissance publique tant sur le plan de la procédure sur celui des critères matériels justifiant le recours à cette méthode. Ce texte exprime très clairement la nouvelle philosophie où l'action administrative oscille, dans le cadre de la maîtrise de l'immigration, entre l'alibi "sécuritaire" et la réalité économique. Le professeur D. Lochak présentait déjà une telle orientation politique dans un colloque sur le pouvoir discrétionnaire et le juge admi-

(75) F. Julien Laferrière, *Actualité législative*, Dalloz, 1990, op. cit., p. 23.

(76) F. Julien Laferrière, *Actualité législative*, Dalloz 1930, op. cit., p. 23.

nistratif. En 1978, elle s'exprimait de la manière suivante : "le problème de l'ordre public... n'est du reste en jeu que dans un petit nombre d'hypothèses. L'immigration, à l'heure actuelle, est connue comme devant servir d'abord et avant tout les intérêts de l'économie française : les étrangers constituent un volant de main d'œuvre qui doit resté extensible ou compressible au gré de la conjoncture économique" (77). La crise que nous traversons depuis 1973 emprunte la voie de cette présentation doctrinale pour le moins inquiétante. On ne sera alors pas surpris de constater que les législateurs successifs ont exprimés leur attachement à ce dispositif dérogatoire sans manquer leur différence idéologique.

Il va sans dire également que la loi du 24 août 1993 n'a pas hésité à sa manière à amplifier le pouvoir discrétionnaire de l'administration (A). Ce mouvement réformateur a eu pour corollaire dans la logique qu'il développe de restreindre les droits des étrangers (B).

A - L'AMPLIFICATION DU POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DE L'ADMINISTRATION

La première rédaction de l'article 26 issue de la loi du 29/10/1981 met en œuvre deux séries de critères qu'il s'agit d'apprécier cumulativement. C'est, d'une part, l'élément temporel gravitant autour de la notion "d'urgence absolue" sur laquelle le juge administratif a exercé peu à peu son contrôle (78). D'autre part, c'est l'élément matériel touchant à une nécessité impérieuse pour la sûreté de l'État ou pour la sécurité publique. Il est évident que, dans les deux cas, la gravité des événements répréhensibles dépassent largement le cadre de ceux envisagés par l'article 23 visant "la présence d'un étranger constituant une menace grave pour l'ordre public". Lors des travaux parlementaires (79), le Ministre de l'intérieur, G. Defferre, indiquait à titre d'exemple que la disposition restrictive de l'article 26 visait les espions et les individus particulièrement dangereux.

Par la suite, cette conception fut confirmée par une circulaire du 31 août 1982 (80) qui faisait référence à des actes de terrorisme ou au trafic de drogue. On ne peut qu'être satisfait des orientations de la doctrine administrative qui institue ainsi une catégorie homogène des comportements sur lesquels la puissance publique sera amenée à se prononcer. La loi du 9 septembre 1986 reproduit le principe de la procédure dérogatoire mais réforme le contenu de l'élément matériel. Désormais, l'urgence absolue devra être rapprochée de la présence de l'étranger qui constitue pour l'ordre public une menace présentant un caractère d'une particulière gravité. "Cette formulation est plus restrictive que le texte original de l'article 26 qui ne visait qu'une menace grave pour l'ordre public mais elle semble plus large que la rédaction de 1981 qui retenait une nécessité impérieuse pour la sûreté de l'État ou la sécurité publique" (81). Il est vrai que lorsqu'on consacre l'unicité des critères matériels, il devient plus difficile pour le juge de l'annulation d'apprécier la validité d'une expulsion au regard d'un seul élément de base dont l'interprétation est à la base mal aisée à établir. Pour être complet on signalera l'apport de la circulaire du 17 septembre 1986 relative à l'application de la loi du 9 septembre 1986 donnant des précisions sur le sens de cette nouvelle appellation. Elle peut résulter soit de la répétition ou de la

(77) "Les étrangers face au pouvoir discrétionnaire de l'administration" in Colloque "Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif", I.F.S.A. Cahier n° 16, Cujas 1978, p. 24.

(78) Pour un refus, C.E. 24/10/1952, Eckert, Sirey 1953, p. 353, note Tixier ; Pour une reconnaissance, C.E. 16/01/1970, Mihoubi, Rec. Lebon, p. 25.

(79) J.O. Débats, Assemblée nationale, Séance du 1/10/1981, p. 1420.

(80) Circulaire 82-135 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France in "Étrangers...", op. cit., p. 57.

(81) N. Guimezanes, "Le droit des étrangers", op. cit., p. 150.

gravité des faits reprochés (terrorisme, agressions, proxénétisme, trafic de stupéfiants, meurtres, viols, vols avec violence) soit du caractère aigu d'une situation dans laquelle l'ordre public se trouve ou pourrait se trouver gravement menacé (82). On notera la continuité politique dans l'appréciation des faits susceptibles de déclencher le mécanisme de l'article 26. Comme l'ont fait remarquer deux commentateurs de ce texte législatif : "il n'est pas certain que le changement de vocabulaire entraîne des modifications substantielles dans l'application de cette procédure dérogatoire" (83).

Cette idée émise à propos de la loi du 9 septembre 1986 se retrouve avec la rédaction de la loi du 2 août 1989 qui revient au système institué initialement par la loi de 1981 proposant une dualité dans les critères matériels. La circulaire du 2 août 1989 énonce une fois de plus les mêmes exemples pour caractériser les deux séries de paramètres (84). Il n'y a donc pas de divergences entre les différents gouvernements dans la promotion de la sécurité publique et économique.

Force est alors de s'interroger sur la portée de la loi du 24 août 1993 qui, nous semble-t-il, franchit un pas supplémentaire par rapport à la réglementation antérieure. L'article 18 est rédigé en ces termes :

Art. 18. - L'article 26 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 précitée est ainsi rédigé :

"Art. 26. - L'expulsion peut être prononcée :

"a) En cas d'urgence absolue, par dérogation du 2° de l'article 24 ;

"b) Lorsqu'elle constitue une nécessité impérieuse pour la sûreté de l'État ou la sécurité publique, par dérogation à l'article 25.

"En cas d'urgence absolue et lorsqu'elle constitue une nécessité impérieuse pour la sûreté de l'État ou la sécurité publique, l'expulsion peut être prononcée par dérogation aux articles 24 (2°) et 25.

"Les procédures prévues par le présent article ne peuvent être appliquées à l'étranger mineur de dix-huit ans."

Il convient d'examiner de quelles façons le législateur est parvenu à atteindre ce résultat dans la mesure où la présentation du nouveau mécanisme remanie substantiellement le précédent.

La première explication provient des travaux parlementaires sur la motivation politique : "Le cumul de l'urgence et de la nécessité impérieuse pour la protection d'intérêts essentiels de la Nation peut paraître constituer une bonne garantie contre les expulsions précipitées et arbitraires. Mais l'expérience a prouvé que ce cumul comportait de graves inconvénients pour les intéressés eux-mêmes si l'on songe que l'expulsion en général concerne moins les agitateurs ou les agents d'une puissance étrangère que les étrangers criminels lourdement condamnés. En effet ces individus contrairement à leurs homologues français ne peuvent bénéficier d'une libération conditionnelle assortie d'une expulsion car le juge de l'application des peines subordonne sa décision à une décision préalable sur l'expulsion. Or, ni l'article 24, faute de menace à l'ordre public, ni l'article 26 parce qu'il n'y a pas d'urgence absolue ne peuvent être appliqués. Cette urgence ne réapparaît qu'au moment où la levée d'érouc approche. Il faut alors procéder à l'expulsion avec le risque que l'intéressé soit sorti de prison avant que le dossier ait pu être mis au point et la décision prise" (85).

A travers le déploiement de cette classification de critères, les pouvoirs publics assurent un traitement de choix à la notion d'urgence absolue et ce pour mieux recourir à la procédure d'expulsion en présence d'événements qui n'avaient pas

(82) Circulaire 86-279 publiée in "Étrangers...", op. cit., p. 87.

(83) J.-D. Combrexelle et D. Chabanol, "Le régime juridique des étrangers", G.P. 1987, Doctrine p. 618.

(84) Circulaire n° 89-548 publiée in "Étrangers...", op. cit., p. 130.

(85) Rapport fait à l'Assemblée nationale, n° 326, op. cit., p. 85.

été visés précédemment. En effet, au regard de l'article 26 a, l'urgence absolue doit se fonder sur l'article 23 de l'ordonnance de 1945 relatif à la menace grave pour l'ordre public. Cette version originale confirme notre sentiment sur les intentions des autorités publiques qui se trouve dispensé de réunir la commission spécialisée. La portée de cette modification est immédiatement perceptible puisqu'elle autorise une action administrative jusqu'alors impossible à mettre en œuvre. On assiste à une certaine libéralisation d'une procédure reposant sur des standards du comportement humain dont la survenance sociale est probablement plus fréquente. Il n'en reste pas moins qu'en procédant de la sorte, le législateur augmente les chances de l'administration de parvenir à son objectif. Moins de contrainte, plus de pouvoir pour une autorité publique qui dispose d'un instrument plus souple dans un cadre juridique déséquilibré au profit de la notion d'urgence absolue. A la limite, l'aspect factuel n'a plus la même importance tant il devient commun de le rencontrer. Ce qui importe, dès lors que le recours juridictionnel n'est pas suspensif, c'est d'englober le maximum de situation dans un contexte procédural où l'on ne fait plus précéder la décision d'expulsion d'un débat contradictoire. Les résistances administratives sont de moins en moins nombreuses et il appartiendra au juge administratif d'accroître son contrôle afin d'établir une certaine cohérence autour d'un concept dont on a du mal à en mesurer les contours et les limites (86).

Si l'on poursuit l'étude du nouveau droit dérogatoire, l'article 26b s'affranchit de la condition temporelle pour ne garder que l'impact de l'élément matériel. Face à cette ouverture normative, on a du mal à imaginer que le Ministre de l'intérieur puisse se dispenser d'un "allié" aussi performant que l'urgence absolue autorisant une plus grande promptitude dans l'exécution de la mesure d'expulsion. Au contraire, cette formulation est particulièrement judicieuse car elle permet, une fois encore, de quantifier l'application de la disposition dérogatoire par la réduction du nombre de conditions à respecter. A terme, c'est la portée du contrôle du juge que l'on risque d'atténuer en dispersant volontairement son attention par l'institution d'un seul paramètre sur lequel il forgera sa conviction. Loin de tout critère cumulatif, l'exercice de ce pouvoir administratif devient moins embarrassé pour une meilleure préservation de l'ordre public en écartant la menace potentielle pour l'ensemble de nos concitoyens. Il faut maintenant connaître le sens exact de la dualité matérielle qui fait désormais cavalier seul. Ici, généralement, les personnes concernées sont celles qui, ayant fait l'objet d'une condamnation pénale, sont sur le point de terminer leur temps. Pour éviter qu'elles "s'évanouissent" dans la nature et sans qu'il soit besoin d'avoir recours à l'urgence absolue, la puissance étatique pourra mettre en œuvre ce dispositif spécifique.

En effet, dans le processus précédent, le juge administratif devait les apprécier conjointement avec les conséquences encourues en cas de défaut de l'un ou l'autre élément qui le composait. C'est donc avec une certaine facilité que l'on procédera au déplacement de l'étranger sans être gêné par la gestion du calendrier carcéral et pour s'en tenir uniquement aux événements qui l'ont motivé. La suppression législative du premier paramètre permet justement, dans le cas d'une sortie pénitentiaire, de contourner une construction jurisprudentielle aléatoire sur ce point. Tout d'abord, dans un arrêt *Ministre de l'intérieur c/ Zarbate*, le Conseil d'État refuse l'annulation d'un arrêté d'expulsion d'un ressortissant basque emprisonné et qui revêtait un caractère d'urgence absolue en raison de l'imminence de sa libération (87). Il y a là une sérieuse limitation de la portée de la jurisprudence *Mersad* (88) qui laissait penser que

(86) Sur cette question, voir nos observations sous TA d'Orléans du 4/02/1991, cette revue 1993/1, p. 301 (§ II A).

(87) C.E. 13/11/1985, *Dalloz* 1986, IRSC, p. 282, Observations Waquet et Julien Laferrière.

(88) C.E. 25/02/1985, *Lebon*, p. 58.

l'expulsion ne présente pas un caractère d'urgence absolue quand l'intéressé est emprisonné (89).

Revenant sur cette jurisprudence favorable à l'administration, le juge prohibe ce type de pratique (90). Enfin, tout récemment, la Haute juridiction revient à sa conception initiale à propos d'un détenu qui avait purgé la plus grande partie de sa peine (91). Le juge va même jusqu'à reconnaître la légalité d'une expulsion en urgence absolue alors que la décision avait été édictée 16 mois après la sortie du requérant (92). Il est à noter que, dans ces deux derniers arrêts, la motivation portait essentiellement sur la gravité des faits pour admettre la condition de l'urgence absolue (93) dans un environnement aussi limité. En poussant le raisonnement jusqu'au bout, il n'est pas dit que le juge retranspose la même rigueur en présence de faits dont la gravité est moindre.

Plus précisément, la méthode juridictionnelle préfère retenir une appréciation objective des faits dans une analyse purement empirique. Dès lors, dans un tout autre contexte "événementiel", l'aléa annoncé plus haut trouve sa confirmation. Ces développements montrent combien il était important, pour les pouvoirs publics, de neutraliser une telle imprévision jurisprudentielle qui pourrait ne pas leur être profitable et conjuguer au fait que "le Conseil d'État assure un contrôle très attentif de l'urgence absolue" (94). On comprend mieux la réaction de fermeté du législateur pour accroître, dans une proportion importante, l'intensité de son pouvoir discrétionnaire et agir en fonction des circonstances de chaque affaire. Pour les autorités compétentes, ils ne leur restent plus qu'à rechercher quels sont les comportements rentrant dans le domaine d'application de la partie législative inchangée. Malgré le changement de majorité, on peut reprendre les indications fournies par la circulaire du 2 août 1989 (95) : "La condition de nécessité impérieuse pour la sûreté de l'État ou la sécurité publique sera généralement remplie dans l'une des quatre hypothèses suivantes :

- en cas d'atteinte à la sûreté de l'État ;
- en cas d'actions ou de menaces terroristes (C.E., 6 mai 1987, Abdul et C.E., 28 décembre 1988, Nabha) ;
- lorsque les faits commis par l'étranger concerné sont d'une particulière gravité : meurtres, viols, coups et blessures volontaires avec circonstances aggravantes, trafic de stupéfiants... ;
- en cas de violences et d'infractions répétées et de gravité croissante sur les biens et les personnes, troublant gravement la sécurité publique (C.E., 23 décembre 1987)".

C'est un réel point de départ car le texte de 1993 (26b) ne reprend pas la formule de la loi de 1986 à propos de "la menace présentant un caractère d'une particulière gravité".

L'aspect juridictionnel n'est pas écarté puisque c'est à l'exercice "d'un contrôle normal, c'est-à-dire la qualification juridique des faits" (96) que va procéder le juge de l'excès de pouvoir pour apprécier de la réalité des faits justifiant la mesure administrative. La dimension contentieuse reste néanmoins insuffisante face à une action discrétionnaire qui s'est enrichie d'un élément supplémentaire dont la compréhension

(89) Waquet et Julien Laferrière, Dalloz, 1986, IRSC, op. cit., p. 282.

(90) C.E. 21/11/1986, Bellache, Leb. p. 639.

(91) C.E. 1/07/1987, Ouadah, Lebon, p. 855.

(92) C.E. 24/06/1988, Hamade, Lebon, p. 792.

(93) Arrêt Ouadah : 7 ans de réclusion criminelle pour 4 vols à mains armées

- Arrêt Hamade : détention, usage et vente de stupéfiants.

(94) N. Guimezanes, Journal de droit international 1993, op. cit., p. 23, note 74.

(95) Publié in "Étranger...", op. cit., p. 127.

(96) J.-C. Bonichot, "Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans l'expulsion et l'extradition des étrangers", R.I.D.C., 1986, p. 697.

n'est pas évidente de prime abord. Pour E. Picard "dans un système de légalité écrite, le juge fera défendre l'étendue de son contrôle de la précision des prescriptions formulées par les normes supérieures" (97). Avec le contenu de l'article 26 b on retrouve tout à fait la même dynamique où l'on a du mal à cerner aussitôt le sens des formules. Le fossé se creuse volontairement au gré des définitions et pour n'inscrire que le strict minimum légal pour éviter la critique de l'institution d'un pouvoir arbitraire.

Le triptyque est complet lorsque le législateur nous expose le dernier volet de sa politique consistant à reproduire exactement, en plus des autres, le modèle de procédure dérogatoire que celui que l'on connaissait traditionnellement. Cette fidélité administrative se justifie par le fait que c'est un système qui a été éprouvé tant il offre à l'État une marge de manœuvre importante pour respecter son programme en matière d'immigration.

On voit donc que la "division-création" à laquelle on a assisté révèle, de manière apparente, la technique d'amplification du pouvoir discrétionnaire où rien n'est entrepris pour rassurer les éventuels destinataires.

Le censeur de la norme ne peut qu'appréhender le double phénomène de la diversification juridique ainsi que de la complexification du système sanctionneur.

Ce monument politico-juridique devient une partie obscure de notre Droit devant lequel on ne peut que s'incliner. Plus encore, la déclaration des droits se fait au profit quasiment exclusif du pouvoir régalien dont le noyau dur est constitué par la liberté d'action.

Le professeur Lochak (98) faisait très justement remarquer sur le thème des étrangers qu'"on trouve des textes qui laissent à l'administration une grande latitude pour prendre les mesures qu'elle estime opportunes, en fonction de considérations dont elle apprécie elle-même le bien-fondé ; il ne faut pas, en effet, lui lier trop strictement les mains si l'on veut que l'application de la règle puisse être modulée de façon à tenir compte des circonstances et de la conjoncture économique".

Cette description doctrinale, que la loi de 1993 ne dément pas, est prolongée par la restriction des droits des étrangers dans le cadre de la procédure dérogatoire.

B - LA RESTRICTION DES DROITS DES ÉTRANGERS

Il s'agit essentiellement ici d'invoquer les dérogations auxquelles fait référence le nouvel article 26. Plus précisément, lors du déclenchement de la procédure ordinaire, le législateur a institué, en faveur de l'expulsé, un certain nombre de garanties que l'administration peut légalement méconnaître lors de l'application de ce second régime d'expulsion. Pour l'autorité publique, il est tout à fait normal d'instaurer cette continuité entre le fond et la procédure car le moindre libéralisme risque d'entretenir une contradiction compromettante pour la réalisation de l'opération. Le pouvoir discrétionnaire connaît son apogée et il lui importe de s'en tenir à l'essentiel, c'est-à-dire de procéder brièvement et certainement au départ de l'étranger. Ce type de restriction aux droits des personnes expulsées n'est pas une nouveauté, et dès la loi du 19/10/1981, le pouvoir ministériel se trouve non seulement exempter de la consultation de la commission spécialisée, mais également de respecter la liste des "non expulsables" à l'exception des mineurs de 18 ans. L'étranger reste donc entièrement à la merci de la puissance étatique dans la mesure où l'avis de la commission n'est plus un obstacle à l'exécution d'un arrêté d'expulsion. Livré à la "discrétionnarité" ministérielle, l'intéressé n'a plus d'interlocuteur objectif pour faire entendre sa cause.

(97) "Le pouvoir discrétionnaire en droit administratif", Revue de droit international comparé, Journées de la Société de législation comparée, 1989, p. 312.

(98) R.I.E.J./1986, n° 17, op. cit., p. 93.

Par ailleurs, les droits de la défense se ramenaient à une simple information que la circulaire du 31/08/1982 exprimait de la manière suivante : "Lorsque vous estimerez devoir me proposer une telle mesure vous veillerez à ce que votre lettre comporte tous les éléments me permettant de statuer en parfaite connaissance de cause sur l'opportunité d'utiliser la procédure d'urgence absolue ; il y aura lieu notamment d'envisager cette possibilité lorsque l'urgence et la nature des faits (tels que actes terroristes, trafic de drogue...) le justifie. Outre les faits, qui devront être soigneusement exposés, il y a lieu de me donner toutes informations sur le comportement habituel de l'intéressé et sur sa situation familiale et professionnelle. Il conviendra en outre de me préciser la date et les conditions de son entrée en France, sa situation administrative et éventuellement pénale" (99).

Ces intentions peuvent être louables mais ce document ne peut être considéré que comme un ensemble de directives dépourvu de force obligatoire à l'égard des services compétents, sauf à invoquer le contenu de l'article 1er du décret n° 83-1025 du 28/11/1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers. Ce texte prévoit que "tout intéressé est fondé à se prévaloir, à l'encontre de l'administration des instructions, directives et circulaires publiées dans les conditions prévues par l'article 9 de la loi du 17/07/1978" (100). Pour le reste, sa présence se justifie au regard de la jurisprudence Dridi sur l'instruction du dossier d'expulsion.

La loi de 1986 impose le même procédé, aussi rigoureux dans sa teneur qu'hypocrite dans sa volonté d'informer (101). Les gouvernements changent mais, sur certains points, la politique reste la même pour bénéficier, le cas échéant, de l'expérience des autres. Il en a été ainsi avec l'alternance de 1988 qui a posé la question de la réforme du droit des étrangers. Sans concession aucune en direction des étrangers, la loi du 2/08/1989 nous rapporte inlassablement le même lot d'incertitudes qu'une circulaire (102) du même jour nous aide à mieux comprendre.

Le socialisme humaniste, souvent mal incarné depuis 1981, n'a plus droit au registre et on laisse place des deux bords à une communauté d'intervention pour faire face à un certain nombre d'impératifs supérieurs. On ne sera pas surpris, dans une juste mesure, qu'un Parlement libéral reprenne à son compte les données initiales mais en les bouleversant quelque peu. Il est important de relever, dans ce nouveau droit positif, sur quoi ont portées ces dérogations pour savoir si elles méritent le qualificatif assigné.

On a vu que la réforme de 1993 propose une nouvelle lecture de la procédure dérogatoire où se mêlent de manière totalement autonome des dispositifs pouvant justifier, à un moment ou à un autre, de cette technique spéciale. Nos développements précédents montraient l'intérêt pratique de laisser en l'état le seul instrument d'expulsion dérogatoire que le droit des étrangers connaissait. Sur ce dernier point, on remarquera, en tout premier lieu, que le champ dérogatoire a été modifié et que l'expulsion peut être prononcée légalement en ne respectant pas les articles 24, § 2, et 25 de l'ordonnance de 1945. Par contre, persiste la réserve de garantie au bénéfice du mineur de 18 ans.

Est-ce à dire que la rédaction du 3ème alinéa de l'article 26 peut être considéré comme une amélioration procédurale par rapport à l'action dérogatoire précédente

(99) N° 82-135 in "Étrangers...", op. cit., p. 57.

(100) J.O. du 3/12/1983, p. 3492. Voir également les observations du Professeur R. Chapus préjugeant de la légalité de ce décret (Droit administratif général, t. 1, Monchrétien 1993, 7e édition, p. 417, § 572).

(101) Voir la circulaire n° 86-279 du 17/09/1986 relative à l'application de la loi du 9/09/1986 in "Étrangers...", op. cit., p. 87.

(102) Circulaire n° 89-548 du 2/08/1989 in "Étrangers...", op. cit., p. 131.

englobant les articles 23 à 25 de l'ordonnance de 1945 ? Nous estimons au contraire qu'il y a une similitude même si le nouveau texte pouvait laisser penser autre chose.

Tout d'abord, l'étranger peut bénéficier des faveurs de l'article 23 tel qu'il a été remanié par l'article 15 de la loi du 24/08/1993. Mais l'invocation de l'alinéa 1 de l'article 23 n'est d'aucun secours car cela concerne le fondement de la procédure ordinaire et vise une situation juridique distincte de celle retenue par l'autorité compétente. C'est tout naturellement la procédure d'abrogation de la mesure d'expulsion visée à l'alinéa 2 qui va hautement préoccuper la personne concernée par celle-ci. Ce texte dispose après la loi de 1993 : "L'arrêté d'expulsion peut, à tout moment, être abrogé par le Ministre de l'intérieur. Lorsque la demande d'abrogation est présentée à l'expiration d'un délai de 5 ans, à compter de l'exécution effective de l'arrêté d'expulsion, elle ne peut être rejetée qu'après avis de la commission prévue à l'article 24, devant laquelle l'intéressé peut se faire représenter".

A priori, cela pourrait constituer une garantie supplémentaire dans la mesure où l'on peut espérer revenir sur le territoire national en disposant d'un tel recours. En réalité, le principe de cette introduction sera vite dépourvu d'efficacité puisque, comme on a pu le noter, les pouvoirs de la commission ont été réduits autant pour la décision d'expulsion que pour la décision d'abrogation lorsque celle-ci est déposée au-delà d'une période de 5 ans. Dans cette dernière hypothèse, l'organe en question n'est consulté obligatoirement que pour rendre un avis sur lequel l'autorité ministérielle jouira de la plus grande latitude quant à son suivi. On retrouve les mêmes critiques que nous exposons plus haut à propos d'une apparence administrative qui tente vainement de masquer le poids de ce pouvoir discrétionnaire. L'opposition d'une réponse négative apparaît réellement comme une certitude. En effet, en ayant recours à la procédure dérogatoire, l'administration n'envisageait le départ de l'étranger sans aucun retour possible eu égard évidemment à la dangerosité de son comportement. Par conséquent, le délai de 5 ans sera considéré comme insuffisant pour estimer qu'il s'est amendé vis-à-vis de la société qui l'a accueillie. Il en sera d'autant plus le cas lorsqu'on se trouvera en présence de trafiquants de drogue, de terroristes ou de criminels d'habitudes. De plus, un rejet ne peut être que systématique car il sera particulièrement difficile, par leur accès et leur sincérité, de réunir les informations objectives susceptibles de modifier la position du Gouvernement français. Plutôt que de prendre le risque d'être confronté à nouveau à des événements pouvant troubler l'ordre public, le Ministre préférera prévenir leur survenance en refusant son retour. Il ne reste alors qu'au demandeur à déposer, depuis le pays de résidence, une requête en annulation ainsi qu'une demande de sursis à exécution (103).

L'impossible se confirme au détriment des mêmes et les représentants de l'État ne veulent décidément pas bouleverser leurs habitudes même si cela ne correspond pas à la position adoptée par le Conseil d'État dans un avis du 16/01/1990 (104) et sur demande, il est vrai, d'un pouvoir de gauche. Le Conseil d'État (Section de l'intérieur) était saisi par le Ministre de l'intérieur des questions suivantes relatives à l'abrogation des arrêtés d'expulsion pris en vertu de l'article 26 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers :

- y-a-t-il lieu, pour statuer sur une demande d'abrogation d'une telle décision, de suivre la procédure prévue par le deuxième alinéa de l'article 23 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 ?

(103) Sur cette question de procédure voir N. Guimezanes, "Le droit des étrangers", Armand Colin, op. cit., p. 153.

(104) Avis n° 346-776 rendu par la Section de l'Intérieur ; E.D.C.E. 1990, n° 42, p. 227.

- dans l'affirmative, quelle est la commission compétente pour émettre un avis sur cette demande ?

Le Conseil d'État estima, d'une part, qu'"en vertu du premier alinéa de l'article 26 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 l'expulsion d'un étranger peut être prononcée, en cas d'urgence absolue et par dérogation aux articles 23 et 25 de l'ordonnance, lorsqu'elle constitue une nécessité impérieuse pour la sûreté de l'État ou pour la sécurité publique. Cet article se rapporte exclusivement aux conditions de fond et de procédure des mesures d'expulsion prises lorsque les conditions qui y sont énoncées sont réunies. Il ne s'applique pas à l'abrogation de ces mesures, qui ne peut présenter le même caractère d'urgence et est régie uniquement par les dispositions de l'article 23. Le Ministre de l'intérieur ne peut donc, lorsque la condition de délai prévue au 2e alinéa de cet article est remplie, rejeter une demande d'abrogation d'un arrêté d'expulsion pris sur le fondement de l'article 26 que sur avis conforme de la commission prévue à l'article 24, à laquelle il appartient d'apprécier, en vertu du 1er alinéa de l'article 23, si la présence de l'intéressé sur le territoire français constitue, à la date à laquelle elle se prononce, une menace grave pour l'ordre public".

D'autre part, que "La commission dont l'avis doit être recueilli en pareil cas est celle qui aurait été compétente pour donner un avis sur la mesure d'expulsion si celle-ci avait été prise sur le fondement de l'article 23 de l'ordonnance. Cette commission est la commission du département du lieu de résidence ou d'incarcération de l'étranger à la date de la décision d'expulsion".

Avant la date du 24/08/1993 cette consultation avait une importance capitale car le Ministre, dans le cadre de la procédure de l'article 26, recouvrait une "compétence discrétionnaire" (105).

La réponse de la formation administrative du Conseil d'État permettait d'aligner deux procédures différentes sur un même régime juridique touchant à l'abrogation des mesures d'expulsion.

La question reste entière de savoir pourquoi le législateur n'a pas suivi intégralement le contenu de cet avis. La réponse est relativement simple et tient à un seul objectif : préserver le pouvoir discrétionnaire de l'administration d'une quelconque entrave.

Respecter la conformité de l'avis de la commission spécialisée c'est déjà admettre que la décision n'est plus totalement souveraine surtout dans un domaine aussi sensible que celui de la haute police des étrangers. Le raisonnement politique de l'État s'exprime par l'idée qu'il ne peut y avoir d'autre organe de décision sur le bénéfice de ce type de grâce administrative. On aurait espéré qu'en cette matière la formule du Doyen L. Favoreu, "La politique saisie par le droit" (106), trouve à développer toutes ses potentialités. Entre le hasard improbable et le compromis politique, souhaitons que l'étranger y trouve une certaine satisfaction lors du dépôt de sa demande. Cette dernière possibilité n'est pas une spéculation puisque la première phrase de l'alinéa 2 dispose que "l'arrêté d'expulsion peut à tout moment être abrogé par le Ministre de l'intérieur". L'absence de condition de délai montre combien il lui est loisible de revenir sans raison apparente sur une décision d'expulsion.

On peut s'interroger là aussi sur la place d'une telle réduction dérogatoire qui pourrait être présentée comme un avantage pour le demandeur expulsé. Cela doit être rejeté car le procédé de l'abrogation est traditionnellement reconnu à l'auteur d'une décision administrative. "Si une solution contraire ne résulte pas d'un texte contraire, la compétence pour abroger un acte appartient à l'autorité qualifiée pour prendre l'acte

(105) N. Guimezanes, "Le droit des étrangers", op. cit., p. 154.

(106) "La politique saisie par le droit", *Economica*, 1988.

initial. Cette application du parallélisme des compétences est admise de manière constante par la jurisprudence" (107).

Il importe donc de revoir la valeur attribuée au bénéfice de l'article 23 alinéa 2. La situation de l'étranger n'a guère évoluée depuis la mise en œuvre du régime juridique précédent, si ce n'est l'institution d'un débat contradictoire autour du cas exposé devant les membres de la commission. Reste que même dans cet environnement avantageux la faiblesse du principe de la comparution provient du fait qu'elle se fera uniquement par la voie de son représentant qui, le plus souvent, ne sera pas en mesure d'effectuer correctement sa mission en raison des difficultés financières et matérielles que celui-ci pourrait rencontrer lors de ces différents contacts avec son client.

Les mêmes remarques peuvent être faites à propos de l'application de l'article 24 § 1 prévoyant que l'étranger doit en être préalablement avisé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État (108). En effet, quelle est l'importance de cette procédure d'information quand on sait que cela ne permettra pas à l'administration de revenir en arrière. Le combat est inégal car avec ce faux semblant l'intéressé ne peut assurer convenablement sa défense sur le devenir de son existence. Ce formalisme pointilleux n'a rien de véritablement protecteur car le législateur persévère en maintenant l'exception de comparution devant la commission (art. 24 § 2).

On réalise que le nouveau droit octroyé ne bloque toujours pas le processus dérogatoire d'expulsion. Il n'a apporté absolument rien de tangible, sauf à montrer à une partie de l'électorat que des dispositions positives et inédites ont été édictées en faveur de l'étranger.

Enfin, comme précédemment, l'alinéa 3 de l'article 26 de l'ordonnance de 1945 se montre toujours aussi intraitable sur le passage devant la commission et l'exclusion du profit de la liste des personnes non expulsables.

Concernant *le premier thème*, la solution est relativement harmonieuse sur le plan juridique car la notion "d'urgence absolue" constitue l'un des fondements de la décision d'expulser (109). Il aurait été peut-être paradoxal de voir exprimer un mécanisme inverse où l'intervention de l'organe consultatif dénaturerait intellectuellement et pratiquement l'intérêt attaché à l'élément temporel. Cela se confirme lorsqu'on examine le contenu de l'alinéa 2 (article 26 b) ne faisant référence qu'à la dérogation de l'article 25 sur les personnes protégées. Dans ce cas là, l'absence d'urgence d'absolue réintroduit normalement la présence de la commission avant toute prise de décision par l'autorité ministérielle. Mais la suppression de la technique de "l'avis défavorable" n'interrompt plus la contribution administrative à l'opération d'expulsion. Il existe néanmoins une différence notable pour l'étranger car avec l'alinéa 2 la décision n'est pas prise dans une certaine précipitation comme cela peut se dérouler dans le cadre de la conjonction des critères matériels et temporels (article 26 al. 3). Mais, pour le reste, le résultat est identique, que le législateur impose ou non à l'administration que l'étranger, "devant la commission, peut faire valoir toutes les raisons qui militent contre son expulsion". En "brouillant" quelque peu les cartes, on fait croire sournoisement aux étrangers et à l'opinion publique que le pouvoir discrétionnaire de l'administration n'est pas aussi présent qu'il n'y paraît.

La fonction législative participerait-elle activement et malgré elle à la légitimation de l'action exécutive alors celle-ci doit lui être normalement subordonnée. Le constat précédent répond par l'affirmative à cette dernière interrogation car "la loi n'a, pour l'administration, d'autre valeur qu'indicative ; elle représente un cadre, une ébauche, qui ne prend forme et consistance que par l'intervention de l'administra-

(107) J.-M. Auby, "L'abrogation des actes administratifs", A.J.D.A., 1967, Doctrine, p. 133.

(108) Décret n° 82-440 du 26/05/1982, J.O., p. 1711.

(109) On retrouve avec l'alinéa 1 de l'article 26 les mêmes explications qui motivent une telle prohibition à propos de la commission.

tion elle-même. Le fait que déjà en amont, les projets de loi soient préparés par les bureaux, dont ils portent ainsi le sceau, concourt à cette désacralisation de l'acte voté par les représentants de la nation" (110).

Cette vision de sociologie administrative (111) doit être complétée pour être confirmée par l'approche juridique où l'ordre public revêt le titre d'objectif à valeur constitutionnelle.

On comprend beaucoup mieux à partir de son origine quel peut être le sens de ce pouvoir administratif dans le cadre de l'expulsion. La procédure dérogatoire est donc d'un usage plus aisé que la rédaction de l'article 26 ne le laisse supposer, ce qui n'est pas sans réelles conséquences, eu égard au grand nombre d'étrangers susceptibles d'en être l'objet (112).

Le second thème touchant aux personnes non expulsables vient accélérer ce mouvement de restriction des droits des étrangers. Par deux fois (113), le législateur s'oppose à étendre, comme dans le droit commun, la zone d'immunité personnelle consacrée par l'article 25 de l'ordonnance. Hormis l'exception absolue du mineur de 18 ans, la puissance publique dispose d'un champ d'action le plus dégagé possible. De ce fait, le danger est proche pour l'étranger et la facilité est ouverte au Ministre pour se lancer dans un détournement de procédure tant "les garanties sont alors quasi-inexistantes" (114). Sur le plan contentieux, le juge administratif doit faire preuve d'une grande attention, dans le cadre de son contrôle de proportionnalité (115), pour des faits ne se rattachant pas nécessairement à ceux envisagés dans l'article 26 al. 2 et 3. La diversité jurisprudentielle devient un "garde-fou" contre les débordements de l'administration désireuse de se déplacer illégalement d'une procédure à l'autre. Si la tentation est grande, nonobstant l'honorabilité du motif d'ordre public, elle n'en reste pas moins condamnable dans la perspective où la dimension humanitaire n'est pas intégrée par un processus où l'on préfère agir en terme d'efficacité administrative. Il va sans dire que cela n'ira pas sans entraîner un effet considérable sur la cellule familiale lorsqu'un seul membre de la communauté peut être concernée par une mesure d'exception administrative et surtout s'il s'agit de la personne subvenant à leurs besoins.

Dans ce cas-là, le juge administratif examinera attentivement la situation de l'ensemble des personnes intéressées, de loin ou de près par la mesure de sanction, au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il en sera ainsi par exemple lorsque l'étranger rentre dans la catégorie de ceux qui justifient d'une résidence habituelle de 15 ans ou régulière de 10 ans. Dans ces circonstances juridictionnelles, on ne peut qu'inciter les requérants à invoquer ce moyen. Le recours au juge devient alors la "bouée de sauvetage" naturelle et systématique de l'étranger en présence d'une administration qui, depuis l'ouverture de la procédure, a tendance à pratiquer la politique de la "sourde-oreille" en arborant les modalités dérogatoires. On constatera que, dans ce mécanisme, les zones de lumière sont relativement rares en faveur de l'étranger.

La première se concentre à l'article 26 a de l'ordonnance de 1945 où la garantie de l'article 25 demeure intacte à leur profit. La satisfaction de cette persistance positive trouve son prolongement dans la référence à l'élément matériel figurant à l'article 23 de l'ordonnance de 1945. Leur gravité moindre n'imposait peut-être pas

(110) D. Loschak, "Le principe de légalité : Mythes et mystifications", A.J.D.A., 1981, Doctrine, p. 390.

(111) Sur ce thème, voir H. Deroche, "Les mythes administratifs", P.U.F., 1966, p. 176 et s.

(112) F. Julien-Laferrière, "Commentaire de la loi du 2/08/1989 relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France", Actualité législative, Dalloz 1990, p. 23, § 31.

(113) Article 26 b (alinéa 2 et alinéa 3).

(114) F. Julien-Laferrière, A.L.D. 1990, op. cit., p. 23, § 32.

(115) X. Philippe, "Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences...", op. cit., p. 202.

leur exclusion dans le cadre de la procédure exceptionnelle. Il ne pouvait difficilement en être autrement dans la mesure où le véhicule juridique prépondérant concerne avant tout les faits ayant motivés la décision.

Excepter le traitement procédural vis-à-vis de l'urgence absolue, ce point devenait une sorte d'obligation car l'admission ou non au bénéfice de l'article 25 fait écho à la question du degré de gravité des actes commis à l'encontre de l'ordre public. Si effectivement, cela peut constituer un rempart contre le pouvoir d'expulser, il n'en demeure pas moins que cette protection reste fragile lorsqu'il y a confrontation avec l'urgence absolue et absence de comparution devant la commission. En effet, les services chargés d'instruire le dossier d'expulsion peuvent commettre volontairement ou non une erreur sur la situation juridique de l'intéressé au regard de l'article 25. Par la suite, il sera difficile de réparer cette méprise une fois que l'étranger aura quitté le territoire national, car celui-ci n'aura pu faire valoir ses droits devant la commission. De plus, le laps de temps entre la notification (article 24, § 1) et l'exécution (26 bis) sera souvent insuffisant pour attendre une réaction efficace de la personne concernée qui aura déjà embarquée pour une autre destination. Il faudra attendre plusieurs mois avant de remettre les choses en leur état initial. D'autant que cette période peut s'étendre lorsque l'administration fait preuve d'une mauvaise volonté à reconnaître sa maladresse. Seul le contentieux de l'annulation permettra de rétablir l'équilibre protégé et admettre, par la suite, le droit à être indemnisé.

La seconde zone de lumière touche au statut du mineur de 18 ans qui est la seule personne faisant l'objet d'une protection illimitée et quelle que soit la procédure d'expulsion envisagée. La solution est particulièrement équitable pour une jeune personne qui, le plus souvent, n'a aucun lien avec le pays dont il a la nationalité. On a du mal à imaginer qu'il puisse être séparé du reste de sa famille dans la mesure où elle contribue à son éducation. Mais quid lorsque c'est l'un ou l'autre des parents qui est visé par une mesure d'expulsion ?

En pratique, on revient à la solution préconisée par la loi du 9/09/1986 prévoyant "l'expulsion d'un mineur lorsque les personnes subvenant à ses besoins étaient elles-mêmes expulsées". C'est-à-dire, comme le souligne F. Julien-Laferrière, on en arrive en "quelque sorte à une expulsion par voie de conséquence" (116). Il est clair qu'avec le système de 1993 l'enfant préférera suivre le sort de ses parents dans les cas où leur présence est indispensable lorsque, par exemple, celui-ci est en "bas-âge".

Reste à savoir alors, comment l'administration va se comporter en présence d'une procédure où le mineur est en droit de demeurer sur le sol français, et qu'il n'a pas opté pour le départ. A défaut d'une famille d'accueil, c'est à l'État qu'il appartiendra d'assurer son éducation pour éviter qu'il tombe dans la spirale de la délinquance. L'envergure du pari n'enlève rien aux conséquences néfastes subies de part et d'autre de la cellule familiale. La franchise de la loi de 1986 réduisait au minimum ce type d'inconvénient car il avait le courage d'imposer d'autorité le déplacement de la famille sans rompre leurs liens affectifs. Ce que l'on comprend encore moins c'est que ce même gouvernement n'a pas reproduit le procédé antérieur, évitant par là même la parution de toutes ces complications. S'il ne l'a pas fait c'est essentiellement au regard de la pénétration au sein de l'ordre juridique français du droit international des droits de l'homme. C'est dire que face à cet encadrement de droit ou de fait les pouvoirs publics disposent d'un champ de manœuvre particulièrement étroit au-delà duquel l'action administrative ne trouvera plus la légitimité dont elle a nécessairement besoin pour fonder sa décision.

(116) Actualité législative, Dalloz 1990, op. cit., p. 22, note 37.

Globalement, on perçoit rapidement avec quelle adresse les restrictions des droits des étrangers sont une réalité tant pour le "diffuseur" que pour le "récepteur". Le mécanisme dérogatoire se perfectionne par réaction sociale et se développe par habitude juridique. L'attente devient infernale pour l'étranger qui se sait menacé par une épée de Damoclès retenue par la seule subjectivité ministérielle.

Même devant le fait accompli, il est rare, pour celui-ci, de connaître avec exactitude les motifs de l'expulsion, sauf à reproduire continuellement la même formule touchant à son comportement. Que faire si ce n'est guetter la décision du juge administratif intervenant longtemps après l'expulsion et revêtant essentiellement "un caractère de satisfaction morale" (117).

Au terme de ces développements concernant la réforme de la procédure d'expulsion par la loi du 24/08/1993, c'est globalement par un sentiment pessimiste que nous avons approché ces multiples décisions.

Le pouvoir discrétionnaire de l'administration a encore de beaux jours devant lui car sa réduction, voire sa disparition, doit être recherchée ailleurs. Le débat et la réflexion doivent être concentrés sur la problématique complexe de l'immigration. Celle-ci traduit clairement la multitude de difficultés que la société internationale connaît dans le secteur économique, éducatif, de la santé. L'avancée communautaire est un premier élément de réponse "qui doit conduire à une vue moins hexagonale du phénomène de l'immigration" (118) et à un meilleur traitement de sa situation. Mais tout reste à faire, surtout face à la pression humaine des continents africains et asiatiques.

A cela, les pays occidentaux ont répondu par un certain protectionnisme dont on peut se féliciter tant que nos rapports avec les différentes communautés étrangères n'auront pas été résolues. D'un autre côté, l'interminable débat sur l'intégration, qui obsède toute la classe politique française, entretient à sa façon et à son rythme la confusion dans l'esprit des nationaux et des étrangers. Du faux-problème au mauvais traitement en passant par l'erreur de diagnostic, les pouvoirs publics, depuis plus d'une vingtaine d'années, ont abouti à un seul résultat : séparer plutôt que rapprocher deux catégories d'individus. On s'installe alors dans l'immobilisme le plus complet sans qu'aucune autorité ne consente à prendre la décision qui s'impose.

Jusqu'à présent, le droit des étrangers reste le ciment de toute la construction sociale et la procédure d'expulsion en assure le maintien pour garantir un minimum de cohésion et de paix civile. Cet édifice juridique revêt une certaine neutralité car il n'est que l'instrument d'un pouvoir indécis et d'une organisation de l'ordre politique en nation.

La solution peut être trouvée dans un changement de trajectoire de la pensée politique où la place et le rôle de l'étranger en France seraient quelque peu revus dans une autre dimension. Le concept de Nation ne peut plus être présenté, par la force des choses, comme jadis.

Rompre avec l'isolement pour rendre à terme le phénomène de citoyenneté le plus attractif possible pour que les parties forment un tout rendu indivisible par un lien de loyauté.

Il n'y a point d'utopie dans nos propos lorsque c'est de l'Homme qu'il est question. Rien n'est donné définitivement, et profitons de cette mutation historique qui, à l'aube du XXIème siècle, nous permettra de réaliser l'avenir économique, politique et culturel de ce nouveau millénaire.

(117) M. Buy, "Les droits de l'étranger expulsé", in "L'information en droit privé", Bibliothèque de droit privé, tome 152, L.G.D.J. 1978, p. 158.

(118) Julien-Laferrrière, *Actualité législative*, Dalloz 1990, op. cit., p. 25.

ASPECTS DU DROIT COMMUNAUTAIRE DES MARCHÉS PUBLICS DE SERVICES (1)

Par

Pierre-Alexis FERAL

*Allocataire de recherche, Moniteur d'enseignement supérieur à la Faculté de Droit et
de Science Politique d'Aix-Marseille
Membre de l'Association des Juristes Européens (A.J.E. 13.)*

Sans avoir à remonter trop loin dans la chronologie des événements communautaires, on peut se référer au "livre blanc" de la Commission européenne publié le 14 juin 1985 (2) qui, au sujet de l'achèvement du "Marché Intérieur", considère la transparence des marchés publics ainsi que leur réelle ouverture à la concurrence comme une des actions prioritaires à réaliser dans le cadre de l'objectif 1992.

L'ouverture progressive des marchés publics dans le contexte du "Grand Marché Intérieur" que nous connaissons depuis le 1er janvier 1993, constitue donc un véritable enjeu, non seulement pour les acheteurs publics qui doivent s'efforcer d'adapter leur comportement aux normes juridiques communautaires, mais également pour les entreprises qui, par leur attitude dynamique doivent démontrer leur intérêt pour cette ouverture.

Pourtant et malgré l'importance de la question, on remarque que le traité de Rome du 25 mars 1957 n'énonce aucune règle particulière concernant les marchés publics.

Toutefois, il édicte quatre principes qui peuvent être présentés comme constituant le socle sur lequel toute une série de directives s'est fixée pour "légiférer" dans ce domaine.

On trouve successivement :

- l'interdiction des discriminations en raison de la nationalité (article 7 C.E.E. et s) ;

(1) Cette étude est tirée d'une intervention que nous avons faite à l'E.N.A. dans le cadre du "cycle de perfectionnement pour l'encadrement supérieur" des 20 et 21 septembre 1993, à l'invitation de M. Jacques Biancarelli, Maître des Requêtes au Conseil d'État, Juge au Tribunal de Première Instance des Communautés européennes. Une autre étude, tirée de la même intervention sera publiée dans la revue Europe, janvier 1994, n° 1, chron. n° 1 (Juris-Classeur-Europe). Elle porte sur la mise en œuvre des directives "Recours" en France.

(2) Le "livre blanc" de la Commission constituait le programme de Jacques Delors et préfigurait ce qu'est devenu l'Acte Unique européen des 17 et 28 février 1986.

- la libre circulation des marchandises et l'interdiction des mesures d'effet équivalent aux restrictions quantitatives à l'importation et à l'exportation (articles 9 et 30 C.E.E. et s) ;
- la libre circulation des travailleurs et la suppression des restrictions au droit d'établissement (articles 48 et 52 C.E.E. et s) ;
- la libre circulation des services et des capitaux (articles 59 et 67 C.E.E. et s).

Il est donc clair qu'ici le traité contient des principes et des règles qui interdisent certaines pratiques abusives mais n'établissent cependant aucune obligation positive consacrant les deux maîtres-mots de la matière : transparence et concurrence.

Comme par ailleurs les dispositions insérées dans le traité ne permettent pas à elles seules, d'assurer l'ouverture souhaitée des marchés publics, l'intégration positive des mesures destinées à décloisonner les marchés a été réalisée par des directives édictées en application de l'article 100 A du traité C.E.E. pour d'une part, réglementer les pratiques des acheteurs européens, et d'autre part, assurer aux fournisseurs, aux entrepreneurs et aux prestataires de services l'accès aux marchés sur un pied d'égalité quelque soit leur pays d'origine.

Par conséquent, le Conseil des Communautés européennes a adopté douze directives depuis 1971 qui, et on doit le préciser, posent des règles en fonction de l'objet du marché n'opérant de ce fait aucune distinction entre les pouvoirs adjudicateurs comme c'est par contre le cas en France (3).

Parmi ces directives on peut plus particulièrement distinguer deux textes, l'un relatif aux marchés publics de services dans "les secteurs classiques" et l'autre relatif aux marchés publics de services dans "les secteurs exclus" (anciennement exclus).

Selon la Commission (4) les marchés publics de services représentent annuellement dans l'ensemble des douze pays de la Communauté un marché d'une valeur estimée à quelques 145 milliards d'écus (5).

Mais les commandes et achats des instances publiques dans ce secteur restent quasi entièrement confinés à l'intérieur des frontières nationales puisque 1 % seulement des contrats de services serait attribué à des firmes d'un autre pays.

La Commission, pour mener à bien l'ouverture totale des marchés publics dans la perspective du "Grand Marché Intérieur" de 1993, a souhaité que toutes les activités soient couvertes par des règles de passation harmonisées et qu'il n'y ait plus de "zone grise" qui permettrait à certains d'échapper aux règles communautaires.

La libéralisation des marchés publics dans le secteur des services, qui d'après la Commission doit entraîner des économies pour les budgets des pouvoirs adjudicateurs, une plus grande mobilité des entreprises offrant ces prestations et enfin des améliorations qualitatives des services proposés, se traduit pour l'instant par deux directives adoptées récemment par le Conseil des Ministres des Communautés européennes.

(3) Le code français des marchés publics se compose de cinq livres dont le livre II consacré aux marchés de l'État et le livre III consacré aux marchés des collectivités locales.

(4) Cf. note d'information du 19.09.1990 et la proposition de "directive du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services", COM (90) 372 final - SYN 293, 06.12.1990, 83 pages

(5) L'E.C.U. (European-Currency-Unit), unité de compte européenne qui vaut environ 6,60 F.

I - PRÉSENTATION DE LA DIRECTIVE 92/50/C.E.E. DU 18 JUIN 1992 PORTANT COORDINATION DES PROCÉDURES DE PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS DE SERVICES (6)

A - LE CHAMP D'APPLICATION

a) Objet des marchés

En ce qui concerne l'objet des marchés, il se définit par opposition à celui des autres directives (7), ce qui le rend paradoxalement très vaste, puisque tous les services sont visés par le texte.

Celui-ci reprend cependant les cas de dérogations prévus par les directives "fournitures" et "travaux" (8) en y ajoutant certaines exclusions rendues souhaitables à des fins de clarification ou par suite de spécificités diverses :

- les marchés immobiliers,
- certains services audiovisuels (achat de programmes et l'acquisition de temps de diffusion),
- certains services de télécommunications : téléphonie vocale, télex, etc...,
- les services d'arbitrage et de conciliation,
- les services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres, etc...,
- les marchés de l'emploi,
- les marchés des services de recherche et de développement.

La directive établit une distinction très claire entre les services prioritaires (annexe 1.A de la directive) qui sont soumis au "régime plein" du dispositif, c'est-à-dire à des règles complètes, semblables à celles existant en matière de travaux et de fournitures, et les autres services (annexe 1.B de la directive) qui sont soumis pour leur part uniquement à des règles de transparence (9) et de respect des dispositions concernant les règles communes dans le domaine technique.

Pour la définition des catégories de services, le texte se réfère à la Central Product Classification (C.P.C.) (10), établie par les organes compétents des Nations Unies.

La liste des services prioritaires (11) soumis à l'ensemble des règles de publicité et de mise en concurrence sont au nombre de 16 :

(6) J.O.C.E. n° L. 209 du 24.07.1992, p. 1-p. 24. Voir pour un commentaire de la directive : Flamme (Ph. et M.A.), "Les marchés publics de services et la coordination de leurs procédures de passation", R.M.C.U.E., n° 365, février 1993, p. 150-p. 170. Voir aussi la chronique de Xavier Philippe sur les marchés publics et plus particulièrement sa présentation des textes communautaires, Annuaire Européen d'Administration publique 1992, éditions du C.N.R.S., 1993, p. 391 et s. Voir enfin l'article de M. Mensi, "L'ouverture à la concurrence des marchés publics de services", R.M.U.E., n° 3, 1993, p. 59-p. 85.

(7) Cf. article 1er de la directive n° 92-50 : "les marchés publics de services sont des contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre un prestataire de services et un pouvoir adjudicateur, à l'exclusion : - notamment - des marchés de fournitures, de travaux, de ceux passés dans les "secteurs exclus" etc..."

(8) Essentiellement, les marchés passés dans les "secteurs exclus", les marchés passés en vertu d'accords internationaux et enfin les marchés qui s'accompagnent de mesures particulières de sécurité ou lorsque la protection des intérêts essentiels de l'État l'exige.

(9) Cette transparence de base permettra l'établissement d'un ensemble d'informations pour le futur et se traduira par l'obligation d'envoyer un avis de post-information à l'Office des publications officielles des Communautés européennes (O.P.O.C.E.), le pouvoir adjudicateur indiquant s'il en accepte la publication.

(10) La C.P.C. présente le grand avantage d'être une nomenclature internationale, utilisable le moment venu, en cas d'extension de l'accord G.A.T.T. sur les marchés publics au domaine des services.

(11) Pourquoi ? Parce que considérés provisoirement comme ceux devant permettre l'accroissement des échanges transfrontaliers ou en raison du niveau actuel des connaissances quant à l'attribution des marchés en cause ou encore en raison de la proportion que représentent actuellement les marchés publics dans le chiffre d'affaires total du secteur considéré. Si chacune de ces raisons avancées a sans

1) activités de caractère commercial, industriel et artisanal, tels les services :

- d'entretien et de réparation ;
- de transports aériens (12) ;
- de transports de courrier par voies terrestre et aérienne ;
- de transports terrestres (13) ;
- de télécommunications (14) ;
- financiers (15) ;
- de publication et d'impression (16) ;
- de conseil en gestion et services connexes (17) ;
- de publicité ;
- de nettoyage de bâtiments et de gestion de propriétés ;
- de voirie et d'enlèvement des ordures : services d'assainissement et services analogues.

2) activités de prestations intellectuelles, tels les services :

- informatiques et services connexes ;
- comptables, d'audit et de tenue de livres ;
- d'études de marché et de sondages ;
- de recherche-développement (18) ;
- d'architecture et d'ingénierie, d'aménagement urbain et d'architecture paysagère, etc...

Voyons maintenant plus rapidement les autres services soumis uniquement à une transparence de base et au nombre de 11. Il s'agit des services :

- d'hôtellerie et de restauration ;
- de transports ferroviaires ;
- de transports par eau ;
- annexes et auxiliaires des transports ;
- juridiques ;
- de placement et de fourniture de personnel ;
- d'enquête et de sécurité (19) ;
- d'éducation et de formation professionnelle ;
- sociaux et sanitaires ;
- récréatifs, culturels et sportifs ;
- et autres services.

aucun doute joué un certain rôle, on ne saurait négliger le combat d'influence mené par les groupes intéressés pour éviter le classement dans la catégorie "services prioritaires" et, par là, l'application intégrale de la directive.

(12) A l'exclusion des transports de courrier.

(13) A l'exclusion des transports ferroviaires, couverts par l'annexe 1.B de la directive.

(14) A l'exclusion des services de téléphonie vocale, de télex, de radio-messagerie et de communications par satellite.

(15) On vise ici les services d'assurances et les services bancaires et d'investissement à l'exclusion de certains services notamment ceux relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers, ainsi que les services prestés par la Banque de France (ou les Banques centrales en général).

(16) Sur la base d'une redevance ou sur une base contractuelle.

(17) A l'exclusion des services d'arbitrage et de conciliation.

(18) A l'exclusion des marchés des services de recherche-développement autres que ceux dont les fruits appartiennent exclusivement au pouvoir adjudicateur pour son usage dans l'exercice de sa propre activité pour autant que la prestation du service soit entièrement rémunérée par le pouvoir adjudicateur.

(19) A l'exclusion des services des véhicules blindés.

b) Le cas particulier des concessions de services publics (20)

Le projet initialement soumis par la Commission au Conseil le 18 décembre 1990 étendait l'obligation de publicité préalable à tous les marchés de services d'un montant supérieur à un certain seuil, y compris aux concessions de service public. En revanche, seuls les marchés de services autres que les concessions étaient soumis à des règles de mise en concurrence.

Les concessions de service public se trouvaient ainsi incluses dans le champ de la réglementation communautaire, bien que soumises à des règles allégées, de simple publicité.

Un tel mécanisme était semblable à celui retenu dans le cadre de la directive "travaux" pour les concessions de travaux publics, incluses dans le champ d'application de la directive mais soumises à une partie seulement des obligations communautaires.

La définition de la concession de service public retenue par le projet de directive reposait sur la notion de contrat (21).

La difficulté était que, compte tenu de l'hétérogénéité des modes de délégation des services publics à l'intérieur de la Communauté, la définition proposée par la Commission aurait conduit inéluctablement à un traitement inégalitaire des États membres.

En effet, seuls auraient été concernés, par les dispositions de la directive, les États qui délèguent, comme la France (22), la gestion de leurs services publics sous une forme contractuelle. Par contre, les États qui pratiquent d'autres formes de délégation de services publics, comme l'Allemagne, auraient par conséquent échappé à toute contrainte.

La France ne pouvant accepter une telle situation proposa soit un élargissement de la définition de la notion de concession, de manière à y inclure les autres procédés de délégation, ou bien alors, l'abandon pur et simple de toute référence aux concessions de service public.

Compte tenu des difficultés pour s'accorder sur une définition satisfaisante de la concession et vu le temps qui était imparti aux États membres, le Conseil du 19 décembre 1991 a finalement opté pour la suppression de toute référence aux concessions de service public dans la directive.

Le débat sur les concessions s'est donc une nouvelle fois soldé, comme dans le cas de la directive du 17 septembre 1990 relative aux "secteurs exclus", par l'exclusion des concessions de service public.

Pourtant on n'abandonne pas l'idée de les réglementer, puisque le Conseil, toujours dans sa séance du 19 décembre 1991 et afin de contrebalancer les effets négatifs de la mésentente, a décidé la création d'un observatoire européen chargé d'étudier les législations nationales en matière de gestion déléguée des services publics afin de proposer dans un délai de quatre ans (23) des solutions de rapprochement entre les États membres. Cet observatoire n'a apparemment pas encore vu le jour.

(20) Cette question de l'inclusion des concessions de service public s'est avérée être sans aucun doute le principal enjeu de la négociation et par là, une source de discord. Cf. Maugüe (Ch.), op. cit., p. 173.

(21) Selon l'article L.h. initialement prévu, "la concession de service public est un contrat autre qu'une concession de travaux publics, conclu entre un pouvoir adjudicateur et une autre entité de son choix, en vertu duquel le premier confie l'exécution d'une activité dont il est chargé à la seconde et par lequel la seconde accepte d'exercer l'activité moyennant soit le droit d'exploiter le service, soit ce droit assorti d'un prix".

(22) D'une façon plus générale, les États d'Europe du Sud : France, Espagne, Italie, Portugal et Grèce.

(23) En 1996. Plus précisément quatre ans après l'adoption de la directive, doit avoir lieu la révision de cette dernière notamment pour procéder à quelques modifications quant à la distinction "services prioritaires" - "autres services". A terme, les services de l'annexe 1-B seront soumis au plein régime.

c) Pouvoirs adjudicateurs

Les pouvoirs adjudicateurs sont tous ceux visés par les directives "fournitures" (24) et "travaux", ce qui couvre pêle-mêle : État, collectivités territoriales, personnes morales de droit public, et surtout, les organismes de droit public (25).

Les textes communautaires apportent une précision importante en ce qui concerne les critères cumulatifs qui définissent l'organisme de droit public. Il est :

- 1 - doté de la personnalité juridique ;
- 2 - créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et (ou) commercial ;
- 3 - soit financé majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres personnes morales de droit public, soit administré par un organe de direction composé pour plus de la moitié par des membres nommés par les pouvoirs publics.

Alors que les directives parlent "d'organismes de droit public", cette définition peut très bien s'appliquer à des organismes (français) de droit privé tels que : associations para-administratives, sociétés d'économie mixte, etc...

Hormis les marchés passés par ces organismes de droit public, sont aussi visés par la directive, les marchés de services passés par des personnes privées mais bénéficiant d'un financement public majoritaire (26).

La directive impose en effet aux États membres (27) de prendre les mesures nécessaires pour que les pouvoirs adjudicateurs respectent ou fassent respecter ses dispositions lorsqu'ils subventionnent directement à plus de 50 % un marché de services passé par une entité autre qu'eux-mêmes en liaison avec un marché de travaux (28).

B - LES SEUILS

Pour des raisons évidentes de cohérence entre les directives et pour éviter le risque de reclassification artificielle des marchés, afin d'échapper à leur application, les seuils fixés en écus s'apprécient dans les mêmes conditions que les autres directives et leurs contrevaleurs en monnaies nationales suivent les mêmes règles.

La directive s'applique (29) dès que la valeur du marché atteint ou dépasse 200 000 écus (H.T.V.A.).

Il s'agit d'un seuil identique à celui de la directive "fournitures" qui, en application d'un arrêté du Ministre de l'Économie et des Finances du 31 mars 1992, a été fixé à 1 380 000 F.

(24) Notamment depuis les modifications intervenues par le biais des directives "codification" du 14 juin 1993. Si fonder les textes des directives travaux" n'a posé aucun problème, il en est allé autrement pour les directives "fournitures" où l'opération fut plus délicate dans la mesure où la Commission visait, outre la codification, une extension du champ d'application afin de la faire coïncider avec les directives "travaux" et "services" et permettre à terme le rassemblement de tous les textes couvrant les "secteurs classiques" dans un document unique. La directive "codification-fournitures" n° 93/36/C.E.E. (J.O.C.E., n° L. 199 du 09.08.1993, p. 1-p. 53) portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures entrera en vigueur le 14 juin 1994.

(25) C'est une notion plus large que celle de personnes publiques et on la trouve définie à l'article 9 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence (J.O.R.F. du 05/01/1991, p. 236 et s.).

(26) Cf. l'article 10 de la loi précitée.

(27) Cf. article 3 paragraphe 3.

(28) Pas n'importe quels travaux mais seulement, d'une part, les marchés de génie civil et, d'autre part, les travaux de bâtiments (sportifs, hospitaliers, scolaires, culturels, à l'exclusion des constructions de logements).

(29) Cf. article 7 de la directive n° 92/50.

C - REMARQUES COMPLÉMENTAIRES

Les règles de passation des marchés contenues dans les directives "fournitures" et "travaux" peuvent être en général appliquées, le pouvoir adjudicateur exerçant un choix parmi les procédures ouvertes, restreintes et sous certaines conditions, négociées avec ou sans publicité (30). Les cas d'exception à la mise en concurrence, ou pour lesquels un avis de publicité n'est pas nécessaire, sont ceux des directives précédemment citées.

Notons qu'une procédure nouvelle est instaurée (31), celle du concours ouvert ou restreint. Les concours sont définis comme les procédures nationales qui permettent au pouvoir adjudicateur d'acquérir principalement dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture, de l'ingénierie ou des traitements de données, un plan ou un projet qui est choisi par un jury après mise en concurrence avec ou sans attribution de primes.

Il reste que la distinction faite par la directive du 18 juin 1992 entre les secteurs où les règles de publicité et de mise en concurrence jouent dès l'entrée en vigueur de la directive et les secteurs où n'est prévu (pendant une période déterminée) qu'un simple mécanisme de surveillance, sous la forme d'une information à posteriori de la Commission (sans application des règles de publicité préalable et de mise en concurrence), témoigne, sans aucune hésitation à ce sujet, de la sensibilité particulière du domaine des services en général et des concessions de service public en particulier.

La directive ne fixe pas d'échéance pour l'achèvement de l'ouverture des services, mais il est probable que celle-ci aura lieu à l'occasion de la révision de la directive prévue dans quatre ans.

Le dernier apport de cette directive est d'avoir étendu aux marchés publics de services les procédures de recours prévues par la directive du 21 décembre 1989 (32) pour les marchés de travaux et de fournitures.

Destinées à permettre une application effective des obligations imposées par les directives, ces procédures doivent assurer aux entreprises qui s'estiment lésées la possibilité d'obtenir la correction des violations du droit communautaire avant que soit conclu le marché.

D - TRANSPOSITION DANS L'ORDRE JURIDIQUE FRANÇAIS

L'entrée en vigueur de la directive n° 92-50 du 18 juin 1992 s'est réalisée le 1er juillet 1993 mais n'a toujours pas été transposée dans notre ordre juridique et ce en manquement de l'article 189 alinéa 3 du traité C.E.E..

Pour l'instant nous avons un projet de loi (33) soumettant la passation de certains contrats de services à des règles de publicité et de mise en concurrence et modifiant la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 (34).

Ce projet a reçu l'avis favorable de la section administrative de la Commission Centrale des Marchés (C.C.M.) lors de sa séance du 5 juillet 1993.

Il vient d'être adopté en l'état par le Conseil des Ministres dans sa séance du Mardi 30 novembre 1993 et sera soumis prochainement au Parlement.

(30) Cf. articles 11 et 12 de la directive n° 92/50.

(31) Cf. article 13 de la directive précitée.

(32) Directive 89/665/C.E.E. du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (J.O.C.E. n° L. 395 du 30.12.1989). Cette directive fut transposée par la loi n° 92-10 du 4 janvier 1992 (J.O.R.F. du 7 janvier 1992, p. 327.).

(33) Cf. nos photocopies du projet de loi jointes en annexe à ce rapport synthétique.

(34) Cette loi assure, par son titre II, la transposition de la directive "Travaux" du 18 juillet 1989.

II - PRÉSENTATION DE LA DIRECTIVE 93/38/C.E.E DU 14 JUIN 1993 PORTANT COORDINATION DES PROCÉDURES DE PASSATION DES MARCHÉS DANS LES SECTEURS DE L'EAU, DE L'ÉNERGIE, DES TRANSPORTS ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS (35)

Cette directive dite marchés publics de "services-secteurs-exclus" est le dernier volet de l'activité législative prévue par le "livre blanc" de la Commission en matière de marchés publics.

A - Le champ d'application

La directive "services-secteurs-exclus" s'inspire à la fois de la directive "services" intervenue le 18 juin 1992 et de la précédente directive "secteurs-exclus" du 17 septembre 1990 (36).

On parle encore de "secteurs-exclus" bien qu'ils ne le soient plus et ce depuis le 1er janvier 1993, date d'entrée en vigueur de cette directive. L'exclusion de ces secteurs était principalement justifiée par le fait que les entités qui les exploitent sont régies tantôt par le droit public, tantôt par le droit privé, d'où la difficulté d'ériger des règles de passation des marchés pour des entités définies autrement que par référence à leur statut juridique. De plus, ces secteurs protégés sont traditionnellement caractérisés par une quasi-absence de concurrence, qui est due essentiellement à l'octroi, par les autorités nationales, de droits spéciaux (et) ou exclusifs, principalement pour l'exploitation des réseaux.

C'est ainsi que l'on retrouve la distinction entre les services ouverts immédiatement à la concurrence et les services faisant l'objet d'un mécanisme de surveillance préalable, avec une liste de services identique à celle figurant en annexe de la directive "services" du 18 juin 1992.

C'est ainsi également que, conformément à cette directive, elle exclut de son champ d'application la concession de service public et prévoit une nouvelle procédure de passation des marchés : le concours.

Par ailleurs, à l'instar de la directive cette fois-ci "secteurs-exclus", le texte ne fixe pas de règles de mise en concurrence contraignantes, mais laisse aux pouvoirs adjudicateurs le libre choix entre l'une ou l'autre des procédures avec mise en concurrence et assouplit les conditions de recours aux marchés négociés.

Concernant enfin les pouvoirs adjudicateurs, doivent appliquer les directives "secteurs-exclus", les entités adjudicatrices suivantes (37) :

- les pouvoirs publics, à savoir l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public, les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou de ces organismes de droit public ;

(35) J.O.C.E. n° L. 199 du 9 août 1993, p. 84 et s.

(36) Cf. la directive 90/531/C.E.E. du 17 septembre 1990 relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (J.O.C.E. n° L. 297 du 29/10/1990). Pour une présentation de cette directive, voir le commentaire du Professeur Dominique Berlin, A.J.D.A., janvier 1991, p. 13-p. 22. Voir aussi l'approche intéressante de Béatrice de Lavergne sur "Les marchés des industries de réseaux", Le Moniteur des T.P., n° 4683 du 27/08/1993, p. 30 et s.

(37) Cf. article 1er de la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992 relative aux procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (J.O.R.F. du 12/12/1992, p. 16952 et s.).

- les entreprises publiques, à savoir les entreprises sur lesquelles les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent ;
- les entités qui ne sont pas des pouvoirs publics ou des entreprises publiques mais qui bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs pour l'une des activités visées par les directives "secteurs-exclus".

Les activités (38), entrant dans leur champ d'application, sont de deux ordres.

La première catégorie concerne les activités fournissant un service au public par l'intermédiaire d'un réseau technique dont l'existence même limite l'étendue de la concurrence. Lorsqu'un tel système est mis en place, les perspectives de concurrence par un autre réseau ou par de nouveaux venus sur le marché sont dans la pratique limitées. Elles sont inexistantes lorsque le monopole ou l'oligopole est confirmé sur le plan juridique par l'octroi de droits spéciaux ou exclusifs ou par des mécanismes d'autorisation publique qui empêchent l'accès des nouveaux venus.

Sont ainsi couvertes la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux qui proposent un service au public en liaison avec la production, le transport, la distribution d'eau potable, d'électricité, de gaz, de chauffage ou de télécommunications, ou encore les réseaux de trains, de tramways, d'autobus municipaux.

La deuxième catégorie concerne les activités dans lesquelles une entité exploite une zone géographique dans un but déterminé moyennant une concession ou une autorisation de l'État. Ces dernières ont pour but soit de prospecter ou d'extraire du pétrole, du gaz, du charbon ou d'autres combustibles solides, soit de mettre à la disposition de transporteurs aériens, maritimes, terrestres ou fluviaux, des aéroports, des ports maritimes et intérieurs ou d'autres terminaux de transports.

B - LES SEUILS

Ils sont déterminés à l'article 14 de la directive qui s'applique aux marchés dont la valeur estimée (H.T.V.A.) égale ou dépasse :

- 400 000 écus pour les services, sauf dans le secteur des télécommunications.
- 600 000 écus pour les marchés passés dans le secteur des télécommunications.

Il s'agit de seuils identiques à ceux de la directive "secteurs exclus" qui, en application d'un arrêté du Ministre de l'Économie et des Finances du 3 août 1993, ont été fixés respectivement à 2 770 000 F et 4 160 000 F.

C - REMARQUES COMPLÉMENTAIRES

On ne peut pas parler ici d'une directive "autonome" car elle se contente d'opérer quelques modifications sur la directive "secteurs-exclus" du 17 septembre 1990 pour y inclure les marchés de services.

L'un des enjeux de la directive a consisté dans l'inclusion d'une clause dite "pays tiers".

Il n'existe pas de clauses "pays tiers" dans les directives classiques dans la mesure où les États favorables à une politique commerciale libérale et à une ouverture des marchés publics à la concurrence s'y sont opposés. Il a été toutefois possible, compte tenu des enjeux industriels considérables des marchés passés dans les "secteurs exclus" d'insérer une telle clause à la fois dans la directive "travaux et fournitures - secteurs exclus" du 17 septembre 1990 et dans la directive "services-secteurs-exclus" du 14 juin 1993.

(38) Cf. l'article 2 de la loi précitée.

Le compromis atteint dans la dernière directive est néanmoins différent de celui de 1990 car le critère de l'ouverture réside dans la réciprocité de l'ouverture des marchés publics des pays tiers et non, comme dans la précédente directive, dans la prise en compte de l'origine des produits.

Enfin, une différence, cette fois-ci entre les deux directives services, mérite d'être signalée. Contrairement à la directive "services-secteurs classiques" du 18 juin 1992, celle de juin dernier (14 juin 1993) exclut de son champ d'application les services fournis par une entreprise à des entités adjudicatrices appartenant au même groupe.

Le Conseil a en effet convenu dans la position commune arrêtée le 21 décembre 1992 que les entreprises qui réalisent au moins 80 % de leur chiffre d'affaires en fournissant des services à des entreprises adjudicatrices du même groupe pourront bénéficier d'exceptions par rapport aux règles imposées par la directive.

Cette différence tient à ce que les entités qui interviennent dans les "secteurs exclus" sont, à la différence des opérateurs dans les "secteurs classiques", majoritairement des personnes privées ou des personnes qui, bien que publiques, sont régies essentiellement par le droit privé (39) et que ces opérateurs sont souvent fortement intégrés.

La prise en compte de la notion de groupe s'imposait dès lors bien davantage que dans les "secteurs classiques".

D - TRANSPOSITION DANS L'ORDRE JURIDIQUE FRANÇAIS

Celle-ci n'est pas tout à fait encore à l'ordre du jour même si les administrations concernées ont d'ores et déjà entamé la réflexion. Précisons tout de même que l'entrée en vigueur de cette directive n° 93/38 sur les services dans les "secteurs exclus" ne s'effectuera que le 1er juillet 1994.

CONCLUSION

Cette présentation du droit communautaire des marchés publics de services ne se voulait en rien exhaustive (40), mais visait uniquement à souligner l'importance et l'actualité de la matière. En effet, les Ministres de l'Industrie et des Affaires européennes ont confié, courant octobre 1993, à M. Georges de la Loyère, une mission de réflexion sur une libéralisation de cette catégorie de marchés publics.

Les thèmes principaux de cette étude concernent donc, la place et l'importance des marchés publics de services dans les pays de la Communauté, leur rôle en tant que débouchés privilégiés pour les industries nationales et communautaires, l'étude de la mise en oeuvre de leur libéralisation et enfin leur problématique dans le cadre des échanges commerciaux avec les États Unis et le Japon (41). Le rapport définitif devra être remis aux deux ministres à la fin du premier trimestre 1994.

(39) Cas des établissements publics à caractère industriel et commercial (E.P.I.C.).

(40) Pour une présentation complète de la matière, se reporter notamment au répertoire de droit communautaire (Dalloz - août 1993) et plus spécialement à l'analyse des professeurs F. Llorens et P. Soler-Couteaux sur les marchés publics, 77 pages.

(41) Cf. Décision du Conseil, du 10 mai 1993, relative à la conclusion de l'accord sous forme de mémorandum d'entente entre la Communauté économique européenne et les États-Unis d'Amérique concernant la passation de marchés publics (J.O.C.E. n° L.125 du 20/05/1993). Voir aussi : Hoguet (P.), "Les enjeux de la négociation du G.A.T.T.", délégation de l'Assemblée Nationale pour les Communautés européennes, rapport d'information n° 679, 1993, page 183 et s.

ANNEXE

Le Ministre de l'Économie

Le Ministre de l'Économie
à
Monsieur le Premier Ministre

Objet : Projet de loi soumettant la passation de certains contrats de services à des règles de publicité et de mise en concurrence et modifiant la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 (42).

Conformément à la décision prise lors de la réunion interministérielle qui s'est tenue au Secrétariat Général du Comité Interministériel pour les questions de coopération économique européenne, je vous transmets le projet de loi soumettant la passation de certains contrats de services à des règles de publicité et de mise en concurrence et modifiant la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991. Ce projet a reçu l'avis favorable de la section administrative de la Commission Centrale des Marchés lors de la séance du 5 juillet 1993.

Le présent projet de loi complète les mesures qui ont été prises pour les marchés de fournitures et de travaux en prévoyant les mêmes obligations pour les marchés de services, conformément aux dispositions de la directive CEE 92/50 qui soumet certains contrats de services à des règles de publicité et de mise en concurrence.

Vous trouverez également joint à ce texte, un projet d'arrêté qui fixe les catégories de services qui sont visées par le projet de loi. Cet arrêté dont le contenu est strictement défini par la directive communautaire ne m'apparaît pas devoir recueillir le contreseing de plusieurs ministres, malgré le désaccord qui existe sur ce point, dans la mesure où aucun ministre n'est ensuite appelé à prendre de mesure réglementaire en application de ce texte.

Compte tenu de l'urgence qui s'attache à la parution de ce texte, je vous serais obligé de bien vouloir organiser dans les meilleurs délais une réunion interministérielle à laquelle seraient conviés les représentants des ministres qui ont été associés à l'élaboration de ce projet de loi (Ministère des affaires sociales, de la santé et de la ville, Ministère de l'intérieur et de l'aménagement du territoire, Ministère de l'industrie, des postes et télécommunications et du commerce extérieur, Ministère de l'équipement, des transports et du tourisme, Ministère du budget, Ministère délégué à la santé et du Ministère délégué à l'aménagement du territoire et aux collectivités locales) afin d'arrêter la position du Gouvernement sur un projet qui devra être ensuite transmis au Conseil d'État.

**PROJET DE LOI SOUMETTANT LA PASSATION DE CERTAINS
CONTRATS DE SERVICES À DES RÈGLES DE PUBLICITÉ ET
DE MISE EN CONCURRENCE
ET MODIFIANT LA LOI N° 91-3 DU 3 JANVIER 1991**

(NOR/ECOM/9300176/L.1.)

Article 1er

Après l'article 9 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, est inséré un article 9-1 ainsi rédigé :

"Article 9-1 : Est soumise à des mesures de publicité et de mise en concurrence la passation de certains contrats de services que se proposent de conclure les personnes mentionnées à l'article 9 et dont le montant est égal ou supérieur à un seuil fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie.

La liste de ces services est divisée en trois catégories dont seules les première et seconde sont, chacun en ce qui la concerne, soumises à des règles définies par décret en Conseil d'État. Cette liste est fixée par arrêté du ministre chargé de l'économie".

Article 2

Après l'article 10 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 précitée, est inséré un article 10-1 ainsi rédigé :

"Est soumise à des mesures de publicité et de mise en concurrence définies par décret en Conseil d'État la passation des contrats, d'un montant supérieur ou égal à un seuil fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie, dont l'objet est défini à l'article 9-1, qui sont liés à l'exécution des contrats de travaux définis au 1° de l'article 10 et qui sont subventionnés directement à plus de 50 p. 100 par les personnes visées au 2° du même article".

Article 3

A l'article 11-1 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 précitée, au premier alinéa, les mots : "la passation des contrats définis aux articles 9, 10 et 11" sont remplacés par les mots : "la passation des contrats définis aux articles 9, 9-1, 10, 10-1 et 11".

Article 4

A l'article 11-2 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 précitée, les mots : "la passation des contrats définis aux articles 9, 10 et 11" sont remplacés par les mots : "la passation des contrats définis aux articles 9, 9-1, 10, 10-1 et 11".

Article 5

I - A l'article 12 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 précitée, les mots : "aux articles 9, 10 et 11" sont remplacés par les mots : "aux articles 9, 9-1, 10, 10-1 et 11".

II - Au 2° du même article, après les mots : "concernant des travaux", les mots : "ou des services" sont ajoutés.

III - Au 3° du même article, les mots : "et portant sur des travaux destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un ouvrage par des États signataires de l'accord" sont supprimés.

EXPOSÉ DES MOTIFS

Projet de loi soumettant la passation de certains contrats de services à des règles de publicité et de mise en concurrence et modifiant la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991

Dans la perspective de l'achèvement du marché intérieur, le Conseil des Ministres des Communautés européennes a adopté un certain nombre de directives tendant à assurer une plus grande ouverture des marchés publics de fournitures, de travaux et de services.

Les marchés de fournitures et de travaux ont fait l'objet de trois directives :

- la directive n° 89-440 du 18 juillet 1989 modifiant la directive n° 71-305 du 26 juillet 1971 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux ;
- la directive n° 88-295 du 22 mars 1988 modifiant la directive n° 77-62 du 21 décembre 1976 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures et abrogeant certaines dispositions de la directive n° 80-767 du 22 juillet 1980 ;
- la directive n° 90-531 du 17 septembre 1990 relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs d'activité de l'eau, l'énergie, les transports et les télécommunications.

La transposition en droit interne de ces trois directives a déjà donné lieu à l'adoption de plusieurs textes de nature législative ou réglementaire.

Pour compléter ce dispositif, il restait à prendre deux directives relatives aux marchés de services.

C'est l'objet de la directive n° 92-50 du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services et d'une directive adoptée par le Conseil des Ministres des Communautés européennes le 14 juin 1993 qui étend le champ d'application de la directive n° 90-531 en soumettant les contrats de services passés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, à des obligations de publicité et de mise en concurrence.

Le présent projet de loi vise à transposer en partie la directive n° 92-50 relative aux marchés de services, le reste de cette transposition devant être assuré, d'une part, par un décret d'application du présent projet de loi, d'autre part, par une modification, par voie réglementaire du code des marchés publics applicable aux marchés de l'État et aux collectivités territoriales.

Il modifie, pour ce faire, le titre II de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 qui soumet déjà la passation de certains contrats de travaux à des obligations de publicité et de mise en concurrence conformément aux dispositions de la directive n° 89-440 précitée.

L'article 1er crée un article 9-1 qui soumet à des mesures de publicité et à des procédures de mise en concurrence qui seront définies par décret en Conseil d'État la passation de contrats de services dont le montant est supérieur à un seuil fixé par arrêté du ministre de l'économie selon une valeur de 200.000 Écus conclus par des organismes de droit privé répondant à différents critères, notamment un financement ou un contrôle de leurs organes de gestion par des autorités publiques.

La liste des services visés par cet article sera elle-même fixée par arrêté du ministre de l'économie qui reprendra les trois catégories de services définies par la directive n° 92-50, à savoir :

- les services soumis à l'ensemble des mesures de publicité et de mise en concurrence,
- les services soumis à certaines de ces mesures, seulement,
- les services exclus du champ d'application de la loi.

L'article 2 crée un article 10-1 qui soumet les contrats de services ayant le même objet, qui sont liés à l'exécution des contrats de travaux définis à l'article 10 de la loi du 3 janvier 1991 et qui sont subventionnés par les personnes, essentiellement publiques, visées au même article.

Les articles 3 et 4 modifient les articles 11-1 et 11-2 de cette loi afin de soumettre la passation des contrats de services aux mêmes possibilités de recours juridictionnel que celles déjà existantes pour les contrats de fournitures ou de travaux, en vue d'assurer le respect des obligations découlant de la directive.

L'article 5 modifie l'article 12 de la loi du 3 janvier 1991 afin d'assurer la cohérence de son champ d'application avec d'autres textes législatifs qui régissent certains contrats notamment ceux intervenant dans les secteurs de l'eau, l'énergie, les transports et les télécommunications.

ARRÊTÉ DU

fixant les catégories de services visées à l'article 9-1 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence

(NOR/ECOM/9300309/A)

Le ministre de l'économie,

Vu la loi n° 93 du soumettant la passation de certains contrats de services à des règles de publicité et de mise en concurrence et modifiant la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991, notamment son article 1er ;

Vu le décret n° 93 du modifiant le décret n° 92-311 du 31 mars 1992 et soumettant la passation de certains contrats de services à des règles de publicité et de mise en concurrence ;

Vu la directive du Conseil des Communautés européennes n° 92-50 du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services.

ARRÊTE :

Article 1er :

Les catégories de services soumises à l'ensemble des mesures de publicité et de mise en concurrence prévues par l'article 9-1 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 et définies par le décret n° 92-311 du 31 mars 1992 sont les suivantes :

DÉSIGNATION	N° DE RÉFÉRENCE dans la classification cen- trale par produits dite CPC, établie par l'organi- sation des Nations-Unies
Services d'entretien et de réparation	6112, 6122, 633, 886
Services de transports terrestres (à l'exclusion des services de transports ferroviaires couverts dans la catégorie II - CPC 711), y compris les services de véhicules blindés et les services de courrier, à l'exclusion des transports de courrier	712, (sauf 71235), 7512, 87304
Service de transports aériens : transports de voyageurs et de marchandises, à l'exclusion des transports de courrier	73 (sauf 7321)
Transports de courrier par transport terrestre (à l'exclusion des services de transports ferroviaire couverts dans la catégorie II - CPC 711) et par air	71235, 7321

DÉSIGNATION	N° DE RÉFÉRENCE dans la classification cen- trale par produits dite CPC, établie par l'organi- sation des Nations-Unies
Services de télécommunications (à l'exclusion des services de téléphonie vocale, de télex, de radiotéléphonie, d'appel unilatéral sans transmission de parole, ainsi que des services de transmission par satellite)	752
Services financiers a) Services d'assurances b) Services bancaires et d'investissement (à l'exclusion des marchés des services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers, ainsi que des services prestés par la Banque de France)	ex 81 812, 814
Services informatiques et services connexes	84
Services de recherche-développement (à l'exclusion des marchés des services de recherche-développement autres que ceux dont les fruits appartiennent exclusivement au pouvoir adjudicateur pour son usage dans l'exercice de sa propre activité pour autant que la prestation de service soit entièrement rémunérée par le pouvoir adjudicateur)	85
Services comptables, d'audit et de tenue de livres	862
Services d'études de marché et de sondages	864
Services de conseil en gestion (à l'exclusion des services d'arbitrage et de conciliation) et services connexes	865, 866
Services d'architecture : services d'ingénierie et services intégrés d'ingénierie ; services d'aménagement urbain et d'architecture paysagère ; services connexes de consultations scientifiques et techniques ; services d'essais et d'analyses techniques	867
Services de publicité	867
Service de nettoyage de bâtiments et services de gestion de propriétés	874 82201 à 82206
Services de publication et d'impression sur la base d'une redevance ou sur une base contractuelle	88442
Services de voirie et d'enlèvement des ordures : services d'assainissement et services analogues	94

Article 2

Les catégories de services soumises exclusivement aux obligations des articles ... et ... du décret n° 92-311 du 31 mars 1992 sont les suivantes :

DÉSIGNATION	N° DE RÉFÉRENCE dans la classification cen- trale par produits dite CPC, établie par l'organi- sation des Nations-Unies
Services d'hôtellerie et de restauration	64
Services de transports ferroviaires	711
Services de transports par eau	72
Services annexes et auxiliaires des transports	74
Services juridiques	861
Services de placement et de fourniture de personnel	872
Services d'enquête et de sécurité, à l'exclusion des services des véhicules blindés	873 (sauf 87304)
Services d'éducation et de formation professionnelle	92
Services sociaux et sanitaires	93
Services récréatifs, culturels et sportifs	96
Autres services	—

Article 3

Les services exclus du champ d'application de l'article 9-1 de la loi du 3 janvier 1991 susvisée sont les suivants :

- Acquisition ou location de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ou services qui concernent les droits sur ces biens ;
- Achat, développement, production ou coproduction de programmes par des organismes de radiodiffusion et services concernant les temps de diffusion ;
- Service de téléphonie vocale, de télex, de radiotéléphonie mobile, de radio messagerie et de communications par satellite ;
- Services d'arbitrage et de conciliation ;
- Services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers, ainsi que de services prestés par la Banque de France ;
- Services relatifs à des marchés de l'emploi ;
- Services de recherche et de développement autres que ceux dont les résultats appartiennent exclusivement à la personne responsable du marché pour son usage dans l'exercice de sa propre activité, pour autant que la prestation du service soit entièrement rémunérée par la personne responsable du marché.

Fait à Paris, le

Le Ministre de l'Économie

TEMPORALITÉ ET CONDITIONNALITÉ DES SYSTÈMES JURIDIQUES

Par

Otto PFERSMANN (*)

*Chargé de recherches au Centre National de la Recherche Scientifique
Groupe d'Études et de Recherche sur la Justice Constitutionnelle, URA 1392,
Université Aix-Marseille III*

Introduction - Les ordres juridiques sont des ensembles normatifs temporalisés

I - La structure conditionnelle de la temporalité juridique

- A - La différenciation des domaines temporels
- B - Le critère incomplet de la production
- C - La structure des obligations futures

II - Les rapports possibles entre domaines temporels

- A - La clôture normative du passé
- B - La plasticité temporelle du domaine conditionnel
- C - Les configurations possibles

Conclusion - L'accélération de l'histoire des systèmes juridiques

(*) Une première version de cette étude a été présentée au séminaire de l'équipe de recherche "Droit, politique, histoire dans la pensée allemande moderne et contemporaine" de l'Université de Cergy-Pontoise, animée par le Professeur Jean-François Kervégan. Nos remerciements s'adressent aux membres de l'équipe pour leurs commentaires, conscient que ce texte ne traite pas, à proprement parler, de la pensée juridique "allemande".

INTRODUCTION - LES ORDRES JURIDIQUES SONT DES ENSEMBLES NORMATIFS TEMPORALISÉS

Les sociologues se sont depuis longtemps intéressés à la dimension évolutive du droit, mais ce qui, dans leur optique, change d'abord, c'est la société. Le droit n'a pas de rapport intrinsèque avec le temps, il se plie à son rythme qui lui reste extérieur. Le juriste qui étudie le droit positif part de la conception inverse. Il ne semble prêter son attention au temps que lorsqu'il en est explicitement question dans les textes comme d'un objet spécifique. Qu'une obligation commence à partir d'une certaine date ou qu'une autorisation prenne fin un certain jour pose le problème d'une technique de calcul que chaque système résout à sa manière. Le temps apparaît comme objet du droit et donc comme un objet parmi d'autres, selon la matière qu'il s'agit de régler.

Pourtant, le rapport du droit au temps n'est pas simplement contingent. Certains auteurs se sont attachés à montrer que les systèmes juridiques sont composés de normes qui n'existent que dans le temps et même que chaque norme comporte une double détermination temporelle. Toutefois, si ces résultats sont admis en théorie, ils sont mal connus et l'interprétation exacte de cette structure demeure toujours fortement controversée. Quelques prémisses nous serviront à rendre plus explicite notre point de départ ainsi qu'à développer notre problématique.

Les prémisses de notre argument sont les suivantes :

1) Nous appelons "ordres juridiques" ou "droit" des systèmes normatifs qui répondent aux critères suivants :

a) les normes qui les composent ont une structure conditionnelle, leurs énoncés ont la forme "si p, alors q doit être (est interdit, autorisé)" (1) (2) (3) ; b)

(1) Soit "O" l'opérateur déontique non-défini qui correspond à notre idée intuitive d'obligation, nous pouvons définir l'opérateur déontique "P" (pour "il est permis que") de la manière suivante : $Pp \text{ déf} = \neg O\neg p$ (il n'est pas obligatoire que non-p) ainsi que l'opérateur déontique "D" (pour : "il est défendu que") par : $Dp \text{ déf} = O\neg p$ (il est obligatoire que non-p). Il est évidemment indifférent de prendre O, P ou D comme opérateur déontique indéfini. En guise d'abréviation, nous ne mentionnerons plus que l'obligation, à moins que le contexte n'exige d'avantage de précision.

(2) Les systèmes juridiques sont les systèmes normatifs qui relient le plus possible le normatif et le factuel. Normativement, la technique qui leur permet ce tour de force est l'usage de normes conditionnelles en cascade jusqu'à l'injonction d'un acte de contrainte (condition b), factuellement il faut qu'à la construction normative corresponde un degré significatif de conformité, en d'autres termes il faut que les normes soient *grosso modo* efficaces (condition c).

Le droit doit donc tenir compte de la précarité des normes conditionnelles. C'est la raison pour laquelle les systèmes juridiques font usage de la technique des normes conditionnelles répondant à l'infraction de normes conditionnelles. C'est la structure à laquelle Roderick M. Chisholm a donné le nom de *contrary-to-duty obligations* (il est obligatoire que p, si non p, alors il est obligatoire que q), "Contrary-to-Duty Imperatives and Deontic Logic", in : *Analysis* 24 (1963), p. 33-36.

(3) L'obligation conditionnelle n'a pas encore été formalisée de manière convaincante et les désaccords subsistent entre les logiciens. Si l'opérateur "O" précède l'implication ($A \rightarrow B$), il n'est pas possible d'appliquer le *modus ponens*, car de " $O(A \rightarrow B)$ " et "A" il ne s'en suit pas " $O(B)$ ", en revanche, si "O" précède la proposition impliquée, il en résulte certains inconvénients qui affectent d'une manière générale l'interprétation de l'implication (cf. Chellas, von Wright). Von Wright (1968) a donc proposé d'introduire " $O(p/q)$ " (telle action est obligatoire, "certaines conditions données") comme opérateur dyadique (Nicholas Rescher, *The Logics of Commands*; London 1966 ; Georg Henrik von Wright, *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*, Acta philosophica Fennica XXI, 1968, North-Holland Amsterdam 1968). Cet auteur est ensuite revenu sur cette première tentative et s'est prononcé pour " $O(p \rightarrow q)$ " ("Norms, Truth and Logic", in : *Practical Reason*, Basil Blackwell London 1983, p. 130-209). Contre l'interprétation " $O(A \rightarrow B)$ ", on a proposé " $A \rightarrow O(B)$ " (Ota Weinberger, *Rechtslogik*, Springer Wien New York 1970 ; Franz von Kutschera, *Einführung in die Logik der Normen, Werte und Entscheidungen*, Alber Freiburg München 1973), " $A \Rightarrow OB$ ", Brian Chellas, "Conditionnal Obligation", in : Sören Stenlund (éd.), *Logical Theory and Semantic Analysis : Essays Dedicated to Stig Kanger on his Fiftieth Birthday*, Reidel Dordrecht, p. 23-33 ; du même auteur, *Modal Logic*, Cambridge University Press 1980). Von Wright (1983) permet également $O(p \rightarrow Oq)$, à condition que la formule soit interprétée de manière prescriptive, c'est à dire que l'opérateur de

le terme d'une chaîne conditionnelle est normalement une sanction (à la fin d'un enchaînement de conditions nous tombons sur des énoncés du type : "si p, alors un acte de contrainte de type C doit être exercé" ; c) le système est *grosso modo* efficace (dans l'ensemble, les destinataires se conforment aux normes qui constituent le système).

2) Nous ne nous demandons pas ici s'il s'agit là de la véritable définition du "droit". Il nous suffit que l'on nous accorde l'existence de tels systèmes, peu importe quel nom l'on veut bien leur donner. S'il paraît absolument inacceptable de parler d'"ordres juridiques" ou de "droit", on peut appeler ces entités "systèmes S" ou les désigner par tout autre terme qui semblera plus approprié. Si l'on remet en question leur existence réelle, il suffit d'en accorder l'existence hypothétique ou de raisonner sur un modèle abstrait. Ces systèmes demeurent assez intéressants pour être étudiés en tant que tels (4).

deuxième ordre soit interprété comme prescriptif et l'opérateur de premier degré comme descriptif (1983, p. 152).

Les deux conceptions comportent des inconvénients, soit parce qu'elles s'opposent à nos intuitions, soit parce qu'elles permettent de déduire des conséquences logiquement paradoxales ou présumées telles. Nous n'allons pas pouvoir décider ici la question logique. Notre propos est plutôt de montrer que certaines raisons intuitives devraient nous faire concevoir l'obligation conditionnelle en premier selon un schéma approprié du type "p→Oq".

(4) Nous ne renonçons pas pour autant à la thèse selon laquelle ce que les juristes désignent traditionnellement par "droit" correspond à l'objet que nous proposons ici à l'analyse. Nous n'avons simplement pas ici le loisir de le démontrer (cf. là dessus Otto Pfersmann, "Le problème du relativisme en philosophie du droit", à paraître in: *Études* (Cahiers de la formation de philosophie de l'école doctorale de l'Université d'Aix Marseille I).

Les principaux reproches que l'on a coutume d'adresser à une démarche comme la nôtre sont les suivants : 1) il s'agirait d'un scientisme qui ne tient pas compte de la "réalité" et qui ne pourrait pas le faire parce qu'il la plierait d'abord à son image (cf. par exemple Christian Atias, "Philosophie du droit : les enjeux d'une fin de siècle", in : Guy Planty-Bonjour, Raymond Legeais (sous la direction de) *L'évolution de la philosophie du droit en Allemagne et en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*, Paris P.U.F 1991, p. 235-273). A cela il faut répondre que toute approche scientifique d'une réalité est tributaire de prémisses théoriques (cf. là dessus les débats sur le réalisme dans la philosophie contemporaine, par ex. Hilary Putnam, *The Many Faces of Realism*, Open Court LaSalle 1987 ; du même auteur, *Realism with a Human Face*, Harvard University Press 1990 ; Peter A Franch (éd.) *Realism and Reason. Midwest Studies in Philosophy XII*, University of Minnesota Press Minneapolis 1990, Michael Devitt, *Realism and Truth*, London Basil Blackwell 1991, 2e éd.). L'avantage des théories constructivistes est de rendre leurs prémisses explicites et par là ouvertement critiquables. A l'inverse une théorie qui prétend être ancrée dans la "réalité" postule non seulement une forme de réalisme métaphysique mais encore la réussite de son entreprise (rendre le "réel" accessible dans toute sa richesse). En tant qu'elle s'immunise ainsi contre toute critique, une telle démarche est dogmatique. Nous n'affirmons pas qu'il ne soit pas possible ou souhaitable de procéder à l'analyse d'autres objets que ceux que nous voulons étudier ici. En revanche nous maintenons que personne ne peut exclusivement revendiquer la dénomination "droit" ou "système juridique" pour tels ou tels objets, ce qui serait gratuitement postuler un réalisme conceptuel. Ce qui nous semblerait curieux, ce serait que l'on nie la possibilité ou la légitimité de construire un objet de telle manière qu'il puisse être étudié de manière scientifique, même s'il existait une pratique séculaire qui aurait également un objet désigné par le même terme pour champ d'investigation et de manipulation sans viser une connaissance spécifiquement scientifique (une science de l'alimentation ne prétendra jamais supplanter la gastronomie) : une pratique ne peut rendre compte de ce qu'elle fait à l'aide de raisonnements logiques ou hypothético-déductifs falsifiables.

Une autre facette de la même objection consiste à dire que le droit n'est pas que normatif. Sans entrer ici dans le débat sur le syncrétisme méthodologique qui résulte de la confusion du normatif et du factuel et donc de l'abolition du normatif, sinon même de la disparition pure et simple de la spécificité de la science du droit comme science d'un domaine normatif, nous nous contentons, là aussi, de revendiquer que l'analyse d'un objet strictement normatif est au moins possible et relève d'un intérêt propre.

2) L'autre objection, plus traditionnelle, reproche à une démarche aussi résolument positiviste de séparer arbitrairement droit et morale. Or les deux seraient liés dès lors que l'on fait sienne la perspective du participant et non seulement celle de l'observateur (cf. Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, Karl Alber Freiburg, München, 1992). A cela il faut répondre que cette objection postule la réponse, car l'introduction de la perspective du participant n'est rien d'autre que celle de la morale. Or, ce n'est pas la légitimité de considérations morales qui est ici révoquée en doute, mais sa confusion avec une question juridique — au sens retenu ici — qu'il est possible de construire comme un domaine d'investigation autonome dont la connaissance constitue, par ailleurs, dans bien des cas, l'une des conditions pour une solution adéquate du problème moral (cf. Otto Pfersmann, op. cit.).

3) Par "norme" (5), nous entendons ici la signification d'un ensemble d'événements par lesquels un ou plusieurs êtres humains ordonnent, interdisent ou permettent un certain comportement humain. Une telle signification est irréductiblement différente d'une fonction descriptive de vérité et ne peut être déduite à partir d'elle seule (la signification de l'énoncé "la porte est ouverte" est irréductiblement différente de celle de l'énoncé "ouvre la porte !" et aucune opération logiquement valide ne permet de passer de l'une à l'autre). Ces événements peuvent être et seront dans la plupart des cas des événements linguistiques, c'est-à-dire des énoncés déontiquement modalisés (des énoncés précédés d'opérateurs déontiques comme : "il faut", "il est permis", "il est interdit"). Il peut également s'agir d'actes symboliques non linguistiques (pour autant que leur contenu peut être énoncé dans le langage : un feu rouge, le geste d'un gendarme etc.).

Cette signification peut être plus ou moins précise, elle peut être vague ou polyvoque. Un minimum de symbolisation déontique doit néanmoins être exigé, mais nous ne nous occuperons pas ici de déterminer le seuil minimal. Il nous suffit qu'il y ait des ensembles significatifs d'événements qui remplissent les conditions nécessaires et suffisantes pour que nous considérions qu'ils ont une norme pour signification. Pour avoir une signification, un événement doit avoir lieu dans un univers de communication, en d'autres termes il ne peut être produit et compris que par une communauté d'individus disposant d'un langage ainsi que de signes non-linguistiques communs. L'attribution d'une signification normative résulte d'une opération cognitive, elle n'est pas inscrite dans les choses ou dans les événements en dehors de ces opérations. Nous excluons donc du domaine de la normativité — au sens retenu ici — des événements "naturels" (= non-humains) ou "divins" (6).

4) Pour qu'il y ait norme il faut soit qu'une autre norme en ait ainsi disposé soit que l'attribution d'une telle signification à un ensemble d'événements soit postulée de manière originare. Une telle norme non-dérivée sera appelée, pour chaque système, sa "Norme fondamentale" (7).

Son unique contenu est l'autorisation de produire des normes, mais elle n'en règle en rien le contenu. C'est ce qui explique la diversité des systèmes normatifs mais aussi le fait que différents systèmes incompatibles entre eux puissent bien être des systèmes *normatifs*.

La Norme fondamentale n'est rien d'autre que la condition nécessaire et suffisante pour la production de normes, elle est une norme du système, mais non une norme produite dans le système. Aucune norme produite ni aucune norme contenant autre chose qu'une autorisation de produire des normes ne peut être considérée comme une Norme fondamentale (ni la Constitution d'un État ni même ses principes fondateurs ni les droits "imprescriptibles" des personnes ne sont des Normes fondamentales).

L'appellation de "Norme fondamentale" est purement conventionnelle. Si l'on préfère, on peut la désigner par "Norme axiomatique" ou par tout autre terme qui paraîtra plus approprié.

5) Une norme signifie qu'une certaine action doit être faite (est interdite, permise). En ce sens, une norme est donc nécessairement "valide". Parler de

(5) Nous ferons également usage du terme "règle" en un sens synonyme de "norme" tel qu'il est retenu ici.

(6) Ceci n'exclut évidemment pas qu'une certaine *interprétation* d'événements naturels peut avoir une valeur normative. Ce sont des actes de communication entre individus humains qui assignent une telle valeur au vol des oiseaux ou à la position des astres, à la souffrance humaine ou enfin à certaines "lois de la nature".

(7) Sur l'évolution de la notion de Norme fondamentale cf. récemment : Robert Walter, "Entstehung und Entwicklung des Gedankens der Grundnorm", in : Robert Walter (éd.), *Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre*, Wien Manz 1992, p. 47 s..

"validité" ne fait que redoubler ce que l'on dit en parlant de "norme". Dire d'une norme qu'elle est valide n'a aucun sens (sauf "une norme est une norme").

Une norme est donc toujours valide, mais elle ne l'est pas nécessairement dans tout système normatif. Autrement dit, si pour toute norme nous pouvons supposer un système normatif dont elle fait partie, les systèmes normatifs sont loin d'être identiques les uns aux autres. Une norme N du système normatif S ne sera pas nécessairement une norme du système normatif T. Sous ces réserves, c'est-à-dire lorsque le contexte permet de déterminer de manière univoque à quel système nous avons à faire, il est possible de donner une signification à l'expression autrement incomplète ou dénuée de sens : "la norme N n'est pas valide". De même, l'expression "norme valide" désignera le fait que la norme en question est bien une norme du système sous considération, abstraction faite du fait qu'il y a de toute façon un système dont elle fait partie. Enfin, lorsque l'on dit "cette norme est nulle" ou "entachée de nullité" ou "n'est pas en vigueur", on suppose que la norme en question fait partie d'un système normatif, mais non de celui sous considération, à moins que, plus improprement encore, on veuille dire qu'elle ne fait partie d'aucun système (la norme ne serait pas une norme), ce qui serait contradictoire. L'expression "cette norme n'est pas valide" peut donc signifier soit qu'elle n'est pas une norme du système sous considération soit qu'il ne s'agit d'une norme du tout, en d'autres termes "l'ensemble d'événements E n'a pas la signification qu'un certain comportement humain est obligatoire (interdit, autorisé)".

Dès lors que nous admettons l'existence de systèmes juridiques, nous sommes donc obligés d'en admettre la validité sauf à considérer le cas trivial d'un système vide. Admettre qu'il y ait des systèmes juridiques, c'est donc admettre qu'il y ait au moins une chaîne normative conditionnelle.

6) Par ailleurs, les systèmes juridiques ne sont pas seulement complexes en un sens linéaire, ils sont également — et nécessairement — hiérarchisés (8). Des normes de production de normes énoncent les conditions nécessaires et suffisantes pour qu'une nouvelle norme puisse apparaître dans le système. De telles normes sont par là-même de degré supérieur par rapport à celles dont elles rendent la production possible (9).

7) De notre définition des systèmes *juridiques*, il résulte qu'ils ne peuvent contenir qu'une seule norme catégorique : la Norme fondamentale, c'est-à-dire l'autorisation — qui n'est pas à son tour soumise à un ensemble de conditions — de produire des normes non catégoriques. Toutes les autres normes du système sont nécessairement des normes hypothétiques (ou, si l'on préfère, conditionnelles) et elles sont nécessairement des normes dont l'ultime chaînon prescrit l'usage de la force.

(8) Une tentative de formalisation des normes hiérarchiques est proposée par von Wright (*opera citata*) et Jean-Louis Gardies, *Essai sur la logique des modalités*, PUF Paris 1979, p. 157 s..

(9) S'il en était autrement, les normes de production de normes seraient de même degré que les normes dont elles rendent la production possible. De deux choses l'une alors : ou bien les normes produites pourraient déroger aux normes de production ou bien nous aurions plusieurs normes de production de contenu contradictoire (par ex. N1 : "Le Parlement vote la loi" ; N2 : "Le Gouvernement vote la loi"). Dans le deuxième cas, nous aurions une situation normativement indécidable, dans le premier nous avons à nouveau plusieurs possibilités. Soit la nouvelle norme (Ni) devient à son tour norme de production de norme non dérogeable par une autre norme produite selon ces dernières modalités et alors cette norme (Ni) en est alors une de degré supérieur, soit il peut lui être dérogé à son tour, elle n'aurait donc qu'une valeur tout à fait provisoire. Dans ces deux derniers cas nous avons fait intervenir une règle de résolution qui n'est autre que la norme de production de norme que nous recherchions. Dans le cas de l'indécidabilité, la question est d'une autre nature. En effet, un système qui permet l'apparition de tels phénomènes ne permet pas de produire des normes réglant de manière *grosso modo* efficaces des comportements humains. Nous pouvons donc considérer qu'un tel système n'a pas de sens.

L'apparence linguistique s'éloigne évidemment en règle générale de cette exigence structurale : il faudrait en effet chaque fois parcourir tout un fastidieux catalogue de conditions pour arriver à cette clause dernière. Pour des raisons d'économie inhérente à tout système de communication, seul des fragments de conditions sont explicitement énoncés. C'est le rôle de l'expert et de l'organe habilité de reconstruire cet enchaînement dans ses ramifications pertinentes. Pour simplifier, nous ne raisonnerons que sur des schémas de séquences normatives. En règle générale il nous suffira de faire état de l'énoncé normatif : "si p, alors q doit être" en guise d'abréviation d'un enchaînement complet. Le schéma minimal comporte tout juste une condition et une conséquence, il sera élargi dès lors que l'introduction de nouveaux éléments fera apparaître des données qui dépassent de manière significative la simple accumulation de conditions donnant lieu à l'application d'une sanction.

8) Puisqu'une norme doit toujours être rattachable à un ensemble d'événements, sa production s'inscrit nécessairement dans le temps. Un système normatif peut donc — et doit — assigner à chaque norme un indice temporel. Affirmer qu'il y a une norme N ("il est obligé (interdit, permis) que p"), c'est affirmer qu'"il est obligé (interdit, permis) que p" pendant *la durée D*. A défaut de cet indice, l'affirmation qu'il existe une norme N signifie que cette norme est en vigueur au moment présent (10). Tout système juridique est temporalisé, ou, comme le dit Georg Henrik von Wright "historique" (11) (12).

Une norme juridique ne peut exister que dans le temps, mais elle peut également avoir le temps pour objet. On connaît bien l'exemple le plus explicite : les règles relatives à la *computation*, aux délais qui viennent parfaire ou résilier un acte juridique, qui ouvrent aux parties la possibilité d'introduire un acte de procédure ou au contraire les en écartent. Mais les systèmes juridiques sont temporalisés d'une manière plus profonde et systématique, mais aussi plus implicite.

Il y aura donc de toute façon deux niveaux de temporalité. L'un résulte de notre interprétation des données du système lui-même, l'autre des règles de temporalité incluses dans les normes produites dans le système. Quelles sont alors les contraintes théoriques que la production normative juridique ne peut pas ne pas respecter et quelles sont les variantes qu'il peut introduire ?

La temporalité résulte de la conditionnalité des normes juridiques, mais comment cette structure hypothétique se traduit-elle exactement en termes de domaines ou d'intervalles de validité ? Peut-on réellement distinguer l'existence de la norme dans le temps de la temporalité de son contenu ou bien la première doit-elle être réduite à la dernière ? Nous essayerons de montrer dans un premier temps que ce problème dépend de celui du critère de la normativité ainsi que de celui de la formulation d'obligations futures I).

Une fois délimités les domaines temporels, se posera la question de leurs rapports *temporels* possibles : l'intervalle pendant lequel un comportement est

(10) Ceci vaut par exemple pour les énoncés du paragraphe 5.

(11) Georg Henrik von Wright, "Norms, Truth and Logic", op. cit., p. 140. On pourrait dire que ces systèmes sont "autochroniques" puisqu'ils règlent leur propre temporalité.

(12) La temporalité du droit telle que nous l'entendons ne doit pas être confondue avec les phénomènes que les sociologues cherchent à cerner sous ce titre, pour eux, il s'agit d'évolutions factuelles de comportements concrets, pour nous, il s'agit de la manière dont le temps apparaît dans certains systèmes normatifs. Pour la sociologie juridique, cf. par exemple André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique. 1. où va la Sociologie du droit ?*, L.G.D.J. vol. XXVI, 1981, p. 369 s., Jean Carbonnier, *Sociologie juridique* PUF Paris 1978, p. 229 s., Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, Westdeutscher Verlag Opladen 1987, 3e éd., p. 343 s., du même auteur, "Die Funktion des Rechts : Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung ?", in : *Ausdifferenzierung des Rechts*, Suhrkamp Frankfurt am Main 1981, p. 73-91, du même auteur, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp Frankfurt am Main 1993, p. 109 s., p. 124 s..

obligatoire peut-il précéder celui pendant lequel peuvent se réaliser les conditions dont résulte cette obligation, dans quelle mesure ces conditions peuvent-elles être situées avant ou après le moment où une norme est "éditée" ? Il s'avère que les configurations possibles résultent de l'incidence de la modalité ontique du passé sur la modalité déontique de l'obligation II).

I - LA STRUCTURE CONDITIONNELLE DE LA TEMPORALITÉ JURIDIQUE

A - LA DIFFÉRENCIATION DES DOMAINES TEMPORELS

Quelles seront les contraintes temporelles auxquelles se trouve soumis le système ? Tout d'abord, il s'agira d'un système juridique *dans le temps*. Il ne répondra à la définition qu'aussi longtemps que les normes qui le constituent seront *grosso modo* efficaces. Pour autant que les propriétés constitutives seront données, le système pourra édicter sa propre conception de la temporalité, autrement dit il n'y aura de norme du système qu'aussi longtemps qu'il y aura le système lui-même. La temporalité de la Norme fondamentale est en ce sens plus précaire que celle de telle ou telle norme produite dans le système, car celle-ci n'est pas directement rattachée à l'efficacité de sa réalisation (13).

(13) Il nous paraît peu satisfaisant d'exiger l'efficacité *grosso modo* pour chacune des normes du système juridique comme le fait Kelsen in : *Reine Rechtslehre*, Wien Deuticke 1960, 2e éd., p. 10 et *passim*. Une "norme" qui ne peut en aucun cas devenir efficace (qui ne le serait dans aucun monde possible) n'est tout simplement pas une norme. Qu'il soit possible qu'elle le devienne sans l'être pendant une très longue période ne permet pas de dire *sans autre raison* qu'elle n'est pas ou qu'elle n'est plus "valide" (on ne peut d'emblée prétendre qu'elle soit tombée en désuétude). Car il se pourrait qu'il y eût une autre norme de degré supérieur qui prévoit précisément qu'en un pareil cas il n'y aura pas désuétude. Cette méta-norme peut être à son tour efficace ou elle peut ne pas l'être et il se pourrait qu'il y eût à nouveau une méta-méta-norme qui s'applique exactement à cette constellation. Il se pourrait à l'inverse qu'une méta-norme ordonne la désuétude en cas de non-efficacité. Et là aussi, nous devons nous demander quelle méta-méta-norme s'applique à ce cas.

Il se pourrait enfin que nous nous trouvions en face de "l'absence de normes" réglant cette problématique et c'est sans doute ce qui semble être le cas dans la plupart des systèmes juridiques. Mais il n'y a pas "absence de norme" dans un système juridique, il se peut tout simplement que tel ou tel cas ne soit pas explicitement prévu dans le système. Ceci peut être dû à une intention délibérée du *jurislateur* ou à une impossibilité objective. Certains problèmes peuvent être politiquement très délicats et l'on ne veut pas (il n'est guère nécessaire qu'il s'agisse d'une volonté consciente) se prononcer ouvertement sur la solution adoptée, alors qu'elle est connue des acteurs concernés ou bien on ne veut pas adopter de solution tout court. Mais dans ces deux cas, on ne peut pas ne pas régler la (méta-) question de la compétence pour l'imposition de la solution. C'est également ce qui se passe lorsque se présente un cas imprévu ou imprévisible (soit par exemple les récentes innovations bio-technologiques et le champ d'actions théoriquement possibles qu'elles offrent aux spécialistes). La question concrète peut ne pas être prévue, mais non la compétence pour la trancher d'une manière ou d'une autre. En dernier lieu nous retrouvons ainsi la problématique de l'efficacité *grosso modo* du système juridique en tant que tel.

Il se peut et il arrive sans aucun doute fort souvent qu'un système n'ait pas décidé de la règle à suivre dans à tel ou tel cas, mais non qu'il n'ait pas décidé de la manière de décider si un cas se présente relativement auquel le système ne comporte pas de décision. Un système qui ne comporterait pas de règle de ce type ne pourrait pas être un système normatif ni a *fortiori* juridique : si les décisions ne sont pas prises *grosso modo* en application de normes, nous sortons trivialement du domaine normatif. Ceci infirme d'ailleurs la théorie des conventions de la constitution qui suppose le "droit" (en particulier la Constitution) traversé par du "non-droit" (des rapports de force qui imposent à la Constitution telle ou telle "lecture"). Si l'on affirme en effet que le droit est ici en dernier lieu créé par ce que font les parties concernées, on revient à la méta-norme que nous proposons (on identifie les parties concernées — généralement en vertu de normes de compétence — et on leur confère une compétence de produire du droit). Si en revanche, on prétend rester dans le pur domaine des faits, on doit accepter des systèmes juridiques totalement instables (les systèmes juridiques sont suspendus chaque fois que se présente un cas non spécifiquement prévu) et il est impossible de répondre à la question de savoir à quoi nous avons à faire une la décision prise (restons nous dans le pur fait, alors le système juridique disparaît purement et simplement et il devient difficile d'expliquer plausiblement qu'il puisse un jour réapparaître ; ou bien nous "revenons" dans le droit, mais dans ce cas, il est impossible de qualifier la nature du système auquel nous avons à faire à moins que nous ne nous contentions à ce moment-là

Il s'ensuit que chaque condition et chaque conséquence aura un indice temporel. Chaque système juridique assigne — de manière plus ou moins différenciée et plus ou moins explicite — un intervalle temporel à chaque élément conditionnel d'une norme. Appelons-le d'une manière générale "domaine temporel".

Il y aura ainsi pour le moins un domaine temporel relatif à chacune des conditions ou à leur ensemble (ce sera le "domaine conditionnel", pour simplifier "D_{cd}") et un domaine temporel relatif à chacune des conséquences ou à leur ensemble (ce sera le "domaine conséquentiel", pour simplifier "D_{cs}").

Sauf pour les clauses qui se trouvent à l'un ou à l'autre bout d'une chaîne conditionnelle, les qualifications de D_{cd} ou de D_{cs} sont relatives. Ceci résulte du fait qu'une norme juridique complète comprend habituellement un enchaînement complexe de conditions et de conséquences proprement normatives. Chacune de ces normes partielles peut être transgressée et chaque transgression peut constituer la condition d'une nouvelle conséquence. Le même comportement humain peut donc être visé sous deux aspects distincts, descriptivement comme condition, normativement comme conséquence. Il n'est pas nécessaire qu'un même comportement déjà normativement visé le soit ensuite de manière négative (...alors q doit être, si non-q, alors...) bien que cela soit souvent le cas. Un ensemble d'actions conditionnelles peut constituer la raison pour une nouvelle obligation ou pour l'octroi d'une autorisation (si p alors q doit être, si q, alors r est permis (obligatoire) : ex. Si le consentement des parties P₁-P_n est établi, celles-ci doivent porter leur signature sous le document D ; si le document D est signé par P₁-P_n, le notaire N doit également y apposer sa signature et son sceau etc. Souvent d'ailleurs un même comportement est ensuite visé de plusieurs manières : un comportement conforme à l'énoncé conséquentiel entraîne d'autres droits et obligations ; un comportement non-conforme ouvre la possibilité (ou l'obligation) d'entamer des procédures.

Combien y aura-t-il alors de domaines temporels pertinents et quelles sont les rapports qu'ils peuvent entretenir entre eux ? Si nous ne prêtons aucune attention à la structure interne des normes, nous pouvons, semble-t-il, néanmoins nous poser la question à partir de quand elles sont "valides", c'est-à-dire à partir de quel moment on peut effectivement parler de norme pour désigner la signification d'un certain ensemble d'événements ayant certaines propriétés. Traditionnellement, on partira de l'idée qu'une norme "existe", qu'elle fait partie du système, qu'elle est "valide" à partir du moment où elle aura été régulièrement "produite" et qu'elle va perdre cette qualité lorsqu'elle sera "détruite". Ainsi, dans beaucoup de systèmes, une loi "entre en vigueur" avec sa publication, un contrat avec le consentement des parties, plus, éventuellement, la convergence de leurs déclarations ou même le respect de certaines conditions formelles ; une loi "sort" de vigueur, lorsqu'elle est abrogée ou remplacée par une autre, éventuellement lorsqu'elle tombe en désuétude ou lorsqu'un organe habilité à en contrôler la conformité à la Constitution en déclare l'annulation, de même un contrat peut être annulé ou remplacé par les parties ou par un organe compétent sous certaines conditions. Ces mêmes schémas bien connus s'appliquent aux décisions administratives comme aux décisions de justice. Pour chacune de ces normes, il y aurait donc un domaine spécifique de validité "pure", soit "D_v". Devons-nous alors admettre trois types de domaines, D_v, D_{cd} et D_{cs} ?

modestement de la solution que nous avons déjà proposée). En vérité, ces théories servent des fins idéologiques en tant qu'elles prétendent qu'il y aurait des domaines exempts de normativité et où un rapport de force *devrait* par conséquent s'établir.

Il faut évidemment distinguer la question de l'existence des normes de production de normes (qui désignent également l'organe compétent pour trancher tel ou tel cas spécifiquement imprévu) de leur contenu concret. Ainsi, rien ne permet d'affirmer que "tout ce qui n'est pas défendu est permis". Un tel principe n'est pas un principe théorique mais peut ou peut ne pas être adopté par tel ou tel système.

Ce problème dépend de celui de la formulation adéquate de l'obligation conditionnelle (14). S'il est possible de la concevoir selon le schéma "O ($p \rightarrow q$)" nous pouvons attribuer un indice temporel à la totalité de l'expression entre parenthèses. S'il est en revanche plausible de retenir " $p \rightarrow Oq$ ", seul p et Oq auront chacun un indice temporel, mais non leur ensemble.

Par ailleurs nous partons du principe qu'un système juridique ne produit pas seulement des normes tout court, mais aussi des normes relatives à cette production, qu'il détermine lui-même les règles de sa normativité. L'assignation d'un domaine temporel sera donc un acte normatif. Un système juridique pourra ainsi librement construire sa temporalité, à moins de transgresser des exigences théoriques, c'est-à-dire de produire des entités dénuées de sens.

B - LE CRITÈRE INCOMPLET DE LA PRODUCTION

Le critère de la production semble à bon droit rendre explicite l'idée intuitive de "validité" normative : une norme commence à faire partie du système en question dès lors que toutes les conditions nécessaires à sa confection sont réunies, elle est "valide" tant et si tôt qu'elle est faite selon des règles valides. Si l'on estime, plausiblement et en accord avec nos prémisses, que la perfection d'une procédure est synonyme de validité, il paraît également plausible d'assigner un indice temporel au résultat de cette production, c'est-à-dire d'introduire D . C'est la solution adoptée par plusieurs auteurs aux vues par ailleurs fort divergeantes (15). Mais ce critère se heurte aussitôt à des difficultés, car maintenant il va falloir établir un critère pour déterminer l'achèvement de cette procédure.

A partir de quand dirons-nous qu'une norme est effectivement produite ? Cette question ne peut se poser qu'à partir d'un minimum de normes de productions de normes déjà produites (16). Nous devons au moins supposer qu'il y ait préalablement des règles de production de normes et que ce qui est confectionné dans l'intention de faire des normes l'est en respectant *grosso modo* ces prescriptions (17). Mais en l'absence d'autres règles, à partir de quand dirons-nous que de nouvelles normes ont été produites ? Moins nous disposons de règles implicites ou explicites produites dans le système, plus nous devons nous contenter d'exigences théoriques. Une première hypothèse serait sans doute que la procédure est terminée lorsque le produit est régulièrement porté à la connaissance des destinataires. La publication n'est évidemment pas, d'une manière générale, une condition *théorique* de la validité. Une norme peut fort bien, selon le système, être opposable au destinataire sans que l'énoncé en ait été rendu public. Il est pourtant trivialement impossible qu'une norme n'ait aucune publicité puisqu'elle est la signification d'un ensemble d'événements de communication. Elle doit donc être connue au moins de ceux qui sont appelés à l'appliquer (et auxquels, autrement, sera applicable une

(14) Cf. note 3.

(15) Cf. par exemple Herbert Haller, "Die Prüfung bereits außer Kraft getretener Gesetze durch den Verfassungsgerichtshof", in : *Österreichische Staatsbürgerzeitschrift* 1975, p. 238 s. ; Michael Thaler, *Mehrdeutigkeit und juristische Auslegung*, Springer Wien New-York 1982, p. 57, Rudolf Thienel, "Der zeitliche Geltungsbereich im Lichte der Legistik", in : *Staatsrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Robert Walter*, Wien Manz 1991, p. 709-726, du même auteur "Art 49 B-VG und die Bestimmung des zeitlichen Geltungsbereiches von Bundesgesetzen", in : *Österreichische Juristen-Zeitung* 1990, p. 161-176 ; Gerhardt Wielinger, "Die Zeit als Rahmen der Existenz und als Inhalt von Rechtsvorschriften", in : Günther Winkler, Bernd Schilcher (éds.) *Gesetzgebung*, Springer Wien New York 1981, p. 157 s.

(16) Il n'est pas possible de remonter plus haut. La Norme Fondamentale est celle qui nous permet de dire que ces entités sont bien des normes, cf. introduction 4).

(17) Nous devons donc d'abord supposer connues d'un ensemble pertinent de personnes (c'est à dire capable de faire respecter le système) un ensemble de règles qui leur permet d'édicter d'autres règles. Ces normes auront naturellement l'indice temporel "présent".

contrary-to-duty obligation), même si ceux auxquels elle sera applicable n'en ont aucune connaissance (18).

"Quiconque fume dans un lieu public sera puni de cinq mois de prison". Ce texte supposé confectionné selon les règles et connu au moins de ceux qui sont habilités à prononcer la peine ainsi qu'à la faire exécuter, aura aussitôt pour signification que quiconque fume dans un lieu public etc. Trois éléments sont ainsi réunis : il y a norme, des conditions (sitôt certains faits réalisés...), des conséquences (...certaines actions sont obligatoires). Les domaines temporels sont donc indiscernables. Mais si on ne peut les différencier, il n'est pas non plus possible de savoir si D_v est une grandeur indépendante. Si, dans un cas "simple", l'on suppose connues les règles de production et le produit, on ne dispose pas, en revanche, de critère pour identifier, dans des cas plus complexes, l'achèvement de la production normative entendue comme grandeur théorique. Or, la complexité naît précisément là où apparaissent des différenciations explicites des domaines temporels.

Admettons qu'un énoncé normatif pertinent soit déjà connu selon les règles relatives à la publication de normes juridiques. Sa signification est-elle une norme "valide" ? Ce n'est pas *a priori* exclu, mais il peut arriver que son application soit prévue pour une date ultérieure. Au moment où les destinataires pourront avoir régulièrement connaissance de la "norme", elle ne pourra pas encore être appliquée. Disons-nous alors que nous n'avons pas encore à faire à une norme valide parce que le comportement humain visé ne fait pas, par hypothèse, l'objet d'une obligation au moment où nous nous situons et pouvons-nous dire qu'il y a simplement une clause relative à la procédure d'édiction qui n'est pas encore remplie ou bien cette solution est-elle trop simpliste ?

Soit par exemple l'énoncé suivant, paraissant dans un organe officiel le 5 janvier 1994 :

E_{n1} : "Loi du 1.1.1994. Ce texte entre en vigueur le 1.1.1995. Si entre le 1.2.1995 et le 1.3.1995 quelqu'un fume dans un lieu public, il ou elle sera puni à partir du 1.6.1995 de 5 mois de prison".

Dans cet exemple, trois moments sont mentionnés comme constituant le début d'un domaine temporel. La signification normative de D_{cd} (1.2.1995) et de D_{cs} (1.6.1995) ne semble pas poser de problème. Toutes choses égales d'ailleurs, c'est-à-dire sans autre information sur d'éventuelles normes de degré supérieur, aucune obligation ne s'impose — directement — aux destinataires avant le début de D_{cs} , indirectement avant le début de D_{cd} (19).

Le texte fait mention du 1er janvier 1994 par la formule "Loi du...". Est-ce à dire que nous tenons-là le moment où s'achève la production ? Dans ce cas-là, cette date devrait déclencher des conséquences normatives. Or ce n'est pas le cas. Aucune conséquence ne résulte du fait que cette "loi" est effectivement celle du 1er janvier 1994. " D_v " est par ailleurs explicitement introduit. Est-ce ce moment qui nous indique que la procédure de production est arrivée à son terme ? Là encore nous aurons recours au critère de la normativité.

(18) L'exigence de la publicité eu égard aux destinataires est une exigence politique, non théorique.

(19) L'obligation de punir les fumeurs à partir du 1er juin constitue évidemment l'obligation indirecte de ne pas fumer à partir du 1er février. Nous laissons ici de côté le question de savoir si la norme directe ou la norme indirecte est en fait la norme "première". Nous pouvons d'ailleurs entièrement négliger ce problème ici, car nous pouvons à tout moment reformuler l'énoncé normatif de telle manière qu'il comporte explicitement la stipulation du comportement humain que le législateur voudrait en premier voir réalisé : "Loi du 1.1.1994. Ce texte entre en vigueur le 1.1.1995. Il est défendu de fumer dans un lieu public à partir du 1.2.1995 et jusqu'au 1.3.1995. Si entre etc.". Ce qui fait de la défense de fumer un élément d'une norme juridique, c'est sa transgression constitue la condition d'une *contrary-to-duty obligation*.

Que *doit-il* se passer entre le 1er janvier et 1er février 1995 ? Toutes choses égales d'ailleurs, aucune obligation (permission, interdiction) n'est attachée à l'avènement de la première de ces dates. Éventuellement, cette disposition pourrait être interprété ainsi : $N_{l_{gv}}$ "il est obligatoire à partir du 1.1.1995 que (si à partir du 1.2.1995..., alors il est obligatoire ...à partir du 1.6.1995)".

Mais justement, la signification de cette obligation de deuxième ordre demeure obscure. On ne pourra pas dire, toutes choses égales d'ailleurs, qu'à partir du 1er janvier 1995 il va falloir prendre les précautions nécessaires pour faire face aux obligations subséquentes lorsque celles-ci entreront en vigueur, car dans ce cas-là nous aurions encore à faire à une autre configuration où les domaines conditionnel et conséquentiel d'une autre norme n'ont pas été pris en considération. Il est loin d'être exclu, en effet, qu'un système juridique contienne une règle qui s'énonce à peu près en ces termes :

E_{MNI} "Si une loi (un règlement, une décision, un contrat) entre en vigueur au moment t_1 , et s'il est prévu que D_{cd} commence au moment t_2 et D_{cs} à un moment $t_{m \geq 2}$, alors il est obligatoire à partir de t_1 de s'assurer que tous les dispositifs nécessaires sont mis en place pour rendre possible une observation efficace des faits décrits par la formule de D_{cd} et une application efficace des sanctions prévues par la formulation de D_{cs} ".

Mais ici, nous partons justement de l'hypothèse que nous n'avons plus à faire à des cas d'ambiguïté résultant d'une insuffisance de différenciation entre D_{cd} et D_{cs} ou de la superposition d'obligations concernant un intervalle situé entre le début de D_v et les débuts respectifs de D_{cd} et D_{cs} , s'ils se situent après cette date. Dans ce cas, $I_{l_{gv}}$ l'intervalle entre "l'entrée en vigueur" et le début de D_{cd} n'a pas de signification normative. Il n'y a donc pas de *vacatio legis* pure.

Ainsi "l'entrée en vigueur" n'est pas nécessairement l'achèvement de la procédure de production. On objectera alors qu'une "norme" pourra, à partir du moment de son "entrée en vigueur", être attaquée devant un juge (lors d'une situation structurellement similaire à celle décrite par notre exemple, une "loi" pourra être déférée devant le juge constitutionnel (20), un "règlement" devant le juge administratif, un "contrat" devant le juge judiciaire) avant même qu'elle ne soit *stricto sensu* applicable. On suppose donc implicitement qu'une "norme" est valide (est une norme) à partir du moment où elle est contrôlable et qu'elle est contrôlable — dans la plupart des systèmes — à partir du moment où elle est régulièrement connaissable par les destinataires. Mais qu'en est-il d'un contrôle préventif ? Celui-ci ne peut par définition intervenir qu'avant l'arrivée à terme d'une procédure de production, le résultat étant connaissable des autorités de saisine, mais non, *de manière régulière*, des destinataires visés. La possibilité d'un contrôle de conformité à une norme de degré supérieur ne peut donc constituer un critère de la perfection de cette procédure. Or si la production n'est pas arrivée à son terme, encore moins peut-il être question de norme.

Mais à quelle entité s'applique alors ce contrôle ? Ceci dépend des normes de production de normes et des règles de temporalité incluses dans leurs domaines conditionnels et conséquentiels respectifs. Une telle norme peut stipuler, par exemple, que si les étapes de procédures P_1 - P_n sont franchies, alors les énoncés E_1 - E_n rédigés en la forme F , rendant obligatoire les comportements humains C_1 - C_n en l'assortissant de sanctions S_1 - S_n auront pour signification d'être une loi (une norme générale et abstraite dans le système) *le jour qui suit la publication dans l'organe J*. Cette dernière clause (appelons-la "clause de temporalité") fait partie des conditions.

(20) Dans un système qui autorise le contrôle *a posteriori*.

Elle peut avoir une structure hautement complexe, mais doit avoir un contenu minimal concernant le moment à partir duquel, d'une manière générale, le texte en question devra être considéré comme l'énoncé d'une norme du système.

Admettons maintenant que la clause de temporalité stipule que "l'entrée en vigueur" aura lieu trois mois après la publication dans l'organe J et qu'avant l'expiration de ce délai une procédure d'annulation ait été entamée et couronnée de succès : l'organe J publie "l'annulation de la loi L à partir de la date D". Cette "loi" n'a jamais existé (21). Techniquement, la non- "annulation" est une des conditions de production et non "l'annulation" une condition de destruction (22).

C - LA STRUCTURE DES OBLIGATIONS FUTURES

Pour cette raison, le début de D_v ne peut désigner qu'un moment hypothétique : celui à partir duquel, selon les normes de production de normes, *pourraient* régulièrement commencer D_{cd} et D_{cs} pour une norme de degré inférieur (par rapport aux normes de production de normes), s'il n'en est autrement disposé. Soit un système juridique qui fait *régulièrement* "entrer en vigueur" ses lois avec le jour qui en suit la publication dans l'organe officiel J. Selon cette méta-norme, D_{cd} et D_{cs} commencent alors régulièrement le jour de "l'entrée en vigueur". Mais nous voilà, pour le cas général, revenu au cas simple. Or, le moment D_v est hypothétique, puisque la loi peut en disposer autrement, et, si tel est le cas, il est possible d'indiquer la différence temporelle entre ce moment et les autres. Il n'en demeure pas moins que cet instant n'a aucune signification normative proprement dite.

D_v est hypothétique par rapport à une règle générale, il faut donc que le système possède une telle règle. Il pourrait aussi en décider au cas par cas et alors il ne pourrait y avoir de moment D_v . Si nous nous en tenons à ces résultats, il semblerait que " D_v " fût entièrement inutile. Nous allons voir qu'il n'en est rien. Et

(21) Comme nous le verrons, seul a "existé" (était en vigueur, c'est à dire était une norme) la méta-norme portant sur "l'entrée en vigueur".

(22) Souvent, les clauses de temporalité comportent l'autorisation accordée à l'organe compétent pour la production de la catégorie de normes en question de modifier la détermination du moment prévu par la règle générale ("...entre en vigueur le jour qui suit la publication dans l'organe J à moins qu'il n'en soit disposé autrement"). Ces clauses sont des méta-normes puisqu'elles ont les normes conditionnelles sanctionnées pour objet, même si leur énoncé figure dans le même texte qui véhicule la norme-objet et n'en est distingué par aucun signe spécifique. Rudolf Thienel se trompe lorsqu'il dénie cette qualité aux clauses temporelles en s'appuyant sur le fait qu'elles ne se distinguent pas de la norme elle-même ni ne peuvent en être distinguées, car ce constat ne vaut que sur le plan de l'apparence linguistico-graphique qui n'établit en effet aucune séparation optique entre ces clauses et le reste de l'énoncé normatif en question ("Der zeitliche Geltungsbereich von Normen im Lichte der Legistik", in : *Staatsrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Robert Walter*, Wien Manz 1991, p. 718, du même auteur, "Art 49 B-VG und die Bestimmung des zeitlichen Geltungsbereiches von Bundesgesetzen", in : *Österreichische Juristen-Zeitung* 1990, p. 162)

Pour Jacques Héron, ("Étude structurale de l'application de la loi dans le temps", in : *Revue trimestrielle de droit civil* 1985, p. 292) la clause de temporalité conjuguée en fait deux dispositions de statut différent : l'exigence de la publication constitue une condition de perfection (selon notre terminologie de production) qu'il faut distinguer du délai d'un jour franc dans le système français (il s'agit de l'article 2 du décret du 5 novembre 1870 qui dispose que "Les lois et décrets seront obligatoires, à Paris, un jour franc après la promulgation, et partout ailleurs, dans l'étendue de chaque arrondissement, un jour franc après que le *Journal officiel* qui les contient sera parvenu au chef-lieu de cet arrondissement"). La différence résulterait du fait que si la publication n'avait pas lieu, la loi ne pourrait entrer en vigueur alors que la règle du jour franc disposerait simplement que si rien d'autre n'est dit quant au délai celui-ci serait d'un jour franc. Cette argumentation ne nous convainc pas, car s'il y a bien une différence entre le fait de publier et le fait qu'un certain intervalle temporel s'écoule et s'il est bien exact que l'on qualifie, traditionnellement, le premier de "condition" et le second de "délai", il n'en demeure pas moins que si le délai d'un jour franc n'est pas écoulé, alors la norme n'est pas "en vigueur" (n'est en vigueur que la méta-norme selon laquelle un jour franc doit s'écouler avant que d'autres effets normatifs puissent être envisagés).

si le jurislatureur (23) peut disposer de différentes manières des domaines temporels, il ne sera pas non plus entièrement libre. Il sera tenu de respecter certaines contraintes théoriques que nous allons chercher à préciser.

Si nous essayons de différencier les domaines temporels dans l'état actuel de notre réflexion, nous ne pouvons établir de distinction pertinente entre la temporalité de la "validité tout court" et celle des domaines qui en constituent la structure. Si on ne peut parler de norme en dehors de l'obligation (interdiction, autorisation) effectivement faite à un destinataire de se comporter d'une certaine manière (d'exécuter telle ou telle action), il n'y a pas de norme avant le moment où ce commandement s'applique. Avant ce moment, seul est "en vigueur" la méta-norme qui règle la temporalité pour cette norme-objet.

Pourtant, le problème théorique n'est pas encore résolu. La question demeure de savoir si nous considérons comme *ayant une signification normative* des énoncés selon lesquels un certain comportement humain est obligatoire à partir d'un moment futur. D'après la théorie "stricte" que nous avons suivi jusque-là, il n'y a norme que lorsqu'un certain comportement humain est obligatoire *maintenant*. En effet, si nous nous demandons au moment t_1 s'il est obligatoire que p , alors qu'il nous est dit que p est obligatoire à partir de (ou au moment) t_2 , nous répondrons qu'il n'est pas obligatoire que p *maintenant*. Nous pouvons certes éliminer toute expression qui n'a pas, ici et maintenant, pour signification que nous *devons* faire quelque chose, mais pouvons-nous éliminer les expressions qui ont pour signification, ici et maintenant, que nous sommes obligés de faire quelque chose plus tard, à un moment précis t_i ou pendant un intervalle t_i-t_j ("Tu iras à l'école demain !" ; "Vous travaillerez cet été !") ? Admettons pour simplifier que de telles exigences ne concernent effectivement que le moment ou l'intervalle indiqué, et que l'action demandée puisse être exécuté sans préparatifs plus rapprochés dans le temps du moment auquel l'expression est portée à la connaissance du destinataire. Il n'y a donc pas d'obligations anticipatoires accessoires. Dès lors que nous considérons que des expressions portant sur des événements futurs ont une signification (ne sont pas dénués de sens), nous devons concéder que de tels événements peuvent être l'objet d'énoncés déontiquement modalisés. À moins que nous ne réduisions tout au cas simple (à partir d'un moment déterminé t_i la norme entre en vigueur en bloc), nous sommes donc obligés d'accorder qu'il peut y avoir des *obligations futures*. Nous avons d'ailleurs reconnu nous-mêmes l'existence de méta-normes qui ordonnent précisément que D_{cd} ou D_{cs} commencent au moment t_i ($i \neq$ «maintenant» et $i >$ «maintenant»). Au moins ces méta-normes doivent donc être valides *maintenant*, car autrement on devrait supposer qu'elles entrent magiquement en vigueur au moment même où elles s'appliquent effectivement à leur norme-objet. Nous aurions ainsi le schéma suivant :

("MN" pour méta-norme, l'indice indique le degré ; "N" pour norme objet)

MN_2 : Si les conditions C_1-C_n sont réunies, les normes N du type T sont obligatoires à partir du moment t_i . S'il en est disposé autrement dans une norme N_j du type T , alors N_j est obligatoire à partir du moment t_j prévu par elle.

MN_1 : La norme N est obligatoire à partir de t_i .

N : si p , alors q doit être.

(23) Par "jurislatureur" nous entendons toute instance habilitée à produire des normes juridiques.

Les positions de MN et de N sont évidemment toutes relatives, toute norme N peut être à son tour MN pour une norme de degré inférieur, toute norme MN peut être N par rapport à une norme de degré supérieur (24) (25).

Il en résulte que D_v est tout de même moins dépourvu d'importance qu'il le semblait d'abord. Selon l'interprétation que nous pouvons proposer maintenant, il s'agit du moment à partir duquel un moment D_{cd} ou D_{cs} est déterminé de manière obligatoire, dès lors qu'ils le sont par dérogation à la règle générale. Il ne s'agit donc pas, là non plus, d'une pure "entrée en vigueur", mais de l'entrée en vigueur d'une (sous-)méta-norme par rapport à la norme-objet qui concerne directement un certain comportement humain. Or, à partir de quand pourrions-nous assigner une telle signification à un ensemble d'événements ? En l'absence d'autres règles, nous revenons au critère théorique de la notification aux destinataires pertinents (à ceux qui devront directement obéir), dans les autres cas c'est le système lui-même qui établit le début des domaines temporels. La seule chose que nous ne pouvons nous dispenser d'exiger, c'est qu'il s'agisse effectivement d'obligations, autrement les énoncés seront dénués de sens ou ils véhiculeront un sens latent en contradiction avec leur sens manifeste.

Ainsi on voit converger le critère de la production avec celui de la normativité. La production est achevée lorsqu'il y a norme et il y a norme lorsqu'il y a obligation. Mais ceci n'est vrai que pour les étages inférieurs de la production normative. La différenciation temporelle accompagne la différenciation hiérarchique. Aux étages suprêmes la distinction entre le niveau MN et le niveau N disparaît. Ici nous ne pouvons que supposer que certains événements ont effectivement une signification normative et si nous formons un tel postulat, nous sommes obligés de reconnaître à ces entités qu'elles sont déjà en vigueur (qu'elles sont déjà des normes).

Le moment pertinent devient alors une question empirique et non plus normative : c'est celui à partir duquel s'impose un ordre qui fait usage de normes conditionnelles sanctionnées. Mais s'il s'agit effectivement d'un tel ordre, il comportera, au moins *in nuce*, des règles relatives à la différenciation des domaines temporels car autrement il ne pourrait pas être un ordre *conditionnel sanctionné*.

(24) Soit l'exemple proposé plus haut d'un texte selon lequel une "loi" "entre en vigueur" trois mois après sa publication. Admettons que la publication constitue l'ultime condition (normative) pour que ce texte puisse être considéré comme une norme. Entre le moment de la publication et celui de "l'entrée en vigueur", il n'y a toujours pas de *vacatio legis* pure, mais l'obligation de se conformer aux obligations-objets énoncés dans le corps de la loi à partir du moment nommé "entrée en vigueur".

(25) On peut également, comme le propose Georg Henrik von Wright, se servir d'une expression n'ayant qu'un seul degré ("Norms, Truth and Logic", op. cit., p. 167sq.). Soit "o" pour *occasion* (moment ou intervalle), nous aurions alors : Opo pour "il est obligatoire que p à l'occasion o". Wright propose par ailleurs d'assigner des indices aux modalisateurs déontiques. Nous aurions alors quatre cas :

1) Oo'po	Il est obligatoire à l'occasion o' que p ait lieu à l'occasion o
2) Opo	Il est obligatoire (sans préciser quand) que p ait lieu à l'occasion o
3) Oop	Il est obligatoire à l'occasion o que p ait lieu (sans préciser quand)
4) Op	Il est obligatoire que p

La double assignation d'indices nous permet de formaliser l'histoire du système. Quant aux normes en vigueur *maintenant* qui nous intéressent ici, il s'agit des cas 2 et 4. Il nous semble pourtant qu'il soit préférable de maintenir la différenciation des niveaux qui rend l'architecture du système plus explicite.

II - LES RAPPORTS POSSIBLES ENTRE DOMAINES TEMPORELS

Il nous est maintenant possible de déterminer les types d'intervalles pertinents et nous savons qu'ils ne commencent pas nécessairement au même moment. Pourtant, ces différents débuts ne peuvent pas être placés de manière tout à fait arbitraire par le législateur. Certains rapports entre les domaines temporels sont possibles, d'autres non. Parmi ceux qui sont théoriquement possibles, certains — les normes dites rétroactives en particulier — apparaissent comme problématiques dans un grand nombre de systèmes juridiques et leur usage est restrictivement réglementé par les normes de production de normes. Il ne s'agit pas ici d'en discuter le bien-fondé moral ou politique, mais d'établir une classification des rapports possibles d'antériorité et de postériorité entre les domaines temporels. Il subsiste en effet des positions très divergentes dans la littérature juridique en ce qui concerne l'interprétation de certaines configurations. L'une des raisons nous semble résider dans la difficulté qui résulte de la caractérisation exacte de D_v par rapport aux domaines conditionnels et conséquentiels. Il s'agit-là de la problématique du statut normatif d'événements qui se produisent au cours d'une procédure de production normative (vote, promulgation, délai avant "l'entrée en vigueur" etc.). Une autre difficulté apparaît lorsque des normes ont pour objets des événements qui sont extérieurs à la production normative proprement dite, et, en particulier, des événements passés. Pour trancher la question de leur statut normatif, nous devons partir de l'interprétation de leur modalité ontique (nécessité, possibilité, contingence). Il se montrera que ce statut est entièrement différent pour D_{cs} (A) et pour D_{cd} (B). Nous pourrions alors établir notre classification.

A - LA CLÔTURE NORMATIVE DU PASSÉ

C'est le futur qui est le temps de la normativité. Il est intuitivement évident que le législateur s'occupe de réglementer des comportements humains qui n'ont pas encore eu lieu, que la fonction des normes consiste dans la direction des actions à venir. Il n'est pourtant pas exclu qu'il fasse usage du passé. Mais de quelle manière le peut-il ? Pour aborder ce problème, nous partirons d'un principe simple, sinon trivial (mathématiquement parlant) : les événements passés ne sont pas modifiables, en d'autres termes, le passé est nécessaire (26) (27). Mais comment ce principe s'applique-t-il dans un système juridique ?

Le passé est hors de portée de la normativité. Un énoncé normatif concernant un événement révolu est dépourvu de sens ("Tu iras à l'école hier !"). Le passé n'est ouvert à la normativité que de manière indirecte, c'est-à-dire comme élément d'une obligation future.

(26) Sur le problème de la clôture modale du passé cf. Jean-Louis Gardies, *La logique du temps*, PUF Paris 1975, Arthur N. Prior, *Time and Modality*, Clarendon Press Oxford 1957, du même auteur, *Past, Present and Future*, Clarendon Press Oxford 1967, Jules Vuillemin, *Nécessité ou contingence. L'aporie de Diodore et les systèmes philosophiques*, Minuit Paris 1984.

(27) Thaler, op. cit., p. 57 qui distingue dans sa brillante étude trois genres de "forces" ("force de validité" (une norme est produite), "force de référence" ($=D_{cd}$), "force exécutoire" ($=D_{cs}$)) introduit deux règles : la première interdit que la "force de validité" commence avant que toutes les conditions de production ne soient remplies, la seconde exclue le cas { $D_{cs} <$ "force de validité" }. La première règle ne fait que redoubler la définition que cet auteur donne de la validité, la deuxième nous semble trop faible, car elle permet le cas de l'antériorité de la sanction par rapport à ce qu'elle est susceptible de sanctionner, ce qui nous paraît dénué de sens.

Un exemple célèbre et controversé de cette problématique nous est proposé par Kelsen (28). Certaines actions nazies, répondant à la définition d'un crime au moment où elles sont perpétrées, sont ensuite rétroactivement qualifiées comme l'exécution d'un châtement. Dans une étude récente, Rudolf Thienel a interprété ce cas comme l'édiction d'une norme faisant précéder D_v par D_{cs} , ce qui lui paraît légitime sur le plan théorique (29). Il distingue entre le cas où un acte sans base

(28) Kelsen (*op. cit.*, p. 13) : "En général, les normes ne se réfèrent qu'à des comportements futurs, mais ils peuvent également se référer à des comportements passés. Ainsi une norme juridique qui lie une mesure de contrainte en tant que sanction à un certain comportement en tant que condition peut disposer que soit puni un homme qui a observé un certain comportement non pas après mais avant l'édiction de la norme juridique. Par là, le comportement est qualifié en tant que délit. On dit alors que la norme a force rétroactive. Mais c'est également avec l'acte de contrainte qu'elle ordonne comme conséquence que la norme peut se référer non seulement à l'avenir, mais également au passé : elle peut non seulement disposer que sous certaines conditions remplies avant le moment de l'édiction un acte de contrainte ait lieu à l'avenir, mais aussi qu'un acte de contrainte qui a été exécuté effectivement dans le passé sans avoir été ordonné (*gesollt*), c'est à dire sans qu'il ait eu le caractère d'une sanction < que cet acte de contrainte > ait dû être exécuté dans le passé, de sorte qu'il est dorénavant considéré comme obligatoire (*gesollt*) c'est à dire comme une sanction. De cette façon, pour donner un exemple, certains actes de contrainte sous le gouvernement national-socialiste en Allemagne, qui furent juridiquement des meurtres au moment où ils ont été exécutés, furent légitimés avec force rétroactive en tant que sanctions et les comportement qui les ont conditionnés furent rétroactivement qualifiés de délits". Le même passage se retrouve in : *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien Manz 1979, p. 117. Au premier regard il semble ne s'agir que de deux espèces de rétroactivité que l'on peut distinguer par la modification après coup de l'opérateur déontique : dans le premier cas la permission devient interdiction, dans le deuxième, l'interdiction devient une obligation. Mais alors il aurait également fallu mentionner les autres cas possibles de modification d'opérateur. En vérité, le problème de l'interprétation de la solution juridique de la Nuit des longs couteaux résulte ici du fait que Kelsen ne distingue pas les domaines de validité et qu'il oscille entre la thèse magique selon laquelle une norme pourrait ordonner qu'une action ait eu lieu ("...devait être exécuté dans le passé" *gesetzt werden sollte*) et l'obligation d'interpréter une action d'une certaine manière à l'avenir ("...de telle manière qu'il (l'acte de contrainte O.P.) doive dorénavant être considéré comme obligatoire : qu'il soit considéré comme sanction" *sodass er nunmehr als gesollt; das heißt : als Sanktion gilt*).

Selon Michel Troper (communication orale lors d'une présentation d'une version de ce papier à l'Université de Cergy-Pontoise) il s'agit simplement d'un problème de qualification que Kelsen n'aurait pas vu comme tel parce qu'il aurait été encore largement prisonnier d'une conception "hylétique" de la norme qu'il n'aurait abandonné que très tard au profit d'une conception "expressive" (sur cette terminologie cf. Carlos Alchourrón et Eugenio Bulygin, "The Expressive Conception of Norms", in : Risto Hilpinen (éd.) *New Studies in Deontic Logic*, Dordrecht Reidel 1981 ; Michel Troper : "Les théories volontaristes du droit : ontologie et théorie de la science du droit", in : Paul Amselek, Christophe Grzegorzczak (sld.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris PUF 1989). Il nous semble que la "qualification" est bien perçue par Kelsen comme un élément de la solution juridique des meurtres du 30 juin 1934 qui sont, comme il le dit lui-même "...rétroactivement qualifiés de délits" (*rückwirkend als Delikt qualifiziert*). Ceci ne nous semble pourtant que déplacer le problème puisqu'il s'agit maintenant de procéder à l'analyse théorique de ce qu'on appelle ici "qualification". S'agissant bien du problème du domaine temporel de validité (*zeitlicher Geltungsbereich*), l'opération "qualification" ne peut relever d'un acte de connaissance, elle doit donc être interprétée comme élément d'une technique normative. Selon la lecture que nous proposons, la norme en question oblige les destinataires à considérer comme des crimes les actions qui ont fait agir les meurtriers et les meurtres comme la réalisation de l'obligation de procéder à l'exécution de la peine de mort. D_{cd} se situe dans le passé, D_{cs} dans l'avenir.

Michael Thaler, *op. cit.*, p. 62, note 36, arrive à une conclusion similaire. Selon lui le cas peut être reconstruit en trois étapes :

A : "Si quelqu'un agit avec l'intention de tuer un être humain et si la mort résulte de cette action, il (ou elle) commet un meurtre et doit être puni de la peine de mort."

N_1 : "Contre une personne qui prend publiquement parti contre le parti P un organe de ce parti doit prononcer la condamnation à mort."

N_2 : "Si une sentence de mort est prononcée par un organe du parti P, alors cette sentence doit être exécutée par un organe du parti P."

A constitue l'ancienne situation juridique, N_1 et N_2 viennent la modifier. Selon Kelsen (selon Thaler) N_2 peut avoir force rétroactive en ce qui concerne D_{cs} . Mais ceci n'est possible que parce qu'en vérité (selon Thaler) D_{cd} et D_{cs} sont confondus, la rétroactivité ne concerne en fait que D_{cd} de N_2 , c'est à dire la rétroactivité n'a qu'une fonction interprétative. (Cf. note suivante).

(29) Rudolf Thienel, "Der zeitliche Geltungsbereich von Normen im Lichte der Legistik", in : *Staatsrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Robert Walter*, Wien Manz 1991, p. 718. Thienel critique l'interprétation de Thaler en invoquant l'argument suivant : N_1 et N_2 demeurent applicables, même si A n'existe pas, donc N_2 est bien rétroactif tant en ce qui concerne D_{cd} que D_{cs} . Cet argument n'est pas convaincant. Ce qu'oublie à la fois Thaler et Thienel, c'est que ni N_1 ni N_2 ne se réfèrent

juridique est rétroactivement assaini et celui où un acte qualifié de crime est rétroactivement qualifié d'exécution d'une norme juridique, où c'est, en d'autres termes, le contenu d'une norme, qualifiant de crime une action au moment t_m , qui est modifié afin que cette action soit qualifiée de sanction au moment t_n .

Cet argument ne nous semble pas convaincant. Il est certes possible de modifier une norme et il l'est tout autant d'en édicter une nouvelle relative au statut d'événements passés. Mais ces événements sont irréversibles et leur signification l'est également. "Il est obligatoire que l'action que tu as commise hier (et qui, à ce moment-là, était un crime) aura été l'exécution d'une sanction (dès ce même moment)" est un énoncé qui a aussi peu de sens que "Tu iras à l'école hier!". Il n'est pas possible de commander qu'un événement passé *aura au passé* une autre signification que celle qu'il a eue au moment où il s'est déroulé. L'absurdité que trahit ici la forme grammaticale en projetant le futur dans le passé est en ce cas révélatrice. Par ailleurs, si nous considérons le passé comme irréversible, nous le considérons aussi comme nécessaire. Or une norme ne peut, par définition avoir pour objet que des événements qui ne sont ni nécessaires ni impossibles. Pourtant, une telle "norme" (30) ne serait autre chose que la veine tentative de commander au nécessaire (31). Par ailleurs, cette "norme" ne peut pas être transgressée, une "infraction" ne peut pas être à son tour la condition d'une sanction. Ceci rend l'absurdité de la construction encore plus apparente, car l'énoncé devrait en fait être formulé ainsi : "Tu *exécuteras* des condamnations à mort hier!".

B - LA PLASTICITÉ TEMPORELLE DU DOMAINE CONDITIONNEL

Le passé n'est ouvert au présent et au futur que de manière indirecte, mais il l'est sans restriction. Le comportement humain *en tant qu'il concerne des événements révolus* peut donc faire l'objet d'une régulation normative. Le jurisléateur est libre à tout moment de rendre obligatoire une certaine qualification du passé — *pour l'avenir*. Il peut imposer au moment t_1 que ce qui fut un crime selon les normes en vigueur au moment t_1 soit considéré comme une sanction au moment t_2 . Telle nous semble être la seule interprétation possible de l'exemple de Kelsen : il s'agit de normes sanctionnant pour l'avenir le fait de considérer ces crimes (ce qu'ils étaient selon la législation en vigueur au moment où ils ont été commis, donc en D_{cd}) comme des crimes (la norme de sanction et D_{cs} ont ainsi été modifiés). D_{cs} est bel et bien subordonné à l'antériorité de D_{cd} et *a fortiori* de l'achèvement de la procédure de production. Il n'est donc pas possible d'assainir *stricto sensu* des actes fautifs. Ils ne deviendront jamais autre chose que ce qu'ils ont été, mais il est à tout moment possible de les faire "qualifier" d'une certaine façon *pro futuro* (cf. 29).

Si le passé événementiel nous est fermé comme objet direct de la normativité, il nous est entièrement ouvert comme domaine conditionnel. La modalité ontique des conditions d'une obligation est en effet indifférente eu égard à la modalité déontique de celle-ci (au fait qu'un certain comportement humain est rendu obligatoire). Édicter que "si p alors q est obligatoire", pour p signifiant un ensemble de faits qui se sont produits dans le passé, cela revient à édicter que q est obligatoire tout court — relativement aux cas circonscrits par p. Rattacher l'obligation de q à

explicitement au passé, D_{cd} et D_{cs} sont entièrement laissés dans l'ombre et doivent donc (selon la règle que nous avons adoptée) être considérés comme se référant à l'avenir. Même si A n'existait pas, cela ne prouverait en rien que N_2 (même reformulé de manière à se référer au passé) pourrait "agir" sur le passé.

(30) L'expression "norme" désigne ici une entité improprement ainsi appelée.

(31) Ce point est adroitement résumé par Brian Chellas : "...pure past tense obligations are always deontically vacuous", op. cit., p. 200. Aucune norme ne peut produire "d'effets dans le passé".

des conditions irréversibles et donc non-influçables n'est rien d'autre que la création d'une obligation spécifique, mais inconditionnelle (non conditionnée par la production toujours contingente d'un ensemble d'événements). Les clauses conditionnelles ne servent qu'à délimiter l'ensemble des personnes concernées par la nouvelle norme. Soit par exemple :

$N_{\text{réto}1}$: "Si une personne a fumé dans un lieu public entre le 1er mars et le 1er avril 1990, elle sera punie de quatre mois de prison".

Cet énoncé est normativement équivalent à l'expression :

$N_{\text{réto}2}$: "Il est obligatoire de punir de quatre mois de prison les personnes ayant fumé entre le 1er mars et le 1er avril 1990".

C'est en cela que se rejoignent les différents cas de figure de normes dites *rétroactives*. En accord avec notre théorie cette notion doit être réservée aux situations où D_{cd} précède le moment hypothétique D_v , c'est-à-dire l'antériorité du domaine conditionnel par rapport au moment à partir duquel il peut y avoir obligation (32) (33). Techniquement il s'agit de normes non-conditionnelles insérées dans une chaîne conditionnelle. Les destinataires indirects (ceux qui ont fumés, plus généralement ceux qui répondent à l'ensemble des conditions C_1-C_n énoncés par p) n'ont donc aucune marge de disposition relative à cette qualité de personnes indirectement visées. C'est en cela que de telles normes constituent une catégorie atypique dans les systèmes juridiques qui sont presque entièrement composés de chaînes conditionnelles. Plus un système devient complexe et plus il repose sur un réseau d'hypothèses. Peu importe quelle est notre conception philosophique de la liberté, des normes conditionnelles créent des espaces de liberté parce qu'elles ouvrent des options aux destinataires. Une règle dite rétroactive modifie l'appréciation normative d'actions passées. Elle ne restreint donc pas seulement la marge des options disponibles, elle impose une signification nouvelle à des options déjà consommées et elle le fait là où il y avait auparavant une obligation conditionnelle. C'est en cela qu'elle est parfois politiquement problématique puisque

(32) La doctrine traditionnelle ne distingue pas entre les domaines temporels et arrive ainsi à une définition "magique" de la rétroactivité, cf. Paul Roubier, *Le droit transitoire* (conflits des lois dans le temps), Paris Dalloz et Sirey 1960 (2ème édition), p. 9sq. : "Lorsque la loi nouvelle remonte dans ses effets, en deçà du jour de sa promulgation, elle empiète sur le domaine naturel de la loi ancienne. C'est ce qu'on appelle rétroactivité, parce que la loi revient sur le passé (*retro agere*)... La définition de la rétroactivité est fort aisée : c'est le report de l'application de la loi à une date antérieure à sa promulgation, ou comme on l'a dit, une fiction de préexistence de la loi". Patrice Level ne donne pas de définition explicite de la rétroactivité, mais reprend implicitement celle de Roubier, *Essai sur les conflits de lois dans le temps*. Contribution à la théorie générale du droit transitoire, Paris LGDJ 1959, cf. surtout p. 101 s.. Il est évident que la loi nouvelle ne peut "remonter dans ses effets en deçà du jour de sa promulgation" dès lors que l'on admet la clôture du passé. La même difficulté s'oppose à "l'application à une date antérieure à sa promulgation", car même s'il n'était question que de D_{cd} , il ne s'agirait point d'application, l'intervalle temporel passé étant simplement le référent de ce qui est décrit par l'énoncé de la condition. Jacques Héron, op. cit., p. 277-333, propose de la rétroactivité la définition suivante : "Ainsi la rétroactivité peut-elle être définie comme la mise en vigueur anticipée de la norme nouvelle" (p. 393). Ici le caractère magique est en quelque sorte poussé à l'extrême puisque le coup de baguette du législateur permet ainsi de soumettre immédiatement à un ensemble d'obligation des comportements révolus. Sur l'état de la doctrine c/aussi l'excellente thèse d'Emmanuel Dockès, *L'application dans le temps des règles du droit du travail*. Contribution à l'étude du droit transitoire, Lyon, 1992.

(33) La définition de Thierry Renoux ("Le principe de non-rétroactivité des lois, rapport français", in : *Annuaire International de Justice Constitutionnelle* 1990 (Paris Economica-PUAM 1992, p. 359s.) nous semble également en contradiction avec l'irréversibilité du passé ("La loi rétroactive serait celle qui *née dans le présent, entendrait remonter, dans ses effets dans le passé*, en deçà du jour de sa promulgation... Sont seuls pris en considération les effets de la loi : ainsi une loi qui tout en se référant à une situation antérieure ne produit d'effets que pour l'avenir, n'est pas rétroactive, mais *rétrospective*". L'auteur s'appuie sur l'ouvrage de Patrice Level, *Essai sur les conflits de lois dans le temps*, in : L.G.D.J. 1959. L'erreur résulte de la non-prise en considération de la structure conditionnelle des systèmes juridiques et du statut modal des événements passés. Des "lois qui produisent des effets dans le passé" sont impossibles ou relèvent de la magie.

cette anomalie régressive du système apparaît comme la rupture d'une promesse (que toute action humaine juridiquement pertinente ira s'inscrire dans une chaîne hypothétique, donc dans un espace de liberté) (34) (35) (36) (37).

C - LES CONFIGURATIONS POSSIBLES

Dans le cas simple, D_v , D_{cd} et D_{cs} coïncident. D_{cs} ne peut pas précéder D_{cd} , mais D_{cd} peut commencer avant D_{cs} et, naturellement, D_v . Enfin, rien n'empêche que D_{cd} et D_{cs} interviennent après D_v . Voici alors les configurations possibles ("x

(34) Telle est la raison pour laquelle des lois rétroactives apparaissent principalement en temps de crise, c'est à dire lorsque les structures traditionnelles ne sont plus adaptées aux finalités poursuivies. C'est aussi la raison pour laquelle cette problématique est souvent discutée sous le titre de "protection de la confiance" dans la littérature récente (il est vrai, surtout en Allemagne et en Autriche, cf. par exemple : Hartmut Maurer, "Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz", in : J. Isensee—P. Kirchhof (éds.), *Handbuch des Staatsrechts* III, Heidelberg 1988, p. 211 s., Rudolf Thienel, *Vertrauensschutz und Verfassungsrecht*, Wien Österreichische Staatsdruckerei 1990, Otto Pfersmann, "Chronique 1990" (Chronique de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle autrichienne) in: *Annuaire International de Justice Constitutionnelle* 1990, Paris 1992, p. 461-486).

(35) Selon Georg Henrik von Wright (Norms, Truth and Logic, in : op. cit., p. 137) la règle *nullum crimen sine lege* établit en fait, dans les systèmes juridiques qui l'adoptent, le principe que tout ce qui n'est pas défendu est permis. En vérité, il s'agit de la méta-règle selon laquelle ce qui est permis au moment où l'action a lieu ne doit pas être pénalement réprimé par la suite. Il s'agit là-aussi d'un problème de temporalité et non, comme le pense cet auteur, de la distinction "...between descriptive and prescriptive discourse" (p. 136). Car les contre-exemples avancés (lois pénales rétroactives, réprimandes adressées à des enfants à des fins éducatives pour des actions qui n'étaient pas explicitement défendues au moment où elles ont été commises) concernent tous des cas où un comportement non-défendu au moment de sa réalisation est réprimé plus tard. Mais rien n'empêche d'introduire l'obligation future de punir des actions révolues, à moins, précisément, que le système ne comporte une méta-norme l'interdisant. En revanche, un système normatif qui contiendrait pour le même moment la non-interdiction de p et la non-permission de p serait normativement incohérent (*inconsistent* selon la terminologie usuelle en logique). Un tel système n'est pourtant pas logiquement impossible ni nécessairement dépourvu de sens, car statuer à la fois l'obligation et l'interdiction de d dans une chaîne conditionnelle sanctionnée n'est autre chose que l'édiction d'une obligation inconditionnelle de punir (cf. von Wright, "Norms, Truth and Logic", op. cit., p. 139).

(36) Le fait que les normes rétroactives constituent en vérité des normes catégoriques et non hypothétiques est bien relevé par Jacques Héron, op. cit., p. 294sq. Elles sont interprétées par cet auteur comme des décisions : l'abstraction disparaît du fait que l'indice temporel permet d'identifier les destinataires. Ceux-ci ne pouvant sortir de l'obligation qui leur est opposée, la norme devient catégorique. Ceci en nous paraît pas entièrement exact. En effet, une norme hypothétique peut fort bien individualiser ses destinataires ("Si x, y, z agissent de manière m, alors ils sont tenus d'agir de manière n"), c'est donc pas du manque de généralité (nous désignons ainsi l'absence de noms propres ou de noms propres larvés) que résulte le caractère catégorique de la norme. Il découle du fait que la condition perd son caractère contingent, donc de la modification de son statut modal : q est obligatoire de toute façon et non à condition que p se produise (et pourrait fort bien ne pas se produire) puisque p s'est déjà produit. S'il est maintenant directement obligatoire que q, alors il est possible de dire dès maintenant qui sont les destinataires. L'aspect individuel résulte du caractère catégorique et non l'inverse. Mais ce n'est qu'une technique d'individualisation des destinataires, car il revient au même de les désigner nommément ou de les décrire à l'aide de caractéristiques qui ne sont vérifiés que par eux.

(37) Pour Jacques Héron, la rétroactivité (c'est à dire ce qu'il entend par là, cf. note 32), est intrinsèquement mauvaise : "Il faut l'énoncer clairement : la rétroactivité constitue toujours, et par principe, une mauvaise solution. C'est une mauvaise solution, parce que le législateur, ce faisant, édicte une décision" (op. cit., p. 300). Mais il ajoute quelques pages plus tard : "Est-ce à dire que toute disposition rétroactive soit scandaleuse ? Nous ne le pensons pas ; il peut même arriver, dans des circonstances exceptionnelles, qu'elle ne soit pas condamnable. Ce qui doit être réprouvé, c'est la banalisation de la rétroactivité" (p. 303). Si nous tombons d'accord avec cet auteur quant au fait que la rétroactivité constitue un type de réglementation atypique et qu'elle peut, pour cette raison même, paraître problématique, il ne nous semble pas possible d'en dériver une appréciation morale de la rétroactivité d'une manière générale. Le postulat selon lequel le législateur serait moralement obligé d'édicter des normes générales et abstraites et rien d'autre (donc de ne pas édicter ce que l'auteur appelle des "décisions"), est avancé sans preuves ainsi que la maxime selon laquelle il serait exceptionnellement permis de faire appel à ce régime. Héron précise que cela pourrait être justifié s'il s'agit d'éviter un plus grand mal. Or ceci ne fait que déplacer le problème : disposons-nous d'une connaissance objective du bien et du mal ?

< y" signifiant l'antériorité de x par rapport à y ; "x + y" la simultanéité de deux événements) :

- 1) $D_v + D_{cd} + D_{cs}$
- 2) $D_v < D_{cd} + D_{cs}$
- 3) $D_v + D_{cd} < D_{cs}$
- 4) $D_v < D_{cd} < D_{cs}$
- 5) $D_{cd} < D_v + D_{cs}$
- 6) $D_{cd} < D_v < D_{cs}$ (38)

Les cas 2, 3, 4 et 5 concernent différents phénomènes de *vacatio legis*. Comme nous l'avons vu, 2) n'est qu'improprement appelé ainsi car il n'y a pas de norme-objet avant le début de D_{cd} . Alors que certains auteurs ne retiennent la dénomination de *vacatio legis* que pour $D_v < D_{cs}$ 39, d'autres la réservent au cas $D_v < D_{cd}$ (40). On pourrait distinguer entre *vacatio legis* conditionnelle et *vacatio legis* conséquentielle, nous allons maintenir ici une dénomination unique, donc polyvoque. Si en revanche D_{cd} précède D_v ($D_{cd} < D_v$), nous parlons de rétroactivité (cas 5 et 6). *Vacatio legis* et rétroactivité peuvent se produire ensemble (cas 6). Il y a donc :

Ni <i>vacatio legis</i> ni rétroactivité	1
Pas de <i>vacatio legis</i> et rétroactivité	5
<i>Vacatio legis</i> et non-rétroactivité	2,3,4
<i>Vacatio legis</i> et rétroactivité	6

Très souvent ces cas ne sont pas explicitement distingués dans les systèmes juridiques. Les difficultés sont encore plus grandes lorsqu'une loi est "abrogée". Quelles sont les conséquences pour D_{cd} et D_{cs} ? Cela dépend du système juridique en question. Le problème consiste évidemment à déterminer ce qui arrive lorsque nous ne trouvons aucune règle explicite dans le système et que nous devons néanmoins nous décider pour une des variantes possibles et motiver notre choix. Dans certains cas l'on considère que des lois qui ne sont "plus en vigueur" demeurent applicables aux événements qui se sont produits avant la date de la "sortie de vigueur" à moins qu'il n'en soit explicitement disposé autrement. Nous pourrions donc distinguer un cas faible d'abrogation qui ne serait que le fait de mettre un terme à l'intervalle D_{cd} tout en maintenant D_{cs} comme intervalle ouvert d'un cas fort d'abrogation où même l'application à des cas antérieurs est exclue. Mais d'un point de vue théorique aucune solution ne s'impose en l'absence de règles explicites. Si le système en question demeure muet, la question est indécidable, c'est-à-dire qu'elle est

(38) Thaler, *op. cit.*, p. 59 mentionne également le cas " $P + D_{cs} < D_{cd}$ " (avec "P" pour "production"). Ceci voudrait dire qu'il y eût une obligation avant que la condition péruvienne ne se produise (par ex. il faut punir celui ou celle qui aura fumé plus tard ou pour prendre un exemple encore plus extrême : il faut exécuter le futur meurtrier). Nous excluons ce cas qui ne nous paraît pas avoir de sens dans un système juridique : quelqu'un qui aura été exécuté ne pourra jamais commettre le crime dont on lui impute la culpabilité. Si un tel énoncé devait apparaître dans un système juridique sa signification est en fait tout autre : il s'agit d'accorder à un organe l'autorisation d'exécuter des personnes qu'il croit susceptibles de commettre des actions répréhensibles dans l'avenir, donc "Si une personne fait à partir de t_0 état de comportements qui laissent croire à l'organe O qu'elle pourrait commettre une action répréhensible plus tard, alors O est autorisé (obligé) à le faire exécuter à partir de t_1 ". La condition se produit bien dans le passé par rapport à la sanction. La même remarque s'applique naturellement au cas " $P < D_{cs} < D_{cd}$ ".

En revanche, nous ajoutons le cas 4 qu'il n'est pas possible de produire à partir de l'exemple qu'il expose.

(39) Michael Thaler, *op. cit.*, p. 64 qui précise qu'il ne s'agit là que d'une question d'opportunité scientifique.

(40) Nowakowski, "Zum Problem der Geltungsbereiche", in : *Zeitschrift für öffentliches Recht* VI (1955), p. 10 s., cité par Thaler, *loc. cit.*

déléguée à l'organe appelé à appliquer les normes en question. Dans la plupart des cas, pourtant, les autorités compétentes font appel à des règles implicites. Ni leur application ni leur acceptation généralisées ne doit toutefois faire oublier qu'il ne s'agit pas de normes produites selon les normes de production de normes du système. Tout au plus avons nous à faire à des conventions imposées par la communauté de ceux qui articulent une appréciation juridique (juristes, politiques, décideurs, organes) et respectées par les destinataires, mais non de normes juridiques au sens technique du terme.

CONCLUSION - L'ACCÉLÉRATION DE L'HISTOIRE DES SYSTÈMES JURIDIQUES

Nous n'avons parlé que de la structure temporelle des normes juridiques, non du temps de la production normative. Notre classification ne dit rien sur la stabilité ou l'instabilité de la production normative dans un système donné. La vitesse ou la lenteur de l'évolution d'un ordre juridique dépend d'actions concrètes et non de données théoriques. Pourtant, les éléments que nous avons essayés d'étudier nous livrent un cadre à partir duquel nous pouvons esquisser des scénarios de ralentissement ou d'accélération de l'histoire des systèmes.

La différenciation des domaines temporels ainsi que de la hiérarchie des normes constituent une étape importante dans l'auto-articulation des ordres juridiques. Cette différenciation peut n'être que faiblement explicite. Il est en revanche déterminant que le système puisse se servir efficacement de ces ressources. Ce stade est atteint dès lors que la temporalisation devient l'objet de règles, quelque soit l'obscurité, l'imprécision ou la naïveté de leur formulation. A partir de ce moment, le système dispose des moyens techniques pour la production de structures temporelles avec un degré de densité et de complexité théoriquement illimité. Les deux autres paramètres de la vitesse du système sont d'une part les procédures de production, d'autre part les interférences et les incidences de ces procédures les unes sur les autres.

Un ordre juridique ou un sous-système d'un tel ordre peut être appelé "rigide" si les normes de production de normes stipulent des exigences complexes, "souple" si ce n'est pas le cas. Un système ou sous-système à dominante souple sera plus flexible, mais aussi, et pour cette même raison, plus instable. Les situations juridiques changent plus souvent, l'histoire du système est accélérée, l'orientation devient plus difficile. Admettons que le développement des sociétés industrielles et post-industrielles est dû à un accroissement de productivité qui repose largement sur la manipulation accélérée de symboles. Le droit fait partie d'une telle production symbolique à laquelle il livre en même temps le cadre normatif. A moins d'être totalement inadapté un tel droit doit être hautement flexible et donc hautement instable. La production normative est de plus en plus déritualisée et déformalisée, elle devient en revanche de plus en plus complexe par son contenu et ce contenu est soumis à des modifications de plus en plus fréquentes.

Certes, la hiérarchisation et la différenciation des modes de production normative donne aussi les moyens de rendre plus difficile la modification de certaines couches de l'ordre juridique. Mais cette rigidité ne peut être que relative et loin de stabiliser le système, elle en précipite en quelque sorte la flexibilisation, puisque les couches les plus fonctionnelles du droit seront aussi les plus maniables, donc les moins protégées quant à leur durée. Les systèmes juridiques évoluent donc en fonction de deux exigences simultanées aux effets souvent opposés : la stabilisation d'un encadrement normatif et la rapidité de l'adaptation à un environnement changeant de manière fréquente et complexe.

Jusqu'à présent nous avons implicitement admis deux simplifications : nous n'avons regardé que la production ou modification d'une seule séquence normative et nous sommes partis de l'hypothèse d'une production normative exercée par une seule instance compétente. Évidemment, les systèmes juridiques ne contiennent qu'exceptionnellement des règles qui obligent les jurislatoeurs à consigner *un* type de norme dans un corpus unique. Les mêmes actions peuvent être réglées en différents endroits. Admettons qu'il s'agisse de normes du même degré. Il en résulte le problème de la *lex posterior* et d'une éventuelle survivance de D_{cs} pour les cas réalisés avant l'édiction de la nouvelle norme (41). Admettons qu'il y ait d'autres instances habilitées à modifier des règles en vigueur. Les mêmes comportements peuvent ainsi être différemment réglés par des organes différents. C'est ce qui se produit aussitôt que sont instituées des procédures juridictionnelles, c'est-à-dire des organes habilités à décider de la conformité de normes de degré inférieur à celles de degré supérieur ainsi que de la conformité des actions humaines aux normes qui s'y appliquent. Ces instances produisent alors à leur tour des normes de degré inférieur à celui des règles qu'elles appliquent et supérieur à celui des règles produites par les parties qui font s'adressent à elles. Il y a donc institution d'une compétence successive. En général, ces organes de modification ne peuvent pas intervenir de leur propre initiative, mais dès lors que l'on fait appel à leur office, il est difficile de contenir leur emprise dans des limites rigides (42). Il y aura donc de plus en plus de jurislatoeurs et de plus en plus de "juges".

Si ces prémisses sont exactes, il en résulte que les procédures "d'application" deviennent d'importants facteurs de l'accélération de l'histoire du système, donc de son instabilité. Puisqu'il s'agit de compétences successives, une norme de degré D est remplacée par une norme de degré D_{+1} . Cette superposition refait la concrétisation descendante des domaines temporels à rebours. Elle n'en modifie pas toutefois les principes et ne peut le faire puisqu'elle dépend elle-même des règles hiérarchiquement édictées (43).

(41) Cf. II B) et II C).

(42) Il s'agit d'une difficulté structurale. Pour corriger un organe habilité à produire des normes de degré D_N (soit L_0) il faut un jurislatoeur de degré D_{N+1} (soit L_1). Or, si l'organe L_0 transgresse très souvent les limites de son habilitation, l'organe L_1 ne pourra plus le rectifier efficacement à moins d'intervenir de manière de plus en plus ponctuelle. A la limite, cette évolution risque d'abolir la distinction fonctionnelle entre l'instance de production et l'instance d'application (production et application ne peuvent évidemment être distingué que de manière relative. L'"application" n'est que la production d'une norme de degré D_{N+1}).

(43) Soit un contrat de vente de participations établi entre plusieurs sociétés. Après qu'elle s'est rendue compte qu'elle ne sera pas capable de faire face à ses promesses dans les modalités convenues, l'une des parties fait appel au juge (peu importe ici la motivation juridique) et obtient (quant au résultat, peu importe ici les termes du jugement et les raisons alléguées) une modification substantielle de ses obligations: Les autres parties acceptent cet arrangement (admettons que la valeur juridique de leur consentement soit nulle) et c'est ainsi que la transaction est effectuée. Il y a donc *un* ensemble d'actions humaines qui a été exécuté et qui correspond peu ou prou à volonté des parties ; mais il y a eu *deux* ensembles de normes concernant les mêmes actions exceptées certaines modalités. Le contrat et le jugement ne relèvent pas de la même autorité d'édiction, les modalités de production sont différentes, les domaines temporels sont différents, même si le texte de référence demeure le contrat initial à l'exception de certaines clauses qui ne modifient pas la nature de la transaction elle-même. L'identité partielle (ou même totale, si le juge décide qu'il n'y a pas de raison pour une modification et que les parties exécutent finalement ce verdict) des actions visées ne change rien à la différence normative. Suivant la marge de manœuvre que les normes de production de normes accordent au juge, il pourra modifier les domaines temporels, c'est à dire que la norme qu'il édictera à partir de celle que lui soumettent les parties pourra à son tour échelonner la temporalité des obligations. Dans les fait, il semble toujours s'agir de l'"exécution" d'un contrat, normativement il n'en est rien. La typologie et l'interprétation exacte des situations possibles relève du système juridique considéré.

Le même problème se pose pour le contrôle de constitutionnalité (ou de légalité). Le juge constitutionnel (ou administratif) rend une décision, il ne promulgue pas une loi et pourtant la compétence d'édiction relève d'abord du législateur et les normes qui entrent (ou qui restent) finalement en vigueur ne se distinguent pas, par leur formulation et leur caractère obligatoire des normes originellement édictées.

Il en résulte que nous devons relativiser la célèbre thèse du sociologue Niklas Luhmann selon laquelle les systèmes juridiques servent à stabiliser les attentes concernant les comportements d'autrui (44). Car si le droit rend possible l'encadrement normatif des actions futures, il permet également la modification de cet encadrement. Au lieu de rendre des situations juridiques durables, le droit peut avoir un effet exactement inverse, puisque l'évolution du système devient de moins en moins matériellement prévisible.

(44) *Rechtssoziologie*, Opladen Westdeutscher Verlag 19873, p. 67 et *passim*, la position de cet auteur est évidemment beaucoup plus sceptique que ne laisserait cette seule citation, cf. par exemple "Die Funktion des Rechts : Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung ?", in : *Ausdifferenzierung des Rechts*, Suhrkamp Frankfurt am Main 1981, p. 73-91. Dans une étude récente (*Das Recht der Gesellschaft*, op. cit.), Luhmann maintient pourtant que le droit qu'une seule fonction (p. 132), la solution "d'un problème de temps" : la communication d'anticipations (p. 125). L'auteur récuse ainsi la théorie de la fonction intégrative du droit. Pour lui, une crise du droit est une crise de confiance, née de la perte de sa fonction (temporelle) (p. 132).

L'ORDRE DE LA HIÉRARCHIE DES NORMES ET LA THÉORIE RÉALISTE DE L'INTERPRÉTATION

Haut-lieu de controverses ouvertes et sans préjugés, le *Laboratoire de Théorie juridique* de la Faculté de Droit et de Science politique d'Aix-Marseille a accueilli cette année successivement, autour du thème fédérateur "Genèse de la norme", Denys de Béchillon et Michel Troper. Le premier est docteur en droit, chargé de recherche au CNRS et vice-président du Groupe de réflexion transdisciplinaire de l'Université de Pau. Le second n'a -chacun s'accordera sur ce point- nul besoin d'être présenté aux philosophes du droit français ou étrangers. Il est en tout cas bien conforme aux bonnes vieilles traditions universitaires que la jeunesse -Denys de Béchillon a trente deux ans- s'efforce, au moins pour un temps, de faire table rase des enseignements de la ... maturité. Plus remarquable encore, que celui qui, après tout, pourrait se parer sans détours des vertus de l'expérience - que M. de Béchillon daigne nous pardonner cette comparaison peu flatteuse, qui n'a pour seule excuse que de n'avoir pas su résister au plaisir de citer J. Brel - abandonner "aux dieux l'exploit de les juger", accepte en toute amitié, de répondre patiemment à son jeune adversaire. Voilà, infiniment de quoi encourager les langues à se délier en un véritable débat académique où chacun des protagonistes ne craint pas de poursuivre l'autre dans ses ultimes retranchements. Sur le thème central de la valeur créative de l'interprétation de textes juridiques que le combat s'engage donc !

Alain SÉRIAUX

RÉFLEXIONS CRITIQUES (1)

Par

Denys de BÉCHILLON

Chargé de Recherche au C.N.R.S. (URA 1421 - Université de Pau)
Vice-président du Groupe de Réflexions Transdisciplinaires

La communauté juridique postule usuellement un certain ordre pour la hiérarchie des normes : la Constitution occupe le sommet, et la base s'étend à l'ensemble des actes administratifs individuels. Sur cette masse, l'autorité des normes descend ainsi des hauteurs, progressivement. Le Droit se pose d'en haut, et se respecte d'en bas.

Si partagée soit cette représentation, elle ne saurait tout de même valoir vérité révélée. Tout cela pourrait fort bien constituer un magnifique artefact, terriblement trompeur. Entendue comme la *signification d'un acte*, la norme vaut avant tout dans les termes où on la *comprend*. De sorte que l'interprète, bas situé pourtant, dit en fait la Loi ; bien plus, peut-être, que le législateur lui-même.

La levée de l'illusion doit-elle alors conduire à renverser radicalement les perspectives classiques ? Cette gradation que nous nous figurons descendante doit elle être peu ou prou basculée ? Les juges -il s'agit d'eux, à titre principal- occupent-ils le seul trône de la hiérarchie vraie ? Et convient-il alors de poser, "*si l'on admet que l'interprétation est une phase essentielle de l'émission des normes (que) l'étude de l'interprétation commande celle de la hiérarchie des normes, et non l'inverse*" (2) ?

Au delà du débat théorique, cette question occupe - assez paradoxalement - le langage quotidien des Hommes de Droit. Nul ne sera dupe, jamais, de la lettre des textes : il faudra en attendre une lecture pérenne, parfois tardive, mais seule à valoir au bout du compte. D'autant que quarante-huit heures passées, où l'on peut maudire les juges, chacun devra se former une sage résolution : le Droit est là, et pas ailleurs.

En Amérique, sous bien des plumes et parce que le système s'y prête, *All the law is judge made law*. Le retournement de la hiérarchie est donc revendiqué essentiellement au titre du réalisme (3). De ce côté-ci de l'Atlantique, il paraît moins

(1) Ce texte est extrait, pour l'essentiel, de la thèse de doctorat de l'auteur (Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État, (dact) Pau, 1993). Il a également fourni la matière d'une communication dans le cadre du séminaire du D.E.A. de théorie juridique d'Aix-Marseille III.

(2) Comme l'affirment de nombreux auteurs, reprenant à leur compte cette formule de M. Troper, "Le Problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle", *Mélanges offerts à C. Eisenmann*, p. 135.

(3) Sur la *sociological jurisprudence*, V. les travaux de F. Michaut, et notamment : *L'école de la "sociological jurisprudence" et le mouvement réaliste américain*, Th. Dact Lille 1985. De même "La bonne réponse n'est-elle qu'une illusion ?" *Droits* 9-1989, p. 69, pour une analyse de la pensée de Dworkin, et "Le rôle créateur du juge selon l'école de la "sociological jurisprudence" et le mouvement

raisonnable de s'arrêter là. Notre légicentrisme s'oppose assurément à cette vision des choses ; la place institutionnelle du pouvoir judiciaire aussi. Mais là n'est pas l'essentiel. Il y a trop de philosophie dans l'histoire européenne du Droit pour qu'une lecture aussi fondamentalement antinomique de celle que nous professons depuis des lustres s'impose de la sorte et d'un seul coup au seul vu de son plus grand pragmatisme. Si retournement il doit y avoir - et parce que ses implications sont considérables -, il faut l'asseoir sur des bases conceptuelles solides et le montrer soutenu par une conception cohérente de l'ordre juridique. En bref, nous n'accepterons pleinement de voir l'ordre juridique se tenir posé sur la tête qu'à la condition de nous assurer qu'un étayage théorique solide le maintient dans cette posture inattendue.

Or cette théorie existe indubitablement dans la pensée française, et notamment chez M. Troper (4). Placée à un très haut degré de sophistication, sa conception a effectivement vocation à opérer ce charivari. Une véritable *Weltanschauung* juridique s'ensuit ; subtile, profonde, complète. Mais nous ne la partageons pas. La hiérarchie que nous nous figurons demeure celle propriété descendante et autoritaire dite habituellement *classique* ; archaïque peut-être, ou académique si l'on veut. Conforme aux apparences en tous cas, et au jeu de l'édiction des normes.

C'est bien pourquoi il importe d'assurer cette position contre cette lecture "réaliste" française. On s'emploiera donc à l'exposer d'abord, en tentant de ne point trop la trahir (section 1). On dira ensuite les doutes qu'elle nous paraît susciter (section 2).

SECTION 1 - L'ANALYSE "RÉALISTE" FRANÇAISE (5)

Kelsénien - qui s'en étonnera ? - dans ses racines les plus ancrées - le système de M. Troper pousse la logique du maître de Vienne à ses extrêmes limites, jusqu'à le subvertir totalement (6). De façon générale, on le sait, le philosophe français vise

réaliste américain" *R.I.D.C.* 1987-2, p. 343. Pour une étude du conflit doctrinal américain sur la question de la liberté du juge devant les textes, V. H. Gourdon, "La Constitution et les libertés : le contrôle de constitutionnalité de la Loi aux États-Unis et en France", *Les cahiers du Droit et de la jurisprudence* 1986, p. 63. Pour une présentation du "renversement copernicien" inauguré par ce "réalisme" (chez le juge Holmes, par exemple, V. M. Van de Kerchove et F. Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, P.U.F. Les voies du Droit 1988, p. 103. Le philosophe américain H.L.A. Hart occupe tout de même une position très nuancée par rapport à ces thèses, il n'est pas possible de réduire la pensée juridique américaine à une seule de ses composantes, fut-elle dominante. Sur cet aspect de la pensée de Hart telle qu'elle apparaît dans *Le concept de Droit*, Bruxelles, éd. des facultés universitaires St Louis 1976, V. l'étude méthodologiquement indispensable de M. Ost et M. Van de Kerchove, "De la "bipolarité des erreurs, ou de quelques paradigmes de la science du Droit" *A.P.D.* 1988, sp. p. 195.

(4) M. Troper n'est pas le seul représentant de cette tendance, mais l'on se référera essentiellement à lui, car il est assurément celui dont le système théorique est, de loin, le plus original et le plus achevé, et dont la pensée est, au surplus, la mieux connue et la plus suivie en France. C'est en tous cas à elle que se réfèrent le plus volontiers de très nombreux auteurs.

(5) On fera essentiellement référence ici aux études où M. Troper a le plus particulièrement édifié, puis poli, sa théorie de l'interprétation appliquée à la structure de l'ordre juridique. Dans l'ordre chronologique, V. "Fondement du caractère obligatoire et problème de causalité en Droit international" *In Actes des deuxièmes rencontres de Reims : C.E.R.I. : Réalités du Droit international contemporain. Force obligatoire et sujets de Droit*, Publ. de la faculté de Droit de Reims 1974, p. 41, "Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle" précité. "Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'Ordre juridique" *Rev. inter. de Philosophie* 1981, n° 136, p. 518, "Hans Kelsen et la jurisprudence" *A.P.D.* 1985-30, p. 83.

(6) Selon l'expression même de M. Troper (*Rev. Int. de phil.* 1981, préc. p. 520) que J.-J. Bienvenu reprend justement : "Les idées de C. Eisenmann en matière d'interprétation juridique" *In P. Amselek (Dir) : La pensée de C. Eisenmann*, Economica 1989, p. 74.

au dépassement constructif (7) de cette pensée dont il est certainement l'un des exégètes les plus autorisés (8) .

Pour le point qui nous concerne plus particulièrement, M. Troper veut tirer argument d'un fossé creusé entre deux pans de la *Reine RechtstLehre* : les conceptions kelséniennes de l'interprétation et de la structure de l'Ordre juridique ne seraient pas compatibles. Ce qu'une théorie correctement formée devrait traduire par un aménagement - profond - de la seconde au profit de la première.

A bien y réfléchir, l'enjeu est de taille : *in fine*, il s'agit d'offrir un *fondement* à l'Ordre juridique. Convaincu des faiblesses explicatives de l'idée d'une norme hypothétique fondamentale, M. Troper veut échapper à la logique d'acier qui fait y parvenir (9). D'une manière ou d'une autre, cela impose de rompre avec l'hermétisme des catégories kelséniennes du *Sein* et du *Sollen*, de la causalité et de l'imputation, puisque la *GrundNorm* y puise sa justification. Le disciple de Charles Eisenmann choisit une critique essentiellement interne et ambitionne alors d'échafauder un système par lequel, contrairement à l'interdiction absolue de Kelsen, un pur fait (historique, notamment) pourra se trouver situé à l'origine causale et logique du caractère obligatoire de la règle de Droit (10).

Pour ce faire, Michel Troper conçoit une critique idéologique de la forme juridique. Tout se passe d'ailleurs comme s'il n'avait jamais "cru" à la hiérarchie des normes, ou, plus exactement, à la possibilité d'extraire le caractère obligatoire d'une norme du socle que lui assure une règle supérieure. Tout cela procéderait en réalité du "déguisement" (11) d'un simple fait sous le masque formel du Droit.

Il nous faudrait observer les phénomènes normatifs comme autant de situations par lesquelles certains individus veulent que certains autres se comportent de telle manière (12). Voici donc un fait brut : "A veut que B fasse ou ne fasse pas ceci..." Le propre d'une idéologie normative - juridique en particulier - serait alors de camoufler cette donnée purement factuelle (13) - et analysable en termes de causalité, puisque tel est l'effet recherché - sous la forme : "A peut imposer à B de se comporter de telle manière parce qu'il est habilité à le faire par une règle

(7) V. par exemple "Contribution à une critique de la conception kelsénienne de la science du Droit", Mélanges C. Chaumont 1984, p. 528, "Système juridique et État" A.P.D. 1986-31, p. 29, "Pour une définition stipulative du Droit" Droits 1989-10, p. 101, "Réflexions autour de la théorie kelsénienne de l'État" In *Cahiers de philosophie politique et juridique* (de l'Université de Caen) 1990-17, p. 99.

(8) V. la célèbre défense des thèses de Kelsen contre l'attaque que P. Amselek leur avait porté ("la pyramide est toujours debout, réponse à Paul Amselek", R.D.P. 1978, p. 1523). On notera un index particulièrement utile et très riche des travaux publiés en langue française, sur Kelsen et sa doctrine, dans la réédition de la traduction Thevenaz de la *Théorie pure du Droit* (éd. de la Bâconnière, 1988, avec un article très éclairant de M. Van de Kerchove sur "l'influence de Kelsen sur les théories du Droit dans l'Europe francophone, p. 225). Notons également deux très riches livraisons des *Cahiers de philosophie politique et juridique* de l'Université de Caen, respectivement consacrés à la *philosophie du Droit de Kelsen* (1986-9), et à *La pensée politique de Kelsen* (1990-17).

(9) On tient volontiers, en effet, qu'une profonde méconnaissance de cette théorie la fait fréquemment considérer comme une facilité pseudo-naturaliste, et traiter comme telle avec bien du mépris. Pour peu que l'on se donne la peine de retourner honnêtement au texte, la théorie de la *GrundNorm* doit apparaître marquée d'une forte exigence logique et d'une solidité infiniment plus grande que ce qu'il est habituel de lire parfois à son sujet. Cela ne la rend pas indiscutable pour autant, mais complique singulièrement sa contestation.

(10) V. "Fondement du caractère obligatoire.", précité, "Kelsen, la théorie de l'interprétation..." précité, "Contribution"... précité etc.

(11) "Fondement du caractère obligatoire", préc. p. 47.

(12) *Ibid.*

(13) On pourrait discuter de cette nature factuelle. Car la proposition *A veut que B fasse C* décrit un processus déjà totalement normatif (bien que pas forcément juridique encore). Sous l'angle où le décrivait M. Troper à cette époque, tous les énoncés sont des faits - de langage, tout au moins - quelle que soit leur portée normative ou non. De sorte que l'auteur livre beaucoup plus ici une explication de la juridicisation des énoncés normatifs qu'une explication de la normativisation des faits. Mais cela n'est pas essentiel dans la mesure où il cherche à expliquer le fondement de l'obligation de respecter la norme, et non à expliquer comment elle s'énonce sous une forme normative.

supérieure". De sorte que tout énoncé qui voudra se faire passer pour normatif devra s'auto-justifier au travers du principe d'une hiérarchie des normes :

"Pour donner sa volonté comme norme, le législateur devra affirmer que la norme qu'il édicte est conforme à la Constitution. Pour affirmer que sa volonté est norme, le juge devra affirmer qu'il agit conformément à la Loi. Autrement dit, la particularité de l'idéologie juridique c'est de se présenter sous la forme juridique (...) c'est-à-dire sous la forme d'une hiérarchie. (...) De la sorte, à partir du moment où une volonté se donne comme une norme, elle ne peut faire autrement que de se présenter sous cette forme hiérarchisée" (14).

On comprend l'importance de cette manière de voir dans le système de M. Troper. Le clivage s'y établit définitivement entre un univers de discours et d'apparence (en fait, celui de la pyramide kelsénienne) et un autre, strictement réel et factuel, sur lequel il va pouvoir faire reposer l'essence du système juridique dans son ensemble.

La théorie de l'interprétation va constituer l'instrument privilégié de ce travail. Car elle va justement permettre à Michel Troper d'établir, de confirmer et de dépasser le jeu de dupes dans lequel il nous voit entraînés. Selon lui : *"En réalité les normes, ou les prétendues normes, les volontés, ne sont pas hiérarchisées bien qu'elles se donnent comme telles"* (15). D'ailleurs, ce que nous tenons pour des normes n'en sont même pas (16).

Et c'est très précisément la liberté constructive (et destructive) structurellement détenue par l'interprète de la "norme" réputée supérieure qui va attester cette illusion et autoriser un complet renversement des perspectives. Cela tient en quelques propositions simples :

* L'interprète est seul auteur de la norme.

* L'interprète n'est pas lié par une norme prétendue supérieure.

* L'interprétation fonde donc une hiérarchie réelle, globalement inverse de la hiérarchie apparente.

Reprenons ces points.

§ 1 - LA NATURE DE L'OPÉRATION D'INTERPRÉTER

Difficile de prendre Michel Troper en défaut de rigueur sur ce point : dans le vocabulaire kelsénien - à juste titre rectifié par ses soins sur quelques aspects - une norme constitue le sens d'un acte. L'action d'interpréter vise quant à elle à conférer un sens à une proposition. Auteur de sens, l'interprète est donc auteur de la norme.

"Lorsqu'on interprète un texte, lorsqu'on choisit un sens à cet texte, en réalité on lui confère un sens. Jusqu'au moment de l'interprétation, le texte porteur d'un infinité ou d'une pluralité de sens, n'en n'avait en réalité aucun (...) cela veut dire qu'il ne contient en réalité aucune norme avant d'être appliqué" (17).

Ces objets que nous croyons être des normes sont simplement des *"propositions subjectives de normes"*. Elles valent - subjectivement - comme autant de règles juridiques, bien sur, aux yeux de leurs auteurs, mais cette édicition ne leur confère pas la nature - objective - d'une norme au regard de l'Ordre juridique lui-même. "L'objectivation" de la proposition apparaîtra si et seulement si : *"l'ordre juridique attache à sa violation certaines conséquences de Droit. Or c'est précisément (...) l'interprétation qu'en donneront les organes d'application qui déterminera s'il y a ou non violation et s'il y a lieu par conséquent d'appliquer les actes prévus en pareil*

(14) *Ibid.* p. 48.

(15) *Ibid.*

(16) *"Le Droit n'est pas obligatoire, il se donne comme obligatoire"*, *Ibid.* p. 51.

(17) *Ibid.* p. 48.

cas. C'est donc bien l'interprétation (...) et donc l'application (...) qui peuvent conférer (...) la signification objective de normes" (18).

Cette manière de voir peut alors être appliquée. Au travail juridictionnel tout particulièrement (19) : *"D'une manière générale, on peut affirmer que tout tribunal compétent pour annuler une norme pose en même temps une norme de même niveau que celle qu'il annule ou valide, mais qu'en même temps, il est amené à interpréter, donc à refaire la norme de niveau immédiatement supérieur et qu'il doit pour cela se fonder sur une troisième norme supérieure à la précédente" (20), qu'il recréera aussi d'ailleurs.*

L'interprétation se trouve donc située à l'origine première de la production réelle du Droit. Mais cela ne peut pleinement valoir contre les apparences si le processus d'interprétation doit lui-même se révéler contraint par des normes. Or c'est justement ce qu'il ne serait pas.

§ 2 - LA LIBERTÉ DE L'INTERPRÈTE

L'interprétation se conçoit comme acte de volonté, et non de connaissance. Cela résulte déjà de la définition kelsénienne du Droit, et de la distance à laquelle le maître viennois a voulu y mettre le monde des sciences.

Supportée par un texte, exprimée en un langage, une proposition subjective de norme reste, en outre, polysémique par définition :

"Tout texte est affecté d'un certain coefficient d'interprétation et est porteur de plusieurs sens entre lesquels l'organe d'application doit choisir, et c'est dans ce choix que consiste l'interprétation" (21).

Il n'y a donc pas, il ne peut y avoir, d'interprétation "vraie" ou "fausse". Le seul paramètre de son authenticité réside dans la qualité de l'organe qui en est l'auteur ; c'est-à-dire que cette authenticité - cette validité juridique si l'on préfère - dépend seulement de la question de savoir si cet organe a été investi, par l'ordre juridique, du pouvoir d'interpréter. Le contenu de l'opération est absolument indifférent. L'interprète est donc libre : *"Peu importe que cette activité le conduise à poser une norme différente de celle que l'auteur du texte voulait "en réalité" poser. Dès lors que l'interprétation est soustraite à tout contrôle et qu'elle a un caractère authentique, la norme qu'elle conduit à poser est la seule efficace et valable" (22).*

La seule restriction possible à cette liberté procède de la soumission éventuelle de l'interprète - qu'il soit, ou non, une juridiction - à un mécanisme de contrôle juridictionnel. Un rapport de puissance s'établira alors, avec pour effet de substituer une interprétation à une autre (et à laisser finalement comme seule authentique celle rendue par une juridiction statuant en dernier ressort). Selon M. Troper, la latitude d'interpréter n'est pas limitée par une norme, mais par l'insertion de l'interprète dans un système relationnel d'institutions gouvernés par des *"rapports de force ou de coopération" (23).*

Relativement aux relations de la Loi et de la Constitution, un clivage fondamental peut ainsi s'établir entre les systèmes dotés d'un contrôle juridictionnel de constitutionnalité et ceux qui n'en possèdent point. L'interprétation est totalement

(18) "Le problème de l'interprétation", préc. p. 143.

(19) Lequel n'est pas plus "authentique" que n'importe quel autre processus d'application du Droit par une autorité habilitée par l'ordre juridique (réserve faite, tout de même, des cours suprêmes statuant en dernier ressort, dont la décision est la seule, selon M. Troper, à être pleinement authentique ("Kelsen, La théorie de l'interprétation"..., préc. p. 524 (et tout le début de l'article sur cette question).

(20) "Le problème de l'interprétation", p. 147.

(21) *Ibid.* p. 135.

(22) *Ibid.* p. 143.

(23) *Ibid.* p. 149.

libre dans le premier cas, au bénéfice de l'ensemble des organes investis d'un pouvoir public, elle est corsetée dans le second - la seule interprétation définitivement authentique devant émaner du juge constitutionnel -.

S'ensuit donc, et toujours, un renversement complet de l'ordre hiérarchique.

§ 3 - L'INTERPRÉTATION RENVERSE ET FONDE LA HIÉRARCHIE DES NORMES

"Si la signification (d'un) acte, par exemple la signification de l'acte du législateur, est déterminée par l'organe d'application, il en résulte inmanquablement qu'une Loi valide est la signification objective d'un acte humain telle qu'elle est déterminée par le juge. L'existence juridique d'une norme législative ne résulte pas de sa conformité à la Constitution, mais de l'interprétation par le juge. La validité ne provient pas de la norme supérieure mais du processus de production de normes inférieures" (24).

"En d'autres termes, si la Loi est non pas l'acte de volonté du législateur, ni le texte publié au journal officiel, mais la norme que ce texte contient, c'est le juge qui énonce la Loi, et non le législateur" (25).

Deux systèmes se confrontent ainsi, en sens inverse l'un de l'autre. Le premier est celui des propositions subjectives par lesquelles le constituant - il s'agit essentiellement de lui - exprime sa volonté que certains organes existent et fonctionnent de telle manière. Le second comprend celui des normes, établi à grands coups d'interprétation par les autorités d'application de ces propositions subjectives, puisqu'elles sont seules à en dire la signification authentique. Ce dernier système - et celui-là seulement - vaut alors comme agencement de normes au regard de l'ordre juridique. Ce n'est pas la Loi qui commande au décret, c'est le décret qui, déterminant lui-même le champ de sa propre compétence, dit le sens de la Loi. A titre de justification, il établira aussi son propre rapport de conformité relativement à elle - tout ceci sous le contrôle du juge, lorsqu'il y en a un -. D'où ressortira la hiérarchie que celui-ci voudra bien dire. Souverainement.

Ces brèves notations explicatives, sans doute superficielles, paraissent néanmoins pouvoir donner la matière d'une discussion critique.

SECTION 2 - CRITIQUE DE L'ANALYSE RÉALISTE

Nul n'échappe à cette évidence : ce système est extrêmement séduisant. Par son originalité même, mais aussi par la puissante attraction de son ambition au réalisme.

On voudrait pourtant tenter de le montrer parcouru de quatre vices importants, répartis en tel ou tel point de la démonstration, mais suffisamment substantiels pour poser question quant à la solidité de l'édifice tout entier tant il apparaît entaché d'excès (§ 1), de contradiction (§ 2), et d'inopérance (§ 3). D'un certain nihilisme aussi (§ 4), bien que cette dernière critique - plus subjective - ne se situe pas sur le même plan et ne prétend pas affecter la cohérence interne de sa présentation.

(24) "Kelsen, la théorie de l'interprétation"... préc. p. 526.

(25) *Ibid.* p. 525.

§ 1 - EXCÈS

Excessive, la conception tropérienne de la liberté de l'interprète l'est probablement. L'interprète y apparaît seul "normateur" parce que fondamentalement libre. Ce qu'il n'est peut-être pas.

M. Troper offre ainsi son flanc à une critique bachelardienne que MM. Ost et Van de Kerchove ont su adapter au monde de la théorie juridique (26). La "vérité" scientifique ne peut être totalement de son côté, parce qu'elle ne se situe presque jamais aux pôles extrêmes - et antagonistes - où la pensée à naturellement tendance à la situer. Son système pêche par sa radicalité même.

S'agissant d'interprétation, il n'était pas question d'en rester à l'école de l'Exégèse, bien sur : l'interprétation est aussi un acte de liberté et de volonté. Sous ce rapport, le philosophe français a eu mille fois raison de mettre cette donnée en évidence. Mais cela ne valait pas de renvoyer le balancier aussi loin.

La réalité porte que l'interprétation s'opère toujours sous le poids de fortes contraintes. Certaines sont autant d'effets puissants *d'endo-limitation* pesant sur l'interprète. D'autres s'imposent plus immédiatement à lui de l'extérieur, c'est-à-dire sous la poussée directe de l'action des autres organes normateurs. Ils peuvent être dits, pour cela, facteurs *d'exo-limitation*.

I - L'endo-limitation de la liberté de l'interprète

Cette bizarrerie terminologique veut simplement tenter de marquer la distance entre ce que nous voudrions décrire et l'idée d'une pure auto-limitation.

L'auto, pour tout un chacun, évoque une manière de circulation fermée ; auto-nome au sens strict. Ici, un interprète auto-limité se déterminerait en fonction des seuls paramètres par lui définis. Or, relativement au schéma de Michel Troper, pareille auto-restriction ne nous ferait guère avancer : c'est toujours d'un acte *libre* dont il s'agirait de la part de l'interprète.

L'idée d'une *endo-limitation* peut dire un tout petit peu moins imparfaitement l'existence d'une contrainte plus lourde et beaucoup plus importante pour notre propos. Parce que paradoxalement plus extérieure à la personne investie du pouvoir de "dire" le Droit.

Tout se passe comme si les interprètes "authentiques" des textes normatifs ne s'autorisaient à l'exercice de la liberté que dans des limites très étroites, assignées à eux par des facteurs externes (les termes de la rédaction même du texte en cause, notamment), dont ils auraient introjecté la nature impérative au plus profond d'eux mêmes. L'interprète garantirait ainsi, sous son propre contrôle, mais de manière systématique, le respect d'un certain nombre de principes de guidage extrêmement contraignants. Ainsi s'infligerait-il en permanence de borner la discrétionnalité de son pouvoir d'interpréter à raison de ce que l'Ordre juridique lui paraît devoir imposer, au nom de la cohérence même du système (27). Et ce, en l'absence même

(26) F. Ost et M. Van de Kerchove, "De la "bipolarité des erreurs" ou de quelques paradigmes de la Science du Droit". A.P.D. 1988, p. 177. Et notamment, pour la mise en question de l'opposition absolue du normativisme et du réalisme, pp. 195 sq. Selon le Bachelard de *La formation de l'esprit scientifique* (rééd. Vrin 14^e édition 1989, p. 20 s.), les obstacles à la culture scientifique "vraie" se présentent souvent "par paires", les théories se construisant essentiellement autour du souci d'en découdre avec la théorie de l'autre. D'où leur radicalité simplificatrice. Dans ce même esprit, et toujours de MM. Ost et Van de Kerchove, *Le système juridique entre ordre et désordre*, P.U.F. - Les Voies du Droit - 1988, préc. p. 102 sq. V. également, pour une étude nuancée du pouvoir d'interpréter, O. Cayla, "La souveraineté de l'artiste du second temps", *Droits*, 1990-12, p. 129.

(27) On peut penser ici à la notion de "codage a priori" de la norme au sens où G. Timsit entend ce terme ("pour une nouvelle définition de la norme" *D.* 1988, p. 268).

de toute sanction formelle. *L'origine de la contrainte est donc extérieure à la personne du juge, mais la garantie de son respect est intériorisée.*

Pour dire plus trivialement les choses, cela se ramène à un constat très élémentaire : rares sont les hypothèses où une juridiction (28) - fut-elle suprême - a fait dire à un texte quelque chose de fondamentalement inverse ou différent de ce qui pouvait se déduire d'une lecture "scientifique" de ce même texte (celle d'un professeur de Droit, par exemple). "*Tu ne tueras point*" ne peut être interprété comme "*Tu tueras*", ni comme "*Tu peux tuer*". Ce dont il faut tirer la réciproque : un texte assigne toujours des limites - notamment sémantiques - à l'interprète qui va s'en saisir. Il n'existe pas de liberté totale (29). Pour s'en convaincre, on peut déjà interroger le discours des magistrats sur leur sentiment de liberté devant le texte écrit : ils se vivent tous serves d'un sens *a priori* de la Loi. L'interprétation leur paraît procéder d'une découverte de l'intention du législateur, et pas d'une substitution de la leur propre. Mais cela ne vaut sans doute pas démonstration. D'autres facteurs, plus objectifs, doivent être identifiés.

Les voies exactes de cette endo-contrainte sont multiples, et délicates à cerner. Parmi elles, la référence plus ou moins explicite du juge à la volonté du législateur apparaît essentielle. Non comme simple figure rhétorique d'auto-justification, bien sur, mais comme pression effective, liée notamment à la recherche - spontanée - des travaux préparatoires de la Loi (30). On voit mal comment soutenir le postulat d'une liberté absolue d'interpréter au vu de cette dimension du travail juridictionnel, et de son caractère parfois acharné (31). Si l'on s'emploie autant à faire tendre l'interprétation dans le sens où le législateur a voulu qu'elle soit donnée, c'est probablement, quand même, que la volonté parlementaire fait violemment barrage au déchaînement de l'interprétation libre. En sorte que la prétendue "proposition subjective" dont le législateur est l'auteur se présente, en fait, très largement objective dans l'esprit même de l'interprète. A ce stade, l'endo-limitation est déjà considérable. Mais on peut aller plus loin.

Intégré aux profondeurs de la psychologie des autorités juridiques - notamment juridictionnelles - le postulat de la rationalité du législateur joue fortement dans le sens indiqué (32).

A l'expérience, tout se passe comme si les multiples méthodes d'interprétation dont le juge peut user servaient un même dessein final : "*dégager l'intention d'un législateur rationnel, (et) déterminer une interprétation compatible avec l'ensemble des autres normes du système*" (33). Ainsi, le juge paraît bien s'appliquer à conférer à la Loi une signification conforme à l'idée que l'autorité parlementaire (s'il s'agit d'elle) a agi rationnellement, tant au regard de sa propre

(28) Par commodité, nous prendrons exemple, à partir d'ici, sur l'interprétation juridictionnelle de la Loi. Mais la démonstration vaut pour toutes les strates de l'édifice.

(29) Et pas de contrainte absolue non plus. M. Van de Kerchove l'a montré avec une particulière acuité : "*il n'existe pas de texte clair dont le sens serait "en soi" manifeste ou évident*". (In "La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique" In M. van de Kerchove (dir.) : *L'interprétation en Droit, approche pluridisciplinaire*, Publ. des facultés universitaires Saint-Louis 1978, sp. p. 19 sq.). Sur ce point, notre accord avec M. Troper est total : l'interprétation est toujours nécessaire, et toujours constructive.

(30) Sur ce thème, V. P. Gérard, "Le recours aux travaux préparatoires et la volonté du législateur" In M. Van de Kerchove (Dir.), *L'interprétation en Droit, Op. cit.*, p. 51 sq.

(31) Il arrive parfois que l'on remonte au Vélin originel de la Loi lorsqu'un doute trop lourd pèse sur sa signification, et qu'une faute de transcription peut être légitimement présumée. Sur ce point V. J.-M. Auby et R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, L.G.D.J. 1984, Tome I.

(32) V. Pour une analyse très complète de ce concept important, V. F. Ost, "L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur" In M. Van de Kerchove (dir.) *L'interprétation en Droit, Op. cit.*, p. 97.

(33) *Ibid.* p. 103.

production normative qu'au regard des autres prescriptions de l'Ordre juridique. Cela se traduit par un certain nombre de présupposés (34) :

* A titre essentiel :

- Le législateur ne se contredit pas
- Le législateur respecte la Constitution
- Le législateur adapte les moyens utiles aux fins qu'il poursuit
- Le législateur ne fait rien d'inutile
- Le législateur est équitable
- Le législateur n'est pas fondamentalement imprévoyant

* A titre secondaire (35) :

- Le législateur s'exprime correctement
- Les déclarations du Parlement antérieurement au vote de la Loi sont pertinentes
- L'ordonnement des dispositions d'une Loi est rigoureux.

L'on doit à F. Ost d'avoir identifié les fonctions remplies par cet ensemble protéiforme de règles. En son sein, il importe surtout de relever ici l'exigence de cohérence et d'harmonie du système juridique dont il vise à assurer la réalisation (36). La pensée de cet auteur, dont nous nous sentons extrêmement proche sur ce point, peut se résumer ainsi.

Le juge se sait porteur d'un pouvoir suprême sur les normes à lui dévolues pour interprétation. Mais cela ne l'empêche pas de continuer à limiter son bras au moyen de ce postulat de rationalité du législateur. Il n'en méconnaît probablement pas la teneur chimérique, mais peu importe. Car cette attitude de réserve repose sur sa perception la plus intime de l'essence la mission de juger : conserver un certain état d'harmonie au système, par delà les contingences politico-juridiques et les occurrences individuelles des litiges (37). En cela, il peut être dit gardien, protecteur de la forme d'une sorte de mécanique idéale, strictement conforme à l'image d'un ordre juridique assez bien huilé et hiérarchisé. Ainsi l'interprète fait : "*Œuvre de transaction qui conserve l'essentiel (et) oeuvre d'actualisation qui maintient les structures profondes*" (38).

Qu'il mette en oeuvre la référence aux travaux préparatoires, l'esprit de la législation considérée ou le postulat de sa rationalité, le juge ne sait interpréter la Loi sans convoquer à lui la figure du législateur pour établir et borner effectivement les lignes de force de son interprétation.

Plus exactement, la norme édictée, la volonté subjective son auteur, si l'on préfère, conditionnera, à la base, l'action du juge de par la terminologie même dont elle procède. Mais quand cette volonté n'apparaîtra pas exprimée avec toute la rigueur et la cohérence utile pour diriger effectivement le travail juridictionnel, le magistrat tâchera de la reconstituer en conformité avec l'image qu'il se fait de l'action d'une autorité normatrice cohérente et efficiente. Et cette démarche vaut pour l'ensemble des autres sources du Droit, fussent-elles non-législatives.

L'édition de la norme - ou la représentation que l'on se fait de l'intention de l'édictateur - guident donc récursivement sa re-création interprétative. "*Ministre du sens*" (39), le juge n'est pas promu dictateur.

(34) Ainsi énumérés par F. Ost, *Ibid.* p. 159 sq.

(35) La présomption est simple ici, alors qu'elle est plutôt irréfragable sur les aspects essentiels du postulat.

(36) *Ibid.* p. 181 sq.

(37) Et l'on retrouve ici le thème de la continuité des Droits jurisprudentiels, chère au Doyen Vedel.

(38) *Art. cit.*, p. 181.

(39) Selon la belle formule de F. Rigaux, "Le juge, Ministre du sens" *In Justice et argumentation*, Mélanges Perelman. Éd. de l'Université de Bruxelles 1986, p. 79. De manière plus générale, sur l'existence de "règles d'interprétation", V. G. Kalinowski, "L'interprétation du Droit : ses règles

De manière plus générale, il importe de ne pas perdre de vue le nombre et l'ampleur de ces "directives d'interprétation" dont les magistrats ne peuvent se libérer, soit qu'elles aient vocation expresse à s'imposer à eux avec autorité, soit qu'ils s'en infligent scrupuleusement le respect pour les raisons ci-dessus indiquées à l'évocation du postulat de rationalité. Les exemples sont innombrables, et certains unanimement pratiqués (tels que : "il convient d'interpréter une norme juridique dans le sens le plus propre à assurer la réalisation de ses objectifs" ou "ejus est interpretari, cujus est condere", ou "il convient d'interpréter les dispositions juridiques dans le sens où elles présentent le moins d'antinomies" etc...). A bien lire un ouvrage de synthèse sur la question (40), la cause paraît assez clairement entendue : "Le jeu de l'interprétation se produit (...) nécessairement à l'intérieur de ce cadre institutionnel et normatif qui génère tant les directives relatives à la définition et aux limites de l'interprétation que des directives méthodologiques relatives à sa mise en oeuvre pratique. Aussi bien la diversité des règles d'interprétation qui sont mises à la disposition du juge ne doit pas faire illusion : elle ne s'apprécie à sa juste portée qu'une fois replacée dans le contexte institutionnel qui définit les "jeux de rôles" attendus des divers agents juridiques, et particulièrement du juge." (41).

Car c'est bien un "jeu" dont la mise en place s'opère autour de ces diverses tensions dialectiques intercalées entre l'édiction et de l'interprétation des normes, entre la liberté de les auto-re-produire et la contrainte de se voir assujettir d'en dehors la plus large partie de leur signification. Assez proches d'une métaphore de R. Dworkin (42), l'actuelle école de Bruxelles donne, par cette notion d'un jeu, une représentation extrêmement convaincante de tout cela (43).

juridiques et logiques" A.P.D. 1985-30, p. 171. V. également la thèse de J.-J. Bienvenu, *L'interprétation juridictionnelle des actes administratifs et des Lois : sa nature et sa fonction dans l'élaboration du Droit administratif*, Th. Paris 2 1981 (dact), sp. la concl. p. 220 sq.

(40) F. Ost et M. Van de Kerchove, *Entre la lettre et l'esprit, les directives d'interprétation en Droit*, Bruylant. Bruxelles 1989. Dans l'esprit des auteurs, cette notion de "directive" constitue le terme le plus général par lequel peuvent être évoquées les propositions "signifiant un modèle de comportement" destiné à "influencer" l'interprète (*Op. cit.*, p. 20). Cela peut donc recouvrir des "normes", des "axiomes", des "canons", des "maximes", des "méthodes", des "techniques", des "procédés" etc. Bien évidemment, une catégorie aussi largement conçue ne peut que renvoyer à une multiplicité de modes d'être. Les directives pourront être plus ou moins explicites, plus ou moins contraignantes, plus ou moins normatives, plus ou moins exogènes, plus ou moins générales etc.... Elles valent néanmoins démonstration *contrario* de la thèse de M. Troper en ceci qu'elle témoignent toutes d'une possibilité de restriction fondamentale de la liberté de l'interprète, qui ne procède pratiquement jamais d'une véritable conduite d'auto-limitation pure de la part du juge.

(41) *Ibid.* p. 146.

(42) Dans "La chaîne du Droit" (*Droit et société, Rev. Inter. de théorie du Droit et de sociologie juridique* 1985-1, p. 51 s.), Ronald Dworkin propose d'imaginer le mécanisme d'élaboration/application des normes comme la fabrication d'un roman à la Chaîne par divers écrivains. Réserve faite du rôle de l'initiateur, chaque écrivain aurait l'obligation d'ajouter son chapitre et de lui imprimer sa patte, tout en respectant un ensemble de conventions de style et de contenu suffisamment contraignant pour assurer la parfaite "unité" du texte final.

(43) V. F. Ost et M. Van de Kerchove, "Le jeu de l'interprétation en Droit", A.P.D. 1982-27, p. 395 s., F. Ost, "Entre ordre et désordre, le jeu du Droit. Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au Droit" A.P.D. 1986-31, sp. p. 155 s., M. Van de Kerchove et F. Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, *Op. cit.*, p. 132 sq., F. Ost et M. Van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du Droit*, Publ. des facultés universitaires Saint Louis 1987, sp. pp. 183 sq. A noter qu'un colloque a eu lieu sur ce thème à Bruxelles, en 1991, à l'instigation du séminaire interdisciplinaire d'études juridiques. Dernièrement paru enfin, F. Ost et M. Van de Kerchove, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, P.U.F. - Les voies du Droit - 1992 et, de ces mêmes auteurs : "De la théorie de l'argumentation au paradigme du jeu. Quel entre-deux pour la pensée juridique ?", *R.I.E.J.* 1991-27, p. 77, et "L'idée de jeu peut-elle prétendre au titre de paradigme de la science juridique ?", *R.I.E.J.* 1993-30, p. 191. Dans un esprit assez comparable, O. Cayla, "La souveraineté de l'artiste..." préc. et surtout, de manière plus générale : *La notion de signification en Droit ; Contribution à une théorie du Droit naturel de la communication*, Th. (dact.) Paris II 1992..

Pour s'en tenir aux grandes lignes (44), la pertinence de ce concept tient dans une polysémie que la langue anglaise sait éviter. Le jeu, c'est d'abord un "game", un ensemble de conventions unissant des personnes à jouer une même partie selon des prescriptions bien délimitées, intangibles et régulières. "Play" : dans ces limites, le jeu se veut débauche de créativité et d'invention, stratégie, innovation. Hasard, aussi, dans une proportion variable.

L'interprétation paraît se mouler parfaitement dans ces marques. Le juge y peut déployer toutes sortes de vertus d'innovation spécifiques (son sens tactique, la finesse de son raisonnement juridique, sa perception de l'intérêt public ; parfois sa personnalité, voire ses opinions politiques, ses convictions religieuses ou morales etc...). Mais l'entreprise demeurera confinée dans les marges d'une "règle du jeu", d'autant plus contraignante qu'elle se formule implicitement (45).

Et l'on peut, en suivant encore la présentation de MM. Ost et Van de Kerchove, s'appliquer à caractériser trois strates ou cercles concentriques dans lesquelles s'enserme la liberté de l'interprète, son aptitude à jouer avec le sens d'une Loi donnée (46) :

* La première contrainte tient à la sémantique du Droit. La langue juridique n'est pas synonyme de la langue naturelle. Les mots, les concepts, y acquièrent dans le temps une singularité profonde, laquelle appartient au patrimoine commun des juristes et travaille en permanence leur perception interprétative des textes. A leur insu le plus souvent. De fait, tous les Hommes de Droit formés dans un même système entendront de manière identique le sens de certains termes, sans jamais remettre en question la pérennité de cette acception. Et ceci vaudra même et surtout lorsque le langage profane usera différemment du même vocabulaire. Pensons, par exemple, à la distance inscrite entre les deux significations du terme de "Loi", selon qu'il sera entendu par un juriste professionnel ou par l'Homme de la rue. Ici lue comme acte d'origine parlementaire, issu d'une certaine procédure, la Loi sera législative ; là, empiriquement perçue dans sa dimension symbolique, la Loi sera simplement équivalente au "Droit" lui-même. Nul doute : l'interprétation authentique est déjà corsetée dans l'histoire juridique des mots.

* La deuxième contrainte dérive du corpus juridique lui-même. Normes pures, directives d'interprétation, principes ; comme on l'a vu, le juge ne sait ni ne peut faire l'économie de ces assujettissements. Le fait même qu'il traduise les conflits de normes en termes hiérarchiques ou quasi-hiérarchiques en témoigne déjà. Une sorte de norme prescrivant de conduire ainsi le déroulement du conflit s'est bien imposée à lui, sur laquelle le champ de sa liberté s'avère absolument nul. Il en va de même - toujours à titre d'illustration - des méthodes d'interprétation qu'il emploie (*a contrario, a fortiori*, par l'absurde etc...). Dispose-t-il vraiment d'une quelconque latitude pour s'extraire de ces rets ?

* La troisième contrainte est d'ordre sociétal. A un moment ou à un autre, l'interprétation prend une dimension axiologique. Elle s'inscrit dans le système global des valeurs sociales du moment, et ne s'en évadera pas. Selon l'excellente formule de nos auteurs bruxellois, une certaine "harmonie idéologique" imprègne toujours le travail interprétatif, fut-il celui de personnes situées aux pôles d'un échiquier politique ou philosophique donné. Peut-être ne sommes nous pas très loin du concept "d'idée de Droit" qu'avait promu Burdeau. De tout ordre juridique suffuse un certain nombre de valeurs de cohésion, très partagées, d'où l'interprète ne peut

(44) Parce que la notion même de jeu, qui peut être rattachée à la pensée de P. Bourdieu, mais aussi de P. Ricœur, de R. Caillois, de H.-G. Gadamer etc... recèle bien des subtilités dont le repérage s'avère particulièrement éloquent dans le domaine juridique. (V. *Entre ordre et désordre...* préc. pp. 151 s.).

(45) M. Van de Kerchove et F. Ost, *Le système juridique...*, op. cit., p. 137 sq.

(46) *Ibid.* p. 138.

sortir à peine de rejet. Le principe de légalité, par exemple, est sans doute de celles-là, ou le principe d'égalité, etc... Point n'est besoin d'en appeler à une quelconque transcendance de ces valeurs pour justifier leur apparition ; elles peuvent tout aussi bien se donner comme parfaitement immanentes au système. Il n'y aura jamais là qu'un problème d'appréciation sans conséquence positive. Seul importe le poids objectif de ces données. Et le resserrement corrélatif de la liberté de l'interprète.

Voici donc en quoi s'exprime l'endo-contrainte ; en quoi l'interprète se voit incorporer des normes extrêmement astreignantes, même s'il n'a pas toujours la perception immédiate de cette astreinte. D'où sa liberté est illusoire, déjà. Et encore plus au vu de ce qui s'impose directement à lui sous la forme d'une prescription externe du système.

II - L'exo-limitation de la liberté de l'interprète

Les interprètes sont-ils souverains dans leur action ? Ou existe-t-il des autorités habilitées à leur imposer leurs manières de voir ? Voilà qui conditionne la réponse à une autre partie de notre problème.

Toutes les autorités investies d'un pouvoir normatif n'agissent pas à l'état isolé dans l'ordre juridique. Bien souvent, chacune d'entre elles s'insère dans un système institutionnel fortement hiérarchisé, cette hiérarchie ayant vocation à assurer un contrôle étroit sur le processus de décision. Cela se vérifie aussi bien dans l'administration qu'à l'intérieur des juridictions (47).

Dans l'un et l'autre de ces deux cas, tout est mis en place pour qu'aucune décision ne puisse être édictée qui ne soit virtuellement conforme à celle qu'aurait prise l'autorité supérieure, titulaire - pour sa part - d'un pouvoir d'invalidation des normes qui ne conviendraient pas. On retrouve ici le pouvoir hiérarchique (y compris à l'intérieur des juridictions), mais aussi le mécanisme de l'appel et de la cassation.

La question se pose donc de savoir comment le postulat de la liberté de l'interprète peut cadrer avec ce schéma. Car il paraît aller sans dire qu'une forte hétéro-limitation pèse à chaque strate des processus normatifs, l'exercice même de ce contrôle hiérarchique n'en constituant nullement la condition. La menace, le plus souvent, porte autant que le coup. Chaque acteur sait plus ou moins pertinemment jusqu'où ne pas aller trop loin avant de rencontrer l'interprétation contraire d'une autorité supérieure. Et s'il ne le sait pas, ou pas encore, une sanction sera susceptible d'intervenir, qui fera triompher cette parole plus haute.

Tant et si bien que le système de M. Troper ne pourrait fonctionner - sous toutes les réserves déjà émises - qu'à l'extérieur des structures institutionnelles de décision hiérarchisées, ce qui limite considérablement sa portée.

Mais l'on doit même se demander s'il n'est pas tenu en échec dans ce cadre restreint lorsque l'on considère une activité normative soumise à contrôle juridictionnel. Le législateur, comme l'administration, bornent préventivement leur pouvoir d'appréciation du sens des normes supérieures en considération de ce qu'ils savent être la jurisprudence interprétative des juridictions habilitées à les contrôler. Nul ne soutient, par exemple, que le Parlement s'avise de purger ses lois de toutes les dispositions de nature réglementaire par crainte qu'une telle immixtion ne s'avère contraire à l'article 34 de la Constitution (48). La jurisprudence du Conseil

(47) On rappelle que la théorie de M. Troper n'a pas simplement vocation à s'appliquer aux relations de la Loi et de la Constitution. Il s'agit bien d'une théorie générale de l'interprétation créatrice (Plus spécialement développée sous cet aspect général dans "Kelsen, la théorie de l'interprétation"... préc., et dans "Hans Kelsen et la jurisprudence" (Préc.) en ce qui concerne le travail juridictionnel.

(48) Même s'il semble bien que le Conseil d'État continue à lui en donner le conseil, sans que l'on comprenne très bien pourquoi d'ailleurs.

constitutionnel est passée par là, qui modifie totalement le champ de l'interprétation possible de la Loi fondamentale. Les exemples se comptent par milliers de cette restriction normative effectuée en amont de tout contrôle (49).

Du reste, M. Troper reconnaît lui même la nécessité d'un certain aménagement de ses thèses en ce sens. Au moins en considération de la hiérarchie des normes juridictionnelles. A ses yeux en effet, la seule véritable interprétation "authentique" (*i/e* : normative, en dernière analyse) est celle qui émane d'une juridiction statuant en dernier ressort.

Ce en quoi sa théorie devient profondément contradictoire.

§ 2 - CONTRADICTION

La grille de lecture de M. Troper a vocation à s'appliquer à l'ordre juridique dans son ensemble. Si l'interprétation commande effectivement la genèse réelle des normes et la détermination de leur hiérarchie, il n'y a aucune raison pour soustraire quelque type d'acte juridique que ce soit au jeu de sa manière de voir. Toutes les normes, sans aucune exception, doivent être passées à ce prisme : il ne s'agit pas seulement de remettre en cause la supralégalité de la Constitution. Du reste, M. Troper en convient parfaitement et confère à son système une portée générale dans deux des trois études qu'il a principalement consacrées à son exposition (50). Et on ne voit effectivement pas comment il pourrait en aller autrement dans sa logique. Dès lors qu'une proposition subjective de norme est soumise à interprétation (ce qui arrive à chaque fois qu'il y a lieu de la mettre en pratique), l'interprétation, seule, l'objectivera au regard de l'ordre juridique, quel que soit la nature de son support.

Et c'est pourtant là que le bât blesse. Car Michel Troper est bien forcé d'admettre, en fait, que certaines normes s'imposent à leurs sujets sans que ceux-ci ne disposent de la moindre liberté interprétative. Il s'agit des *normes juridictionnelles* (51), surtout lorsqu'elles sont posées par les juridictions supérieures à l'adresse de leurs subordonnées. D'où la contradiction.

Car aucun rigoureux ne peut s'écarter de cette perception de la nature des sentences juridictionnelles : tout jugement vaut norme. La transposition de ce donné dans le vocabulaire de M. Troper implique donc que ces sentences doivent être comprises comme autant de propositions subjectives de normes, à objectiver par l'interprétation libre des autorités d'application.

Or ce n'est pas ainsi que Michel Troper entend implicitement les choses. A l'évocation du rôle des Cours constitutionnelles et des juridictions suprêmes, notre auteur raisonne invariablement en termes de rapports de force immédiatement contraignants pour les institutions inférieures. Les arrêts de ces magistratures suprêmes s'imposent sous sa plume avec une autorité totale aux tribunaux de premier degré, ceux-là étant soumis à contrôle contrairement à celle-ci (52). Le théoricien français fait même reproche à Kelsen de ne pas avoir correctement marqué la différence de ces situations. Selon lui, les juridictions inférieures ne peuvent justement pas "*choisir librement entre plusieurs significations du texte applicable*

(49) Et l'on retrouve la métaphore du "mur", chère au Président Favoreu.

(50) L'article des *Mélanges Eisenmann* se limitait à l'étude des rapports Loi / Constitution, mais il est le seul. "Fondements du caractère obligatoire du Droit international"... (préc) et surtout "Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique" (préc.) ont vocation à soumettre à la théorie de l'interprétation constructive la totalité des actes juridiques susceptibles de se faire jour.

(51) La notion d'une norme juridictionnelle sera entendue ici comme à peu près synonyme de l'idée de *chose jugée*. Toute décision de justice, par cela même qu'elle prescrit telle solution d'un litige, signifie une norme nouvelle à l'égard des destinataires de la sentence. Telle condamnation vaut prescription nouvelle pour qui la subit, telle déclaration d'illégalité aussi.

(52) Et même norme individuelle selon Kelsen, ce qui, pour le coup paraît très discutable, au moins au regard des jugements d'annulation d'actes de portée générale et impersonnelle.

pour en déduire une sentence (...) puisqu'elles doivent choisir en réalité la signification déjà déterminée par l'autorité supérieure, à peine de voir leur décision annulée" (par celles-là) (53).

Pour notre auteur, l'action des tribunaux inférieurs est donc enserrée dans un carcan spécialement étroit. A telle enseigne qu'il va même jusqu'à leur dénier le pouvoir d'édicter des normes authentiques. Seuls les actes des juridictions du degré le plus élevé accèdent à cette compétence, eu égard à la situation d'impunité dans laquelle elles travaillent (54). Ce carcan possède même une double facette :

* d'une part, la juridiction soumise à contrôle devra se conformer à la jurisprudence précédemment dégagée à l'étage supérieur (c'est-à-dire à l'interprétation antérieurement donnée en termes plus ou moins généraux et universels du texte à appliquer),

* d'autre part, cette juridiction de second degré sera fermement tenue en main du fait de la possible annulation de son jugement. Cela pourra se produire, comme dans le cas de figure précédent, si elle n'a pas respecté la jurisprudence de cette autorité supérieure, mais aussi, en l'absence d'une telle prédétermination, si sa décision n'a simplement pas l'heur de coïncider avec celle qui se fera jour lors de l'instance d'appel ou de cassation.

La contradiction peut siéger à ce point précis. Si une relation d'autorité véritable s'établit entre les juridictions de degré différent - c'est-à-dire, si l'interprétation ne permet aucune latitude de re-création de la sentence - elle ne peut s'établir autrement que par des normes, parfaites et impératives dès l'origine. C'est à dire que nous avons bien à faire à des normes juridictionnelles, au sens le plus strict du terme (55).

Sur ces bases, deux possibilités s'offrent au regard de M. Troper :

* En considération de la théorie de l'interprétation libre, il pourrait éventuellement admettre une certaine aptitude de la juridiction inférieure - et des autres autorités d'application - à re-créer la proposition subjective d'annulation, et le cas échéant à s'y soustraire. Mais il lui faut alors renoncer définitivement à l'idée qu'une relation d'autorité puisse naître par la voie du contrôle juridictionnel d'appel ou de cassation. Sa lecture différentielle doit être abandonnée à peine d'une première contradiction : aucun jugement, fut-il de deuxième ou troisième instance ne s'impose véritablement.

* Plus raisonnablement, il doit admettre la nature imparable et efficiente de l'arrêt d'annulation lorsqu'il s'applique à une juridiction inférieure. Mais il doit alors en convenir : c'est bien l'effet d'une norme parfaite d'avoir produit pareille contrainte. Aucun pouvoir d'interprétation ne l'a établie, ni n'en peut modifier la teneur ou la portée. La juridiction "cassée", comme les protagonistes du litige originel, sont immédiatement contraints par cette sentence. Mais c'est alors le cœur même de la théorie de M. Troper qui est tenu en échec. Si la sentence suprême s'impose sans aucune forme de procès, et notamment sans qu'il y ait lieu d'attendre son "objectivation" par une tierce autorité d'application, c'est qu'elle porte une norme, et non une simple proposition subjective.

De façon plus générale, il y a peut être lieu de soumettre la thèse de Michel Troper à l'épreuve du doute s'agissant des normes juridictionnelles dans leur

(53) "Le problème de l'interprétation"... préc. p. 129.

(54) "Kelsen, la théorie de l'interprétation..." préc. p. 522 et p. 523.

(55) *Ibid.* p. 524, et p. 528. On sait cependant que l'analyse de la décision de justice constitutionnelle chez Michel Troper n'obéit pas tout à fait à la même logique, dans la mesure où il semble plus la rattacher, à l'instar de Kelsen, à une sorte de *légalisation négative* (Dernièrement, V. "Le droit, la raison et la politique", *Le débat*, mars-avril 1991, n° 64, p. 196, sp. *In fine*). Sur cette question, V. notre thèse de doctorat : *Hierarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, (dact.) Pau, 1993.

ensemble. En particulier, peut-on soutenir - selon la logique de notre auteur - l'existence même d'un processus *d'annulation* des actes juridiques (*a fortiori* si on le présente - ainsi qu'il le fait - comme un acte d'administration ou de législation négative) ? De deux choses l'une en effet :

- Si l'on met ses préceptes en application fidèle, aucune annulation ne peut intervenir à proprement parler. Cet anéantissement pourrait seulement procéder de l'interprétation des autorités d'application de la sentence. L'éventualité d'une annulation valablement tenue en échec doit donc être tenue pour possible. Ce qui paraît comme une authentique *contradictio in adjectu*.

- Mais si l'on admet - comme semble pourtant le faire M. Troper - l'effectivité et la juridicité réelle de l'annulation *in limine*, c'est-à-dire sa capacité à produire l'anéantissement rétroactif de l'acte attaqué, il faut en tirer la conséquence : l'interprétation est sans aucun effet sur la construction de la normativité de la sentence. Et cela emporte une conclusion théoriquement fondamentale : *une proposition peut paraître dans toute la puissance de sa normativité à l'instant exact de son édicition première* ; le recours à la théorie de l'interprétation ne constitue pas le passage obligé qu'indique M. Troper. Il y a bien une normativité objective spontanée.

Pour le moins, ces doutes démontrent l'existence de zones d'ombres dans la théorie étudiée. Ce qu'un examen approfondi d'une autre partie de cette thèse peut confirmer : elle ne sait rendre compte de tout.

§ 3 - INSUFFISANCE

Apte - à l'intérieur des limites précédemment indiquées - à rendre compte d'un processus particulier d'élaboration des normes juridiques de fond, la théorie de M. Troper ne nous semble pas pouvoir expliquer complètement l'apparition des *normes de compétence*. Ces dernières constituent pourtant l'ossature du raisonnement, et la composante structurelle de l'Ordre juridique.

Ramené à sa plus simple expression, le problème est assez simple : comment expliquer l'apparition - parfaitement objective - d'une institution juridique si les énoncés prescrivant cette apparition sont eux mêmes dépourvus de toute objectivité. Comment une simple proposition subjective de norme (56) peut elle faire naître une institution juridique, immédiatement appréhendable "en chair et en os", si cette proposition n'est encore impérative qu'aux yeux de qui l'édicte ? Est-il possible que l'interprétation soit seule à faire accéder ces règles de compétence à la normativité juridique ?

Michel Troper le pense pour sa part. Il pose en ce sens que les organes créés par la Constitution déterminent eux même leur propre compétence. Il anticipe alors la critique : "(...) même si, par leur pouvoir d'interprétation, les organes d'application posent eux même des normes constitutionnelles, encore faut-il que ce pouvoir d'interprétation leur ait été conféré et seule la Constitution peut l'avoir fait. Même s'ils déterminent eux mêmes leur propre compétence, ils ne s'instituent pas eux mêmes, il faut qu'une volonté extérieure les ait créés".

"Il est vrai que les organes dont il est question ici, les pouvoirs publics, sont créés et organisés par la Constitution qui leur confère un statut et des compétences et il est certain que l'acte de volonté par lequel le Constituant adopte une disposition constitutionnelle a la signification subjective d'une norme. Mais il ne saurait avoir la signification objective d'une norme que si l'ordre juridique attache à sa violation

(56) C'est-à-dire, on le rappelle, un énoncé normatif aux seuls yeux de son auteur, et dépourvu de toute valeur contraignante aux yeux de l'ordre juridique.

certaines conséquences de Droit. Or c'est précisément (...) l'interprétation qu'en donneront les organes d'application qui permettront de déterminer s'il y a eu violation et s'il y a lieu par conséquent d'appliquer les actes prévus en pareil cas. C'est donc bien l'interprétation (...) qui seule peut conférer aux dispositions constitutionnelles la signification objective de normes" (57).

On ne saurait être plus clair : d'où qu'elles viennent et où qu'elles s'appliquent, les règles de compétence ne présentent aucune spécificité (58) : l'interprétation, seule, les fait accéder à la plénitude de leur qualité de norme. Enfin presque. M. Troper admet tout de même que la Constitution "*limite la liberté de chacun de déterminer seul ses propres compétences" en insérant les pouvoirs publics dans un "faisceau de relations nombreuses et complexes". Mais "cette limitation n'est pas d'ordre juridique. Il ne s'agit pas d'obligation, mais de contrainte."* (59).

De notre point de vue, la présentation à laquelle aboutit notre auteur ne parvient pas à l'objectif qu'elle se fixe. La détermination de la compétence d'une institution donnée reste en grande partie inexpliquée par la théorie de l'interprétation. Plus exactement, cette théorie pourrait virtuellement rendre compte de la confection des règles définissant le champ des compétences normatives des autorités publiques, mais elle ne peut rien expliquer *l'attribution* fondamentale de cette compétence, c'est-à-dire de l'existence même de l'institution à qui elle est dévolue.

Cela demande un mot d'explication. Relativement à la notion de la compétence juridique, chacun a à l'esprit qu'une institution peut agir dans un nombre restreint de domaines, tous bornés par les frontières de l'action licite des autres institutions. La répartition des territoires respectifs de la Loi et du Règlement fournit évidemment l'exemple canonique de cet aspect des choses. Et il ne fait aucun doute que ces règles de délimitation des compétences sont parfaitement sujettes à l'interprétation décrite par M. Troper.

Tout le problème provient de ce que la notion d'une règle de compétence renvoie aussi et surtout à quelque chose d'autre (60) : la règle de compétence, c'est celle qui *instiue* un organe, qui crée une institution, qui fait naître un sujet nouveau à l'ordre juridique, et pas seulement celle qui délimite la sphère de son action licite. La création du Conseil d'État, l'investiture constitutionnelle de l'Assemblée nationale ou du Sénat, la création du Conseil supérieur de l'audiovisuel sont bien le fait de règles de Droit. Et ce sont elles qui nous intéressent ici.

Car l'on doit se demander si leur création peut bien procéder d'autre chose que d'une norme de la plus pure espèce, parfaitement objective d'entrée de jeu. L'existence même de l'organe considéré peut-elle s'expliquer par le modèle du Pr. Troper ? Est-ce bien l'interprétation à qui l'on doit cette apparition ? Et de qui ? Fallait-il attendre la première application d'un décret pour que se juridicise tout à coup la fonction de Premier ministre, l'existence du conseil des ministres, ou celle de Président de la République ? Cela n'est pas concevable. En fait, une règle d'investiture crée bien l'institution qu'elle vise, sans qu'aucune interprétation n'interfère dans

(57) "Le problème de l'interprétation..." préc. p. 143.

(58) Pour une application de ces thèses au cas de normes juridictionnelles, et singulièrement des sentences constitutionnelles, V. "Kelsen, la théorie de l'interprétation..." préc. p. 527 : "*L'autorité juridictionnelle détermine donc sa propre compétence (parce qu'elle détermine le sens de la Loi lui attribuant cette compétence). Il ne manque pas d'exemples, depuis la Cour suprême des États-Unis jusqu'au Conseil constitutionnel français, qui ont ainsi défini leur propre compétence en interprétant les textes qui les instituaient*".

(59) "Le problème de l'interprétation..." préc. p. 150. Une nouvelle fois, cette dernière affirmation nous paraît plutôt contradictoire. Quelle contrainte peut naître, en dehors de la force pure, qui ne serait pas normative ? Mais là n'est pas le plus important.

(60) Au sens où H. Dupeyroux, notamment, entendait cette notion d'une règle de compétence. V. not : "Les grands problèmes du droit, quelques réflexions personnelles en marge." *A.P.D.* 1968, p. 37.

cette création. Une prescription strictement objective et immédiatement efficiente apparaît, dans l'ordre juridique, dès l'énoncé de la proposition.

Cette version première de la thèse de M. Troper encourait par là la contestation la plus vive. L'auteur laissait entièrement dans l'ombre la question de la création proprement dite des institutions juridiques, et ouvrait dangereusement sa garde. Mais sa contribution à la *Revue internationale de philosophie* s'applique à redresser cette insuffisance (61). Notre auteur y écrit : *"Il reste alors à analyser une dernière objection : si des autorités (...) déterminent leur propre compétence, encore faut-il, pour qu'ils puissent le faire, qu'ils existent, et leur existence ne peut résulter que des normes qui les instituent."*

On doit à cet égard considérer cette notion d'existence d'une autorité ou d'un organe, institués par des normes.

Bien des textes législatifs ou constitutionnels comprennent des dispositions du type "il sera institué une autorité" ou "il sera créé une autorité qui..." Ces textes peuvent être analysés comme des normes qui prescrivent à certains individus de nommer d'autres individus qui composeront l'autorité ainsi instituée. Les individus investis du pouvoir de nomination peuvent se conformer ou non à la prescription. L'existence de l'autorité et la faculté dont elle dispose de déterminer sa propre compétence dépend donc non d'une norme supérieure, mais d'un simple fait. (...) L'existence d'une autorité quelconque est donc toujours un simple fait." (62).

Mais cette défense n'est pas impénétrable. En fait, le Professeur Troper biaise un peu le propos et artificialise sa présentation. Est-ce véritablement la nomination de ses membres qui confère son existence juridique à une institution ? La fonction présidentielle apparut-elle objective au seul jour de la première nomination d'un Chef de l'État ? Le Parlement n'a-t-il eu d'existence qu'une fois ses bancs remplis ? En réalité, des conséquences institutionnelles et politiques fondamentales - et parfaitement objectives, elles aussi - découlent du simple énoncé de ces règles de compétence bien avant qu'on ne les applique. A commencer par la détermination de la nature du système politique mis en place.

Mais surtout, cette lecture débouche sur un hiatus théorique. Procédant - justement - de l'élection, la plupart des institutions publiques importantes ne doivent pas leur concrétisation "objectivante" à l'interprétation d'une autorité juridique, mais à la volonté des seuls sujets de Droit. Forcé - et pour cause - d'abandonner tout recours à la théorie de l'interprétation, M. Troper fait donc reposer le fondement de la juridicité des normes de compétence les plus importantes sur l'acceptation de leurs sujets, et donc, sur l'efficacité même de la règle. Ce qui entraîne deux ordres de contestation :

* En premier lieu, Michel Troper ne démontre plus du tout la prétendue absence de caractère objectif et normatif de la règle simplement posée. La norme la plus objective du Monde, selon ses propres critères, peut parfaitement se trouver violée, voire même rejetée par le système, sans que cela obère en quoi que ce soit sa normativité. Comme le disait K. Strupp : *"Les délits n'annulent pas le Droit, ils l'affirment plutôt"* (63).

* En second lieu, Michel Troper tend plus ou moins confusément vers une conception du Droit où la juridicité s'acquiert de par la seule effectivité. En quelque sorte, une norme devient juridique (ou une proposition subjective devient une

(61) "Kelsen, la théorie de l'interprétation...", Préf. p. 527 sq.

(62) *Ibid.* p. 528.

(63) "Règles générales du Droit de la Paix", *R.C.A.D.I.* 1934-1, p. 207. Et effectivement, la violation du droit se définissant par ceci qu'elle constitue un acte contraire à une norme, l'action illicite prouve donc, en creux, l'existence de la règle.

norme) parce qu'elle est obéie. Discutable en son principe (64), cette position débouche forcément sur l'idée que la sanction fonde la juridicité de la règle, dans l'exacte mesure où cette dernière vise à assurer cette effectivité. Or cette position n'est pas tenable, tout au moins en la forme (65). Et certainement pas par Michel Troper lui-même, puisqu'il la récuse ailleurs avec assez de force (66).

On le voit au total, la théorie de l'interprétation promet un peu plus qu'elle ne tient et doit subir une batterie d'objections assez fournie. Dont la moins importante n'est peut-être pas de déboucher sur une conception pratiquement nihiliste de la règle de Droit.

§ 4 - NIHILISME ?

Subverti ? L'ordre juridique de Michel Troper l'est assurément. Jusqu'à sa négation même. Les règles n'en sont pas ; l'obligatoire ne l'est jamais complètement en l'état ; la liberté prévaut. Ou assez peu s'en faut. *Nihil obstat*, au moins pour les institutions. Et cela ne nous paraît conforme, ni à la réalité subjectivement vécue, ni aux représentations profondes qui font concevoir le Droit.

Ce premier point n'est pas sans influence : les juristes ont une expérience de leur objet d'étude assez éloignée de ce que décrit M. Troper. Ils perçoivent les institutions juridiques comme autant de réalités objectives dès leur naissance, les règles posées comme autant de prescriptions immédiatement contraignantes (67), et la hiérarchie des normes comme un véritable postulat. Ce fait de simple perception, sans doute, pourrait demeurer indifférent si l'existence même d'un État de Droit cohérent n'était finalement mis en cause par là.

En fait, le principe de légalité, l'État de Droit lui-même n'ont de sens qu'au travers de la certitude acquise par les acteurs juridiques de la situation d'assujettissement dans laquelle ils sont placés relativement à la règle. Quelle démocratie juridique peut fonctionner hors de ce *requisit* qu'un sujet - fut-il étatique - est immédiatement lié ? Et quel lien suffisamment solide peut exister en dehors de l'assurance que l'interprétation demeurera bornée ?

La question n'est pas de faire dire à M. Troper ce qu'il ne dit pas. Cet auteur n'a jamais prétendu que l'interprétation avait toujours pour effet de reconstruire librement la proposition initialement posée. Il a même insisté en sens inverse en montrant que l'interprétation pouvait parfaitement coïncider avec la volonté subjective de l'auteur de la proposition initiale. Mais il n'empêche : si l'interprétation est libre sur le principe, il est toujours possible qu'elle aboutisse à faire recomposer licitement le sens du texte premier par celui là même à qui ce texte est réputé s'imposer. Soit à le libérer des rets dans lesquels la règle voulait l'installer. Et cela n'est pas compatible avec la logique d'un État de Droit (68).

Ni d'ailleurs, pensons nous, avec l'idée même d'un Droit. D'où ce deuxième point. Ou plutôt cette ébauche, de nouveau relative à la question du Père dans la symbolique de la Loi (69).

(64) De nouveau parce que le viol du feu rouge n'abroge pas le code de la route. (Sur ce point, V. notre étude : *Sanction et validité juridique*, Mémoire D.E.A. Toulouse 1985, sp. p. 55 sq.).

(65) *Ibid.*

(66) Spécialement dans "Fondements du caractère obligatoire..", préc.

(67) Encore une fois, cette idée que les normes sont contraignantes ne se confond absolument pas avec l'exposition de leur caractère efficace. Il est toujours possible à un sujet de Droit de violer la règle la plus impérative. Jusqu'à un certain point (la désuétude), ce fait reste totalement dépourvu d'incidence sur la normativité de la proposition considérée.

(68) V. cependant M. Troper, "Justice constitutionnelle et démocratie", *R.F.D.C.* 1990-1, p. 31.

(69) Sur laquelle, pour s'en tenir à des travaux à destination directe des juristes, P. Legendre, *Le crime du Caporal Lortie*, Traité sur le Père, préc. J. Clavreuil, "Y a d'la Loi", *Droits* 1989-10, sp. p. 128.

Passons rapidement sur ces choses trop (mal) connues : la psychanalyse a quelques très bonnes raisons pour faire reposer notre état de civilisation individuelle et collective sur ces deux interdictions fondamentales auxquelles nous sommes astreints : l'inceste et le meurtre (70). Et passons aussi sur le fait que la valeur constructive de ces prohibitions tient précisément à ceci qu'elles s'opposent violemment à notre liberté, c'est-à-dire à notre Désir.

Retenons donc seulement qu'une proposition de type juridique, strictement prescriptive, structure le fond de notre rapport à l'Autre et la possibilité même d'une socialité. Nous sommes construits sur le principe d'une interdiction. Et la Raison même avec nous (71).

La métaphore paternelle organise cela. L'institution juridique aussi, au moins en tant qu'elle l'incarne. Mais seul nous importe ici d'en tirer la conséquence.

Le Droit, le discours du Droit, ne peut être celui d'une cohorte de sujets libres et "auto-fondés, sujets-Rois promus au rang de mini-États" (72). Car ceux-là ne sont ni plus ni moins que psychopathes, agis ou potentiels. Le Droit vaut forcément hétéro-Référence permanente, fixation stable les limites du permis et de l'autorisé (73). Il est un ordre de contrainte sous ce rapport ; ordre de Force.

La structuration hiérarchique de l'ordonnement juridique étaye exactement cette fonction de la règle. Très vraisemblablement, elle fût même conçue ainsi en grande partie pour cette raison précise : elle symbolise à son plus haut degré la puissance de l'autorité et l'assujettissement des fils.

Et il faut en tirer la conséquence : l'ancrage psychique du Droit impose qu'il soit conçu comme obligatoire. Il y va de la possibilité même d'une vie sociale. D'une vie tout court, d'ailleurs.

C'est pourquoi la théorie réaliste de l'interprétation nous paraît sujette à controverse, en tant qu'elle prétend fonder la structure de l'Ordre juridique sur un principe de liberté - car c'est bien de cela dont se prévaut l'interprète re-créditeur -. L'existence d'une gradation de normes - et donc l'existence d'un système de valeurs - ne peut se concevoir autrement que comme posée et imposée par ceux qui sont réputés dire ces valeurs, et non par ceux qui en sont les sujets. Car l'ambition du Droit revient précisément à contraindre ces sujets, qu'il s'agisse d'individus, ou d'institutions.

Il n'est donc pas - psychologiquement, anthropologiquement et historiquement parlant - possible d'affirmer que l'étude de l'interprétation (qui est un fait de sujets) doive commander l'étude de la hiérarchie des normes (qui est un fait d'autorité) et non l'inverse. Car cela emporte négation de l'idée même de Droit sur le fond des choses si l'on veut ériger ce retournement en principe fondateur. La norme supérieure posée doit forcément être réputée objective au regard de l'ordre juridique, et d'une manière totalement irréfragable, parce qu'il y va de la possibilité même d'une régulation individuelle et sociale, de la possibilité même d'un Droit, privé comme public (74).

Pierre Legendre l'a montré : "*la Référence absolue notifie à la fois le principe fondateur comme indisponible et comme signifiant la limite*" (75). Faute

(70) On renvoie, bien sur, au mythe du meurtre du Père de la Horde primitive, dont J. Clavreul a bien reconstitué l'exacte nature, un peu contre le texte même de Freud d'ailleurs (*art. cit.*).

(71) V. de nouveau *le crime du Caporal Lortie*.

(72) Pour parler encore le langage de P. Legendre, *Op. cit.*, p. 168.

(73) C'est une toute autre question de savoir si ces limites sont justes. D'une certaine manière, ce problème là vient après. Il faut bien qu'il y ait Loi pour que l'on se révolte contre elle.

(74) Cela ne signifie pas, on espère n'avoir pas été ambigu sur ce point, que l'interprétation soit dépourvue de portée créatrice, ni même qu'elle puisse intervenir *contra legem*. L'un et l'autre sont possibles, soit dans les limites de ce que le système tolère ou permet, soit à titre de dysfonctionnement (ce qui arrive toujours dans un système, mais ne le détruit pas, en principe).

(75) *Op. cit.*, p. 170.

d'éclatement du social, la hiérarchie des normes se donne, elle aussi, indisponible et insusceptible de retournement ; sans doute parce qu'elle pose les limites.

Voilà donc sommairement pourquoi, en dernière analyse, nous pensons pouvoir en demeurer à une conception parfaitement traditionnelle de la hiérarchie des normes, représentée en ordre descendant d'un souverain sur ses sujets.

RÉPLIQUE À DENYS DE BÉCHILLON

Par

Michel TROPER
Université de Paris X - Nanterre
Centre de Théorie du Droit

Je ne sais s'il faut être plus reconnaissant à Denys de Béchillon de l'intelligence et de la loyauté des réflexions critiques qu'il présente contre la théorie réaliste de l'interprétation ou de l'occasion qu'il me donne de tenter une défense et de dissiper quelques malentendus. Il convient de souligner que, en dépit de ce que le titre pourrait laisser croire, ces critiques ne sont pas véritablement dirigées contre la théorie réaliste de l'interprétation dans son ensemble, mais contre une variante de cette théorie, qu'il appelle "analyse réaliste française".

Il serait évidemment sans intérêt et sans efficacité de vouloir, en réponse, donner des thèses en question une présentation nouvelle, qui n'offre pas au critique l'angle sous lequel il a cru apercevoir quelques fissures et mieux vaut le suivre dans le détail de son argumentation. Il fait précéder ces critiques d'un exposé de l'analyse réaliste et on examinera donc successivement cet exposé, puis les critiques qu'il formule.

I - L'EXPOSÉ

Denys de Béchillon affirme vouloir exposer l'analyse réaliste "sans trop trahir". Il faut lui rendre cet hommage qu'il ne la trahit en effet pas trop, même s'il ne lui rend pas totalement justice. En réalité, il faut distinguer dans son exposé ce qui concerne les présupposés épistémologiques de la théorie réaliste de l'interprétation et ce qui porte sur la théorie de l'ordre juridique proprement dite.

A - SUR LES PRÉSUPPOSÉS ÉPISTÉMOLOGIQUES

Denys de Béchillon commence par dévoiler ce qu'il croit être l'enjeu véritable du débat sur l'interprétation. Il s'agirait tout simplement de "rompre avec l'hermétisme des catégories kelsénienne du *Sein* et du *Sollen*, de la causalité et de l'imputation". Pas moins. En réalité, non seulement il n'est pas de question de rompre avec ces catégories, qui d'ailleurs ne sont pas spécifiquement kelsénienne, mais l'ambition est bien au contraire de se fonder sur ces oppositions fondamentales avec toutes leurs conséquence pour tirer la science du droit entièrement du côté du *Sein* et de la causalité.

Sur le premier point, il faut rappeler la thèse épistémologique fondamentale, que Kelsen dérive de Hume : de ce que quelque chose est, on ne peut inférer que quelque chose doit être. Cette thèse paraît irréfutable (1). Kelsen se fondait sur cette opposition pour concevoir la science du droit comme une science du *Sollen*, c'est-à-dire une science qui décrirait le devoir-être. Ce que prétend faire la théorie réaliste, notamment dans sa variante scandinave, c'est non pas contester l'opposition elle-même, mais simplement l'usage qu'en fait Kelsen : il est impossible de décrire autre chose que des faits ; par conséquent, une science du droit ne peut être construite que sur le modèle des sciences empiriques, c'est-à-dire qu'elle doit décrire des faits et donc que le droit doit être traité comme un fait. Le *Sein* ne peut évidemment de s'opposer au *Sollen*, mais la science du droit, comme toute science doit porter seulement sur le *Sein*. Autrement dit, il ne suffit pas qu'elle s'abstienne d'énoncer des normes, et qu'elle se borne à les décrire, comme le voulait Kelsen ; il faut les traiter *comme* des faits empiriques (2).

Pour ce qui est des catégories de la causalité et de l'imputation, je n'ai bien entendu jamais eu pour ambition, comme le prétend Denys de Béchillon, "d'échafauder un système par lequel, contrairement à l'interdiction absolue de Kelsen, un pur fait pourra se trouver à l'origine causale et logique du caractère obligatoire de la règle de droit". Il reste incontestable si l'on admet que la règle de droit est obligatoire, qu'elle est un *Sollen*, et qu'elle ne peut avoir pour origine causale et logique un fait. C'est même la raison du rejet par Kelsen, dans sa première période tout au moins, de la théorie volontariste du droit : la volonté étant un fait, elle ne saurait produire du droit (3). A l'inverse, si l'on veut considérer qu'un fait est à l'origine causale de la règle de droit, il faut que cette règle de droit ne soit pas obligatoire, qu'elle ne soit pas un *Sollen*, mais un *Sein*, car seuls des faits peuvent être unis par des relations causales. C'est précisément l'ambition de la théorie réaliste, qui, on le voit, loin de rejeter les catégories de la causalité et de l'imputation, les présupposent. La confusion de Denys de Béchillon provient pour une large part de l'oubli du fondement ontologique de cette théorie. Toute théorie du droit doit nécessairement reposer sur une certaine conception de la nature des normes qu'elle prétend décrire. L'ontologie réaliste est expressive. Autrement dit, elle considère que les normes sont l'expression de volontés humaines, qu'elles sont donc des faits et qu'il est par conséquent possible de construire la science du droit sur le modèle des sciences empiriques.

B - SUR LA THÉORIE DE L'INTERPRÉTATION PROPREMENT DITE

Denys de Béchillon la résume en trois propositions :

- l'interprète est seul auteur de la norme,
- l'interprète n'est pas lié par une norme prétendue supérieure,
- l'interprétation fonde donc une hiérarchie réelle, globalement inverse de la hiérarchie apparente.

Or, si, la théorie réaliste -et d'abord la théorie américaine- contient en effet les deux premières, la troisième en revanche lui est totalement étrangère.

Selon cette troisième thèse, telle que Denys de Béchillon la présente, il y aurait deux systèmes juridiques : "le premier celui, des propositions subjectives...le second, celui des normes, établi à grands coups d'interprétation par les autorités d'ap-

(1) La meilleure tentative de réfutation, qui échoue elle aussi, est celle de J.-L. Gardies, *L'erreur de Hume*, Paris, PUF, 19.

(2) Cf. mon article *The fact and the law*, ds. Patrick Nerhot, (ed.) *Law, Interpretation and Reality*, Dordrecht-Boston, Kluwer, 1990, pp. 22-38.

(3) Sur la périodisation de l'oeuvre de Kelsen, v. Stanley Paulson.

plication" et qui seul vaudrait comme agencement de normes. "Ce n'est pas la Loi qui commande au décret, c'est le décret, qui dit le sens de la loi".

Or, s'il est vrai que la validité, c'est-à-dire la signification objective de norme ou encore l'existence en tant que norme -Kelsen dit que la validité est le mode spécifique d'existence des normes- provient bien du processus de production des normes inférieures, il n'en résulte nullement un quelconque renversement de la hiérarchie, ni même l'idée que c'est l'interprétation qui fonde la hiérarchie des normes. L'idée même d'une hiérarchie inversée est même proprement absurde. Il faut en effet s'entendre sur le terme de hiérarchie. On désigne ainsi d'habitude une organisation de normes, dans laquelle chacune trouve le fondement de sa validité dans une norme supérieure. Dire qu'il existe une hiérarchie entre la loi et le décret, c'est dire que la loi prescrit au gouvernement de prendre un décret et aux citoyens de se conduire conformément au décret. A la question "pourquoi le décret est-il valide ou obligatoire ?", on répond alors : "parce que en obéissant au décret, on obéit encore à la loi". Cette hiérarchie là n'est nullement remise en cause, bien au contraire, par la théorie réaliste de l'interprétation si l'on entend par loi et décret, non pas, comme le fait la théorie traditionnelle, les textes adoptés par le Parlement et le gouvernement, mais les significations de ces textes. Entre deux textes, il ne peut exister de rapport hiérarchique, mais seulement entre les contenus ou significations de ces textes. Mais si quelqu'un détermine simultanément la signification du texte de la loi et celle du texte du décret, c'est-à-dire s'il détermine les deux normes, il établit du même coup l'existence d'une hiérarchie entre eux, qui est non pas inverse, mais identique à la hiérarchie telle qu'on la présente habituellement. La norme décrétale, telle qu'elle est déterminée par le processus de l'interprétation, trouve le fondement de sa validité, est présentée comme obligatoire, en raison de sa conformité avec la norme législative, telle qu'elle est elle-même déterminée par l'interpellation. Autrement dit, de ce que la validité provient du processus de production de normes inférieures, il résulte non que la hiérarchie est inversée, mais seulement qu'elle doit être considérée comme interne au discours de l'interprète.

Ces précisions devraient permettre de mesurer la validité des critiques.

II - LES CRITIQUES

La thèse serait entachée de "quatre vices importants" : d'excès, de contradiction, d'inopérance, de nihilisme.

A - L'EXCÈS

Denys de Béchillon présente cette critique sous une forme très générale et une forme plus spécifique. La critique générale, qu'il appelle bachelardienne, se présente comme un syllogisme du genre : "la vérité se situe toujours entre les extrêmes. Or, la théorie réaliste est radicale. Donc elle ne peut être vraie". Cette présentation souffre d'une double faiblesse ; d'une part, la majeure du syllogisme (que la vérité se situe toujours entre les extrêmes) n'est nullement démontrée. Il existe dans les sciences, bien des thèses radicales, dont la vérité n'est pas contestée. De plus, si la critique de Denys de Béchillon était pertinente, elle se détruirait elle-même, puisqu'elle est incontestablement très radicale.

Cela dit, il entreprend -c'est la critique spécifique- de montrer que, pour la question qui nous occupe, la vérité est bien entre deux extrêmes, donc que la liberté de l'interprétation n'est pas totale, en raison de limitations internes et externes. Il a parfaitement raison, mais, nul n'a jamais prétendu le contraire et sa critique résulte d'une regrettable confusion sur le concept même de liberté.

Lorsqu'on affirme qu'une autorité quelconque, un organe de l'ordre juridique est libre, on ne veut évidemment pas dire qu'elle est soustraite à tout déterminisme. La théorie traditionnelle admet par exemple que, s'il n'y a pas de contrôle de constitutionnalité, le législateur est libre d'adopter des lois ayant un contenu quelconque, tout en reconnaissant que lorsque le Parlement vote, il n'échappe pas à la causalité et se trouve soumis à toutes sortes de contraintes. La liberté du mariage ne signifie pas que la décision de se marier et le choix du conjoint ne sont soumis à aucune influence sociale ou psychologique, mais seulement que n'importe quel choix est considéré par le droit comme valable. C'est qu'on entend ici par "liberté" n'est pas une situation privée de toute détermination, mais seulement une liberté "juridique". Une autorité est juridiquement libre, si elle peut choisir entre plusieurs conduites également valables en droit, même si le choix est en fait toujours le produit du déterminisme. La liberté juridique du choix du conjoint ne signifie tout-de-même pas que les choix effectifs ne sont pas soumis au déterminisme, ni enfermés dans certaines limites (internes et externes). De même, l'affirmation de la théorie réaliste que l'interprétation est libre signifie seulement que, lorsqu'une autorité est investie du pouvoir de donner une interprétation authentique, toutes les interprétations données par cette autorité seront également valables ou, en d'autres termes, s'incorporeront au texte interprété ou encore produiront des effets juridiques, ce qui n'est à vrai dire qu'une autre façon de dire qu'il s'agit d'une interprétation authentique. Mais cette théorie ne conteste pas que le comportement de l'interprète obéit à des causes multiples. Les critiques ne s'y trompent pas d'ordinaire, puisqu'ils reprochent précisément à la théorie réaliste de faire de la sentence le résultat de la qualité du petit déjeuner du juge.

On peut pousser l'analyse. C'est parce qu'elle admet que l'interprétation est juridiquement libre que la théorie réaliste peut comprendre qu'elle est soumise à un déterminisme. Au contraire, une théorie qui admet que l'interprétation consiste à découvrir un sens déjà là dans le texte ne peut que rechercher ce que l'interprète doit faire et s'interdit d'expliquer ce qu'il fait réellement. On ne peut prétendre traiter du *Sollen* selon le principe de causalité. C'est cette même confusion sur le concept de liberté, qui explique la seconde critique, que la théorie serait entachée de contradiction.

B - LA CONTRADICTION

Cette seconde critique se fonde adroitement sur une distinction entre les décisions des juridictions suprêmes et celles des juridictions inférieures. Toutes ont la signification subjective de normes et devraient par conséquent, selon la théorie réaliste, faire l'objet d'une interprétation libre. Mais les juridictions inférieures sont privées de liberté de choix et doivent se conformer à la jurisprudence des juridictions supérieures, telles que ces juridictions supérieures l'interprètent elles-mêmes, sous peine de voir leurs propres décisions annulées. C'est donc que la décision de la juridiction suprême possède la qualité de norme *ab initio* et non pas, comme le voudrait la théorie réaliste, à la suite d'une interprétation donnée au cours du processus d'application. Il y a bien, selon la formule de Denys de Béchillon, une "normativité objective spontanée".

Cette critique présente la même faiblesse que la précédente : elle repose sur une confusion entre contrainte et existence d'une norme ou entre liberté et absence de contrainte. Par contre, si l'on admet que, comme on vient de le rappeler, les deux séries de concepts doivent être rigoureusement distinguées, il devient clair que la juridiction inférieure est libre, juridiquement libre, de donner n'importe quelle interprétation aussi bien au texte de la loi qu'à la jurisprudence des cours supérieures,

mais que les contraintes qui pèsent sur elle limitent considérablement cette liberté. Il y a donc, en fait, une probabilité forte que les textes soient interprétés par les tribunaux inférieurs comme ils le sont par les tribunaux supérieurs. Mais cette probabilité ne signifie nullement que les textes ainsi interprétés présentent "une normativité objective spontanée". On peut imaginer toutes sortes de situations dans lesquelles une autorité disposant d'un pouvoir discrétionnaire est en réalité soumise à des pressions irrésistibles pour user de ce pouvoir d'une manière et d'une seule. Nul ne songerait pourtant à dire que l'exercice de ces pressions est le signe d'une "normativité objective spontanée".

Denys de Béchillon tente de généraliser cette critique aux cas d'annulation des actes juridiques par une décision juridictionnelle : la sentence ne pourrait produire son effet (l'anéantissement de l'acte) que par l'interprétation des autorités d'application de cette sentence. Or, écrit-il, la sentence a pour effet l'anéantissement rétroactif de l'acte attaqué, ce qui prouverait que "l'interprétation est sans aucun effet sur la construction de la normativité de la sentence".

J'avoue éprouver quelque difficulté à comprendre ce que le caractère rétroactif de la sentence vient faire ici. La critique est d'une portée bien plus générale : Si c'est l'interprétation qui détermine la norme, alors une sentence quelconque, qu'elle ait une portée rétroactive ou non, qui n'a jamais que la signification subjective de norme, doit elle aussi être interprétée pour être une norme et elle ne peut l'être que par les autorités d'exécution, l'administration, la force publique ou les simples particuliers. Il faudrait donc ou bien admettre cette conclusion absurde que les normes sont en définitive énoncées par les sujets ou bien que les sentences possèdent la fameuse "normativité objective spontanée".

La réfutation est alors identique à la précédente : les destinataires du texte ayant la signification subjective de norme doivent en effet interpréter ce texte comme une norme, pour décider qu'ils doivent s'y conformer et déterminer quelle conduite précise ils doivent adopter. Mais ils procèdent à cette interprétation sous le contrôle des juges et sont soumis à toutes une série de contraintes, consistant principalement dans la menace de sanctions, qui déterminent leurs choix, de telle sorte que leurs interprétations coïncident le plus souvent, lorsque l'ordre juridique est efficace, avec la signification que le tribunal accorde subjectivement à sa propre sentence. L'inexécution elle-même suppose une interprétation. Elle peut, en effet se présenter sous trois formes : ou bien (cas le plus rare) le justiciable admet qu'il existe une sentence, qu'elle est obligatoire, qu'elle lui prescrit une certaine conduite et il refuse de s'y conformer ; ou bien il admet qu'il existe une sentence obligatoire, mais il considère que la conduite prescrite est différente de celle qu'on s'attendrait à lui voir adopter ; ou bien il déclare, comme cela arrive dans les procès faits à des révolutionnaires, que la sentence émane d'une juridiction dont il ne reconnaît pas la légitimité et que par conséquent cette sentence n'est pas une norme, mais une décision arbitraire à laquelle il refuse de se soumettre. Dans les trois cas, le sujet donne bien une interprétation, une interprétation portant sur la nature de norme de la sentence. Dans les deux premiers, elle porte également, mais en sens inverse, sur le contenu de cette sentence. Dans le troisième, l'interprétation porte seulement sur la nature de la sentence, mais non sur son contenu. C'est seulement dans le troisième cas que la sentence n'est pas interprétée comme une norme par le justiciable, mais elle l'est néanmoins par d'autres destinataires et notamment la force publique. Il n'est donc nullement absurde de dire que la sentence acquiert son caractère de norme à la suite de l'interprétation.

C - L'INSUFFISANCE

C'est la troisième critique : la théorie réaliste serait "insuffisante", parce qu'elle ne permettrait pas d'expliquer la compétence des autorités d'interprétation. Certes, Denys de Béchillon accorde que les textes qui accordent des compétences doivent être interprétés notamment par les autorités, bénéficiaires de ces compétences -les exemples ne manquent pas, de la Cour Suprême américaine au Conseil constitutionnel français, d'autorités qui ont donné de leurs compétences des interprétations allant bien au-delà des intentions déclarées des constituants- mais il lui paraît, comme à d'autres critiques, qu'il faudrait encore expliquer que ces autorités existent (4). Or, soutient-il, elles ne peuvent exister qu'en vertu de la norme qui les institue : pour pouvoir interpréter la constitution, le Parlement doit bien avoir été institué par la constitution.

Il est vrai que, dans la plupart des cas analysés par la science du droit constitutionnel, les choses se passent bien ainsi. Mais il y a bien des situations où un homme ou groupe d'hommes, simplement parce qu'il est politiquement en position de le faire, interprète des textes -ou seulement des événements- pour affirmer qu'il existe une norme qui lui donne compétence pour faire telle ou telle chose, par exemple pour produire des normes. Les députés du Tiers qui se proclament Assemblée Nationale n'ont pas été institués par la constitution, mais s'instituent eux-mêmes pouvoir constituant. La décision de 1940 d'instituer les autorités de la France Libre, celle d'organiser en 1945 un référendum sur le caractère constituant de l'assemblée obéissent au même schéma. Le général De Gaulle, qui procédait à ces interprétations, n'était pas investi par la constitution d'une compétence quelconque pour prendre ces décisions. Il n'était même pas institué par elle.

A bien y réfléchir, il n'y a qu'une différence minime entre ces situations et celle d'une autorité instituée qui interprète la constitution pour élargir ses compétences : dans ce dernier cas, c'est la constitution qui est interprétée, dans le premier c'est une situation de fait. On ne peut même pas affirmer qu'il y aurait une différence liée au sujet qui interprète, qui serait une autorité instituée dans le premier cas et non dans le second, car ce qui permet à l'autorité instituée d'interpréter le texte, ce n'est pas cette circonstance qu'elle a été instituée, mais le fait qu'elle existe réellement, qu'elle soit effective. On ne peut même pas affirmer qu'il y aurait une différence liée au sujet qui interprète, qui serait une autorité instituée dans le premier cas et non dans le second, car ce qui permet à l'autorité instituée d'interpréter le texte, ce n'est pas cette circonstance qu'elle a été instituée, mais le fait qu'elle existe réellement, qu'elle soit effective, par exemple que le Conseil constitutionnel ait été réellement mis en place, que ses membres aient été nommés, qu'il ait été saisi, etc... On connaît évidemment des cas où des autorités, prévues par la constitution, n'ont jamais été mises en place.

On dira -comme le fait Denys de Béchillon- que la théorie "fonde la juridicité sur l'effectivité", "ce qui n'est pas tenable,... parce que le viol du feu rouge n'abroge pas le code de la route". A vrai dire, cette critique est elle-même fondée sur une confusion portant sur les deux termes de *juridicité* et d'*effectivité*.

En premier lieu, l'expression "fonder la juridicité sur l'effectivité" peut s'entendre de deux manières, selon le sens qu'on donne au mot "juridicité", qualité d'être obligatoire ou simplement qualité d'être du droit. Tout d'abord, une théorie peut fonder ou faire reposer la juridicité sur l'effectivité, si elle appelle juridicité la qualité

(4) v. O. Cayla, La théorie de la signification de l'acte dans la pensée normativiste, ds. *Droits*, n° 7, 1988, pp. 59 ; C. Leben, Le principe d'égalité devant la loi et la théorie de l'interprétation judiciaire, ds. *Actes du Colloque Perelman*, à paraître, Bruxelles, Bruylant ; Timsit, G., *Les figures du jugement*, Paris, PUF, 1993, pp. 114 s..

d'être obligatoire et si elle considère que tout ensemble de normes forme, dès lors qu'il est effectif, un système juridique, un droit, auquel il faut obéir. Telle est la position des positivistes du XIX^{ème} siècle. On a pu montrer qu'une telle théorie n'est pas une véritable théorie positiviste, mais se rapproche davantage des positions jus-naturalistes, car elle énonce une norme "il faut obéir au droit", qui n'est pas elle-même contenue dans le système juridique et qui ne peut être que méta-juridique (5). La Théorie Pure du droit elle-même n'échappe pas à ce reproche, tout-au-moins dans sa première version, dans la mesure où la norme fondamentale est présupposée, dès lors qu'un ordre juridique est efficace "en gros et d'une manière générale" et qu'elle fonde la *validité* de cet ordre juridique. En d'autres termes, elle mérite ce reproche si elle se donne comme une description du *Sollen* objectif et si elle admet que le droit positif (effectif) est un *Sollen* objectif. De la même manière, chez Georges Burdeau, la constitution exprime l'idée de droit, mais l'idée de droit fonde la validité de la constitution lorsque celle-ci est effective.

En revanche, on peut entendre par "juridicité", non pas le caractère de ce qui est obligatoire, mais seulement le caractère d'être du droit. Une théorie du droit peut parfaitement, comme celle de Kelsen dans sa deuxième version, rechercher un critère qui lui permette de prendre pour objet un certain système de normes. Imaginons qu'en 1917 le tsar se réfugie en Angleterre avec un poignée de fidèles. Il peut alors proclamer une nouvelle constitution et, en application de cette constitution, faire des lois, des décrets, nommer des juges, qui prononceront des sentences, etc... On sera en présence d'un ensemble d'énoncés normatifs, que rien ne distingue des énoncés analogues du droit français ou italien. La question est alors simplement méthodologique : la science du droit doit-elle considérer qu'il s'agit d'un droit positif et se donner pour tâche de le décrire ? La réponse de Kelsen est qu'un tel système, faute d'effectivité, ne présente pas d'intérêt pour une science positive du droit, il ne peut constituer l'objet de cette science. Dans le vocabulaire de la Théorie Pure, on ne doit pas présupposer pour ce système normatif une norme fondamentale. Dire qu'un système normatif est un droit, ce n'est donc pas affirmer qu'il est obligatoire, mais seulement qu'il faut le prendre comme objet de science.

C'est uniquement dans ce deuxième sens que les théories réalistes, comme la Théorie Pure dans sa deuxième version, "fondent la juridicité sur l'effectivité". Encore faut-il préciser ce qu'on entend par "effectivité". Si on appelle "norme effective", une norme qui est effectivement suivie et appliquée par ses destinataires, alors il est bien clair qu'aucune science du droit ne fait pas dépendre la juridicité d'une norme ou d'un énoncé de son effectivité. Pour reprendre l'exemple cité par Denys de Béchillon, la violation de l'article du code, qui prescrit d'arrêter son véhicule au feu rouge, n'abroge pas cet article. Mais une théorie réaliste, peut considérer l'effectivité autrement : d'abord, comme on l'a vu, d'un point de vue global, macro-juridique, il s'agit de l'effectivité non de chaque norme prise isolément, mais de celle de l'ordre normatif "en gros et d'une manière générale", qui est bien une condition de la juridicité ; ensuite du point de vue micro-juridique, on peut appeler "effectif" un énoncé à fonction prescriptive, qui a pour son auteur la signification subjective d'une norme et qui est "effectivement" interprété comme une norme par les autorités d'application. Affirmer que la science du droit doit analyser son objet "comme" un ensemble de faits empiriques, ne signifie donc nullement qu'une règle n'est une règle de droit que si elle est efficace, mais seulement que sa juridicité dépend de l'existence d'un certain comportement : l'acte d'interprétation, dès lors qu'il émane d'une autorité disposant du pouvoir effectif. Pour cette théorie réaliste, dire que l'effectivité "fonde la

(5) A. Ross, *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law*, ds. *Revista Juridica de Buenos-Aires*, IV, 1961.

juridicité" signifie non qu'elle est une *condition* de la juridicité, mais simplement qu'elle se confond avec elle : un énoncé effectivement interprété comme une norme juridique est une norme juridique.

D - LE NIHILISME

Reste le reproche de "nihilisme", qui n'est pas d'une parfaite clarté. On peut discerner, dans les passages qui lui sont consacrés, deux arguments différents regroupés sous une même rubrique :

a) La théorie réaliste ne serait pas compatible avec la logique d'un État de droit, parce que la liberté de l'interprétation nuit à la sécurité juridique.

b) La théorie réaliste prétendrait "fonder la structure de l'ordre juridique sur un principe de liberté", alors que "l'ancrage psychique du droit impose qu'il soit conçu comme obligatoire" et que le droit repose au contraire sur la contrainte.

Le premier de ces arguments est étrange : l'État de droit est un idéal politique : Pour les tenants de l'État de droit, l'État doit être soumis au droit. Au contraire, la théorie réaliste est une théorie descriptive. Elle entend décrire le droit tel qu'il est. S'il résulte de cette description que l'idéal politique de l'État de droit est hors d'atteinte, on a le choix entre deux attitudes seulement : soit tenter de démontrer que la théorie est fautive, soit si c'est impossible regretter que la réalité soit ce qu'elle est, mais on ne peut certainement pas en conclure que cette "incompatibilité" disqualifie la théorie.

Quand au deuxième, il appelle deux observations. Tout d'abord, fonder la structure de l'ordre juridique signifie découvrir un principe, qui permette de considérer que cette structure est valide, qu'elle est bonne. La théorie réaliste, qui n'est pas une théorie prescriptive, ne prétend certainement pas fonder la structure de l'ordre juridique sur un principe de liberté, ni d'ailleurs sur un autre principe. A vrai dire, elle n'a aucune prétention à fonder la structure de l'ordre juridique. elle vise seulement à décrire cette structure -et aussi le fonctionnement de cet ordre- telle qu'elle est.

Or, -c'est la deuxième observation- si elle constate que les interprètes disposent d'une marge de liberté considérable, cette constatation -qui n'est pas un fondement- n'est nullement contradictoire avec l'idée que le droit est un ordre de contrainte. D'une part parce que dire que les autorités d'application interprètent les textes et leurs confèrent la signification de normes, signifie qu'elles les interprètent comme obligatoires pour les sujets et que les comportements contraires pourront être sanctionnés. D'autre part, parce que, comme on a déjà eu l'occasion de le rappeler, l'interprétation est soumise à certaines contraintes. Celles-ci peuvent être comprises comme des contraintes de fait (la psychologie des juges par exemple). Mais si l'on envisage les contraintes qui résultent des compétences des autres organes (celles d'une cour supérieure qui peut annuler une sentence, celles d'un autre organe qui peut, par exemple, exercer des représailles), elles doivent être considérées, bien que n'étant pas des limitations juridiques, comme organisées par le droit. Il ne s'agit pas de limitations juridiques, parce que le comportement des autorités ne peut être compris comme l'observation d'une norme juridique prescrivant de donner à tel texte telle interprétation. Mais ces limitations sont néanmoins organisées néanmoins par le droit, parce que c'est lui qui les organise en mettant les différentes autorités en mesure d'interpréter les textes et d'exercer des pressions mutuelles. En ce sens le droit est un ordre de contrainte également pour les autorités d'interprétation, parce qu'il est l'organisation du rapport de forces.

ERGONOMIE LOGICIELLE : LA LOI EST-ELLE DU CÔTÉ DES UTILISATEURS ?

Par

Michel SÉGUILLON *, Raymond TRÉMOLIÈRES **

ABSTRACT. In this article the ergonomomy of computer programs is considered. We show that laws have just started to tackle a problem that can be viewed as one of the most important of our time. Mainly due to the fact that more and more people are making use of computers and for long time periods. It is proposed that a very serious and important work must be devoted to this question in order to identify and take into account the many factors that can have an effect on the users, health, security, honesty, rapidity,... and many others... The ergonomomy will be studied both for personal computers and for long-distance users.

RÉSUMÉ. La prise de conscience de l'importance de l'ergonomie logicielle est un phénomène relativement récent qui ne peut que s'amplifier dans les prochaines années. Ce sujet pose en effet de nombreuses questions que l'on ne saurait passer sous silence, surtout quand on mesure les extraordinaires changements dans le travail impliqués par l'informatique dans tous les domaines. Le nombre de postes de travail où des personnes se retrouvent aujourd'hui bloquées pratiquement 40 heures par semaine devant les mêmes logiciels ne se compte plus. C'est l'extension de ce phénomène qui a conduit le Ministère du Travail, après d'autres pays, à proposer un Décret relatif à l'ergonomie. Nous tenterons ici une analyse de ce texte en tenant compte d'une abondante littérature publiée depuis et soulevant de nombreuses nouvelles questions. Nous mettrons en lumière la nécessité d'élargir considérablement les préoccupations en matière d'ergonomie et les tendances qui se dégagent actuellement dans ce sens. Nous nous intéresserons aussi bien aux ordinateurs qu'aux applications télématiques.

* MERISA, Espace Wagner, A2, ZI Les Milles, F-13858, Aix-en-Provence, Cedex 3.

** Professeur, Université d'Aix-Marseille III.

Déconcerté par l'audio-visuel et halluciné par l'informatique,
 je sentais se refermer sur moi les portes de l'idiotisme.
 Entre la pomme de Newton et la pomme d'Apple,
 j'étais fait comme un rat.
 Et puis une souris a tout changé !...
 Bref, me voilà intelligent à l'extrême.
 Je veux dire aussi intelligent que
 n'importe quel enfant de dix ans.

Michel Audiard

1 - INTRODUCTION

Après les prothèses que furent les machines à cartes perforées, les années 70-80 ont vu éclore des milliers de programmes où l'utilisateur pouvait enfin dialoguer plus directement avec l'ordinateur par l'intermédiaire d'un clavier et d'un écran. La plupart du temps il fallait cependant se plier à des conditions de travail très rigides et souvent exaspérantes.

C'est suite aux premiers travaux menés au "Palo Alto Research Center" de la Compagnie Xerox vers les années 1970, que la Société Apple a entrepris vers 1980, la commercialisation de l'idée nouvelle par laquelle il était temps que l'ordinateur s'adapte à l'homme et non l'inverse.

Avec un retard de presque 10 ans, cette philosophie s'est progressivement retrouvée sur de nombreux ordinateurs de type PC sous la dénomination de WINDOWS, et plus récemment sous celle de WINDOWS NT qui, avec un véritable nouveau système d'exploitation, offre la possibilité d'une informatique en réseau. Cette incessante prise de conscience de la société MICROSOFT et de son fondateur Bill Gates, avec le développement spectaculaire de cette société, prouve à l'évidence la place essentielle de l'ergonomie logicielle dans l'évolution de l'informatique. Sait-on en particulier que Microsoft emploie actuellement 18 spécialistes en ergonomie ?

Malgré cela il est paradoxal de voir tant d'applications jongler avec la complexité, l'ambiguïté, l'insécurité, et le dédain de l'utilisateur.

Si de nombreux logiciels essaient de se maintenir au niveau de l'évolution technologique, il faut reconnaître que cet effort est loin d'être général et la plupart d'entre-eux, surtout sur gros systèmes, donnent l'impression d'ignorer délibérément toute considération "ergonomique" (du grec : ergon, travail, nomos, loi). Or il suffit de se rendre aujourd'hui dans n'importe quel lieu de travail pour y voir un nombre considérable de gens bloqués derrière des écrans pour des durées souvent supérieures à 40 heures par semaine.

C'est parce que cette situation ne peut laisser indifférent et concerne un nombre croissant de gens, que nous ferons le point sur l'évolution des recommandations et des règlements en matière de travail informatique et plus particulièrement de conception et d'utilisation de logiciels.

2 - HISTORIQUE DES TEXTES

Malgré quelques timides signaux d'alarme antérieurs, c'est en Suède en 1987, puis aux États-Unis en 1988, que l'on a vu apparaître les premières réglementations sur les écrans d'ordinateurs.

En France c'est en juin 1987 que l'AFNOR (Association Française de Normalisation) définit la norme Française NF X 35-121, pour l'ergonomie du travail sur clavier et écran de visualisation. L'ANACT (Association Nationale pour l'Amélioration des Conditions de Travail), et l'AF CET (Association Française pour la Cybernétique s'intéressent aussi au sujet (voir INRS [21](1980), JO [22](1981), Soft et Micro [27](1992), 01 Informatique [29](1990), INRS [33](1977) [36](1989) [38](1984) [39](1987), [40](1988) [41](1987)).

Le 11 juillet 1987, un arrêté (INRS [32](1987)) introduit la nécessité d'une surveillance médicale spéciale, par le médecin du travail et au besoin par des ophtalmologistes, de la vue des personnes travaillant sur écran informatique.

C'est ensuite par une directive du 29 mai 1990 que le Conseil de la CEE (90-270/CEE) adopte des prescriptions minimales de sécurité et de santé relatives au travail sur les écrans de visualisation.

En France, c'est par un décret du 14 mai 1991 émanant du Ministère du Travail que le problème de l'ergonomie logicielle en tant que tel est évoqué pour la première fois (JO [22](1991)).

D'après ce décret, et à compter du 1er janvier 1993, les entreprises françaises sont tenues de respecter certaines dispositions relatives à la protection et au confort des salariés, et en particulier en matière de logiciel.

C'est suite à ces considérations que nous pensons utile de nous arrêter ici sur les articles de ce décret auquel les entreprises sont actuellement soumises. Nous entreprendrons d'abord de donner une définition de l'ergonomie logicielle par opposition à l'ergonomie informatique. Nous reprendrons ensuite les éléments essentiels du texte de ce décret qui, bien que partant d'une bonne intention, demande de nombreux compléments.

3 - DE L'ERGONOMIE INFORMATIQUE A L'ERGONOMIE LOGICIELLE

Si de nombreux ouvrages, articles et circulaires paraissent dans le monde sur l'ergonomie informatique, en France les textes sont principalement publiés sous forme de recommandations par les CRAM (Caisses Régionales d'Assurances Maladie) et l'INRS (Institut National de Recherche et de Sécurité 30, rue Olivier-Noyer 75680 Paris Cedex 14) dont la presse informatique a souvent repris les thèmes (par exemple BORIS [3](1991), CAHIER [6](1992), DJIBRIL [7](1991), Que choisir ? [26](1988))...

Ces publications traitent surtout des conditions de travail devant les écrans cathodiques (cf. par exemple DJIBRIL [7](1980), INRS [21](1980), INRS [32](1987), INRS [33](1977), SCHMUTZ [16](1989), SERGENT [17](1970), SPERANDIO [18](1988), INRS [38](1989), INRS [39](1987), INRS [40](1988), CNAM Info [41](1987)), l'environnement, le dimensionnement des postes de travail (INRS [21](1980)), et les astreintes visuelles et posturales (SERGENT [17](1970), SPERANDIO [18](1984)). C'est ce que l'on a appelé longtemps l'ergonomie informatique, au sens restrictif limité au matériel. Par exemple il a été mis en évidence par les Docteurs Kazuo Tsubota, de l'école dentaire de Chiba, et Katsu Nakamori, de l'école de pharmacie Taisho d'Ohmiya, qu'un individu cligne des yeux en moyenne 22 fois par minute lorsqu'il se détend, 10 fois lorsqu'il lit un livre et 7 fois seulement lorsqu'il regarde un écran vidéo. Pour éviter l'assèchement de l'oeil, ils conseillent d'abaisser les écrans et de regarder vers le bas, plutôt qu'en face ou vers le haut car l'oeil s'ouvre moins et le film humide sur la pupille s'évapore moins vite (Journal de Médecine [30](1993)).

Mais si l'on s'intéresse très souvent à l'ergonomie matérielle, - y compris avec les idées les plus folles comme celle de l'ordinateur style "piano à bretelles"

avec deux demi-claviers verticaux en opposition (INRS [34](1993)),... comme sur un accordéon...-, par contre, bien peu se soucient de l'ergonomie logicielle concernant la présentation des logiciels eux-mêmes.

4 - LA LOI ET L'ERGONOMIE LOGICIELLE

C'est le 1er janvier 1993 qu'est entré en vigueur le décret du Ministère du Travail (JO [22](1991)) concernant "La prévention des risques liés au travail sur des équipements comportant des écrans de visualisation".

D'après ce décret, les employeurs sont tenus d'aménager les postes de travail... sous peine de se trouver en infraction avec la loi.

Mais si toute la presse s'est faite l'écho de cette nouvelle réglementation en ne parlant que du matériel, de la protection de la santé..., aucun journaliste n'a, à notre connaissance, fait référence à l'article 4 du chapitre II de cette loi.

Cet article traite du choix ainsi que de la modification des logiciels et préconise que l'employeur doit tenir compte de cinq facteurs que nous reproduisons ci-après :

"Art. 4. - Pour l'élaboration, le choix, l'achat et la modification de logiciels ainsi que pour la définition des tâches impliquant l'utilisation d'écrans de visualisation, l'employeur tiendra compte des facteurs suivants, dans la mesure où les caractéristiques intrinsèques de la tâche ne s'y opposent pas :

- a) Le logiciel doit être ADAPTÉ à la TÂCHE à exécuter ;
- b) Le logiciel doit être d'un USAGE FACILE et doit être ADAPTÉ à au NIVEAU de CONNAISSANCE de l'utilisateur ;
- c) Les systèmes doivent fournir aux travailleurs des INDICATIONS sur leur DÉROULEMENT ;
- d) Les systèmes doivent AFFICHER L'INFORMATION dans un format et à un rythme adaptés aux opérateurs ;
- e) Les PRINCIPES d'ERGONOMIE doivent être appliqués en particulier au traitement de l'information par l'homme."

Pour la première fois en France, se trouvait donc abordée cette ergonomie logicielle trop longtemps délaissée au détriment des utilisateurs.

On peut cependant remarquer que ce texte se limite à ne parler que de logiciels et de systèmes et non de ce qui concerne l'environnement, et que tout ce qui est préconisé est encore très vague, redondant, très partiel et sujet à plusieurs interprétations.

Au chapitre III qui suit, il est en outre précisé :

"Art. 5. - L'employeur est tenu d'assurer l'information et, dans les conditions de l'article 231-3-1 du code du travail, la FORMATION des travailleurs sur tout ce qui concerne la SÉCURITÉ et la SANTÉ liées à leur poste de travail et notamment sur les MODALITÉS d'UTILISATION de l'ÉCRAN et de l'ÉQUIPEMENT dans lequel cet écran est intégré."

"Chaque travailleur doit en bénéficier, avant sa première affectation à un travail sur écran de visualisation et chaque fois que l'organisation du poste de travail est modifiée de manière substantielle."

Ce nouvel article constitue une recommandation axée sur la santé et l'apprentissage à l'utilisation des logiciels, mais aucune allusion n'est faite sur la qualité du logiciel lui-même. Ce principe n'est d'ailleurs pas abordé dans le Décret et ni même défini.

En fait la loi française ne fait que suivre les 19 recommandations de la CEE dans sa directive parue le 21 juin 1990 au Journal Officiel des Communautés Européennes (cf. BORIS [3](1991)).

5 - PARTICULARITÉS DE L'ERGONOMIE LOGICIELLE

En France, la véritable prise de conscience de l'ergonomie logicielle n'est apparue qu'en 1990, avec le premier salon ERGO'IA de Biarritz. Dans le Monde Informatique, JEANNE [8](1990) révèle qu'il a été lancé par quelques visionnaires persuadés qu'ergonomes et cognitivistes auraient tout intérêt à collaborer. Leurs travaux ont surtout porté sur le développement d'outils de conception d'interfaces mais le problème des normalisations et des implications de ces interfaces n'a qu'à peine été esquissé. C'était aussi sans compter sur le problème de la propriété industrielle des concepteurs d'interfaces meilleures que les autres. Évidemment, en l'absence de règles ou de normalisation, on retombe inévitablement dans le contournement ou le démarquage des bonnes présentations pour éviter les royalties ou autres redevances.

A ce sujet on peut rappeler le célèbre procès de copie intenté par APPLE à LOTUS, alors que la firme APPLE avait elle même utilisé les recherches de XEROX pour réaliser son Macintosh, en adoptant ainsi le principe selon lequel : "Ce n'est pas à l'homme de s'adapter à la machine c'est la machine qui doit s'adapter à l'homme."

MILLIOT [14](1991) met en évidence que si l'ergonomie logicielle est un aspect souvent négligé par les développeurs c'est surtout à cause d'un manque de formation ou d'information.

Chez IBM-France GRANGER [14](1991) assure la promotion du C.U.A. (Common User Access) constitué d'un ensemble de recommandations sur l'ergonomie logicielle établie et recommandée par IBM. Ce C.U.A. consiste par exemple à normaliser les touches du clavier :

- F1 pour l'aide (...en opposition avec l'<Aide> de Microsoft WINDOWS positionnée au haut à droite dans la barre de Menu...!),
- F10 pour l'accès aux menus... puis les menus déroulants, boîtes de dialogues... Mais que deviennent les touches de fonction lorsque les menus déroulants sont la règle de tout nouveau logiciel bien conçu ?....
- Pour qu'un nouvel utilisateur ne soit pas "stressé" par son nouveau logiciel, on lui offrira une aide avec une structuration et un agencement de menus identiques.

En fait ces concepts ont été largement devancés dans les développements de WINDOWS 3.X et d'OS/2 PM pour le plus grand avantage de l'utilisateur final.

6 - VERS UNE TENTATIVE DE DÉFINITION DE L'ERGONOMIE LOGICIELLE

Il est probablement difficile de donner une définition ex abrupto de l'ergonomie logicielle et plus généralement de la qualité logicielle. Si l'on sait en effet assez facilement apprécier un logiciel en comparaison avec d'autres concourant à des buts semblables, il est beaucoup plus délicat d'en donner une définition générale. D'autant que l'évolution technologique vient reléguer chaque jour dans le passé des facteurs de qualité considérés hier comme révolutionnaires. On sait d'ailleurs les difficultés d'adaptation des normes de qualité ISO 9000 au cadre informatique...

Dans ce domaine on peut d'ailleurs se demander si le mieux n'est probablement pas l'ennemi du bien. En effet sous réserve de convivialité, il est probablement dangereux d'enfermer les logiciels dans des codifications trop rigides. Il en est des

logiciels comme des tableaux en peinture, et des modes qui peuvent faire apprécier plus ou moins certaines conceptions plus que d'autres. Il convient aussi d'intégrer de nombreux facteurs, culturels, nationaux, légaux aussi, toutes considérations auxquelles les grands logiciels s'adaptent actuellement avec une rapidité surprenante.

Ici nous nous contenterons de lister quelques points que l'on peut considérer comme essentiels dans ce domaine :

- 1) **ADÉQUATION** avec l'application considérée et les objectifs annoncés
- 2) **HONNÊTETÉ** des arguments commerciaux : information sur la taille des applications qui peuvent être traitées, par exemple dimensionnement possible des tableurs, taille des problèmes scientifiques, nombre de variables, de contraintes, de liaisons, d'objets, temps approximatifs de résolution ; honnêteté aussi vis à vis des utilisateurs, et, sauf pour certains jeux, pas de discrimination sur des critères manifestement aléatoires, injustes, ou illégaux
- 3) **SIMPLICITÉ** d'utilisation et de compréhension, concision dans les explications
- 4) **CLARTÉ** dans les termes utilisés et dans les présentations, numérotation des écrans et sorties diverses, sauf cas particulier respecter la linéarité et la modularité
- 5) **PRÉCISION** dans les traitements et les informations
- 6) **UNIFORMITÉ** dans les concepts et les fonctions qui les traduisent, mêmes touches pour les fonctions "Retour en arrière", l'aide ... éviter les synonymes ou mots proches par exemple "Menu" "Sommaire"... un seul terme suffit
- 7) **CONVIVIALITÉ**, par exemple circularité des menus déroulants, couleurs modulables, ou en tous les cas choisies à bon escient et en nombre restreint, icônes ou termes mnémotechniques, possibilité à tout moment de revenir en arrière ou au dernier aiguillage ou au début ou même de tout interrompre ...
- 8) **RAPIDITÉ** dans la rentrée des données et dans les traitements
- 9) **DOCUMENTARITÉ** avec une aide sur tout ce qui peut faire difficulté, en particulier, dans les logiciels scientifiques, explication des méthodes et algorithmes utilisés, ou au moins références des sources utilisées
- 10) **FIABILITÉ**, en particulier un logiciel doit être testé pour tous les cas d'utilisation et si possible contenir ses propres éléments d'autodiagnostic, ceux-ci devraient d'ailleurs pouvoir servir en même temps d'exemples ou d'illustration pour les utilisateurs
- 11) **SÉCURITÉ**, avec surtout une protection contre les utilisations malencontreuses ou délictueuses
- 12) **PORTABILITÉ** entre systèmes ou matériels (cf. par exemple la thèse de KARAM [9](1993) proposant un Système d'Exploitation Universel sous PROGRESS)
- 13) **TRANSFÉRABILITÉ** des fichiers de données entre différents programmes concurrents ou complémentaires
- 14) **COMPATIBILITÉ ASCENDANTE** entre les différentes versions sauf cas particulier dû à l'exploitation de nouvelles technologies (par exemple le saut entre QUICKC ou QUICKBASIC et leurs versions VISUAL)
- 15) **RÉFÉRENCE**, avec l'adresse du créateur et éventuellement du distributeur, les garanties diverses, les suivis prévus
- 16) **IDENTIFIÉ** par un numéro, ou à tout le moins par un numéro de version et une date, permettant, comme pour les autres produits de redécouvrir le "lot et l'origine de fabrication".

Il faut préciser que très peu de logiciels, sauf les "grands du marché" comme WORD, EXCEL, ACCESS, les QUICKS de MICROSOFT, les TURBOS de BORLAND, LOTUS, etc... satisfont à la majorité de ces impératifs. Encore récemment DOS 4.0 s'est révélé inadapte dans plusieurs cas importants.

Une dernière question doit d'ailleurs être soulevée relativement à l'uniformisation des icônes et à la protection des idéogrammes. Mais tout cela est probablement insoluble du point de vue du droit.

7 - L'ERGONOMIE LOGICIELLE CONCERNE TOUT UN ENVIRONNEMENT

Outre les points précédents, il faut signaler que l'ergonomie logicielle doit absolument intégrer tout un environnement conditionnant la qualité du travail.

Il est en effet beaucoup trop fréquent de voir certains responsables informatiques considérer les utilisateurs comme de vulgaires exécutants n'ayant droit à aucune information, aucune documentation, obligés de se référer à eux-mêmes ou à des notices techniques énormes, incompréhensibles, floues, incomplètes, erronées, ou même disparues quand ce n'est pas tout simplement inexistantes, alors qu'une indication ou une formation adéquate éviterait des pertes de temps, des erreurs, et des attitudes de rejet ou d'enfermement, et même purement à du sabotage. Il ne coûte rien d'indiquer sur un lecteur de disque si c'est une unité A ou B lorsque plusieurs ordinateurs différents coexistent..., mais certains pensent préférable de privilégier la pureté du boîtier... La vitesse de réponse des souris doit être adaptée... Le nombre de fois ou un "informaticien" est appelé à résoudre un problème et, l'ayant ou non résolu, repart sans que vous n'avez rien compris, alors que deux mots ou une petite note vous permettraient de faire face à cette éventuelle difficulté la prochaine fois, est monnaie courante. Et ici nous ne rentrons pas dans l'ergonomie informatique pure où l'on voit secrétaires, étudiants, cadres travaillant sur des écrans disposés à contre jour, mal réglés, dans des conditions de bruit empêchant toute concentration (dans ce domaine, qui s'est d'ailleurs interrogé sur le pavé numérique où dans le cas de travaux de saisies importantes il serait souvent plus commode de valider les entrées à la main gauche, par une touche située à gauche et non à droite ?).

Il faut reconnaître que la portée de l'article 5 du décret va ici beaucoup plus loin qu'il n'y paraît de prime abord, surtout si l'on élargit le sens du mot santé à la santé mentale.

Les distorsions sur l'utilisation de l'informatique sont sans nombre. Nous pourrions citer par exemple une institution où le traitement de texte acheté et seul autorisé dans l'organisation est WORKS, mais où, sans formation, le personnel utilise WORDPERFECT, "en douce", et où d'autres préfèrent "WORD"... On peut d'ailleurs se demander dans quelle mesure une organisation imposant à son personnel l'utilisation de certains logiciels sans formation et sans aide n'est pas en fait tout aussi responsable du piratage d'autres logiciels que ses employés eux-mêmes. Il y a en effet des limites à être obligé d'obéir à des façons de travailler parfaitement désagréables et déstabilisantes, souvent perpétuées par des directions qui se reposent sur des responsables ou des sous-traitants informatiques supposés savoir ce qu'ils font. Combien de logiciels installés incomplètement sans avertissement, tout cela pour en faire tenir un plus grand nombre sur les mêmes supports...

Il serait éminemment souhaitable que des audits informatiques soient menés de temps en temps sur les conditions de travail qui, comme nous l'avons dit, relèvent tout aussi bien de l'ergonomie matérielle que logicielle.

Il est probable que la mauvaise qualité généralisée de l'environnement logiciel résulte de ce que l'on pourrait appeler l'atavisme ou le syndrome de la machine à

écrire où il suffisait d'une formation de secrétariat pour se débrouiller toute sa vie durant avec les mêmes notions...

L'informatique n'est pas cela.

8 - L'ERGONOMIE TÉLÉMATIQUE ET LE MINITEL

Il nous paraît utile d'ouvrir un chapitre sur le sujet fondamental du MINITEL dont on dit qu'il commence à devenir familier à un grand nombre d'utilisateurs (760 millions d'appels en 1992... près d'un milliard... pour un parc de 6.2 millions d'appareils et plus de 20000 services... et un total de 110 millions d'heures de connexion, dont 1/4 pour l'annuaire électronique, - le "11" -...). Malgré la morosité économique et contre toute attente, après 12 ans d'existence, 1992 a été la première année où le MINITEL a été bénéficiaire (cf. 01 Informatique, [29](1993)) avec un Chiffre d'Affaires en progression de 10 %.

Sans en contester le principe ni l'utilité, nous ne pouvons que manifester un réel étonnement devant l'aspect louangeur dont il est généralement entouré. Outre les anciens claviers "alphabétiques" et de nombreuses curiosités comme les ambiguïtés, pour l'utilisateur moyen, entre "correction", "annulation", et même "retour" ou entre "suite" et "envoi", il faut reconnaître que la plupart des programmes donnent l'impression de rivaliser en chausse-trappes, ambiguïtés, incertitudes, redites, et cul-de-sac de toutes parts.

L'utilisateur y est généralement considéré comme un animal captif que l'on va promener dans des labyrinthes de questions et d'affichages inutiles ou secondaires, avec insertion de publicités ou de conseils divers sans aucun intérêt direct avec ses préoccupations. Sans numéro d'écran, sans comptabilisation affichée "en standard" du prix à payer, on ne sait pas se situer et l'accumulation des menus et des sous-menus conduit l'utilisateur piégé dans des méandres dont il imagine qu'il sont nécessaires "puisque ce sont forcément des spécialistes sérieux qui ont dû mettre cela au point". A ce propos il est utile de rappeler qu'au lieu de "connexion" qui ne donne d'indication de tarif qu'en tout début, il est souvent plus intéressant de faire "connexion + sommaire" qui permet d'obtenir la somme dépensée à tout moment.

Les exemples sont innombrables et il est étonnant que tant de serveurs puissent fonctionner de façon aussi anarchique. Ou alors c'est que le MINITEL est devenu un pur jeu plongeant ses racines dans un inconscient dont la logique ne nous est plus perceptible. (Précisons que ce n'est pas le MINITEL lui-même qui se trouve mis en cause ici mais les programmes qui y font appel).

Nous ne retiendrons que deux exemples, le 36-15 SNCF et le 36-17 FAMILY dont la publicité couvre les médias et à côté duquel la bague de Ré de Danièle Gilbert n'est probablement qu'une vétille. Ceux-ci permettent d'ailleurs de dire l'essentiel sur un phénomène que l'on peut considérer "de société".

8.1 - Le serveur télématique le plus utilisé en France

A part l'annuaire électronique dont les 3 premières minutes sont gratuites, le serveur le plus demandé en France est celui de la SNCF (Société Nationale des Chemins de Fer Français) appelé SOCRATE. Celui-ci semble rivaliser ces dernières années en incohérence, incompétence et abus de toutes sortes. Il paraît que la rentabilité en est le but ultime (cf. BROUSSOLLE [4] (1993)).

Nous commençons par quelques remarques parmi d'autres faites "à chaud" en mai 93. Il faut préciser que cette version a reçu depuis peu quelques améliorations qui sont cependant loin de présenter satisfaction. Comme la première version apparue en 1991 (en 1985 aux dires de certains...) s'est maintenue pendant pratiquement 2

ans malgré les innombrables réclamations des utilisateurs, nous pensons qu'elle mérite de rester dans l'histoire et nous la présenterons telle qu'on pouvait l'observer en mai 1993. Nous présenterons ensuite les quelques améliorations de la "nouvelle version" de fin 1993. Reprenant donc ici nos observations telles quelles, nous notions que dans SOCRATE 1 :

- "Il faut en moyenne environ 16 écrans pour réserver un billet.

- Une personne non entraînée perd environ 1/4 d'heure pour s'en sortir. Ce qui pénalise donc les utilisateurs occasionnels. Il n'est d'ailleurs pas rare qu'on puisse passer d'1/4 d'heure à plus d'1/2 heure et même 1 heure pour arriver à une réservation hypothétique... Il y a d'ailleurs nombre de parcours impossibles à définir. Probablement que les gens s'y essaient tout de même pour éviter des queues interminables dans les gares impliquant partout des pertes de temps plus ou moins équivalentes, queues à l'évidence amplifiées par des systèmes devenus si compliqués que plus personne ne peut s'y retrouver, surtout lorsque l'utilisateur se met à chercher désespérément, en tâtonnant, des billets moins chers que d'autres...

- Si, tout au début, l'utilisateur est prévenu d'un très modique 12 centimes de connexion, ce qui le met en confiance, il voit moins que cela est suivi de 99 c la minute (...moins que 1 Fr, et puis avec 99 c le calcul du prix de connexion apparaît trop difficile à calculer...) cela fait tout de même 30 francs par demi-heure, ce qui correspond à une augmentation de 10 % du prix d'un billet de 300 Fr, tout bénéfique pour l'entreprise qui en retire plus de la moitié et les TÉLÉCOM le reste... or nous allons voir qu'il semble que tout soit fait pour faire durer le temps de connexion.

En ce qui concerne l'ergonomie proprement dite (mais ce qui précède en fait déjà bien partie) il faut d'abord retenir que tout affichage de logo, de graphique, de texte, toute répétition, toute ambiguïté, impossibilité de revenir en arrière, tout nouvel écran, accroissent le temps de connexion et le coût pour l'utilisateur.

- On trouve affichée sur un écran une liste de tarifs parmi lesquels il faut choisir, alors qu'il en manque un se trouvant sur un autre écran auquel on ne peut accéder qu'en choisissant "autres tarifs" (au pluriel) et qu'il n'est alors proposé qu'un seul tarif (sic) pour lequel on demande le résultat de son choix, alors qu'il n'y a plus qu'une seule possibilité (resic)... Tout ceci, alors que l'ensemble de tous les tarifs pouvait être affiché sur un seul écran... en y intégrant le dernier, à savoir famille nombreuse... Faut-il comprendre que la SNCF cherche à pénaliser systématiquement les familles nombreuses ?

- Impossibilité de réserver plus de 6 places ensemble par MINITEL....(les parents et 4 enfants... grand-mère et grand-père doivent être envoyés dans un autre wagon...)

- Un nombre incroyable d'inconséquences... obligation de revenir tout au début, au sommaire, pour un rien, quitte à recommencer les procédures. Combien de fois la touche "Retour" se trouve-t-elle "ineffective", ou "incorrecte" (langage de la SNCF... pourquoi pas inactive ou invalide ?... et finalement pourquoi ne pas l'avoir rendue active ?) Pourquoi aucune explication ?

- Un "écran précédent" s'appelle de diverses façons dont "vue précédente". Il faut 4 écrans pour identifier une famille nombreuse. Au 8ème écran, on découvre enfin des horaires, mais on ne sait pas les prix chiffrés des "réservations" sur les trains proposés. On se trouve ensuite dans un écran d'identification du confort souhaité qui relève de la pure combinatoire... on est alors obligé, en l'absence de satisfaction de sa demande, de pianoter désespérément pour trouver un confort (fumeur ou non, fenêtre ou non...) le plus proche de celui souhaité alors que le MINITEL peut signaler tout de suite les impossibilités... Sans savoir si une demande a été honorée on découvre une indication pernicieuse indiquant "train suivant" qui peut largement laisser croire qu'il n'y a plus de place dans le train en question et qu'il faut prendre le

"prochain train" en partance (pourquoi pas le précédent d'ailleurs...)... alors qu'il ne s'agit de rien d'autre que de chercher une "réservation" dans un autre train que l'on a à prendre ensuite en correspondance à la suite du précédent... En attendant, le non-initié se retrouve facilement renvoyé au tout début du sommaire pour recommencer tout à zéro...

- Lorsque l'on cherche une réservation, ce qui importe d'abord, c'est de savoir s'il existe une place disponible... or on nous fait préalablement passer par des questions sur les tarifs choisis... ce qui pénalise encore les familles nombreuses qui a priori devraient pouvoir monter dans tous les trains... Il est très probable, comme cela a déjà été évoqué par d'autres, que l'on court ainsi vers des prix variables en fonction de la demande et pourquoi pas en fonction des prévisions météorologiques... Dispositions en porte à faux avec la Loi d'Orientation sur les Transports Intérieurs (LOTTI) selon laquelle la SNCF doit respecter les principes du service public. Comme l'a noté le Professeur BROUSSOLLE, ce principe, bien que relativement flou dans son acception par le Conseil d'État, présuppose cependant

- une *finalité* concernant l'intérêt général d'abord et non la recherche du profit
- une *continuité* dans le service, bien que nuancée par l'article 9 du cahier des charges de 1983 qui impose que les trains doivent offrir "des places en nombre suffisant pour répondre aux besoins normaux du trafic" (ceci ne dit pas que le normal doit devenir l'exception et que les places disponibles le soient sur les plus hauts tarifs...)

- une *égalité* d'accès au transport et à l'information, or il n'est probablement pas dans l'esprit de la loi que l'information soit si fluctuante, si compliquée, et si biaisée, que les gens soient finalement conduits vers les options les plus chères, en particulier lorsque certains prennent des réservations en surnombre pour se ménager plus de souplesse et que ceci conduit à un système dans lequel d'une seconde à l'autre on peut obtenir un tarif A ou un tarif B ou revenir à un tarif A... On peut d'ailleurs chercher à savoir qui peut avoir intérêt à jouer ainsi avec le système...

Que coûte d'ailleurs à la SNCF 1/4 d'heure à 1/2 heure d'employé attaché à satisfaire un client ? probablement au moins 30 Fr. Or 1/2 h de MINITEL lui rapporte plus de la moitié. Dans un cas c'est une perte, dans l'autre c'est un gain... d'où une multiplication des bornes de réservation et une incitation aux réservations télématiques... ce qui revient finalement à accroître la rentabilité... Évidemment tout le monde ne peut être que d'accord, à condition que ce ne soit pas au détriment de l'utilisateur. En supposant amortis les systèmes informatiques, on se trouve donc, dans le cas du MINITEL, devant une augmentation de quelque 50 F de rentabilité par billet. Ce qui n'est d'ailleurs que tout bénéfique lorsque la prestation n'est pas satisfaite ...

Précisons, pour ceux qui souhaiteraient étudier ce problème avec plus de précision, que le 36-15 SNCF en question donnerait lieu sans difficulté à plusieurs pages de remarques (on a parlé de plus de mille anomalies pour SOCRATE 1)...

Dans ce domaine les seuls recours se rattachent à la loi Informatique et Liberté qui autorise tout un chacun à obtenir et à contester toute information ou traitement le concernant. Par exemple rien n'empêche théoriquement les usagers à connaître les informations, critères et algorithmes pris en compte ou utilisés à la période considérée, en particulier rien ne s'oppose a priori à obtenir le listing de SOCRATE ainsi que le logiciel de la compagnie American Airlines dont la licence a été achetée par la SNCF... pour la modique somme de 1,3 milliard de francs (cf. Le Monde, 21-22 mars 1993).

Décrié de façon unanime par toute la presse, tous les utilisateurs et le personnel lui-même de la SNCF, le système "SOCRATE" (on ne sait s'il s'agit de la sagesse du penseur ou de son attrait pour le suicide) apparaît comme un

phénomène d'une ampleur jamais atteinte dans le secteur des logiciels informatiques, caractérisé par le dédain absolu des utilisateurs et l'impossibilité à maîtriser des changements organisationnels (cf. CARRÈRE [5](1993), Science et Vie [24](1993), BAVEREL [2] (1993)). Signalons en outre que le billet lui-même, illisible et trompeur doit être considéré comme *faisant partie intégrante de l'ergonomie logicielle*. Celle-ci n'a en effet aucune raison de se limiter aux seuls écrans, mais s'étendre à tout ce qui peut découler de l'application du logiciel...

Quoiqu'il en soit, ainsi que conclut ironiquement le Professeur Denis BROUSSOLLE [4] (1993) de la Faculté de Droit de Dijon, "si l'économie commande, et si SOCRATE n'est pas conforme au droit, reste à conformer le droit à ses besoins..."

Avant d'en terminer, on doit tout de même dire que le système se présente depuis la fin de l'année 93 sous une version plus ou moins améliorée. Les points principaux sont les suivants :

- 2ème écran (après un écran inutile) : 'information éditeur (INE) ne fonctionne pas (sélection invalide)...

- le terme "Information voyageur" abrégé en "Information"...

3ème écran : le terme de LOCALITÉ est utilisé pour le départ et l'arrivée... Pourquoi pas celui de GARE ? Y-aurait-il des trains partout ?

- le terme habituel de "plein tarif" devient "tarif normal"... les autres sont-ils donc anormaux ?

- 4ème écran : on découvre enfin l'ensemble des tarifs réduits sur un même écran, mais il en faudra tout de même 3 autres pour réserver des places pour l'ensemble des voyageurs supposés tous au même tarif....

- dans le nouveau logiciel la touche "retour" marche enfin, mais malheureusement ceci n'est pratiquement jamais indiqué et le client moyen, ne le sachant pas, se laisse inévitablement ramené au sommaire du tout début pour toute correction ou réexamen d'un écran précédent... ; pour ajouter à la confusion, le retour doit se faire dans certains écrans en appuyant sur la touche "guide"

- 7ème écran : on se demande pourquoi on nous fait retenir deux sigles > ou -> pour indiquer les trains correspondants au tarif de l'utilisateur..., ce qui est d'ailleurs rappelé sur l'écran d'après...

- on se demande pourquoi de nombreux écrans se voient intitulés "DISPONIBILITÉS" alors que les renseignements qui s'y trouvent n'ont aucun rapport avec ce terme....

- 8ème écran : notant d'abord qu'il est demandé préalablement une heure approximative de départ, mais que cela semble ineffectif... ; les "Niveaux" de tarif auraient pu être indiqués en clair... est-ce pour essayer de masquer à l'utilisateur les véritables prix... (on sait que le principe de la "réservation" se trouve en fait maintenant intégré dans le prix..., le concept de billet avec réservation indépendante étant subtilement modifié...)

- dans certains trains où il n'y a pas de réservation.... on vous propose pourtant "fenêtre" ou couloir"...

- le 1er janvier 94, la radio et la télévision ont pu faire état d'une trentaine de vacanciers ayant pu réserver des places dans un train qui n'avait jamais existé

- dans le nouveau "SOCRATE" le nombre d'écrans pour réserver un billet est à peu de choses près le même que précédemment...

- mis à part les TGV ou une réservation est obligatoire... la majeure partie des trains se trouvent assortis d'une "réservation recommandée" même ceux de petites lignes ou tout le monde sait qu'on y trouve de la place....

- pour les distinctions "non fumeur" "fumeur" un en-tête du type "atmosphère" serait le bien venu...

- quant au billet, les améliorations sont minimes...

La pratique pourra probablement convaincre l'utilisateur qu'on est encore loin d'un système "ergonomique", fiable, honnête, clair, rapide, et facile d'utilisation. En particulier, la SNCF laisse entendre (cf. Grandes Lignes [42](1993)) que le temps moyen de communication serait de 4 mn 40... Il s'agit probablement d'une coquille qu'il faut lire "temps minimal", - et encore pour celui qui sait exactement ce qu'il veut et sous réserve que sa demande n'offre aucun obstacle... L'affirmation de cette revue publicitaire payée (?) sur le billet des premières classes par laquelle "La mise en place du nouveau système SOCRATE a permis d'améliorer considérablement le dialogue télématique..." nous paraît à tout le moins devoir être quelque peu tempérée...

8.2 - Un serveur télématique parmi d'autres, le 36-17 FAMILY

Dans ce qui précède, il s'agissait d'un logiciel télématique pratiquement incontournable pour la vie de chacun, tant professionnelle que personnelle.

Dans ce qui suit nous allons voir ce qu'il en est pour un logiciel essentiellement de loisir apte à intéresser cependant un très vaste public : le 36-17 FAMILY dont la publicité a envahi les médias et qui laisse entendre qu'il dit tout sur l'origine des noms de famille.

On peut noter les points suivants :

- Les coûts définis en entrée sont de 12 centimes (avec ce premier renseignement on attaque le système avec sérénité...) puis de 3 F 42 la minute, devenu 5 F 48 fin 1993.... Ce prix est-il noté par l'utilisateur ?
- Celui-ci ne peut deviner qu'il va se trouver embringué dans une suite de 100 écrans (réduit à une soixantaine, fin 93,...), alors que tout ce qui l'intéresse est la signification ou l'origine de son nom de famille (ambiguïté, d'ailleurs, car on peut croire que l'on va découvrir l'*origine* de sa famille...). Quant à l'origine de son nom, l'intéressé ne le saura, et encore ce n'est pas sûr, -tout n'étant évidemment pas connu du système-, qu'au 90ème écran où il pourra enfin espérer obtenir le sens de son nom, qui se révélera d'ailleurs faux en ce qui nous concerne...
- En s'engageant dans un tel système, l'utilisateur ne sait évidemment pas que cela lui en coûtera quelque chose comme 126 F..., devenu 180 F fin 1993..., coût que rien ne peut laisser présager... d'autant plus que la quasi-totalité des renseignements proposés sont hors-sujet et ne peuvent intéresser que très marginalement les demandeurs, par exemple 8 pages sur le prénom de la mère, 5 ou 6 sur des guillotinés de la révolution française portant le nom de l'un des parents, avec tous les diminutifs et synonymes..., 15 pages sur des synonymes du prénom du demandeur, à la 12ème page celui-ci découvre que le système ne possède aucun renseignement sur le nom de jeune fille de sa grand-mère paternelle...
- A-t-on testé le nombre de fois où la touche "correction" ne fonctionne pas ?

8.3 - Vers quoi va-t-on ?

Ces quelques observations devraient parler d'elles-mêmes et il serait plus que temps de s'interroger sur l'aspect social de tels systèmes...

A l'inverse d'un livre dont le prix est facile à connaître, sinon obligatoire, et dont on peut au moins apprécier l'épaisseur, les deux applications grand-public considérées sont muettes sur les temps estimés de connexion et sur les prix en cours (sauf manipulation particulière en début ou en fin de consultation...). On peut se

douter des sommes colossales qui se tapissent là derrière. Et lorsque ce n'est plus tel code d'appel, cela réapparaît sous un autre nom de code peu de temps après... Ainsi en est-il du tout nouveau 3617 NOME qui est un sorte de cousin du 3617 FAMILY. Ces logiciels se trouvent maintenant encombrés de diverses publicités comprises évidemment dans le prix. Pour ce qui nous concerne, il en a coûté 54 F pour que NOME affiche ses excuses de n'avoir aucun renseignement sur l'origine du nom d'un des auteurs...

Il est évident que les serveurs et leurs commanditaires trouvent là une manne incroyable, jeux de toutes sortes, renseignements divers attisés par de multiples publicités, exploitation abusive des problèmes des uns et des autres... , vulgarité à tout crin, et tout cela avec des contrôles devenus quasiment dérisoires sinon impossibles de la part de la Commission Informatique et Liberté (la CNIL). Bien entendu, il en va là comme ailleurs, et les excès ne doivent pas cacher de nombreuses applications honnêtes, utiles, ou distrayantes... mais la loi ne peut certainement pas rester indifférente devant des produits logiciels dont l'intérêt et le prix ne peuvent être connus qu'après utilisation. Un livre ou une revue peuvent toujours être feuilletés, sinon "pesés" avant utilisation. Pas un logiciel télématique.

Pourquoi ne pas imposer une page de garde, gratuite, ou d'un prix modique, permettant de prendre connaissance des caractéristiques principales du logiciel : nombre d'écrans, prix pour obtenir les principaux renseignements recherchés ?...

9 - RÉFLEXIONS ET PERSPECTIVES

Le champ de l'ergonomie logicielle est loin d'être facile à délimiter et l'évolution technologique en rend pratiquement impossible toute définition précise et exhaustive. En fait il s'agit d'offrir aux utilisateurs des outils de travail les mieux adaptés, non seulement à leur main mais à leur esprit... et la diversité des sujets et des objectifs conduit chaque fois à des approches particulières où la satisfaction de l'utilisateur devrait être l'objectif premier. On pourra bien sûr rétorquer que cette satisfaction doit être différenciée.

Il reste néanmoins qu'un certain nombre de règles de base devraient être respectées dans un domaine où il n'est pas nécessaire d'être un spécialiste pour identifier ce qui est vraiment inadapté ou à la limite de l'escroquerie. Le problème de la codification, ou en tous cas d'une réglementation minimum dans le secteur de l'ergonomie logicielle, apparaît malgré tout comme urgent en particulier du fait de la pénétration de ces outils à l'intérieur des familles et de toute la société. Pourquoi pas une norme ISO imposée par les TÉLÉCOM sur les programmes MINITEL ? De même pourquoi pas un label d'ERGONOMIE avec implication des utilisateurs pour des logiciels tant de loisir que professionnels ?

La question se pose évidemment de préciser un certain nombre de directives générales ayant pour but de protéger l'utilisateur contre les imperfections ou abus les plus flagrants. Si le Décret du 14 mai 1991 est déjà un pas dans ce sens, nous avons vu qu'il était très loin de considérer l'ergonomie logicielle comme un problème en soi. Il conviendrait au moins qu'elle en définisse les traits essentiels et qu'elle permette d'identifier ce qui manifestement est à classer dans le domaine de l'abus de confiance, de l'escroquerie, et de la vente forcée... S'il est très difficile de définir toutes les fonctionnalités et particularités d'un logiciel, il reste que l'utilisateur ne peut pas rester indéfiniment sans défense face à de multiples incertitudes et problèmes auxquels il peut se trouver confronté...

A cette fin, on peut rappeler l'article 3 de la loi Informatique et Libertés du 6 janvier 1978 qui stipule que *"tout individu a le droit de connaître et de contester les informations et les raisonnements utilisés dans les traitements automatisés dont les*

résultats lui sont opposés". Si cette loi peut servir à contester la logique même d'un logiciel, - mais qu'en est-il au bout de 15 ans d'application ? -, il est clair qu'elle se comprend aussi comme recouvrant toute l'ergonomie logicielle.

Ce recours n'est cependant qu'une piètre consolation pour l'utilisateur, et, en attendant, il est souhaitable que certains domaines puissent trouver un minimum de réglementation assurant une qualité et une honnêteté minimum des logiciels. En particulier dans les domaines télématiques,... et certainement aussi, de façon plus globale, dans le cadre de l'informatique professionnelle.

10 - RÉFÉRENCES

Nous distinguons ci-après les références nominatives d'autres provenant de diverses sources.

10.1 - Références nominatives

- [1] ALEXANDRE, E. - Words from outer space ! PC Expert, p.113, mai 1993.
- [2] BAVEREL, Ph. - Les déboires de SOCRATE. Le Monde, dimanche 21, lundi 22 mars, 1993..
- [3] BORIS, M. - Ergonomie et informatique. Soft et Micro, p.201, juin 1991.
- [4] BROUSSOLLE, D. - La mort du service public ? Le Monde, dimanche 21, lundi 22 mars 1993.
- [5] CARRÈRE, A. - Socrate en version française. Épargner, p.63 n. 15, mai 1993.
- [6] CAHIER, J.-P. - Ergonomie. Le travail sur écran contrôlé par la loi. Le Monde informatique, p.22, 14 décembre 1992.
- [7] DJIBRIL, F. - Votre écran est-il dangereux ?. Science et Vie Micro, n. 68, janvier 1990.
- [8] JEANNE, F. - Salon ERGO'IA à Biarritz. Les ergonomes devront se plier aux lois du marché. Le Monde Informatique, p.22, 22 octobre 1990.
- [9] KARAM, L. - P.S.E.U. Prototype d'un Système d'Exploitation Universel. Thèse de Docteur ès Sciences de Gestion, IAE Aix-en-Provence, 10 mai 1993.
- [10] LECERF, P. - Générateur d'interface graphique, l'ergonomie marque des points. 01 Informatique, n. 1126, p.32, 31 août 1990.
- [11] MAHMOUDI, H. - Le Minitel travaille son image. Le Monde informatique, 16 novembre 1992.
- [12] MARTIN, S. - La loi se penche sur l'ergonomie. Soft et Micro n. 90, p.205, novembre 1990.
- [13] MERLIN, P.-A. - L'écran mis en cause. Info PC, n. 56, novembre 1989.
- [14] MILLIOT, F. - C. U. A. (Common User Access) et l'ergonomie logicielle. Micro-Systèmes, p.175, avril 1991.
- [15] PYNSON, J. LANGLET, P. - Le travail sur écran enfin réglementé. Décision Micro, n. 115, 22 février 1993.
- [16] SCHMUTZ, D. - L'informatique rend-elle sourd ? Micro-systèmes, p.113, novembre 1989.
- [17] SERGENT, Dr. Y. - Les lombalgies. INRS, ED 464, tiré à part de la revue "Travail et sécurité", novembre 1970.
- [18] SPERANDIO, J.-C. - L'ergonomie du travail mental. Masson, Paris, 1988.

10.2 - Autres Références

- [19] Arrêté du 19 février 1993 relatif à la terminologie informatique. NOR : INDI93000058A, p.3603, JO. du 7 mars 1993.
- [20] C.U.A. et ergonomie logicielle. Micro Systèmes, p.175, avril 1991.
- [21] Conditions de travail devant les écrans cathodiques. Cahiers de notes documentaires INRS, n. 101, 1980.
- [22] Décret n. 91-451 du 14 mai 1991 relatif à la prévention des risques liés au travail sur des équipements comportant des écrans de visualisation. NOR : TEFT9103515D, p.6497, JO. du 16 mai 1991.
- [23] Dimensionnement des postes de travail. INRS, ND 1347-105-81, 1981.
- [24] SOCRATE est un menteur. p.37, Science et Vie Micro, avril 1993.
- [25] Ergo NOKIA DATA. Micro systèmes p.156, décembre 1991.
- [26] Faut-il avoir peur des écrans de visualisation ? Que choisir n. 239, mai 1988.
- [27] La protection des salariés travaillant sur écran. Soft et Micro, n. 82, p.168, février 1992.
- [28] Le 11, comme on le cause. Science et Vie Micro, p.37, avril 1993.
- [29] Les écrans cathodiques sont-ils dangereux ? 01 Informatique n. 1116, 15 juin 1990.
- [30] Journal de Médecine. Nouvelle Angleterre, 1993.
- [31] Les écrans sans risques. Le Figaro, 13 avril 1991.
- [32] Les écrans de visualisation, guide méthodologique pour le médecin du travail. INRS, ED 666, novembre 1987.
- [33] Les terminaux d'ordinateur à écran cathodique. INRS, ND 1049-6-77, 1977.
- [34] L'ergonomie du piano à bretelle. Science et Vie Micro p.24, avril 1993.
- [35] Mal de dos. Que choisir, n. 240, juin 1988.
- [36] Mieux vivre avec votre écran. INRS, Paris, 1989.
- [37] Minitel : vive la crise ! Science et Vie Micro, p.31, avril 1993.
- [38] Travail sous binoculaires, astreintes visuelles et posturales. INRS, ND 1500-117-84, 1984.
- [39] Travail sur terminal d'ordinateur et santé. INRS, ND 1613-126-87, 1987.
- [40] Travail et sécurité. INRS, avril 1988.
- [41] Travaux devant les écrans de visualisation. CNAM INFO, Travail et Santé, n. 6, p.398, 1987.
- [42] 3615 SNCF : le train dans un fauteuil. Revue "Grandes Lignes", n. 12, décembre 1993, janvier 1994.

LA FINLANDE.

SE SOUVENIR, AU SEUIL DE L'EUROPE

Par

Françoise THIBAUT
Professeur à l'Université de Franche-Comté

Née en décembre 1917, dans la tourmente de la Grande Guerre et de la Révolution soviétique, la République de Finlande eut une enfance anxieuse, une adolescence difficile, parfois tragique, une jeunesse tumultueuse ; une fois passés les boutons de la puberté, qui eurent pour nom extrême-droite et communisme, remise sur le bon chemin démocratique par des pères vigilants et parfois autoritaires, cette belle nordique se révéla bien douée, et fit un magnifique mariage d'amour avec le Bloc Occidental. Les années 1965-1985 furent pour elle une sorte d'apothéose... déjouant les pièges stratégiques entre l'Est et l'Ouest, elle devint un des centres de stabilisation et de normalisation des relations entre les deux Blocs, donna au modèle social nordique une vigueur inattendue, mérita son surnom de "Japon de l'Europe" par une ingénierie, une activité et un enrichissement surprenants. Parfois désignée comme le pays "le plus capitaliste du monde", elle trouva son équilibre dans un multipartisme souvent turbulent ou besogneux, et devint une des championnes du cabinet de crise ou de techniciens.

Mal connue des Français, elle est parfois assimilée par eux aux Républiques de l'Est de l'Europe, ce qu'elle n'apprécie guère ; son système parlementaire, souvent qualifié de semi-présidentiel ou dualiste, a en effet pratiqué des présidences musclées mais toujours scrupuleusement légalistes. Mais, bien sûr, pour garder au pouvoir un homme comme Urho Kekkonen, la Finlande n'hésita pas à pratiquer un de ces "coups juridiques" qu'elle avait inventé pour la Guerre d'hiver, comme nous le verrons plus loin, jouant avec les renouvellements présidentiels, les mandats exceptionnels, les prolongations votées...

Parvenue à l'âge adulte, en cette extrême fin du Vingtième siècle qui la fabriqua, la Finlande s'interroge sur son avenir, et présente trois particularités intéressantes dans l'actuel contexte européen :

- La chute de l'Union soviétique en fait presque un "pays comme les autres" : toute sa vie et son existence même furent bornées par ce terrible voisinage. Or, c'est fini : Leningrad s'appelle de nouveau Saint Petersburg et le terrorisme des gels staliniens appartient à un sombre moyen-âge de la politique. On pourrait presque dire que la Finlande n'a plus aucun intérêt. Cela n'est pas tout à fait vrai : d'abord tout danger n'est pas écarté ; il y a toujours les stratégies polaires et baltiques, et toute la menace potentielle que pouvait représenter l'URSS n'a pas entièrement

fondue avec la Russie de Boris Eltsine. Il y a les dangers que le désordre russe représente en lui-même, de nouvelles relations à harmoniser. Il est indéniable que la République de Finlande a joué un certain rôle, dans ces changements, notamment vis-à-vis des États Baltes, (l'Estonie surtout), dont elle a beaucoup encouragé, et de toutes sortes de manières, le désenclavement. Il y a donc la carte de "l'influence baltique" à jouer, et elle n'est pas mince, surtout depuis la réunification allemande : la Baltique était divisée en deux avec les deux Blocs. Elle ne l'est plus : la "Hanse" va renaître, avec ses partenaires traditionnels depuis le plus lointain Moyen-Age. Par ailleurs, il ne faudrait pas que la Russie exporte vers Helsinki ses habituels désordres, son anarchie latente, son impalpable misère, et surtout, cette manie des gouvernements extrêmes : il n'y a pas de tradition parlementaire en Russie, il n'y en a jamais eu ; juste cette relation entre le "Chef", avec le Kremlin, et le peuple qui descend dans la rue, attisée par des anarchismes et des nihilismes qui empêchent justement, toute décision d'hémicycle. Donc, la Finlande veille, surveillance, conseille, finance aussi ; car la raison vient parfois avec un peu d'aisance.

- La Finlande subit actuellement de plein fouet la récession économique générale : après 30 années d'ascension foudroyante et une insolente prospérité, l'économie a été agressée à la fois par la chute de l'Est et la crise de ses partenaires occidentaux. Elle découvre les aléas de la concurrence internationale, de marchés saturés, du manque de diversification et de prix non compétitifs. Les faillites se sont multipliées, le chômage est apparu et l'État se révèle trop pesant : l'État dépense aujourd'hui plus de 56 % de la richesse nationale et le déficit budgétaire atteint les 10 % du PIB. Surtout, le fameux modèle social finlandais est gravement en péril : L'État-Providence, inauguré avec les premières mesures Ryti pendant la guerre, amplifié par Mannerheim, puis déployé par tous les gouvernements depuis les années 50, est en grave péril : pour la première fois depuis 40 ans les parents doivent payer une partie de la cantine scolaire de leurs enfants ; pour la première fois aussi les travailleurs doivent participer à leur ticket-repas, pour la première fois certains soins médicaux deviennent en partie payants... certains salaires ont baissé et le pléthorique secteur public (17 % de la totalité des emplois) va devoir être démantelé... A cela s'ajoutent les incertitudes de voisinage et une jeunesse trop gâtée... Le gouverneur de la banque de Finlande prévoit "des révisions déchirantes et des choix drastiques".

- L'espoir est donc l'Europe : la Finlande, toujours à la croisée des influences et des choix, est "européenne" par définition, par diplomatie et culture. Longtemps empêchée d'être "tout à fait de l'Ouest", elle a compensé ce handicap par un important rôle international et onusien dès 1955. Entrée au Conseil de l'Europe en 1989, elle a posé sa candidature à la Communauté Européenne en mars 1992. Déjà intégrée à l'AELE, la Finlande voit dans l'entrée dans la CEE une manière efficace de résoudre une grande partie de ses problèmes économiques et commerciaux, et de ne pas rester isolée. Mais cela s'accompagnera de choix parfois amers : comment aménager les commerces préférentiels avec la Russie, avec les Baltes ? La question est très débattue et le "non" danois en a effarouché plus d'un. Par ailleurs la Communauté même ne fonctionne plus très bien. Alors, comment choisir ? Esko Aho, le très jeune (39 ans) premier Ministre, centriste, maintient le cap et considère que la Communauté est la meilleure perspective possible. D'autres préféreraient s'en tenir à l'Accord de Porto associant les membres de l'AELE à la Communauté. Un obstacle majeur se profile d'ailleurs à l'horizon : le statut très particulier, très avantageux des agriculteurs de Finlande, lesquels bien que peu nombreux (7 % de la population), sont un maillon fondamental de l'éco-système nordique et de l'équilibre socio-économique général : ils sont les "gardiens des lacs et du Nord". La PAC leur est-elle inapplicable ? La Finlande espère entrer dans la Communauté au début de

1995, et participer ainsi à la révision prévue du Traité de Maastricht en 1996. Son statut de neutralité n'a pas, pour l'instant été abordé, ni la question militaire. Mais ces points ne sont pas constitutionnels. Par contre, le statut des îles d'Aaland est juridiquement plus complexe. Enfin, à l'abri sous le vaste et puissant parapluie juridique européen, la Finlande peut se sentir beaucoup plus solide (encore que toutes ces directives vont beaucoup lui compliquer la vie), et moins isolée, de manière à pouvoir envisager, face à une Russie nouvelle, et elle aussi redevenue "européenne", une renégociation, sur la base du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes inscrite dans la Convention Européenne des Droits, de la question de Petsamo et de l'accès nord à la mer ainsi que celle, jamais vraiment oubliée, de la Carélie. Comme le suggère si justement le Doyen Jean-Louis Quermonne, en 1991, dans la Revue scientifique de l'Université de Grenoble, la Communauté peut devenir, à terme, le meilleur outil européen pour surmonter et dépasser toutes les revendications territoriales et minoritaires de notre sous-continent si varié et déchiré ; au même titre que les Basques, les Bretons, les Gallois, les Sardes, les Catalans, les Caréliens pourraient réaffirmer une identité niée ou perdue.

La vocation apaisante de la Finlande ne fait pas de doute, surtout au regard de son histoire. Sa vocation européenne non plus. Dans la modeste société humaine, les Finlandais ont exprimé une rare opiniâtreté à demeurer eux-mêmes, et à accomplir les trajectoires qu'ils souhaitaient. Le temps est long, la vie est courte, et les grandes rencontres d'Helsinki furent souvent l'ouverture de dialogues inespérés : les Jeux Olympiques de 1952 furent le premier lieu de rencontre informelle, après le déclenchement de la Guerre Froide, entre les Américains et les Soviétiques. Quant à la Conférence de 1975, elle préfigurait un schéma souhaitable, avec quinze années d'avance, et auquel maintenant la réalité prête quelques contours ; nous nous habituons lentement et nous permettons d'espérer, au delà de l'insondable stupidité des hommes.

I - CARL GUSTAV MANNERHEIM ET LE DESTIN DE LA FINLANDE -DE LA COUR DU TSAR À LA GUERRE D'HIVER IMPRESSIONS POLITIQUES

Le Maréchal Carl Gustav Mannerheim a quelque chose de "gaullien". A moins que ce ne soit le général Charles de Gaulle qui ait quelque chose de "mannerheimien" ?

Ces deux militaires à la haute stature et au prénom commun, ont, chacun, et par deux fois, dans leurs pays respectifs, été des "hommes providentiels", des hommes de la dernière chance, des rassembleurs, des organisateurs de la résistance, et pour tout dire, des "sauveurs", sauveteurs de l'honneur et d'une certaine image de la démocratie. Ils ont rassemblé sur eux-mêmes, sur leur nom et sur leur silhouette pourtant unique dans la tourmente, la vision rare d'une "libération", un élan national et sans doute une haute version du patriotisme.

Le baron Carl Gustav Mannerheim appartient à la noblesse nordique, qui est rare, haute, et terrienne. Il a vu le jour sur le domaine familial le 4 juin 1867. Sa famille est anoblie depuis 1683 par la volonté de Charles XI de Suède, érigée en baronnie en 1768 toujours par royale volonté suédoise, puisque le Grand Duché est une terre privilégiée de cette Royauté de grand prestige.

Il y a dans cette famille une très forte tradition de "servir", du service au Roi, à la Couronne, à l'État, au Duché de Finlande. Sa mère, son père, ses oncles, sa soeur aînée, tous, ont des rôles juridiques, sociaux. Il y a en outre beaucoup de militaires dans cette dynastie, à chaque génération.

Le Grand Duché passe sous la tutelle russe, et par la grâce d'Alexandre Ier en 1824. les barons Mannerheim deviennent Comtes. Tout naturellement, le jeune héritier, aux alentours de 1880-90 reçoit l'éducation qui lui est due : il entre à l'École des Cadets de Fredrickshama, passe dans la cavalerie à la prestigieuse École des écuyers Nicolayeff ; il voyage en Europe, fait ce fameux "tour" des capitales, nécessaire à tout être bien né, apprend les langues étrangères. Il est auprès des souverains russes, à la Cour de Petersbourg où les princesses sont plutôt d'origine allemande, et où l'on parle français dans un décor italien. Son point d'ancrage reste toutefois son domaine natal, rustique, lagunaire et finlandais. Voilà donc, sans doute, son premier caractère : passé par le moule suédois, puis l'apprentissage russe, il est pourtant enraciné, de manière profonde, indestructible, presque primaire, attaché à sa terre.

En même temps, il est très cultivé, s'intéresse aux mouvements d'idées de sa féconde époque ; il est "cosmopolite" ou, si l'on veut, "européen" avant l'heure, comme on pouvait l'être avant la Grande Guerre qui changea tout, en coupant sans le savoir le monde en deux.

Lorsque l'aventure orientale arrive en 1904, le Tsar l'engage dans la guerre contre le Japon, puis dans des missions en Asie de 1906 à 1908 dans lesquelles il est plus un organisateur qu'un militaire. Il s'y adonne à l'anthropologie, sera un des premiers explorateurs modernes du désert de Gobi. Il est donc absent lors des premiers secouements révolutionnaires en Europe en 1905.

Promu général de brigade en 1912, il sert auprès du Tsar, puis à Varsovie. Lorsque la Première Guerre mondiale éclate en 14, il protège d'abord la rive droite de la Vistule avec sa brigade, puis, avec la douzième division de cavalerie, il combat en Galicie et en Bukovine. Il a alors deux divisions russes sous ses ordres.

Lorsque la Révolution éclate en 1917, après l'abdication du Tsar, il se considère comme "dégagé" de son serment militaire de fidélité, et, à l'issue d'un périple assez rocambolesque, il réussit à rejoindre la Finlande, sa patrie, qui est en pleine confusion.

C'est là que le destin bascule une première fois, dans cette vie jusqu'alors riche, brillante, mais somme toute assez ordinaire, et, il faut l'avouer, pas très intéressante :

La FINLANDE a fait sécession, profitant à la fois de la confusion et du désarroi russe. La Chambre (Eduskunta) présidée par Svinhufvud, vote l'Indépendance le 6 décembre 1917 : deux grands courants s'affrontent déjà, l'un libéral conservateur démocrate pluraliste "les blancs", l'autre socialiste universaliste révolutionnaire "les rouges".

Le 17 janvier 1918, le parti socialiste lance la Grève Générale et la révolte rouge commence 10 jours plus tard, le 27 janvier : c'est la lutte entre les Blancs et les Rouges, entre le Gouvernement légal et la Révolution russo-rouge.

Mannerheim, cet homme de plus de 50 ans, certainement bien informé, mais qui est "loin des affaires", sait tout de suite l'absolue nécessité de se séparer de la Russie, de la guerre, de la Grève générale. Il est admis au Comité Militaire du Gouvernement provisoire dont il trouve les réunions trop "molles" et "loin de la réalité" : il leur passe carrément un savon... A la troisième séance de travail il déclare l'urgence à former une organisation de défense et à structurer une résistance. Toute son expérience acquise en Russie, en Orient, sur le front, il la met toute entière au service de sa patrie. On lui fait confiance : il organise les Gardes civiques, seules forces alors existantes du territoire, et constitue un état major : il se procure, inlassable, de l'argent, des armes, des appuis extérieurs.

Il entre alors dans la "légende", dirigeant tout depuis son wagon de chemin de fer (c'est l'époque des chefs d'État en train : Lénine, Kémal Ataturk, Hoover...). Du

19 janvier au 16 mars 1918 le général Mannerheim est "l'homme providentiel" de la Finlande : il a lui même pronostiqué trois mois de guerre ; il l'a dit en confidence au Sénateur Arajavi. Son appréciation des Russes se révèle exacte : il les attend, là où il vont, les devine, déployant une activité considérable, dormant peu, n'importe où, dans son train qui souffle la vapeur, au milieu des paysages glacés de la nuit polaire ; il est partout, voit les hommes, prévoit, innove, organise, serre des mains, console, enlève la peur, agit, dit-on, avec une sorte de don de "double vue". Il étonne, inspire l'admiration et la crainte ; un indéfectible lien se tissera avec son peuple pendant ces nuits d'angoisse.

Le temps le plus fort est l'attaque de Tampere le 26 mars, et qui dure 5 jours : il y a 25.000 Russes contre 10.000 Finlandais, mais ils sont galvanisés : 11.000 prisonniers et 2.000 morts du côté Rouge : Lénine, empêtré dans l'imbroglio international de son propre mouvement, fragilisé, baisse les bras ; il cède.

La guerre terminée, Mannerheim se rend à la Chambre, au Sénat de Finlande, et déclare, avec un beau sens du verbe : "... A la tête de la jeune armée finlandaise, je me présente à vous pour clore cette période étrange de mutation : notre première tâche est de construire un État solide qui préservera l'avenir de notre patrie"...

Il abandonne son commandement, conseille, organise des structures pour la jeunesse, les femmes. Du 12 décembre 1918 au 25 juillet 1919 il assure la légalité d'un Gouvernement provisoire en attendant une République et un Président régulier : il gouverne "patriotiquement" en se réservant plus spécialement les arbitrages de Défense et Politique étrangère : c'est lui qui commencera cette tradition présidentielle confirmée par Paasikivi et Kekkonen plus tard. Il laisse ensuite la place au Président Stahlberg, et se retire, couvert d'honneurs, de décorations et de titres européens. Il est fait Maréchal à titre militaire en 1928, puis "Maréchal de Finlande" -titre unique- en 1933.

S'il est retiré des affaires directement politiques et "visibles" parce qu'il représente trop le conservatisme (sans doute même avec un vague (ou non vague) rêve monarchique) et l'écrasement des Bolcheviques, il n'est pas pour autant inactif : de 1931 à 1939 il organise l'armée et son équipement, détermine des stratégies et des lignes de défense en fonction de la situation géographique et stratégique de son pays ; il suggère, conseille. Il fait édifier la fameuse "ligne Mannerheim" le long de la frontière russo- finnoise, laquelle aura quelque utilité lors de la Guerre d'hiver.

Extérieur au Gouvernement, il en est cependant l'officieux et permanent conseiller, le secret ambassadeur, s'écartant à la fois des Soviétiques et évitant une trop grande emprise allemande à partir de 1934.

Puis vient la deuxième épopée.

Dans le cadre du Pacte Germano-Soviétique du 23 août 1939, l'Union soviétique, après avoir envahi les États Baltes, menace la Finlande à partir du 5 octobre. Pendant que des émissaires sont envoyés à Moscou, Mannerheim commence la mobilisation générale et l'évacuation des civils des zones sensibles. Face à Staline, tous les procédés de négociations restent vains, et la "Guerre d'Hiver" se déclenche.

A 72 ans, Mannerheim harangue son peuple : "Vous me connaissez et je vous connais"... Armant toutes les énergies, il déploie son talent stratégique, son sens de l'organisation, sa performante connaissance du terrain, son sens de l'individu et de ses prévisibles réactions face à des troupes soviétiques nombreuses, mais dont l'état réel et l'efficacité restent une énigme : la Ligne et le moral "tiennent". Au plus noir moment, il parle à nouveau : "... Pensons à nos foyers, à nos familles, à tout ce qui compte dans la vie de notre Nation ; nous devons avoir une âme d'acier ; songeons à la Paix de Noël".

Cela dure 105 jours. Le territoire n'est pas envahi ; les pertes soviétiques sont énormes (75.000 hommes), mais il faut céder car la Finlande est trop seule ; elle s'épuise, lâchée, entre autres, par les autres pays nordiques. C'est la Paix de Moscou du 12 mars 1940 par laquelle la Carélie change de mains.

La paix dure 15 mois ; puis, à la suite du renversement des alliances, la Finlande, comme on le sait, se trouve "coincée" aux côtés du Reich ; situation difficile, complexe, dans laquelle le Maréchal conseille inlassablement ce qu'il appelle "la politique du balancier" entre Moscou et Berlin. Arrivant au bout de la Seconde Guerre mondiale, la Finlande, exsangue mais entière et non occupée, voit partir le Président Ryti dans des circonstances quelque peu dramatiques et se tourne une fois de plus vers son vieux lion.

Le 4 août 1944 l'Eduskunta vote à l'unanimité une Loi exceptionnelle confiant la Présidence au maréchal Mannerheim. C'est lui qui obtient vivres et crédits des Suédois, qui rassure les Occidentaux, surtout les Anglais et les Américains, dont il a besoin, dirige la négociation de la paix définitive avec l'Union soviétique, menée à terme le 19 septembre. C'est lui encore -comme le fit de Gaulle en France en 1945- qui assure la reprise "du fonctionnement régulier des pouvoirs publics", de la vie en commun, du début de la reconstruction et du redémarrage économique.

Des élections normales sont organisées au début 1946. Mannerheim passe la main à Paasikivi, d'ailleurs rudement formé dans les négociations de guerre, surtout avec les Russes. Le maréchal a 79 ans ; une époque est terminée... Désormais, trop marqué par l'histoire, il s'abstrait, se retire, s'en va. Le monde tel qu'il ressort des paix de 1945-46 n'est plus pour lui. Il est très francophile : ses filles ont été élevées en grande partie en France. Mais c'est en Suisse qu'il choisit de s'installer, près de Lausanne, évitant la trop socialiste Quatrième République française par goût de la neutralité et opportunité de confort moral. Le paisible conservatisme helvète lui convient. Et c'est en Suisse qu'il s'éteint, toujours intimidant et un peu glacial, le 27 janvier 1951, sans jamais avoir revu son pays. Staline lui survivra 2 ans et 32 jours.

Tel est l'étonnant destin de cette peu commune personnalité, dans un contexte lui aussi peu ordinaire. Par 2 fois, il fut le "héros", le messager de l'unité nationale, de l'institution et d'une des formes les plus achevées de la démocratie.

Avec Charles de Gaulle il a aussi cette très grande facilité à abandonner les pouvoirs, la fonction accordée. Lorsque l'instant est passé, l'urgence affaiblie, il s'en va. Il ne prolonge pas la nécessité de commander. Il sent qu'il est de trop, qu'il ne plaît plus, qu'il va gêner : il se démet. De toutes façons trop de pompes et d'honneurs l'assomment, et le désaccord avec le peuple qui l'a approuvé lui est insupportable. Et il n'est pas très doué pour les négociations besogneuses ni les attermoissements de façade avec les partis politiques. Il s'en va. Ainsi fera aussi le fédérateur de la Résistance française en 1947, et "l'inventeur" de la Cinquième République en 1969.

Tous deux ont une seule devise : "Servir". Servir au mieux : le sens de l'État, c'est le sens du devoir et de la droiture ; non celui de l'intérêt ou de l'autorité pour elle-même.

Ces deux hommes ont en commun *le charisme* : ses harangues, ses discours parlaient droit à chaque Finlandais : son "je vous connais et vous me connaissez" est aussi célèbre que le "je vous ai compris" gaullien, et sa "paix de Noël" est un "appel du 18 juin". *La hardiesse* : Il est là où on ne l'attend pas. Il a le sens de l'action et de l'opportunisme. En 1917 il a eu le choix entre l'attente et la surprise ; il a choisi la surprise. En 1944 il a choisi l'ordre comme le fit de Gaulle en 58.

Le légalisme : Tous deux incarnent la légitimité nationale, les institutions, la pérennité démocratique. Aussi, la protection de l'ordre constitutionnel et légal. Les deux périodes gaulliennes sont, dans l'histoire française, deux grandes périodes de "rapidité" et créativité constitutionnelles. Il en est de même en Finlande pour les deux périodes Mannerheim. *Le Patriotisme* : Ce sont deux grands "patriotes" : le pays, les habitants de ce pays sont pour eux au-dessus de tout. Ils incarnent tous deux l'Unité nationale et la protection de la patrie. Ils font aussi tous deux figures, dans ce vingtième siècle si agité, de libérateurs et de grands organisateurs de l'État : à partir de leurs idées, de leurs initiatives en tous domaines, sous leur inspiration, de grands travaux législatifs et juridiques ont été mis en oeuvre : ils ont -là où ils sont passés *travébré le pouvoir, ossifié la démocratie*.

Ils ont eu le sens de l'histoire, accommodant l'inévitable à la réalité de leur peuple. Il est probable qu'ils "aimaient" vraiment ceux qu'ils gouvernaient ; c'est pourquoi ils sont toujours parti quand on ne les aimait plus. Ils avaient enfin un sens inné de leur propre rôle, de leur image, le souci d'une personnalisation positive de leur autorité : l'immuable vareuse pour l'un, puis le costume croisé discrètement rayé ; la chapka, le stick et les bottes cavalières impeccables pour l'autre...

Curieusement, les peuples qu'ils ont servi les ont laissé partir, saturés sans doute de tant de paternalisme, et la géographie de l'exil les a réuni quelques mois, entre 1948 et 1951 dans un petit périmètre, entre la ligne bleue des Vosges et le lac Léman.

Ils ne se sont jamais rencontrés. On peut s'interroger sur un éventuel dialogue, sur un échange de vues, tant parfois, le rapprochement est troublant. Vu le décalage des âges (23 ans et demi) on peut se demander si le "personnage" Mannerheim, fièrement campé sur sa ligne de défense, indestructible dans son oeuvre de résistance, n'aida pas de Gaulle (de manière peut-être diffuse) à trouver sa propre image, à amalgamer la rigidité militaire au moelleux du politique.

On peut aussi se demander, plus de 40 ans après sa disparition, et plus de 75 après le début de la Révolution soviétique, ce que le Maréchal Mannerheim, qui traitait Lénine de "bandit" penserait des péripéties de ces dernières années.

William Manchester, biographe de Winston Churchill, autre grande figure charismatique de cette époque troublée, a dit de lui, décrivant son génie du gouvernement d'urgence qu'il était "un civil qui aimait la guerre". Ce qui a fait le génie de Mannerheim et cimenté le destin de la Finlande, est sûrement qu'il était "un militaire qui aimait la paix".

II - LE POIDS DE LA GUERRE D'HIVER SUR LE DESTIN POLITIQUE ET CONSTITUTIONNEL DE LA FINLANDE

Un événement comme la Guerre d'Hiver est, dans l'histoire d'un peuple, de l'ordre du tellurique : il laisse des traces profondes et durables.

Vécue comme un cataclysme, dans l'urgence absolue, la Guerre d'hiver a laissé un souvenir ineffaçable, et a "pesé" de manière obsédante sur le demi siècle suivant, traçant des "lignes de force", de conduite, des interdits. Ces 105 jours dramatiques ont eu des résultats internes d'ampleur, à l'analyse pas du tout négatifs, le malheur collectif étant parfois un grand catalyseur d'énergies communes. La Guerre d'hiver a probablement "absolument cimenté", comme le dit si bien le professeur René Girault, la Finlande et les Finlandais, au-delà de toutes les idéologies et prises de position, de toutes les versions du monde, créant aussi des clivages assez irrémédiables, dont les effets sont maintenant en train de s'effacer avec lenteur.

C'est pourquoi il est bon d'en parler. Avec raison, 55 ans après. Car les événements sont comme les hommes : tant qu'il y a quelqu'un pour se souvenir et parler d'eux, ils ne meurent jamais. On se bornera ici à la stricte politique intérieure : les conséquences incalculables de la Guerre d'hiver dans le contexte international et la tenue même de la seconde Guerre mondiale sont souvent décrites et analysées. Par contre, l'aspect interne en est presque inconnu. Notamment des analystes français ; pourtant les deux aspects sont intimement liés, et le côté "interne" de l'affaire ne manque pas de richesse et d'inattendu.

Le traité de 1932 est rompu le 26 novembre 1939, puisque l'Union soviétique rompt les relations diplomatiques et attaque sans déclaration de guerre. La paix est signée à Moscou le 12 mars 1940.

C'est Kyosti Kallio qui assure la Présidence depuis 1937.

Après les présidences de Stahlberg, Relander et Svinhufvud, pères fondateurs, cet agrarien paisible, agriculteur et propriétaire terrien, qui a été député, ministre et chef de gouvernement, président de la Chambre, a été élu au deuxième tour du grand Collège, pour éviter une ré-élection de Svinhufvud jugé trop conservateur par les socio-démocrates. Kyosti Kallio est un homme relativement effacé, modéré ; il représente une tentative pour avoir un président peu, moins, personnalisé, pour "parlementariser" le régime et gommer la fonction présidentielle, s'orienter vers un système style troisième république française.

Mais les événements ne serviront pas cette stratégie. Kallio, qui ne parle aucune langue étrangère, doit, à 67 ans, diriger le pays dans la guerre, l'invasion, la crise : il en sortira brisé, et moralement anéanti, surtout par le traité de Moscou qui ampute le territoire. Sa santé décline, et dès la fin 1940 il demande à être démis de ses fonctions.

Or, comme on le sait, le Président est le "moteur" du système, et notamment de la politique étrangère. C'est donc le Premier Ministre Risto Ryti qui assure l'intérim. Ryti est sans doute l'homme clef de ces quelques mois : exceptionnellement doué et brillant, il a juste 50 ans ; il a été ministre des finances à 32 ans, gouverneur de la Banque de Finlande à 33. Kallio l'appelle, en décembre 1939, pour former le gouvernement de guerre : libéral, il se situe au centre-droit ; son goût et ses activités en font un internationaliste plutôt anglophile. Il est bien vu des Américains.

La Chambre, élue en 1939 avec 72 % de participation électorale, ne comporte pas de communistes puisque ce parti est interdit. Sur les 200 sièges, 85 sont tenus par les Socio-démocrates et 56 par les Agrariens. 25 vont à la Coalition nationale et 18 aux Suédois. Il y a encore des "petits propriétaires" et 8 représentants du parti populaire patriotique d'extrême droite nationaliste, qui sera interdit en 1944. Cette Chambre donnera au président et au gouvernement en difficulté un appui total et une confiance sans limite, réalisant dans la tourmente une "Union nationale" sans précédent. De fait, l'Eduskunta abandonnera presque tout pouvoir, renonçant d'avance à censurer, à mettre en difficulté l'exécutif. Pendant toute cette période, la consultation parlementaire se fera par comités internes et réunions informelles. Il en sera de même pendant la Guerre de continuation jusqu'à la fin des hostilités en 1944.

Cette Chambre de 1939 qui aurait dû être renouvelée en 1943 sera prolongée jusqu'à la fin de la guerre mondiale, en raison de l'impossibilité d'organiser des élections.

Pour la même raison dite "objective", cette même Chambre décidera par un vote spécial, à la fin de l'année 40, lorsque Kallio exténué demande à être délivré de ses fonctions, que le Collège présidentiel reste inchangé : ce sont donc les Grands Électeurs de 1937 qui, le 3 décembre 1940, choisissent cette solution, mais seulement pour la fin "normale" du mandat du président Kallio : le 19 décembre 40

Ryti est élu au premier tour par 288 voix. Lorsque ce "mandat de continuation", exceptionnel, se termine en mars 1943, il est ré-élu pour un mandat "normal" de 6 ans toujours par ce même Collège de 1937. Comme on le sait, ce mandat de 6 ans s'interrompra prématurément avec la fin de la guerre en 1944, et pour 2 ans encore, en vertu d'une Loi exceptionnelle votée par l'Eduskunta de 1939, c'est le Maréchal Mannerheim qui dirige le pays jusqu'au printemps 1946. A cette date, et accomplie encore "exceptionnellement" par l'Eduskunta elle-même, a lieu l'élection du président Juho Paasikivi. On ne revient à une élection présidentielle "normale" et classiquement constitutionnelle par un nouveau grand Collège qu'en 1950.

La guerre d'hiver amène donc une parenthèse constitutionnelle de plus de 10 années. Mais cette parenthèse, avec un talent très finlandais, sera toujours "légale" puisque tout sera toujours voté, approuvé par le Parlement. Jamais ni l'anarchie ni le fait du prince ne s'installent. Simplet, par des approbations successives d'institutions inchangées mais prorogées dans les délais strictement constitutionnels, on "exceptionnalise" la situation de fait, en la maintenant à l'intérieur d'un périmètre qui reste parlementaire. Certes, les élus ne sont pas renouvelés, mais ils sont tout de même les élus du peuple de 1937. Cela a, en outre, stabilisé la configuration politique du pays : pas d'intrus, pas de nouveaux, pas de surprises, pas de perte de temps en d'harrassantes négociations : tout le monde se connaît. La Finlande, dans la révolte de la guerre a régulièrement accompli ce que l'on peut appeler des "révolutions légales", des "coups juridiques". Sans que cela dérape jamais ni dans la révolution ni dans la prise de pouvoir par un dictateur imprévu... Nous avons là, avec en toile de fond les dramatiques péripéties de la guerre d'hiver, un exemple impressionnant de ce rare talent.

En fait, l'homme fort du système n'est ni au Gouvernement ni au Parlement : c'est, une fois de plus, et pour la dernière, à 73 ans, le maréchal Mannerheim : il est l'organisateur de la guerre, commandant en chef de la défense nationale ; toutes ses initiatives en ce domaine sont acceptées sans discussion, et bien des décisions de nature politique sont prises sous son influence, ou du moins, avec son conseil. Très international, il est par nature anti-soviétique, et par morale anti-nazi ; de toute manière, il est anti-toute inhérence de quelque nature que ce soit.

Tanner, qui était dans le premier gouvernement Ryti, est balayé par la guerre d'hiver. Aux affaires étrangères il y a Rolf Witting du parti suédois, banquier et océanographe, plutôt favorable aux Allemands ; souvent qualifié de "simple exécutant" de Ryti il a l'art de faire traîner les affaires et les négociations avec l'Union soviétique. A la défense, on trouve le général Walden, fidèle de Mannerheim et franchement à droite.

C'est le "cercle intérieur" à Cinq, puis, lorsque Kallio s'en va, à Quatre : Ryti, Mannerheim, Witting, Walden : ce ne sont pas des parlementaires, ce sont, comme on dit maintenant des "décideurs", qui, aux longs débats, préfèrent l'action : ce sont des banquiers, des chefs de guerre, des diplomates... car dans une aussi terrible guerre seuls comptent l'argent, les armes et l'efficacité. *Le tandem Ryti-Mannerheim* est essentiel. De ce jeu émergent aussi Julio Paasikivi, d'abord ministre sans portefeuille, puis aux Affaires étrangères : auprès du Kremlin il fait merveille puisqu'il réussit à renouer un dialogue à peu près cohérent avec Moscou ; cela lui ouvrira la route de la présidence.

Urho Kekkonen, agrarien, y commencera aussi ses premières réussites, ses "politiques de l'impossible", usant de son incroyable sens du paradoxe. On a là, donc, une adaptation innovée du "War Cabinet" à l'anglaise.

Au-delà de la Guerre même, des stratégies, des délicates alliances extérieures, des attitudes personnelles, des idéologies plus ou moins avouées, la question fondamentale de la politique intérieure est celle de *la Carelie* : le bouleversement

économique et social provoqué par l'occupation, puis la perte de la Carélie est immense. En 1939 la population de la Finlande est de 3.7 millions d'habitants. Il y a un peu plus de 300.000 mobilisés et environ 200.000 alignés au front ; il y aura 43.000 blessés, 23.157 tués et près de 2.000 victimes civiles. La perte de la Carélie représente l'abandon de près de 15 % du potentiel économique national ; on y trouve le quart du réseau hydraulique et ferroviaire, de nombreuses infrastructures. Il faut absorber du jour au lendemain 420.000 réfugiés, essentiellement agriculteurs, qui ont tout perdu. La population globale augmente donc d'un seul coup de plus de 13 % avec un potentiel d'activité réduit du quart.

La Loi du 18 juin 1940 engage le pays et l'ensemble de la population de Finlande dans une des plus vaste réforme agraire entreprise de tous temps en Europe, le partage des terres, les mesures sociales de solidarité, l'impôt de solidarité : en moins de 8 mois le sort de plus de la moitié de la population carélienne est réglé, et le reste est géré correctement. C'est un effort gigantesque, que nous avons du mal à imaginer, avec des mesures draconiennes (assorties de sévères sanctions pour retard ou inexécution), autoritaires, et des lois de "pleins pouvoirs" ; ces "mesures Ryti" entraîneront un labeur harassant pour la société toute entière, un effort violent de reconstruction nationale ; le contentieux moral sera lourd, accompagné de "la latence de la nostalgie"... Il faudrait y réfléchir longtemps, et avec subtilité : l'obstacle a été franchi, nettement, avec énergie et rigueur ; c'est une grande fierté, mais le prix à payer a laissé d'amers souvenirs parfois.

La Guerre d'hiver eut, si l'on veut clarifier, des effets durables sur *le Pouvoir* même et sur sa pratique : elle a re-personnalisé le pouvoir, elle l'a "droitisé", elle l'a "présidentialisé".

- La tentative pour avoir un président de la République neutre et pâle est totalement laminée. La guerre d'hiver oblige à se tourner à nouveau vers des "décideurs" résolus et énergiques : la fonction présidentielle redevient primordiale, à défaut le premier ministre. Le président de Finlande ne peut être ni hésitant, ni faible, ni malade. Et cela pour longtemps. Après la guerre, et pendant tout le quart de siècle qui suivra la Finlande confiera son destin à des "invulnérables" qui ont justement commencé à faire leurs preuves dans ce tragique moment.

- Face à la fureur soviétique la Politique se "droitise", et pour longtemps : l'élimination des Communistes, le repli des gauches sont évidents et laisseront des traces durables, une "frilosité" d'ailleurs bénéfique puisque l'immobilisme obligé permettra de bâtir une politique sociale efficace, contribuant largement au beau "modèle nordique", cette tendance laissera des traces, bien au delà de la mort de Staline, bien au delà de Khrouchtchev.

Cette Guerre est donc, non une fin, sous son aspect tragique, mais un creuset pour l'avenir, dessinant des attitudes, des sentiers possibles, profilant les impasses. Les inlassables architectes d'une politique internationale, d'un destin intérieur apaisé seront Juho Paasikivi, Urho Kekkonen, ceux auxquels ils accorderont leur confiance, ceux qu'ils formeront dans leur sillage. Aujourd'hui encore la référence est forte.

Dans la pratique du pouvoir, la Guerre d'hiver a suscité et inscrit dans le fonctionnement institutionnel de la Finlande un de ses aspects les plus originaux : la pratique d'une sorte de "*coup d'état légal*" : il faut entendre par là une attitude autant morale que politique. Lorsque le cadre constitutionnel devient inadapté aux réalités, il est mis de côté avec consensus parlementaire. On en vient à la notion rare de "déviations constitutionnelles tolérables", et dès que les échéances électorales arrivent ou que le cours des événements le rend possible, on retourne à la Constitution.

C'est un système, ou plutôt un "non-système" assez étonnant, qui évite de "casser" le moule national et constitutionnel et de brouiller l'image que le pouvoir

entend donner de lui-même : c'est une analyse énergique de la conduite d'une Nation qui permet de telles opportunités de sauvetage : cela est possible car le personnel politique et parlementaire est peu nombreux (tout le monde se connaît), dénué de toute mégalomanie, et très "légaliste". La Finlande s'est peut-être révoltée en 1917, mais c'était une révolution de juristes : Svinhufvud et Stahlberg ont peut-être dressé des barricades, mais avec une Constitution parlementaire dans leur poche ! Et l'ensemble de la population présente à peu près le même profil : peu nombreuse, assez homogène, disciplinée, énergique et légaliste. La cohésion entre le peuple et sa représentation est d'ailleurs assez frappante.

La Guerre d'hiver a "socialisé" la Finlande : à cause d'elle et de l'affaire de Carélie, les gouvernements successifs vont s'engager dans une politique sociale d'une grande modernité, assez révolutionnaire pour l'époque : disons-le plus révolutionnaire que la "Révolution" du terrible voisin : pour qu'il n'y eut pas de tentation de communisme, il fallait faire "mieux" que lui, si proche. Il y aura donc une vraie politique à long terme destinée à rendre "tout le monde heureux", dans la stratégie égalitaire et la "socialisation des conditions". Politique très progressiste, que l'on qualifierait "de gauche" en France, enclenchée et pratiquée par des gouvernements de droite, sans cesse interpellés par une social-démocratie qui continuera ce travail lorsqu'elle accédera elle-même aux affaires, après l'apaisement de la Guerre froide. La Finlande est ainsi un membre très actif du club très fermé de la social-démocratie nordique.

Maintenant que la Finlande est devenue, avec la chute de l'Union soviétique et la dislocation du Bloc de l'Est, "un pays comme les autres" du monde occidental, entrée au Conseil de l'Europe le 5 mai 1989, avec plus d'un demi siècle de recul, quel est l'impact à long terme de ces 105 jours pathétiques qui tracèrent un sillon si profond dans la mémoire et le vécu commun ?

La Guerre d'hiver a été la première vraie confrontation de la Finlande avec le système soviétique. Avant elle, la crainte était symbolique, hypothétique. Avec la guerre la crainte se matérialise, devient une réalité.

Comme l'écrit Heikki Jalanti, avec elle, "l'Union soviétique domine l'horizon finlandais", et, commence alors cette permanente et curieuse gymnastique consistant à toujours essayer d'accommoder la politique intérieure à l'humeur de l'encombrant voisin : c'est ce à quoi s'appliqueront pendant les 40 ans suivant les leaders de la Finlande, tirant les leçons de l'hiver tragique, et refusant d'en envisager un autre...

Mais aussi, la Finlande aura, par la guerre d'hiver, compris toute la relativité de la puissance soviétique, et de la peur qu'elle peut inspirer. A la lueur de ce que leurs petites forces ont infligé à l'Armée Rouge, on se demande si la Finlande et le peuple finlandais ne sont pas le seul pays et le seul peuple à n'avoir pas pris le Soviétisme tout à fait au sérieux.

Il y a, à partir de là, un aspect ludique dans les relations : jusqu'où peut aller la Finlande ? "Combien de temps pouvons-nous jouer avec les allumettes ?" En toute lucidité.

Cela est rendu possible pour une raison majeure, rarement évoquée : il n'y a pas de paranoïa dans la politique finlandaise ; ni les leaders, ni la population n'ont besoin d'un épouvantail, d'un bouc émissaire, d'un ennemi héréditaire. La vision est absolument raisonnable, dans la réalité. D'où le désamorçage patient de toute pratique d'intimidation. D'où l'inefficacité de la peur comme moyen de gouvernement face à un légalisme obstiné, face à une "correction" scrupuleuse dans les engagements à longs comme à court terme. Les leaders politiques de Finlande ont compris très tôt, et très vite que le système soviétique était un impossible rêve, une terreur schizophrène. Au fond, il suffisait d'attendre... Cette incomparable expérience

a sans doute servi l'Occident et montré la voie de l'utilité de la Guerre froide : se faire peur et continuer de parler, même si cela est parfois pénible...

Finalement, la plus belle leçon de la Guerre d'hiver, sur le plan interne, et aussi en politique étrangère, puisque les deux sont liés, est que "en politique, celui qui gagne n'est pas toujours le meilleur ; c'est celui qui sait attendre le plus longtemps". *

III - UN GRAND PAS VERS L'EUROPE

Le 4 novembre 1992 la Commission de Bruxelles a rendu son avis favorable à la candidature de la Finlande, votée par le Parlement le 18 mars précédent, et transmise par le gouvernement de Esko Aho.

C'est un grand pas vers l'Europe, et peut-être, vers ce que l'Intelligentia politique finlandaise croit être "le bon Dieu". C'est aussi un grand pas de la Communauté vers l'Europe du Nord, qui inverserait le mouvement antérieur vers les pays du sud, puisque la candidature suédoise est également vue de manière positive. Cela romprait la redoutable tradition d'isolement et de solitude de la Finlande. Pour la première fois depuis bien longtemps, cette terre et ses habitants seraient "intégrés" à une vraie structure communautaire, renouant et dépassant les Empires, les Royaumes, les Liges baltiques et hanséatiques...

Le 15 octobre 1993, à l'initiative de son Président, le professeur Matti Klinge, et de son directeur Tarmo Kunnas, a eu lieu à l'Institut Finlandais de Paris une réunion de réflexion sur les questions spécifiques que "L'intégration à l'Europe" posait à la Finlande. Présidée par Klaus Tornudd, Ambassadeur de Finlande en France, elle réunissait, outre le Président René Rémond, l'ancien premier Ministre Kalévi Sorsa, Kalévi Kivisto préfet de Finlande centrale, le président Jean-Pierre Faye. Esko Hamilo représentait l'opinion officielle du Gouvernement d'Helsinki, évoqua notamment les négociations sur l'adhésion à l'Europe et leurs caractères.

Tarmo Kunnas rappela pour commencer que "l'Europe est avant tout une entité culturelle", laquelle, malgré ses disparités internes, a une logique et des valeurs communes, continues et reconnues ; malgré les difficultés de réalisation, l'Union Européenne, selon lui, a pour contribution essentielle, de promouvoir cette identité commune ; la Finlande ambitionne d'entrer dans l'institution communautaire avec cette mentalité constructive.

Esko Hamilo, représentant le Ministère des Affaires Étrangères de Finlande, entre tout de suite dans l'exposé de la négociation communautaire. Environ le tiers des questions est réglé : les points les plus épineux restent la préservation de l'agriculture nordique et de ses subventions spécifiques, les aspects écologiques et d'environnement, les résidences secondaires. En fait, tous ces points relèvent de la "gestion de l'espace" qui n'est pas conçue de la même manière par les Européens de climat modéré et les Nordiques. Le faible peuplement du Nord pose aussi des questions particulières. Il est souligné que pour l'agriculture, la Finlande ne demande aucune dérogation globale à la PAC qui prévoit un statut égal pour tous. Simplement les autorités et les citoyens de Finlande veulent conserver la "viabilité" de la Finlande : "là-haut", c'est la survie alimentaire qui compte avant tout pendant

* Ces considérations ont été initialement exposées à l'Institut Finlandais de Paris, en septembre 1989 et février 1992 lors de colloques commémoratifs du Maréchal Mannerheim et de la Guerre d'hiver. Je remercie la Revue de la Recherche Juridique de la Faculté de Droit d'Aix-en-Provence de les accueillir aujourd'hui. Que Tarmo Kunnas, directeur de l'Institut, et son Excellence Matti Hakkanen, ambassadeur de Finlande à Paris soient ici remerciés pour la confiance qu'ils m'ont accordée ; aussi, le professeur Jukka Nevakivi pour l'amicale attention qu'il porte à mes recherches, et Kari Veijalainen, Conseiller de presse de l'Ambassade pour la qualité et la fidélité de ses informations.

une grande période de l'année, et qui a guidé bien des décisions collectives au cours des temps. Cette stratégie doit être perpétuée : il y va de la vie même des 5 millions d'habitants. L'agriculture et la politique régionale ont pour but de maintenir partout, avec des aides à des propriétés familiales de moyenne dimension, la population rurale dans des territoires qui seront "les confins de l'Europe" : la densité de ces zones est la plus basse d'Europe : moins de 2 habitants au kilomètre carré. Il ne faut pas que l'adhésion à l'Europe "casse" ce fragile équilibre. C'est un souci stratégique, alimentaire, écologique et de bon sens : ne pas anéantir 4 siècles de progrès dans la gestion de ces espaces jugés "impossibles" il n'y a pas si longtemps. Il faut maintenir des habitants avec un bon niveau de vie, également pour des raisons de sécurité : sécurité naturelle face au climat, aux aléas d'environnement, et sécurité pacifique dans ces espaces de l'océan glacial arctique, devenus enjeu d'offensive et de défense éventuelle. Un "régime boréal" pourrait donc être inventé et négocié comme l'a été "l'économie de montagne".

Quels sont, pour l'Union Européenne, les points épineux de la négociation avec la Finlande ? La monnaie, en très mauvaise posture depuis quelques mois ; le Gouvernement Aho, contre ses idées, a décidé de laisser flotter le mark finlandais le 8 septembre 92 ; ce n'est qu'un palliatif à une situation beaucoup plus vaste, complexe et dangereuse, due aux imprudences des banquiers et des investisseurs dans l'euphorie de l'aisance neuve des décennies 70 et 80. Un conflit opposant le Gouvernement et le Gouverneur de la Banque de Finlande, monsieur Kullberg, a d'ailleurs amené la démission de ce dernier, remplacé en avril 92 par Sirkka Hämaläinen. Si la balance du commerce extérieur reste globalement positive, tout le système se trouve fragilisé.

Autres questions épineuses : la justice et le maintien de l'ordre. L'équivalent de la garde à vue a déjà fait l'objet d'un important remaniement.

Enfin, ce qui relève de la sécurité et de la diplomatie : la frontière commune avec la Russie -ex Union Soviétique. Lorsque la Finlande aura adhéré à l'Union Européenne sa frontière commune avec la Russie représentera le tiers de la frontière totale de l'Europe vers l'est. Monsieur Hamilo et Klaus Tornudd rappellent que la Finlande soutient à fond les réformes "démocratiques" de Russie. Elle a d'ailleurs joué un rôle important, discret, ancien, dans la chute des visions totalitaires tant en Union soviétique que dans les pays Baltes. Son soutien financier à la démocratisation et à la renaissance d'une économie de marché n'est plus à éluder. Ce "poids" du soutien à l'économie balte peut d'ailleurs être un des éléments des difficultés économiques et financières actuelles, car cette "relance" injectée dans une hypothétique économie de marché ne rapportera pas à court terme. D'ailleurs, les Russes sont-ils capables de "vivre" la véritable économie de marché sans débrouillardise, tricherie, accaparement et marché parallèle ? Ce n'est pas sûr du tout. L'expérience passée, proche ou lointaine, ne le prouve pas, en tous cas.

Les Finlandais se considèrent comme "une porte" de la Russie, avec les immenses possibilités de Saint Petersburg, si proche, et la réouverture sur l'économie d'échange baltique. Mais cela se réalisera-t-il ? Et sous quels délais ? Ce sera long.

L'Europe peut être un bon palliatif à cette attente.

Il y a enfin et surtout la mise en oeuvre de la "sécurité" commune : la Finlande déclare "ne pas avoir d'a-priori" sur ses aménagements. Être ouverte à toutes les stratégies.

Le défunt "traité d'amitié" de Moscou est évoqué. Il a été abrogé et remplacé -entre autres- le 20 janvier 92 par trois Accords politique, économique et commercial ainsi que de coopération régionale avec la Russie, signés par G. Bourboulis vice-premier Ministre de Russie. De fait, en filigrane, se profilent toujours les mêmes

interrogations : Que faire de la "terrible" zone militaire et nucléaire de Mourmansk ? Les Finlandais sont les "premiers Européens exposés" à ses risques en tous genres. Les territoires de Petsamo, Salla et la Carélie, perdus lors des derniers conflits mondiaux ne sont-ils pas à l'ordre du jour ? La Carélie, son sort malheureux, ne pourraient-ils pas être à plus ou moins longue échéance, ré-examinés ?

Tout dépend de la façon dont "L'Europe" envisage sa propre sécurité au Nord et à l'Est : si elle intègre plus au moins la Russie, la considérant vraiment "européenne" ou si elle la maintient en dehors, pour causes d'attardement démocratique, parlementaire ou économique, ou les trois à la fois ?

Il y a l'incroyable "désordre" russe. Il y a tous ces coups de poker -la fameuse "roulette russe"- qui manquent totalement de rationalisme parlementaire et qui peuvent soit faire peur, soit faire conclure à une "impossibilité évolutive" de la question Russie. Mais alors ? Et s'il y a trop de désordre ? Révolte ? révolution encore ? S'il y a agression de la part de l'État russe ? Que faire ? La barrière européenne peut-elle suffire ? L'actuelle image yougoslave ne le démontre pas, et les plus sceptiques, en Finlande, rappellent le nombre de fois où la Finlande a été si "fâcheusement" abandonnée par les "occidentaux d'Europe". De fait, dans l'histoire de la Finlande, les "occidentaux d'Europe" ne s'en occupent pas assez, et les "Orientaux d'Europe", les russes blancs, s'en occupent trop...

La résurgence d'une "forme de traité de Moscou" est évoquée ; elle est rejetée : "elle n'est pas d'actualité puisque de nouveaux traités ont été conclus récemment".

Monsieur Kalevi Sorsa, ancien Premier Ministre de Finlande (de 1982 à 87), ancien Président du Parlement, intervient : "Le Finlandais doit-il franchir le seuil de l'Europe ?" demande-t-il non sans une certaine causticité ; et il aborde les inhibitions finlandaises sur la question.

En 1961 la Finlande s'associait à la zone de libre-échange AELE, dont la Grande-Bretagne et le Danemark devaient sortir pour rejoindre la CEE. La Finlande est entrée au Conseil de l'Europe le 5 mai 1989, présentant ainsi toutes les garanties de pluralisme et de parlementarisme selon les "standards européens" ; elle ne pensait pas -a priori- aller plus loin. Les Accords de Porto ont associé, en 1992 AELE et CEE. Maintenant, au-delà de la tradition de neutralité, un pas de plus est envisagé, ne serait-ce que parce que la CEE absorbe, les 12 confondus, les trois quarts des exportations de Finlande. Pour 1992 la France à elle seule en absorbe 7 %.

Kalévi Sorsa revient sur l'agriculture et l'environnement : la Finlande est le pays le plus septentrional au monde où existe une agriculture, certes très subventionnée, mais qui fonctionne avec succès, fournit des ressources non-négligeables, et occupe encore près de 10 % de la population active. Les célèbres "agrariens" ont forgé en grande partie le profil du pays, l'autre grande force étant la social-démocratie. Ce monde rustique doit être préservé et même encouragé pour les raisons que l'on a déjà évoquées. Par ce biais on arrive au politique : la Finlande est à la charnière de deux plateformes géo-politiques : l'Europe de l'Est et l'Europe de l'Ouest. Elle peut être considérée, selon les perspectives et les périodes comme un État-écran, un État-tampon, un État-filtre, un État-frontière, un État-lien, un État-tremplin, un État-prétex... la souveraineté en matière de défense est primordiale, ne doit être entravée par aucune règle aliénante, et dans la politique de défense la Finlande est un cas à part ; l'histoire ancienne et récente l'a prouvé : elle doit donc pouvoir disposer d'une marge de manoeuvre et de liberté de jugement. Il lui a fallu à plusieurs reprises, agir vite et bien devant les adversités, sans être empêtrée dans des traités ni des Conventions. Ce fut une question majeure de survie, et il n'est pas exclu que cela puisse se reproduire un jour. Là-dessus, la Finlande est très ferme.

Maintenant, que pense le peuple ? On pourrait être tenté de reprendre la boutade norvégienne : "En Norvège, tout le monde est pour l'adhésion à l'Europe, sauf le peuple !"... Et de nous faire entendre une chanson assez populaire : "Sur la rive de l'Europe" : "Nos pères luttèrent dans la guerre d'hiver, défendant contre l'est la frontière, ce gouffre, sans demander la permission, et ce qu'en pensaient les autres... aujourd'hui, les mains en l'air sur la rive de l'Europe habitent les Finlandais"... Le journaliste Patrick Sabatier de Libération fait remarquer le caractère "très extrême-droite" de ces couplets...

Selon les sondages les plus récents, l'opinion des populations dont les gouvernements proposent une entrée dans l'Europe se répartit comme suit :

En Norvège	28 % Pour	60 % Contre
En Suède	30 % Pour	44 % Contre
En Autriche	40 % Pour	33 % Contre
En Finlande	53 % Pour	35 % Contre

L'impact favorable dans l'opinion finlandaise a beaucoup augmenté depuis les désordres russes, le siège de la "Maison blanche" du Kremlin, l'effervescence confuse qui ont régné pendant le début d'octobre 93, de même que les propos contradictoires de Boris Eltsine sur son propre destin et l'avenir politique de son pays, ont fait notablement augmenter le nombre d'opinions favorables à la Communauté Européenne parmi les citoyens de Finlande. Selon Kalévi Sorsa "Il va y avoir des difficultés en Russie dans les mois et les années à venir"... De quel ordre ? des violences, des désordres, la famine ? On ne sait trop, mais le meilleur moyen de se prémunir de l'éventuel malheur russe, le "vaccin" semble l'appartenance à l'Europe (Vieille tradition, somme toute du "Suédois ne suis, russe ne deviendrai") dans une version paisible et prudente.

Kalévi Sorsa, pour terminer, brosse le portrait de "l'opposant-type" à l'entrée dans la Communauté : "C'est une "opposante", de plus de 50 ans, du nord du pays et d'un milieu plutôt rural"... et signale que la conversation préférée en Scandinavie en ce moment dans les "milieux bien informés" est de parier sur l'ordre dans lequel les Nordiques -Finlande, Suède, Norvège- vont voter pour adhérer à la Communauté. L'Islande ayant fait savoir qu'elle n'était pas intéressée, s'en tenant aux accords de coopération déjà établis.

Kalévi Kivistö est le Préfet du Département de la Finlande centrale ; cartes à l'appui, il nous montre comme l'entrée de la Finlande dans la Communauté, avec son territoire immense (plus vaste que l'Espagne), infiniment étiré, peu peuplé, va modifier "l'allure générale" de l'Europe, remontant son centre géo-politique de près de 1.000 kilomètres. Globalement, l'entrée des Nordiques, puisque "l'Europe" n'était pas plus au nord que le Danemark, change les "équilibres réels et apparents".

Il montre aussi comme, avec la Finlande au Nord, et la Grèce au Sud., les anciennes Démocraties Populaires du Centre de l'Europe (Pologne, Tchécoslovaquie, Hongrie notamment) se trouvent "naturellement happées" vers la centrifugeuse Communautaire. Enfin, les fameuses "diagonales logiques" (Londres/Milan et Madrid/Hambourg) se déplacent : toutefois Gibraltar/Helsinki passe toujours par Bruxelles. Si l'on inclut la Suède et la Norvège, c'est tout le destin européen qui bascule au nord.

Le Professeur Matti Klinge approfondit ces réflexions sur le plan humain et culturel : les Nordiques ont une culture spécifique avec des variantes bien particularisées de "l'idée européenne". Ils sont eux-mêmes d'abord, puis Nordiques, puis enfin Européens. Ils sont aussi partis partout dans le monde, notamment en Amérique du Nord ; il ne faut pas l'oublier... Ils peuvent être un élément très apaisant dans le GATT. Un portrait de chaque État-Nation est dressé, non sans humour : la Suède, c'est "la mère" qui a toujours raison, la Norvège c'est "le fier

marin" qui court les mers sans crainte, la Finlande "c'est la fillette républicaine, un peu brusque et facilement craintive, qui n'en fait parfois qu'à sa tête", et le Danemark le fils industriel et fier, "d'assez mauvais caractère" (le "non" danois n'a pas surpris). Norvégiens et Suédois sont très américanisés ; ils ne s'en cachent pas et cela ne leur fait pas perdre leur identité ; peut-être même au contraire. Ils deviennent une forte contre-culture, très efficace, même si les anglicismes pullulent et si les repères anglo-américains sont nombreux. Peu importe, c'est un passage ; il y a un grand sens de la relativité et du non-éternel.

L'Europe est "maintenant" une bonne opportunité. Avant, non. Après, peut-être pas. Le moment est crucial.

Pour la Finlande, spécifiquement, il y a, selon Matti Klinge, une "opportunité historique" à ne pas manquer : pour une fois, l'Europe occidentale, l'Allemagne et la Russie "tirent dans le même sens" : il est donc urgent d'aider ce mouvement et de s'y intégrer... A partir de là, il est possible d'aborder une question de fond très importante : celle de l'Allemagne, de l'Allemagne réunifiée qui fait peur, et de son poids dans l'Europe du nord, dans le destin russe (car c'est comme cela que l'histoire doit être vue : l'Allemagne a très souvent "fait" le destin de la Russie, ne serait-ce que par ses princes, princesses-tsarines et alliances) et dans l'économie Baltique.

L'attrance vers l'Allemagne est à la fois une peur et une attirance : de tous temps, c'est une alternative aux "gâchis russes", mais accompagnée de démons et de misères. L'Europe peut donc être le plus excellent des succédanés à la solution germanique. La Finlande a souvent "pris pied vers l'ouest" par les biais germaniques de sa culture ; un temps, lors de l'Indépendance, elle fut tentée par un Prince allemand, cousin, il est vrai, du Tsar...

Sur le plan diplomatique, l'entrée dans la Communauté pose deux ordres de problèmes : celui du statut particulier des îles d'Aaland ; mais il sera facilement réglé ; celui du statut de neutralité, également contournable avec simplicité. Ce qu'il faut savoir, c'est si "l'entrée de la Finlande est une "bonne affaire" pour la Communauté et si l'adhésion à la Communauté est une bonne affaire pour la Finlande". L'élite politique du pays n'en doute guère, à quelques exceptions près... Il reste à achever de persuader l'opinion, mais le "OUI" à l'Europe sera certainement "franc et sincère".

Le président René Rémond fait, comme à l'accoutumée, une synthèse des interventions entendues et rappelle que l'Europe a maintenant un demi-siècle, qu'elle s'est construite de manière "pragmatique" au fur et à mesure des opportunités, plus que des nécessités, dans une grande ouverture d'esprit, créant un genre nouveau, tant politique que juridique, tant économique que diplomatique.

-.*.*

Au seuil de l'Europe, on peut considérer la candidature de la Finlande profondément sincère et déterminée, malgré les réserves évoquées. Certes la question européenne est un débat "fort" et ne fait pas l'unanimité, même au sein du Gouvernement puisque Esko Aho est vivement contesté sur ce point par son propre parti, et les "verts" ainsi que les plus "conservateurs, de droite comme de gauche sont loin de soutenir une politique "européenne".

Sans être ni eurosceptique étriqué, ni champion de la subsidiarité (la question ayant été posée c'est la version du Congrès d'Édimbourg qui en est adoptée par la Finlande), on peut tout de même faire quelques remarques.

L'Europe des 12 telle qu'elle est à ce jour, est une "péripétie", une de ces étapes pragmatiques et non vraiment programmées, telles qu'elles ont été rappelées

par René Rémond. Il ne faut surtout pas s'y engager dans l'espoir de résoudre ses problèmes de crise ou de récession : "L'Europe" a été une formidable machine à reconquérir une place au soleil économique, à construire une puissance productrice et commerciale, à devenir riches ensemble, à mettre en oeuvre, puis contrebalancer en douceur et "à l'europpéenne" les effets de l'aide Marshall et de l'organisation GATT ; mais en récession, voir en crise générale ou structurelle, il n'est pas sûr du tout qu'elle fonctionne de manière satisfaisante, parce que face à des difficultés qui se prolongent et s'épaississent, chacun a tendance à tirer la couverture vers soi et à reprendre sa mise : l'attitude britannique à cet égard est très significative. Il ne faut donc pas aller vers l'Europe en pensant résoudre en son sein les problèmes de la monnaie, de la dette, de la Banque centrale, des échanges, de la production trop coûteuse, des salaires inadaptés, des charges sociales accablantes, des retraites, de l'éducation... Encore moins ceux de l'environnement et de la sécurité.

En ce moment l'Europe patine, tel un embrayage mal réglé, car elle a perdu les deux énergies qui actionnaient son moteur : l'enrichissement commun et la lutte contre le Soviétisme ; il lui faut trouver "autre chose", une nouvelle énergie, un but commun élevé et lointain. Peut-être ce seront les Nordiques qui le lui insuffleront. L'Union Européenne, engagée par la volonté de Maastricht le 1^o novembre 93 cherche sa voie ; mais telle qu'elle est, elle est une "péripiétie" de l'Europe : Jacques Delors lui-même, malgré ses certitudes n'a-t-il pas déclaré devant le Parlement européen : "La Communauté est un Objet Politique Non Identifié" certes, c'est un jeu de mots, mais très représentatif d'une perplexité ambiante et non dénuée d'angoisse.

Le plus solide et le plus stable, avec ses objectifs bien établis, est le Conseil de l'Europe : parce que son objet est politique et juridique, avec sa philosophie de Démocratie pluraliste. La Finlande y siège depuis le printemps 1989 et les Nordiques en font partie, formant un sous-groupe influent. Le juridisme économique de la Communauté reste aléatoire parce que l'économie change tout le temps de profil, son but étant de s'adapter toujours. L'orthodoxie légaliste du Conseil est stable et clarificatrice car ses buts politiques sont traditionnels de l'Europe. Tout le monde sait de quoi il s'agit : gouverner sans opprimer ; laisser les idées circuler et s'exprimer ; créer...

La Communauté a perdu sa trajectoire économique pour s'enliser dans le "social" : ce n'est ni son but, ni son ultime destination.

Il ne faudrait pas qu'en devenant membre de la Communauté, les Nordiques perdent de leur influence qui est grande : à l'Europe, en effet, qui était exsangue, et qui ne voulait ni de l'Américanisme ni du Soviétisme, ils ont donné la théorie des Droits et des Libertés, cette version moderne et laïque de la Charité, et la Social-Démocratie du Nord, cette version vivable du Socialisme. Sans faire partie des structures de l'Europe, car leur neutralité et leur économie ne le rendaient pas nécessaire, ils ont été des Partenaires constants, discrets, influents, délicats, silencieux, se chargeant souvent des pré-négociations des dossiers délicats dans les instances internationales, à l'ONU, étant banquiers, ambassadeurs, éminemment fiables et loyaux. Cela, sans faire partie des institutions communautaires, puisque leur neutralité et leur propre destin économique ne le rendaient pas nécessaire. L'AELE peut être considérée comme un "pont" entre l'Ouest et l'Est.

En entrant dans l'Union Européenne, qui a tout à y gagner, les Nordiques risquent de perdre cette puissance qui vient du secret, du retrait, du silence : ils vont devoir s'engager officiellement et "bryamment" sur toutes sortes de questions, se mettre sur le devant de la scène... et cela ne leur ressemble guère. Ils préfèrent "les voies du brouillard et de l'oubli".

Le plus "sudiste" des Nordiques, le Danemark, bien qu'Européen depuis 20 ans a des réactions significatives sur l'ambigu débat de la voie à tracer : son "NON" très court, suivi d'un "OUI" non moins étroit, est en soi l'illustration de toutes les interrogations, et du fait que "Europe" et "Europe du Nord" ne sont pas tout à fait sur la même longueur d'onde. Le Danemark s'interroge, justement sous l'angle de la démocratie, de sa version très élaborée de la Social-démocratie, de sa propre discipline sociale, de son enrichissement. Le vote des femmes, ici aussi, est déterminant : Pour les danoises, Maastricht n'est pas vraiment un progrès, et fragilise même certains acquis ; le lourd poids des Méditerranéens à faire progresser fait peur. Les liens privilégiés établis de longue date avec les Anglo-Américains, le Commonwealth risquent de se trouver entravés ; enfin l'autorité bruxelloise n'est pas perçue comme démocratique : le Parlement de Strasbourg est "faible", et cela choque fort le très ancien parlementarisme hérité de Frédéric VII.

Les pays du Nord ont aussi, et c'est un élément "fort", une assez récente identité "constitutionnelle" et ils ne veulent pas la perdre au profit d'une instance administrativo-européenne qui les noierait dans une masse décisionnelle incertaine.

Les Européens sont-ils prêts au "partage" ?

En juillet 1992 le professeur Jean-Louis Quermonne remarquait qu'il y avait trois lectures possibles et superposables de Maastricht : l'une syncrétique à résurgence nationaliste, simplement parce que l'idée fédérale n'existe pas et qu'il n'y a pas de "peuple européen" ; nous en sommes toujours à la "mosaïque", cette vision recoupe celle des Finlandais les plus sceptiques sur l'Europe, avec pour slogan "rien à en attendre, que des entraves" (... "les mains en l'air" ... etc), la seconde lecture proposée est celle qu'affectionne les juristes, celle fonctionnaliste à résonance communautaire : mettre en commun pour aller mieux, celle, enfin, prospective à vocation fédérale, et dont les contours doivent être dessinés, et dont il faut convaincre une partie de l'opinion.

Avec Philippe Braud (Défense nationale, Mai 92) on peut remarquer que Maastricht renforce la supranationalité, clarifie dans son 3B la subsidiarité, renforce les pouvoirs parlementaires, mais d'un autre côté, est peu démocratique. Il se demande, fort opportunément, quelle est la portée de ces 144 pages et de ces 17 protocoles additionnels ? Quelle est la "finalité" de tout ce chantier ? Il met en lumière toute l'ambiguïté de cette démarche face à l'État-Nation ; l'ambiguïté même de l'État-Nation à l'apogée de sa puissance, mais aussi attaqué de toutes parts par cet "Espace" nouveau qui se voudrait juridique. L'est-il ? Car il ne balise rien. Or. le rôle du droit est de baliser, de poser des limites claires, d'induire des permissions et de déterminer les interdits. Le flou même de la rédaction peu inquiéter (pour les anti-) et séduire (pour les pro-). Il se demande si l'on n'est pas en route pour "un trop grand marché" qui devient un lieu de bataille à coup de grands trusts, et non d'harmonie.

Terrain de réflexion sur lequel le rejoint René Rémond lorsqu'il rappelle que le conflit est entre l'élargissement continu de la Communauté ou son approfondissement : "plus on élargit, plus on dilue" : il ne faudrait perdre ni efficacité ni objectifs précis ; ne pas devenir une sorte d'O.N.U. européenne. inefficace et débordée par son propre budget.

Ces réserves ont conduit au repli suisse : la Confédération préfère la Banque, le silence et la neutralité au tapage et aux incertitudes bruxelloises, la morale aussi n'est pas exempte de sa réflexion, comme l'équilibre de ses cultures et de ses populations.

Les Finlandais s'engagent vers l'Europe parce qu'économiquement, il est devenu impossible de triompher seul. A plusieurs, en principe, on est plus fort. Les derniers mois l'ont démontré et les sondages les plus récents le confirment : les

finlandais ont peur, en dehors de toute rationalité, du terrible autoritarisme russe, de la misère renaissante, du désordre slave ; la CEE est un bon contrepois. Ils observent aussi avec beaucoup de méfiance la montée irréversible des questions sociales dans l'Allemagne réunifiée et sa terrible violence, la Pologne bloquée entre Allemagne et Russie ; ils veulent continuer d'aider les États Baltes qui leurs semblent un bon îlot démocratique à construire dans ce contexte. Mais les élections récentes y montrent que le Communisme est encore très implanté et pour un certain temps. Donc entrer dans la Communauté est une excellente "dé-fragilisation" de la situation et leur entrisme n'en est que plus volontariste et déterminé. Si les Finlandais entrent dans l'Union Européenne ce sera pour contribuer activement à sa plus grande réussite.

Les Nordiques sont-ils faits pour la Communauté Européenne ?... On peut se demander si l'étonnant capharnaüm qui se profile dans la banlieue de Hambourg, s'étale vraiment vers Amsterdam, à Bruxelles, pour s'amplifier inexorablement jusqu'à Palerme et Tarifa, peut leur convenir autrement que pour du tourisme exotique... Tout en inventant et mettant en oeuvre cette version réformée de la charité déjà évoquée, les Scandinaves pratiquent une "société" d'ordre et de rigueur, un système social discipliné, où le contrôle de soi et des autres est très présent, où les "droits" sont clairement contrebalancés par des "devoirs" et des formalités pesantes, une transparence socio-publique à laquelle se soumet l'imaginaire privé.

Aux farouches et interminables banlieues informes, à nos favellas méditerranéennes et nos bidonvilles atlantiques, les Nordiques opposent de moyennes villes propettes dénuées de S.D.F. et de clochards, sans faubourgs immondes, au métro rare et ripoliné dans lequel il est défendu de mendier, de faire commerce et de dormir... La religion Réformée tient tout le monde bien droit : ni kippa ni voile islamique, aucune déviance laïque. Tapiola est une cité parfaite, comme on peut en rêver dans le meilleur des mondes possibles ou dans les bidonvilles de Brasilia.

Il y a deux tributs socio-industriels que les Scandinaves n'ont pas à payer, ou très peu, par rapport à l'Europe des 6, puis des 8 et des 9, et des 10, et maintenant des 12 qui est la réponse à deux liquidations historiques où ils ont eu peu à jouer, du moins sur le devant de la scène, et de toutes façons, avec beaucoup de retard :

1°) l'hyper-industrialisation et toute la grande économie de la fin du dix-neuvième siècle et de la première moitié du vingtième siècle, édifiée sur le gigantisme des entreprises minières, textiles et métallurgiques, reposant sur une exploitation massive et cruelle du prolétariat. Cette lecture là n'est pas nordique : les pays du Nord viennent après, et autrement, sans cette monstruosité entreprenante qui a conduit aux excès des communismes, des fascismes et de la guerre.

2°) le grand colonialisme : cette expansion et ses suites n'appartiennent pas non plus au monde nordique et encore moins finlandais. Certes, il y a eu le commerce, la navigation, la banque et la pêche baleinière ; il y a eu le départ des plus affamés vers de lointains territoires formant l'efficace diaspora nordique ; mais elle est modeste, regroupée en communautés discrètes repliées sur elles-mêmes, ou illustrées par quelques individus originaux, mais non conquérantes de vastes territoires avec d'illimitées ambitions de conquêtes. Il n'y a pas eu d'empire norvégien équatorial, de Pakistan danois, ni d'Indes suédoises... Les Nordiques ne sont pas "tiers-mondisés" et jettent sur les questions de la gestion des peuples du tiers monde, donc des anciens colonisés, sujets ou esclaves et de leur accueil un regard froid, lucide et dénué de culpabilité. Sans doute alors, leur présence dans la Communauté peut-elle être très salutaire car sans écho violent ou dramatique. Les gens du Nord sont très rationnels et peu influençables car leur vie est besogneuse, souvent dure et exempte de tout fantasme spéculatif ou agressif. Ils pourront

certainement rendre plus "palpable" au possible "citoyen européen" la réalité européenne, sa richesse et la chance inouïe d'appartenir à cet îlot qu'on appelle L'EUROPE.

Août-novembre 1993

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

- De Bourcet Mannerheim, 1940 Lausanne.
- Maréchal Mannerheim, Mémoires, 1952 Lausanne.
- F. Thibaut, La Finlande, LGDJ 1978.
- Heikki Jalanti, La Finlande et l'état germano-soviétique, La baconnière, 1966.
- Eino Jutikkala, Histoire de la Finlande, La baconnière, 1978.
- F. Thibaut, La Finlande, politique intérieure et neutralité active, LGDJ 1990.

R.R.J. 1994-1
Pages 311 à 327

ACTUALITÉS DOCTRINALES

"ÉVALUATION LÉGISLATIVE ET LOIS EXPÉRIMENTALES"

Actes du Séminaire de Crans sur Sierre (Valais)

7-9 octobre 1992,

sous la direction de C.-A. MORAND

Préface de J.-L. BERGEL

P.U.A.M. 1993, 242 p. (*)

Présentation par

Emmanuel PUTMAN

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III

C'est de Suisse que nous viennent les travaux en langue française les plus récents sur l'évaluation "scientifique" des effets des lois, la thèse de Luzius Mader sur "L'évaluation législative" (Payot, Lausanne, 1985 : v. la présentation dans la "Revue des thèses" de la Revue trimestrielle de droit civil 1993-4) et les actes de ce séminaire, publiés par les Presses Universitaires d'Aix-Marseille, qui seront suivis chez le même éditeur par un prochain volume des travaux de l'Atelier de méthodologie juridique dirigé par Jean-Louis Bergel. On retrouve dans la présente publication la signature de L. Mader, qui présente la pratique suisse des lois dites "expérimentales", ces législations temporaires prévoyant elles-mêmes que leur pérennisation, ou leur remplacement, dépendra d'une évaluation de leurs effets, rendue ainsi obligatoire (v. dans le même opuscule la contribution de C.A. Morand, sur "l'obligation d'évaluer les effets des lois"). Un vaste panorama comparatif (où l'on remarquera, pour la France, l'étude de J. Chevalier) montre que le phénomène des lois expérimentales illustré par les "sunset laws" américaines qu'étudie ici B. Cottier, est plus répandu qu'on ne l'imaginerait (v. pour l'Italie l'article d'A. Pizzorusso, pour l'Allemagne celui de W. Hoffmann-Riem). Ce n'est pourtant qu'un des aspects de l'évaluation législative, et, pour prendre pleinement conscience des enjeux intellectuels -et pratiques !- de celle-ci, il est bon de se plonger dans les trois excellentes synthèses de A. Höland ("L'évaluation législative comme auto-observation du droit et de la société"), D. Freiburghaus ("De l'efficacité des évaluations..." : une réflexion particulièrement démystifiante !) et W. Bussmann (confiant dans la possibilité d'"Apprendre à travers les évaluations", mais à condition de savoir ce que l'on va y chercher). Le lecteur déjà familier de la thèse de L. Mader trouvera dans ces trois interventions une mine de réflexions complémentaires, dont on voudrait signaler particulièrement quelques-unes.

Le moins réservé à l'égard de l'évaluation législative est Armin Höland, qui insiste sur sa justification sociologique. Légiférer, nous rappelle-t-il, devient une opération de plus en plus risquée, dès lors que l'État décide d'intervenir dans des matières très complexes (technique génétique, fécondation artificielle, chocs de

* Cet ouvrage fera également l'objet d'un compte-rendu à la Revue trimestrielle de droit civil.

l'épidémiologie et du droit provoqués par le difficile problème du SIDA, ou plus simplement enjeux économiques et sociaux de la protection par la sécurité sociale). Les décisions législatives s'inspirent de pronostics incertains (ne serait-ce que dans les domaines où l'évolution technologique menace la loi d'obsolescence). L'évaluation des effets de la législation est une stratégie rationnelle destinée à réduire ces risques, mais aussi une réponse au scepticisme croissant du public à l'égard de la loi. Du point de vue épistémologique, il est clair que M. Höland a raison, lorsqu'il voit dans l'évaluation législative un exemple de l'imbrication de plus en plus étroite du droit et des sciences sociales empiriques, avec comme but avoué un ajustement plus exact de l'application du droit aux conditions réelles. Mais, comme il le dit pudiquement, la réunion n'est pas toujours facile entre un dogmatisme qui s'oriente d'après ce qui devrait être et un savoir sociologique qui traite de ce qui est.

Il est alors difficile de suivre l'auteur lorsqu'il évoque "l'auto-observation" du droit par le moyen de l'évaluation législative. Car n'est-il pas méthodologiquement nécessaire, pour assurer la qualité scientifique des évaluations, que l'observateur soit tiers par rapport à l'observé ? Il est certes possible de confier l'observation au juriste praticien, mais cela suppose un "dédoublage méthodologique" de la personnalité dont nous avouons douter. La difficulté ne provient d'ailleurs pas d'une opposition entre dogmatisme juridique et savoir sociologique. Affirmer que le droit doit s'ajuster plus exactement aux conditions du réel est prôner un certain devoir-être du droit, et cela aussi, quoi qu'on en dise, relève de la dogmatique. Il serait à l'inverse réducteur de ne voir dans la pratique juridique que la mise en œuvre d'un dogmatisme. Elle est aussi la mise en œuvre d'un certain savoir, constitué en fonction d'une certaine perception du réel - fatalement différente de celle d'un observateur extérieur. Si certains juristes praticiens pourront croire à tort l'évaluation législative située à des années-lumière de leurs soucis, il y aura aussi un "non-dit" chez certains évaluateurs, consistant à considérer les juristes comme des techniciens étroits, responsables pour partie de l'inadéquation du droit au réel. Si l'évaluation législative n'est pas seulement la résultante du scepticisme social à l'égard du droit, mais contribue également à l'entretenir - comme l'étude de M. Höland paraît le suggérer - c'est peut-être partiellement à cause de ce qu'on nommerait, en paraphrasant C. Atias, le divorce entre le savoir des juristes et la science des légistes.

Les questions que se pose Dieter Freiburghaus sur l'efficacité des évaluations sont de nature à attiser le débat. Maniant une plume alerte, M. Freiburghaus se demande si l'utilité des études d'évaluation dans la pratique politique est fonction de la qualité scientifique de l'évaluation ! Une "bonne" étude, note-t-il finement, n'est pas facile à lire pour le politicien. Elle ne cherche pas à simplifier les données, souligne leur caractère incomplet ou imparfait, montre le caractère difficilement "transposable" des résultats de l'évaluation en dehors de son cadre étroit. Cela accroît la crédibilité scientifique de l'évaluation, mais pas forcément sa maniabilité politique... à supposer que le praticien politique se préoccupe véritablement des résultats de l'évaluation. Au contraire, si le pouvoir politique recherche l'étude d'évaluation pour son "effet d'affichage", il peut tirer parti des conclusions erronées que l'opinion publique tire parfois des bonnes études. Une étude peut conclure prudemment que "l'inefficacité n'a pu être démontrée" parce que les variables étaient trop nombreuses pour que des effets pervers, même notoires, soient considérés avec certitude comme imputables à une législation. L'opinion publique, elle, conclura volontiers que "l'efficacité est démontrée" ; ou bien une publicité journalistique simplificatrice de l'étude (ou une publicité politique habile) le lui fera conclure.

D. Freiburghaus met par ailleurs l'accent sur ce que nous appellerions volontiers "le paradoxe de l'évaluateur". Celui-ci réalise son étude en fonction des objectifs que la loi s'est fixée, mais ces objectifs sont souvent obscurs, affectés par

la "langue de bois" politique ou le maniement de l'euphémisme. L'évaluateur est donc conduit à opérer sa propre analyse des objectifs, au risque qu'ensuite le politique se retranche derrière les soi-disant "vrais objectifs" que l'évaluateur sera taxé d'avoir mal compris. A quoi nous ajouterions qu'en recherchant les objectifs de la loi, l'évaluateur accomplit, pour parler "franglais", une sorte de "trespass méthodologique" : il se fait interprète du texte, ce qui relève de la mise en œuvre de la loi par les juristes et singulièrement les juges, et non de l'évaluation de cette mise en œuvre. Il est contraint à un dédoublement méthodologique de la personnalité, d'observateur il passe à un rôle identique à celui de la pratique qu'il observe, et à notre avis la crédibilité scientifique de l'évaluation pâtit d'une pareille transgression de frontière.

Pour sa part, Werner Bussmann énumère toutes les raisons pour lesquelles les effets d'une loi peuvent difficilement être évalués de façon fiable : effets qui se manifestent de façon peu marquée, ou chez beaucoup de personnes mais pas très perceptiblement, ou à des endroits imprévisibles du système, ou très longtemps après la mise en vigueur de la loi, comme des dormeurs qui s'éveillent ("sleepers effects"). Autre difficulté, le temps écoulé entre le moment où l'évaluation est entreprise et le moment où ses résultats deviennent exploitables. Entretemps, la situation peut avoir changé au point qu'elle nécessiterait une évaluation nouvelle, ou que les objectifs politiques ne sont plus les mêmes et rendent partiellement inutilisable, l'expérience acquise. Enfin, W. Bussmann avoue qu'il est malaisé de savoir si les résultats de l'évaluation d'une décision législative antérieure sont utilisables, par analogie ou extrapolation, pour évaluer une décision législative nouvelle. On peut apprendre à travers les évaluations : mais on apprend par tâtonnements et maladresses successives, comme l'explorateur d'une forêt. Belle image d'humilité, à opposer à la prétendue rigueur scientifique que l'évaluation est censée apporter à la science législative. Tout au plus fait-elle venir une petite lumière dans la forêt.

PHILOSOPHIE JURIDIQUE EUROPÉENNE

Jean-Marc TRIGEAUD
Éd. Bière, 1990, 184 pp.

Présentation par
Alain SÉRIAUX

Professeur à l'Université de Droit, d'Économie et des Sciences d'Aix-Marseille

Avec un inqualifiable retard, que nos lecteurs et surtout l'auteur daigneront, nous l'espérons, nous pardonner quand même, nous présentons ici ce second volet d'une réflexion déjà ancienne de notre collègue Jean-Marc Trigeaud sur la philosophie juridique européenne. Rappelons que le premier, déjà commenté dans cette revue, avait trait aux *institutions* et consistait en un ouvrage collectif dûment orchestré par le savant bordelais. Cette fois, c'est lui-même qui prend exclusivement la plume pour nous livrer les résultats de ses réflexions sur ce qu'il considère comme les catégories fondatrices de l'Europe. L'ouvrage réunit quatre monographies, déjà publiées çà et là et dont la compilation en un seul volume est loin d'être inopportune. Une introduction "programmatische" à la philosophie juridique européenne ; une longue réflexion sur "l'universalité de la justice en Europe" ; un propos plus bref sur "la fonction critique du concept de nature des choses" ; une autre contribution d'une cinquantaine de pages sur "la personne juridique dans la philosophie européenne", enfin. Tout au long de cette œuvre dense, qui incite le lecteur à une certaine complicité amicale avec l'auteur, Jean-Marc Trigeaud revient sur deux thèmes qui lui sont chers : la justice et la personne.

La *justice*, tout d'abord. De celle-ci, l'auteur nous dit d'emblée qu'elle constitue un produit typiquement européen (indo-européen, pour être plus exact, si l'on s'en rapporte à l'ouvrage fondamental d'Émile Benveniste, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*) qui, avec son frère jumeau, le Droit, constituent "deux catégories éminemment constitutives de l'idée d'Europe. Non seulement pour être nées sur le sol européen et y avoir prospéré, mais surtout pour avoir contribué à assurer l'unité de l'Europe, pour avoir permis son développement, qui a servi d'exemple, et pour avoir favorisé son influence" (p. 14). Pour nous, Européens, "il n'est aucun aspect de la vie publique qui échappe au droit et par où l'individu n'est un justiciable en puissance, face à une société investie du pouvoir généralisé de le juger" (p. 15). Ce "modèle" de vie n'est pas sans avoir connu quelques succès sous d'autres cieux tantôt par voie d'imitation spontanée, tantôt par "acculturation". Quoi qu'il en soit, Jean-Marc Trigeaud prend bien soin de spécifier qu'une distinction s'impose entre l'idée même de justice et le *concept* de droit (p. 68 et s.). "L'idée de justice, écrit-il, est apparue sans condition de lieu, semble-t-il, sous l'effet d'une réflexion librement exercée. Mais ce n'est que dans le monde européen qu'elle n'a pas été spontanément refoulée, et qu'elle a été accueillie, puis élaborée jusqu'à une véritable conceptualisation" (p. 68). Cette distinction est, pour notre auteur,

capitale. C'est, d'après lui, pour ne l'avoir pas vue que les humanistes de la Renaissance ont critiqué injustement les tenants d'un droit naturel. Car l'idée de justice est universelle, alors que sa traduction en concept est locale. De même l'idée en appelle à l'humanité, c'est-à-dire au propre de l'homme en général, alors que le concept est imputable à des groupes humains et "n'est corrélativement accessible qu'à des groupes homologues qui sont en mesure de la comprendre parce qu'ils peuvent le *re-produire*" (p. 70). Il y a là, indubitablement, une distinction très fine et qui mérite d'être méditée. A notre avis, cependant, elle ne peut pas "sauver" le droit naturel (si tant est qu'il en ait besoin). Car si celui-ci se ramène simplement à un vague idéal de justice qui se renie lui-même dès qu'il se conceptualise (se concrétise ?), il aura certes tôt fait de rallier tous les suffrages (qui ne serait d'accord pour dire que la vie sociale doit être juste ?), mais pourra-t-il prétendre au statut de droit alors qu'il ne mesure réellement aucun comportement ? Pour reprendre une terminologie thomiste, nous aurions un consensus total sur le premier principe de la loi naturelle ("il faut faire le bien et éviter le mal") et un désaccord non moins total sur les toutes premières conclusions tirées de ce premier principe : ne pas tuer, ne pas voler, ne pas commettre l'adultère, etc. De nos jours, d'ailleurs, il nous paraît assez clair que même le premier principe ne va pas de soi et que beaucoup seraient sans doute prêts à le reformuler ainsi : "il faut *se* faire du bien et *s'éviter* le mal", tant la crise sur les valeurs morales est profonde.

La *personne*, ensuite. Elle occupe chez Jean-Marc Trigeaud une place centrale. Pour lui, en effet, la justice "comme catégorie constitutive de l'idée d'Europe (...) s'est formée au confluent de trois grandes traditions : la tradition gréco-romaine (...) qui se représente l'ordre réel et objectif du *Ius* ; la tradition judéo-chrétienne qui saisit l'homme juridique comme *Persona* en son intégralité corporelle et spirituelle ; la tradition humaniste moderne, enfin, qui correspond à l'émancipation de la *Ratio* comme faculté pratique, poursuivant l'accomplissement d'une sorte d'*Opus iustitiae* à imposer au monde vidé de sa substance axiologique" (p. 25). De ces trois traditions, seule la seconde paraît à l'auteur vraiment essentielle dans la mesure où elle constitue, au moins dans sa perspective strictement chrétienne, la synthèse des deux autres traditions, celle du *Ius* et celle de la *Ratio*. C'est là, chacun le sait, une thèse chère à Jean-Marc Trigeaud : celle qui lui permet, entre autres choses, de concilier la réflexion philosophique de Rosmini avec la perspective propre au docteur commun de l'Église, saint Thomas d'Aquin. La personne est "ce qui fait que l'homme est l'homme, qu'il prend un sens et acquiert une consistance originale" (p. 128). Certes, comme le montre l'auteur, la notion de personne a subi de nombreux avatars au cours de l'histoire philosophique : récupérée d'abord par l'idéalisme, réduite ensuite à l'*homo oeconomicus*, réintégré enfin par le sociologisme triomphant dès XIX^{ème} et XX^{ème} siècles qui l'a noyée dans une dimension exclusivement sociale, la personne au sens thomiste est le siège de véritables *iura* qui ne sauraient être méconnus, aux côtés de ceux que le droit naturel, à strictement parler, tire de la nature des choses. Voilà l'apport majeur du thomisme et de la tradition chrétienne" (p. 138). A l'objection de certains, dont nous-mêmes, que saint Thomas n'a *rien* dit sur la personne lorsqu'il aborde le droit ou la justice, Jean-Marc Trigeaud répond par avance (p. 96-97) qu'ils "perdent de vue non seulement l'unité des traditions européennes, mais aussi l'esprit du *Ius*" et que de telles critiques "rivée(s) à la lettre des textes et ne saisissant d'une philosophie que sa dogmatique systématique et historique se révèle(nt) incapable(s) de comprendre que le terme *persona* peut être *implicite* à défaut d'être expressément utilisé". Nous ne reviendrons pas ici sur ce débat. Les lecteurs pourront peut-être en prendre la mesure en comparant notre propre version du droit naturel (PUF, 1993) à celle que propose ici Jean-Marc Trigeaud.

L'on se gardera bien de conclure. Soulignons cependant un point d'accord substantiel. Comme Trigeaud, et avec Kant, nous pensons qu'il est essentiel de distinguer deux questions. Celle du *quid ius* ? (qu'est-ce que le droit ?) et celle du *quid iuris* (qu'est-ce qui est droit ?). La première appartient de droit aux philosophes ; la seconde relève en revanche de la seule compétence des juristes. En centrant malgré tout son exposé sur la justice, même s'il la voit à travers la personne, Jean-Marc Trigeaud aura certainement contribué, par toute son œuvre, à un dépouillement philosophique de la notion de droit et de celle, corrélatrice, de justice.

**LA PROTECTION DE LA PERSONNALITÉ.
BILAN ET PERSPECTIVE D'UN NOUVEAU DROIT.
CONTRIBUTIONS EN L'HONNEUR DE PIERRE TERCIER POUR
SES CINQUANTE ANS**

Éd. Univ. Fribourg, Suisse, 1993, 227 pp.

Présentation par
Alain SÉRIAUX

Professeur à l'Université de Droit, d'Économie et des Sciences d'Aix-Marseille

Nouveau, le droit de la protection de la personnalité l'est en Suisse justement grâce à la contribution désormais indélébile -vertige de la loi *imprimée* sur du papier et au-delà, peut-être, dans les cœurs- de Pierre Tercier, auquel il fut somme toute donné de présider le groupe d'experts qui a mené à bien les travaux de révision du Code civil. Il en résultat, entre autres, les actuels articles 28 et s. qui, en 1984, furent profondément remaniés en vue d'accorder une meilleure protection à la personnalité. A l'âge de cinquante ans, le professeur Pierre Tercier peut donc légitimement s'enorgueillir non seulement d'avoir participé à la refonte de nombreux pans du droit civil helvète, mais encore de lui avoir fait faire un grand pas dans le sens de la subjectivisation croissante du droit des sociétés dites modernes. Les dix contributions, qui forment la substance de cet ouvrage, offertes par les élèves du maître, en sont un vivant témoignage.

Une première constatation : la "personnalité" au sens du droit civil suisse est une notion fort éloignée de celle que, nous autres Français, avons tendance à admettre. Nous ne rangeons d'ordinaire sous cette appellation, d'ailleurs non contrôlée, que les biens ou les droits (nous y reviendrons) qui peuvent être considérées comme l'expression de la *façon d'être* d'une personne : de sa personnalité unique et irremplaçable, qu'elle transparisse à travers ces attributs spirituels que sont l'identité, l'honorabilité ou l'intimité ou dans des éléments plus corporels tels l'image ou, dans une certaine mesure, l'intégrité physique. En Suisse, au contraire, la personnalité acquiert des dimensions multiformes. En l'absence d'une définition légale qui restreindrait peu ou prou le champ de la protection de la personnalité en elle-même, le juge et surtout la doctrine ont été amenés à ranger sous cette rubrique tout ce qui a trait à la personne. "On définit la personnalité comme l'ensemble des biens inhérents à chaque personne, biens qui lui appartiennent de sa naissance à sa mort de par sa seule qualité de personne physique ou morale", lit-on sous la plume du professeur F. Werro ("La définition des biens de la personnalité : une prérogative du juge", p. 21). Ou encore : "la personalità costituisce l'insieme di beni inerenti ad ogni persona" (F. Pedrazzini, "I diritti della personalità del paziente...", p. 103). Et de distinguer "trois catégories de droits de la personnalité : les droits attachés à la personne physique, les droits de la personnalité affective et ceux de la personnalité sociale. Les premiers comprennent les droits à la vie, à l'intégrité physique, à la

liberté de mouvement, à la liberté sexuelle et à celle de disposer de son cadavre ; les deuxièmes, les droits aux relations avec les proches, à la piété filiale et au respect de sa vie affective ; quant aux derniers, ils visent les droits au nom, à l'honneur, au respect de sa vie privée, à la production littéraire et artistique et à la liberté économique" (F. Werro, art. précité, p. 22). Tous ces droits sont envisagés sous différents azimuts : au sein de la famille, de l'entreprise (V. P. Montavon, "De la confidentialité des données personnelles au sein de l'entreprise", p. 75 et s.), de la clinique ou de l'hôpital (V. P. Pedrazzini, art. précité) ou de la société globale (V. P. Beauverd, "Quelques aspects de la protection des données personnelles dans l'assurance sociale", p. 87 et s.). La liberté économique en particulier est elle-même une conséquence de la "personnalité économique" (V. C. Bovet, "Concurrence et personnalité économique", p. 139 et s. ; H. Ercüment Erdem, "La protection de la personnalité économique et la concurrence déloyale", p. 165 et s.), et engendre à son tour la liberté contractuelle qui a "cinq composantes principales : les libertés de conclure, de choisir son ou ses partenaires contractuels, de passer un contrat sans forme spéciale, de résoudre et d'amender le contrat conclu et de déterminer l'objet du contrat" (C. Bovet, art. précité, p. 144). Ouf ! On a le sentiment que nos juristes suisses, à la manière dont Christian Wolff l'avait fait pour le droit naturel deux siècles plus tôt, s'efforcent de repenser tout le droit positif en termes de droits subjectifs, laissant ainsi de côté l'étude des règles objectives qui en déterminent le contenu. Pourtant, l'article 28 du Code civil dispose bien que "celui qui subit une atteinte *illicite* à sa personnalité peut agir en justice...". Ce n'est donc point la seule atteinte à un bien (ou, à la manière de Ihering, un "intérêt") qui justifie le recours aux mesures de protection de la personnalité *lato sensu*. Il y faut davantage : un acte illicite ; mieux : un acte contraire au droit (cf. en ce sens les bonnes analyses de F. Werro, art. précité, p. 23 et s.). Et ce n'est, à notre avis, que dans la mesure où l'acte est illicite que l'on pourrait légitimement en déduire qu'il existe une atteinte à un droit (un intérêt "juridiquement protégé", toujours selon Ihering). En Suisse, plus encore qu'en France, statistiquement du moins, il devient bien malaisé d'établir une distinction nette entre les *biens* au sens de ce que l'on possède, sans plus (légitimement ou non), et les *droits*, c'est-à-dire ce qui, lésé, justifie une action judiciaire défensive et/ou offensive. Constamment, nos auteurs passent imperceptiblement d'une notion à l'autre, sans même paraître s'en rendre compte.

Action défensive, action offensive, disions-nous. Il est à cet égard intéressant -ce sera notre seconde remarque- de voir combien la loi suisse a su entourer la personnalité (la personne) de moyens judiciaires destinés tantôt à faire cesser le trouble illicite, tantôt à obtenir réparation des effets de ce trouble. Sur le premier terrain, l'article de H. Bugnon ("Les mesures provisionnelles de protection de la personnalité", p. 35 et s.) commente en détail l'article 28 a, al. 1 dont la simple lecture est déjà tout un programme "celui qui rend *vraisemblable* qu'il est l'objet d'une atteinte illicite, *imminente* ou *actuelle* et que cette atteinte *risque* de lui causer un préjudice difficilement réparable, peut requérir des mesures provisionnelles". Quant aux dites mesures, qui ne peuvent toutefois être prises qu'après avoir respecté au moins en la forme le droit de la partie adverse à être entendue (art. 28 d, al. 1), elles porteront au gré du juge sur l'interdiction ou la cessation de l'atteinte (art. 28 c, al. 2) et sur la conservation des preuves (*ibid*). En contrepartie, toutefois, de telles mesures peuvent toujours être révisées et, surtout, "le juge peut astreindre le requérant à fournir des sûretés si les mesures sont de nature à causer un préjudice à la partie adverse" (art. 28 d, al. 3). Sur le second terrain, celui de la réparation, le Code civil suisse est plus discret. On ne manquera cependant pas de souligner les intéressantes réflexions d'analyse économique du droit que propose J.-B. Zufferey en conclusion de cet ouvrage ("Droit de la personnalité : quelques éléments d'une

analyse économique", p. 203 et s.) aux termes desquelles il est notamment souhaité (?) que "le média qui viole la sphère intime d'une personne (doive) des dommages et intérêts qui correspondront en réalité au tort que subira la société du fait que les individus camoufleront désormais leur vie privée avec plus de soin (par ex. les relations humaines seront plus difficiles) (p. 220) et que le même média soit de toute façon condamné à payer à sa victime la somme que celle-ci aurait demandée si elle avait contractuellement consenti à l'atteinte à sa vie privée (p. 221). Qui ne sent qu'avec de telles solutions "économiques" le droit tout court -le bon vieux droit traditionnel- ne s'y retrouverait guère ? Mais il est sans doute trop tôt pour épiloguer.

THE NATURE OF THE LAW AND RELATED LEGAL WRITINGS

Eric VOEGELIN

Collected works, vol. 27, Éd. par R.-A. Pascal, J.-L. Babin et J.-W. Corrington,
Louisiana State University Press, Baton Rouge and London, 1991, 119 pp.

Présentation par
Alain SÉRIAUX

Professeur à l'Université de Droit, d'Économie et des Sciences d'Aix-Marseille

Les Américains devaient discrètement ériger une statue à Hitler. Grâce à lui, une très grande majorité de penseurs européens de haut-niveau, fuyant le régime nazi, s'installèrent aux États-Unis, y enseignèrent et contribuèrent ainsi grandement au développement de la culture américaine. Les exemples sont innombrables. L'allemand Eric Voegelin en est un, typique. Spécialiste de l'histoire des idées politiques, il a rédigé et parfois publié très exactement trente trois ouvrages dont deux morceaux de bravoure. *Ordre et histoire* (5 volumes) et *Études sur l'histoire des idées politiques* (8 volumes). Après sa mort en 1985, de bons éditeurs décidèrent de publier ses œuvres complètes. En voici le volume 27, exceptionnellement et exclusivement consacré au droit : à sa nature ou essence plus spécialement. De ce volume aux dimensions modestes, nous ne retiendrons ici que l'essentiel, à savoir l'ouvrage intitulé *The nature of the law* (1957). Voegelin, il faut le noter, n'était pas un spécialiste du droit. Aussi, à l'instar de cet autre grand penseur de notre siècle que fut Alexandre Kojève, se proposa-t-il d'enquêter sur le droit à *partir de l'expérience des juristes (lawyers)* ce qui, pour être classique et bourré de bon sens, n'en dénote pas moins par rapport à l'innombrable production de réflexions "a-prioristiques" sur le droit dont les juristes eux-mêmes sont particulièrement friands, en France comme ailleurs. Le résultat est un ouvrage intelligent, bref mais dense, dont la lecture procure un savoureux plaisir. En voici les grands traits.

Voegelin s'enquiert d'abord d'un point de départ solide. C'est ainsi qu'il écarte successivement toute tentative de distinction entre les règles essentielles et les règles non essentielles dans le droit, au motif que les *lawyers* n'ont jamais établi une telle distinction (pour eux le droit est un tout) ainsi que le critère de *validité* pour décrire l'essence du juridique. La validité en effet renvoie, pense-t-il, à l'utilisation de procédures constantes, généralement établies par la constitution (p. 14). Mais ces procédures peuvent être à leur tour décrites en termes de règles valides (p. 19) et nous voici dans l'obligation d'une *regressio ad infinitum* que Voegelin compare au problème soulevé par Zénon d'Élée. Certains, comme Kelsen, ont tâché, par le recours à une norme ultime fondamentale, d'éluider ce problème. Mais, pour Voegelin, "cette construction doit être rejetée comme dépourvue de sens analytique. Elle n'analyse rien du tout, mais interrompt l'enquête sur la nature du droit. En science, ce qui nous intéresse c'est l'étude de la réalité et non la construction d'un système qui empêche une telle étude" (p. 31). Opérant alors un renversement radical

-à nos yeux d'ailleurs tout à fait légitime-, Voegelin voit dans le droit "la substance de l'ordre", idée que l'on retrouve dans des termes tels que *maat* chez les Égyptiens, *tao* chez les Chinois, *nomos* chez les Grecs et *lex (ius)* chez les Latins (p. 24). Plus précisément, le droit est la substance de "l'ordre des choses (*order of being*) dont l'ordre de la société fait partie" (p. 25). Aussi, est-ce dans "l'ordre de la société que nous devons chercher la nature du droit" (p. 26). Inscrit dans la durée, cet ordre est sans fin (*lastingness*) (p. 40-42). Mais il convient de le découvrir (p. 43). Un tel ordre ne se dégage pas de l'observation empirique des régularités sociales ; il suppose au contraire un appel à réaliser un ordre authentique, vrai. Sa formulation en termes de devoirs (*ought*) provient de la tension sociale que requiert le difficile effort pour créer et maintenir l'ordre et, avec l'ordre, la véritable existence de la société" (p. 29). Cet ordre vrai de la société est, pour Voegelin, "l'ordre dans lequel chaque individu peut développer pleinement les possibilités de sa nature" (p. 52). L'appel à l'ordre vrai suppose qu'il soit entendu par les membres de la société. D'où la nécessité d'une publication suivie d'une promulgation des règles et l'intervention complémentaire des juristes de profession qui, connaissant la loi, sont capables de l'expliquer à quiconque veut connaître ses droits et ses obligations (les pp. 47-48 sur la fonction sociale des *lawyers* sont particulièrement bienvenues. Tout serait à reprendre, y compris les très fines observations sur la valeur "responsabilisante" de l'adage "nul n'est censé ignorer la loi"). En même temps, cet appel est un *projet* qui suppose d'identifier et de décrire quel est cet ordre vrai. Renouant discrètement avec Platon et Aristote, Voegelin préconise une collaboration étroite entre le philosophe (qui réfléchit sur l'ordre vrai) et les personnes socialement chargées de l'élaboration empirique du droit (p. 53). Et l'auteur de conclure cette première étape en soulignant que "l'ordre empirique d'une société est capable de degrés de réalité dans la mesure où il s'articule avec la tension du devoir être au sens ontologique qui est l'objet de l'enquête philosophique" (p. 55).

Dans un second temps, Voegelin s'attaque au problème de la formation du droit au sein de la société. Il souligne d'emblée, non sans raison, que cette formation s'opère à l'intérieur de la société elle-même (p. 56). Le propre d'une société est d'ailleurs d'être une entité capable de s'auto-organiser ("*self-organizing entity*") : "ses règles ne sont pas issues d'une société extérieure ni d'une personne extérieure à la société" (p. 58). Comment la société, qui n'est pas une personne, peut-elle élaborer de telles règles ? Pour Voegelin, la solution à ce problème se trouve dans le recours à la *représentation* : "les règles juridiques, dit-il, sont bien sûr faites par des hommes, mais non en raison de leur propre autorité en tant que personnes, mais en vertu de l'autorité liée à leur statut de représentants de la société" (...). Nous acceptons comme valide la décision d'un simple juge siégeant dans sa cour, non à cause de la sagesse et de la justice de sa décision, mais parce qu'il est le représentant de la société dont la position dérive en dernière analyse de la constitution. Nous nous conformons à sa décision, non parce qu'elle nous paraît vraie -probablement d'ailleurs avons-nous une opinion différente quant à la vérité de cette décision lorsqu'elle a été rendue contre nous- mais parce que nous jouons, par notre citoyenneté, notre propre rôle représentatif en tant que membres de la société organisée qui respecte cet ordre" (p. 59). Ce jeu n'est point de "l'art pour l'art", mais "une nécessité de la vie ordonnée des hommes en société" (*ibid.*). Il reste que les représentants chargés de dire le droit peuvent abuser de leur pouvoir. Cela advient chaque fois qu'ils ne poursuivent plus le bien commun mais leurs propres intérêts. Et l'on peut classer, comme le faisaient Platon et Aristote, les régimes politiques en bons ou mauvais selon que les gouvernants orientent ou non leurs lois vers le bien commun (p. 60).

Enfin, Voegelin s'interroge sur cet élément de validité de la règle de droit que "nombre de théoriciens, dit-il, inclinent, sans plus ample analyse, à en faire la caractéristique spécifique, à savoir, la sanction au moyen de la force" (p. 61). L'auteur n'exclut cependant pas cet élément. Il insiste plutôt sur les raisons qui peuvent rendre nécessaire l'emploi de la force pour l'imposition d'un ordre juridique. Il en voit trois. La première tient au fait que "tant qu'il existe une discordance entre l'ordre vrai et l'ordre empirique, la force est nécessaire pour éliminer la désobéissance" (*ibid*). La seconde est due à ce constat que "la question de la vérité en des matières telles que l'ordre (de la société) ne permet que rarement une réponse certaine et sans équivoque" (p. 62). Aussi, toute décision en ce domaine comportant une part d'arbitraire, l'emploi de la force va éviter les désobéissances qui seraient fatales à l'ordre social. La troisième raison est "celle à laquelle Aristote accordait la première importance. Toute l'organisation sociale pour faire et imposer la loi serait superflue si les hommes agissaient en accord avec l'ordre véritable sans contrainte ni menace de contrainte. Si les hommes étaient toujours motivés par le *aidos*, la piété ou la honte, pour ne pas accomplir ce qui est faux et honteux, qui souille leur humanité ; ou si, en cas de possible erreur, les admonitions de camarades étaient suffisantes pour ramener dans le droit chemin celui qui est en puissance d'errer (...). Mais telle n'est pas la nature de l'homme" (*ibid*). Aussi l'emploi de la force est-il nécessaire.

Ces trois points de l'étude de Voegelin sur l'essence du droit ne correspondent pas, sauf de façon purement chronologique, au plan strictement suivi par l'auteur. Mais ils nous ont paru constituer les axes essentiels et les plus intéressants de sa pensée. Le lecteur comprendra bien qu'une critique exhaustive de notre part nous amènerait très loin. Aussi nous abstenons-nous. De toute façon, nous n'avons en vérité, que des éloges à adresser à une telle étude. Sauf *peut-être* sur le second point, nous ne pouvons qu'adhérer à la pensée de l'auteur. Il est toujours consolant de voir de grands esprits confirmer le petit que nous sommes dans ses propres certitudes. Tout au plus faudrait-il, selon nous, étoffer le travail de Voegelin et montrer en quoi il constitue une excellente, quoique trop partielle, approche du phénomène juridique.

DÉPÔT LÉGAL 1er Trimestre 1994

- Bénédicte MOISSON de VAUX, Pour l'avènement d'une obligation accessoire de surveillance (Contribution à une meilleure qualification de dépôt).
- Stéphane PIEDELIÈVRE, Les fruits et les revenus en droit patrimonial de la famille.
- Emmanuel PUTMAN, Retour sur « le droit de ne pas payer ses dettes » in Mémoirium Georges Ripert.
- Xavier AGOSTINELLI, Le concubinage homosexuel dans la loi D.M.O.S. du 17 janvier 1993 : le législateur a-t-il ouvert la boîte de Pandore ?
- Antoine LECA, La genèse médicale et juridique de l'article 311 alinéa 1 du Code civil (Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972)
- Édouard RICHARD, L'étendue de l'autonomie communale dans les statuts médiévaux de Bonifacio (XII^e-XIV^e siècle).
- Lakhdar BOUMAZA, La réforme de la procédure d'expulsion avec la loi du 24/08/1993 relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France.
- Pierre-Alexis FERAL, Aspects du droit communautaire des marchés publics de services.
- Otto PFERSMANN, Temporalité et conditionnalité des systèmes juridiques.
- L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation : Présentation par Alain SÉRIAUX
 - Denys de BÉCHILLON, Réflexions critiques.
 - Michel TROPER, Réplique à Denys de Béchillon.
- Michel SÉGUILLON, Raymond TRÉMOLIÈRES, Ergonomie logicielle : la loi est-elle du côté des utilisateurs ?
- Françoise THIBAUT, La Finlande. Se souvenir, au seuil de l'Europe.

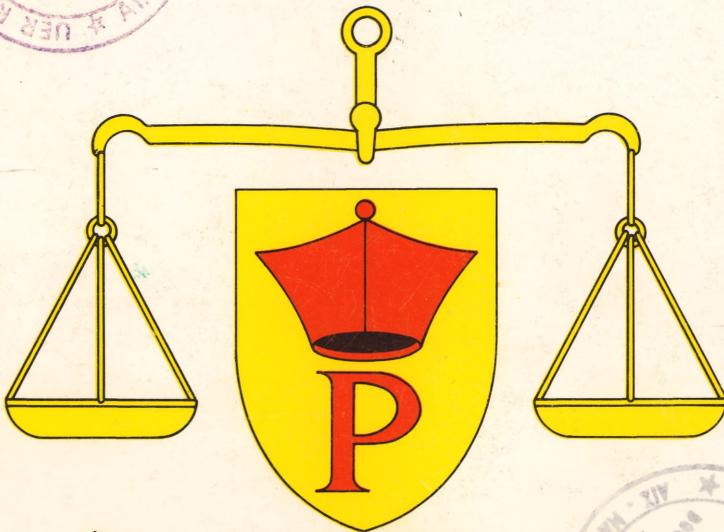
ACTUALITÉS DOCTRINALES

- « Évaluation législative et lois expérimentales ». Séminaire sous la direction de C.-A. MORAND (présentation par Emmanuel PUTMAN).
- Philosophie juridique européenne par Jean-Marc TRIGEAUD (Présentation par Alain SÉRIAUX).
- La protection de la personnalité, Bilan et perspective d'un nouveau droit. Contributions en l'honneur de Pierre Tercier pour ses cinquante ans. (Présentation par Alain SÉRIAUX).
- The nature of the law and related legal writings par Éric VOEGELIN. (Présentation par Alain SÉRIAUX).

DROIT PROSPECTIF



FACULTAS JURIS



AQUARUM SEXTIARUM MASSILIAEQUE



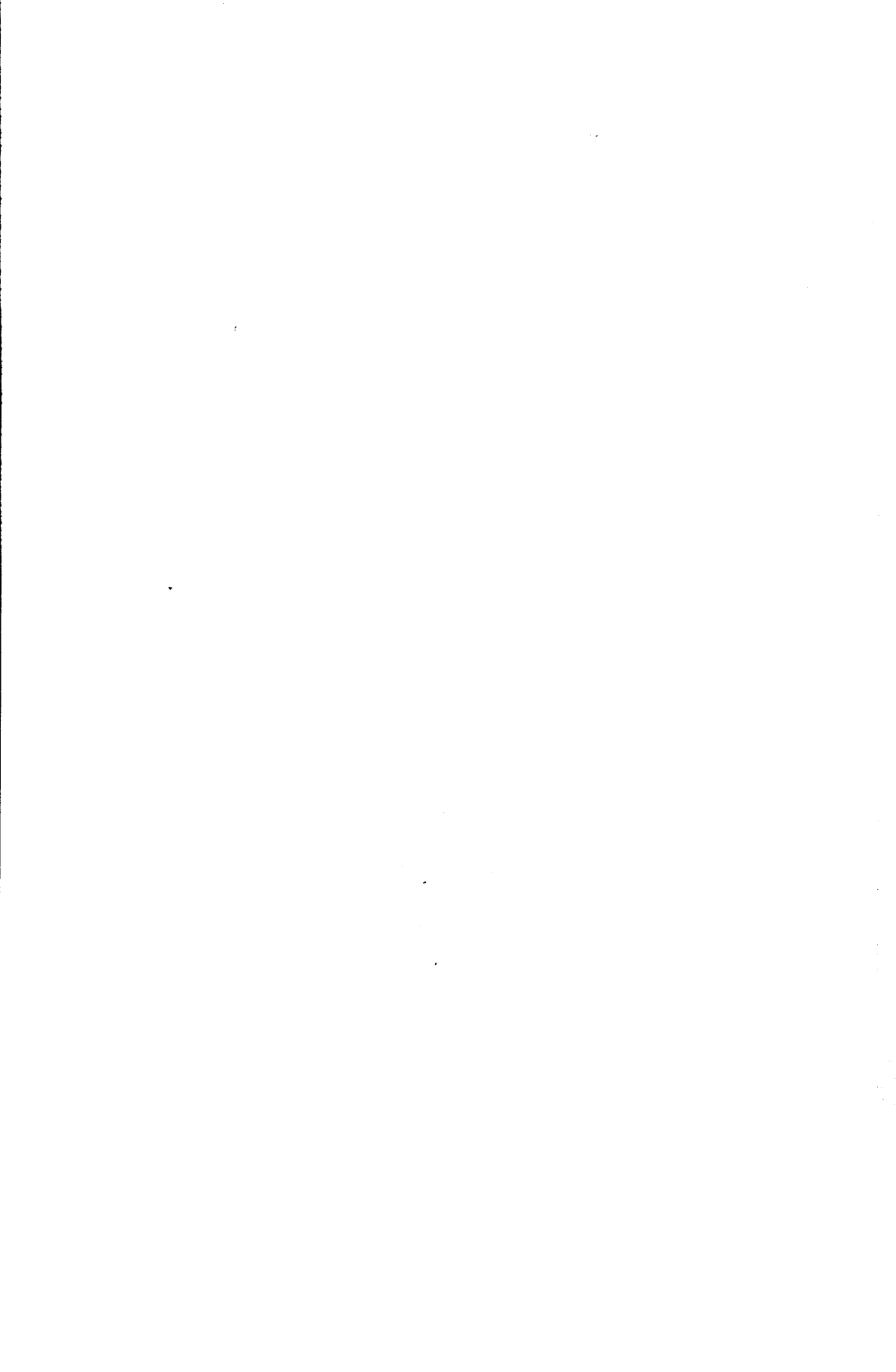
TABLE DES MATIÈRES

- Editorial

- ARTICLES

- Emmanuel PUTMAN, La contrainte dans le droit de l'exécution.
- Maurice-Pierre ROY, La Cour de Justice de la République.

(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.

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3° a), d'une part, que les "copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective" et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, "toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause, est illicite" (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE

DROIT PROSPECTIF

1994-2

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

Abréviation de référence : R. R. J.

N. XIX - 57 (19ème année - 57e numéro)
(4 Numéros par an)

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE

COMITÉ DE PATRONAGE

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

*_*_*_*

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

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

COMITÉ SCIENTIFIQUE

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

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

ÉQUIPE DE RÉDACTION

L. FAVOREU
M. GARCIN
J. MESTRE

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

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

ABONNEMENT : 4 numéros par an - Tarif 1994

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

Abonnement étranger : 450 F
Numéro (France) : 110 F

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

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

Sciences Juridiques, Économiques et Sociales

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

Cartes de Fidélité - Recherches Bibliographiques

TABLE DES MATIÈRES

<i>ÉDITORIAL</i>	339
ARTICLES	
- Emmanuel PUTMAN, <i>La contrainte dans le droit de l'exécution</i>	341
- Maurice-Pierre ROY, <i>La Cour de Justice de la République...</i>	355
- Alain BOYER, <i>L'article 75 de la Constitution du 4 octobre 1958 : une limite à la constitutionnalisation du statut civil de droit commun ?</i>	387
- Diane-Isabelle PHILIPPE-CAUHÉPÉ, <i>Le principe d'égalité devant les charges publiques dans la jurisprudence constitutionnelle</i>	401
- Marie-Hélène PLANCHON, <i>Le principe de la confiance légitime devant la Cour de Justice des Communautés</i>	447
- Patrice JEAN, <i>La jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme en matière de terrorisme</i>	509
- Louise LANGEVIN et Denise PRATTE, <i>Du Code civil du Bas-Canada au Nouveau Code civil du Québec : l'influence de la codification française</i>	535
- Patrice COLLAS, <i>Le "dépeçage" de l'administration - Un nouveau pas : la tentative d'autonomiser la Banque de France</i>	557
- Anne ENSMINGER, <i>Balzac patrimoniographe : le contrat de mariage ou le prix de l'apprentissage juridique</i>	599
- Paul DUBOUCHET, <i>La théorie normative du droit et le langage du juge</i>	657
- Pierre DAUCHY, <i>Serment et quête de sens</i>	691

ÉDITORIAL

LE SPORT SANS DROIT

De récentes "affaires" sportives ont défrayé la chronique médiatique et, à cette occasion, a été mise en lumière l'étonnante situation du droit international sportif ou, plutôt, de l'absence d'un tel droit.

On sait que les différentes disciplines sportives sont organisées, dans la plupart des États, en fédérations nationales qui sont tantôt des personnes de droit public, tantôt des personnes de droit privé chargées de la gestion d'un service public.

Ces fédérations nationales, à leur tour, relèvent de fédérations internationales.

Si la situation des premières est assez bien définie par le droit national propre à chaque État, il n'en va pas de même, loin s'en faut, pour les fédérations sportives internationales.

Celles-ci sont dotées de très importants pouvoirs juridiques (discipline, actestypes, réglementation des compétitions, homologation, etc.). Ces pouvoirs emportent le plus souvent des conséquences, notamment financières, qui sont considérables étant donné les intérêts en jeu, en raison, en particulier, du nombre de personnes intéressées par ces activités sportives. Que l'on songe aux foules attirées sur les terrains ou rivées à leurs écrans lors de coupes d'Europe ou du monde de football, de tournois de tennis à Roland Garros ou à Wimbledon, sans parler de l'America Cup ou du Tournoi des Cinq Nations. A cela s'ajoute l'inévitable cohorte des annonceurs publicitaires, sponsors et autres.

Pour toutes ces raisons, le pouvoir normatif et disciplinaire des fédérations sportives européennes ou internationales ne peuvent laisser indifférents le sportif, l'homme d'État et... le juriste.

En effet, le pouvoir de ces organismes s'exprime, en définitive, par des actes juridiques (décisions à caractère unilatéral, contrats, sanctions) qui devraient donc, en saine logique, relever de la théorie générale desdits actes.

Or l'on constate que tel n'est pas, loin s'en faut, le cas.

Ces fédérations peuvent décider avec une souveraineté que l'on n'ose même plus accorder aujourd'hui aux États.

S'il y a un progrès universel de l'État de droit, au moins sous la forme théorique de la proclamation, ce n'est certainement pas du côté des fédérations sportives internationales qu'il faut le rechercher : on ne l'y trouverait point.

La récente affaire O.M.-Valenciennes est, à cet égard, exemplaire. Une fédération sportive multinationale, dont est membre la Fédération française de football, a pu contraindre cette dernière à prononcer des sanctions contre un club sportif adhérent au seul motif de soupçons pesant sur les dirigeants ainsi que sur certains des joueurs alors que la présomption d'innocence devrait être la règle, et qu'aucune juridiction n'avait prononcé une quelconque condamnation, de ce chef.

Plus choquante encore, dans cette procédure où est même refusée l'application du principe "*audi alteram partem*", est l'inexistence apparente d'une quelconque voie de droit pour faire dire par un juge si la décision prise est régulière ou non.

De manière encore plus inouïe, lorsque l'un des clubs concernés a estimé devoir saisir la justice, helvétique en l'occurrence puisque la Fédération en question a son siège à Genève, ladite Fédération a brandi des menaces de rétorsion contre l'ensemble du football français si était maintenue cette saisine. Ainsi, malgré le caractère jugé recevable par le juge, de l'action entreprise, la Fédération nationale s'est vue contrainte d'ordonner au club concerné de cesser toute action en justice. En définitive, le club requérant a dû battre en retraite en renonçant à l'action entreprise.

Le tout s'est déroulé à quelques kilomètres à peine de Strasbourg où siège une Cour européenne des droits de l'homme parfois très suspicieuse lorsque des intérêts humains et sociaux bien moindres sont en cause.

La leçon de tout cela ?

Il faut que cesse l'indépendance totale des fédérations régionales ou internationales à l'égard de tout principe juridique. Puisqu'elles ne sont point des monstres, elles sont des institutions humaines qui, comme telles, doivent être soumises au corps minimum de règles et de principes jugés indispensables (il faudrait dire "incontournables" pour être tout à fait à la mode) dans une vie sociale organisée en cette fin du XXème siècle.

Il faut ensuite que les procédures qui se déroulent devant ces organismes satisfassent aux règles élémentaires de ce que l'on appelle en droit administratif français, "la procédure non contentieuse" : communication claire et suffisante des griefs, communication des éléments de preuve, temps suffisant pour que soit utilement préparée une défense, obligation d'entendre les divers points de vue, etc.

Il faut enfin que les décisions qui sont prises soient justiciables d'une juridiction au sens courant du mot. Celle-ci devra appliquer le droit positif que les États membres auront convenu de tenir pour règle de l'action sportive considérée.

Le droit y gagnerait beaucoup et le sport n'y trouverait que des avantages.

Le sport n'est pas que la performance, c'est aussi, suivant l'admirable leçon de Pierre de Coubertin, une école de dignité et d'humanisme qui ne pourrait qu'être magnifiée par l'onction juridique.

Jean-Claude RICCI

R.R.J. 1994-2
Pages 341 à 698

ARTICLES

LA CONTRAINTE DANS LE DROIT DE L'EXÉCUTION

Par

Emmanuel PUTMAN
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III

On aura beau faire : la puissance de certaines représentations du droit dans l'imaginaire collectif sera toujours plus forte que les raisonnements. Le parler créole réunionnais en porte témoignage, pour qui, "la loi" est l'appellation du gendarme. Il est possible de raisonner sur un droit sans contrainte où l'exécution du débiteur serait toujours volontaire, sorte d'Éden. Mais si l'on entend par contrainte "le recours à la force selon les formes du droit" (P. Jestaz, *Le droit*, p. 21), on peut difficilement se défaire de l'idée que la contrainte est consubstantielle au droit, ce qui ferait du droit de l'exécution un droit au suprême degré. Parler de la contrainte dans le droit de l'exécution serait alors tautologique. Voire... car la contrainte peut s'entendre plus étroitement, avec Littré, comme "l'acte judiciaire par lequel on contraint quelqu'un à une chose" (*Dict. de la langue française*, V° Contrainte, 4°). La contrainte n'est alors pas l'exécution : elle en constitue la condition préalable. Manifestation de "l'imperium" du juge, plus largement de l'État, à travers les officiers et agents de la force publique, la contrainte est la forme, la formule, qui permet le recours à la force, à l'exécution. La contrainte est un mot du droit, un dit du droit : la formule exécutoire, ainsi libellée - "La République française mande et ordonne à tous huissiers de justice pour ce requis de mettre ledit jugement à exécution, aux procureurs généraux et aux procureurs de la République près les tribunaux de première instance d'y tenir la main, à tous commandants et officiers de la force publique de prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis" (Sur la notion d'imperium, v. C. Jarroson, "Réflexions sur l'imperium", *Mél. Bellet*, 245). La contrainte s'exprime dans le titre exécutoire. On peut aussi entendre la contrainte plus largement, comme le fait encore Littré (V° Contraindre, 3°) pour qui contraindre, c'est "forcer" quelqu'un à agir contre sa volonté". Contraindre le débiteur, c'est alors l'amener à agir, à s'exécuter. La contrainte serait ainsi le contraire de l'exécution : la saisie intervient quand la pression a été inefficace à entraîner l'exécution par le débiteur. L'exécution forcée sanctionnerait l'échec de la contrainte.

De ces deux sens, l'étroit et le large, l'histoire et le droit comparé donnent des illustrations topiques. Ainsi, la contrainte par corps, qui, depuis l'ordonnance de Moulins de 1566 jusqu'à sa suppression en matière civile par la loi du 22 juillet 1867 et à sa limitation ultérieure aux amendes pénales (C. proc. pén., art. 749), a

représenté l'exécution forcée par excellence, était en vérité exactement le contraire. La prison pour dettes n'était qu'un moyen de pression pour amener le débiteur à payer ; s'il s'avérait impécunieux, la contrainte par corps consommait l'échec de l'exécution, surtout au XVIIe siècle où il résultait des ordonnances de 1667 et 1670 que le créancier devait payer entre les mains du geôlier les aliments du débiteur. Le débiteur non seulement n'exécutait pas mais était nourri aux frais du créancier ! Ni l'un privé de liberté, ni l'autre, perdant son dû, ne trouvaient leur compte à la contrainte, moyen de pression en vue de l'exécution. Entre les murs des cachots évoqués par Balzac, force ne restait qu'en apparence au droit.

Quant à la contrainte entendue comme formule permettant l'exécution, comme acte judiciaire autorisant à faire exécuter, comme expression d'"imperium", le plus symbolique exemple n'en est-il pas "l'injonction" anglaise, ordre du juge à un débiteur d'obligation de ne pas faire, lui intimant de s'y tenir, sous la menace, au cas où il n'obtempérerait pas, des sanctions du "contempt of court", littéralement le "mépris de la cour" (Carbonnier, IV, 375). En droit français contemporain, à côté des titres exécutoires classiques que sont l'acte notarié et le jugement de condamnation pécuniaire revêtu de la formule exécutoire, se multiplient les injonctions de faire fulminées par des juges, juge des référés (N.c.p.c., art. 809, al. 2), juge d'instance (décret du 4 mars 1988)... A la formule exécutoire, ordre adressé aux agents de l'autorité, s'ajoute l'injonction de payer ou de faire, ordre adressé au débiteur lui-même. Les textes entourent l'exécution des formes, diversifiées et renouvelées, du droit.

La loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, confirme implicitement, dans ses deux premiers articles, que le droit positif donne un double sens à la contrainte. Selon l'article 1 al. 1, "Tout créancier peut, dans les conditions prévues par la loi, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard". Il s'agit, par la force du droit, d'obtenir bon gré mal gré un fait du débiteur : l'exécution d'une obligation. La saisie des biens du débiteur interviendra en cas d'échec, si en dépit de coercitions légales, le débiteur ne fournit pas la prestation qu'il a promise : "Le créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide, et exigible peut en poursuivre l'exécution forcée sur les biens de son débiteur dans les conditions propres à chaque mesure d'exécution" (art. 2). Les voies d'exécution emprunteront alors les formes du droit.

I - LA CONTRAINTE, FORCE DU DROIT

Il est généralement admis que la tendance de notre droit va à l'adoucissement de la contrainte, adoucissement dont témoignerait la quasi suppression des coercitions sur la personne, en faveur de coercitions patrimoniales. Des nuances s'imposeraient : d'abord parce que certaines coercitions pécuniaires peuvent s'avérer d'une efficacité redoutable, le prétendu humanitarisme qui les inspire étant assez douteux ; ensuite parce que la coercition sur la personne n'est nullement désuète. Elle réapparaît et tend même à se diversifier.

A - L'EFFICACITÉ DE LA CONTRAINTE PÉCUNIAIRE

La principale contrainte pécuniaire résulte de l'astreinte. Celle-ci étant en principe (L. 9 juil. 1991, art. 34, al. 1) indépendante des dommages-intérêts, il peut paraître surprenant de voir dans ces derniers une coercition pécuniaire. Tel est pourtant bien le rôle des intérêts de retard.

1 - L'astreinte

Quoique définie comme une mesure d'exécution des décisions de justice (L. 9 juil. 1991, art. 33), l'astreinte apparaît comme un moyen de coercition et non une voie d'exécution forcée (Starck, Roland et Boyer, Obligations, III, n° 460). L'ordre adressé par tout juge même d'office au débiteur (art. 33, préc.) d'avoir à verser au créancier une certaine somme par période de retard dans l'exécution, à dater au plus tôt de la décision de condamnation, disait la jurisprudence (Cass. soc. 25 oct. 1990, Bull. V, n° 495), du moment où cette décision devient exécutoire, dit désormais l'article 51 du décret du 31 juillet 1992, apparaît comme une manifestation de l'imperium du juge, qui n'a besoin ni de provoquer le débat des parties ni de motiver spécialement sa décision sur le taux d'astreinte qu'il choisit (Cass. civ. I, 17 fév. 1976, Bull. I, n° 72 ; Cass. civ. II, 21 mars 1979, D 1979, 449). L'astreinte apparaît aussi comme un moyen d'assurer l'effectivité des droits du créancier, en incitant le débiteur à payer parce que le temps qui passe lui coûte de plus en plus d'argent. Aussi le juge de l'exécution peut-il assortir d'une astreinte une décision rendue par un autre juge qui aurait oublié de la prévoir, si les circonstances (en d'autres termes, la particulière mauvaise volonté du débiteur) en font apparaître la nécessité (L. 9 juil. 1991, art. 33, al. 2). Ce pouvoir était reconnu sous l'empire du droit antérieur au juge des référés sur la base de l'article 811 du Nouveau code de procédure civile (référé-difficultés d'exécution : Cass. com. 21 janv. 1992, Gaz. Pal. 7-9 fév. 1993, somm. annotés, p. 18). Tout le contentieux des difficultés d'exécution ayant été transféré au juge de l'exécution, il est seul compétent désormais. L'exécution provisoire de l'astreinte étant de plein droit (L. art. 37) elle ne pourra, en principe, pas être arrêtée en appel, ce qui en accentue l'efficacité. Tout juge pouvant prononcer l'astreinte, le juge des référés a ce pouvoir (Cass. civ. II, 4 mai 1977, Bull. I, n° 116) : une provision accordée sur la créance, ou une injonction d'exécuter une obligation de faire, pourront ainsi être assorties d'astreintes. C'est l'astreinte définitive, qui est la plus rigoureuse. Lors de sa liquidation, qui comme celle de toute astreinte, sera faite par le juge de l'exécution, tout autre juge devant se déclarer d'office incompétent (D. art. 52), à moins que le juge qui l'a prononcée ne reste saisi de l'affaire ou ne se soit réservé le pouvoir de liquidation (L. art. 35), le taux de cette astreinte définitive ne pourra jamais être modifié (L. art. 36, al. 12).

L'astreinte est donc un moyen de pression énergique ; si l'humanitarisme n'en est pas exclu, il réside surtout dans l'astreinte provisoire, celle dont le taux peut être modifié, en tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter (L. art. 36, al. 11). Le principe est en effet la subsidiarité de l'astreinte définitive par rapport à l'astreinte provisoire : toute astreinte que le juge n'a pas qualifiée de définitive est provisoire (art. 34, al. 12), une astreinte définitive ne peut être ordonnée qu'après le prononcé d'une astreinte provisoire (il s'agit de resserrer l'étau autour du débiteur récalcitrant) et pour une durée que le juge détermine (définitive ne signifie pas perpétuelle). La loi transforme donc en règle ce qui n'était sous l'empire du droit antérieur qu'une possibilité (cf. Cass. civ. II, 16 juil. 1992, JCP 1993, II, 22017, admettant qu'une cour d'appel prononce une astreinte définitive après avoir constaté que sa précédente astreinte provisoire s'était avérée inopérante). Pourtant l'efficacité prime : si une astreinte définitive est prononcée la première au mépris du principe de subsidiarité, elle n'est pas nulle, mais simplement liquidée comme une astreinte provisoire (L. art. 34, al. 13). Par ailleurs, une astreinte provisoire peut être liquidée à un taux réduit (ou d'ailleurs majoré, si le débiteur s'est montré particulièrement têtu) mais aucune astreinte n'a vocation à être purement et simplement effacée de l'ardoise du débiteur.

Ce n'est que si l'exécution ou le retard d'exécution de l'injonction du juge provient en tout ou partie d'une cause étrangère que l'astreinte provisoire ou définitive pourra être supprimée en tout ou partie (L. art. 36, al. 3). Enfin, si une astreinte ne peut donner lieu à exécution forcée avant sa liquidation, le juge compétent pour la liquider peut, anticipativement, ordonner une mesure conservatoire pour la somme qu'il fixe (D. art. 53). De quelle nature sera cette mesure conservatoire ? La jurisprudence antérieure décidait que le juge des référés ne pouvait accorder une provision sur une astreinte non liquidée (Cass. civ. II, 11 mars 1992, Gaz. Pal. 7-9 fév. 1993, somm. annotés, p. 18). Il n'est pas certain que le décret permette de revenir sur cette solution (quoiqu'il parle de "mesure conservatoire pour une somme provisoirement évaluée"). D'abord le juge compétent n'est pas le juge des référés mais celui dont relève la liquidation de l'astreinte. Ensuite le référé-provision n'est pas une simple mesure conservatoire. Enfin, le décret vise probablement les seules "mesures conservatoires" au sens de la réforme des procédures civiles d'exécution.

Indépendante des dommages-intérêts, l'astreinte peut se cumuler avec eux et notamment avec les intérêts de retard, qui constituent pourtant eux aussi un moyen de pression.

2 - Les intérêts de retard

En principe, les intérêts moratoires (ainsi appelés parce qu'ils courent de la mise en demeure, de la sommation de payer : C. civ. art. 1153, al. 3) sont un élément de la réparation : ils "résultent du retard dans l'exécution" (art. 1153, al. 1). Cependant, ils ne correspondent jamais au préjudice réellement subi : ni quand ils sont fixés conventionnellement, à des taux évidemment élevés et préétablis qui ont un effet dissuasif à l'égard des débiteurs paresseux ; ni quand s'applique le taux légal, dénué de tout rapport avec l'évaluation d'un quelconque préjudice, d'abord parce que le créancier n'est pas tenu de justifier d'une perte (art. 1153, al. 2), ensuite parce que la base de calcul du taux légal-anciennement fondé sur le taux d'escompte de la Banque de France, depuis la loi du 23 juin 1989 sur "la moyenne arithmétique des douze dernières moyennes mensuelles des taux de rendement actuariel des adjudications de bons du Trésor à taux fixe à treize semaines" (sic) -fait surtout de celui-ci un "loyer à l'argent". A fortiori, la fonction réparatrice des intérêts de retard disparaît complètement lorsqu'ils sont capitalisés : le retard du débiteur devient alors un placement pour le créancier. On enseigne parfois que la capitalisation est en principe interdite en matière civile. C'est faux (cf. art. 1154) "les intérêts échus des capitaux peuvent produire des intérêts...". Simplement, les conditions d'ordre public auxquelles la capitalisation est possible (intérêts dus au moins pour une année entière, capitalisation demandée par assignation ou prévue par convention, la convention d'anatocisme étant donc parfaitement possible) signifient que la capitalisation n'est jamais de plein droit en cette matière. Même la nécessité d'une sommation de payer pour faire courir les intérêts de retard est bien assouplie : la demande en justice vaut sommation sans que les intérêts aient à être visés par un chef de l'assignation (c'est une exception légale au principe "non ultra petita") et une mise en demeure peut désormais, même en matière civile, être faite par lettre missive "s'il en ressort une interpellation suffisante" (C. civ. art. 1146, mod. par art. 85, loi du 9 juil. 1991). Enfin, s'agissant de jugements de condamnation à une indemnisation, la règle est que les intérêts de retard courent du prononcé du jugement même en l'absence de demande ou de mention spéciale dans le dispositif (c'est un cas où l'autorité de la chose jugée est attachée par la loi à un dispositif implicite ; com. Perdriau, "Les dispositifs implicites des jugements", JCP 1988, I, 3352) et que le juge peut décider de le faire courir plus tôt (C. civ. art. 1153 rédac. loi du 5 juillet

1985) sa décision sur ce point étant discrétionnaire (pas d'obligation de motiver, Cass. ass. plen. 3 juil. 1992, D 1992, somm. 404). Ce cours anticipé de l'intérêt de retard en fait un moyen de pression plus vigoureux encore que l'astreinte à cet égard : la pression la plus forte n'est pas nécessairement celle qu'on croit, d'autant qu'une accumulation d'intérêts de retard capitalisés fait parfois des sommes plus importantes qu'une astreinte prononcée par un jugement prudent, et que le taux légal de l'intérêt, contrairement à l'astreinte provisoire ou à la clause pénale, n'est jamais réductible (art. 1153 : les intérêts moratoires "ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts au taux légal) sauf possibilité pour le juge de l'exécution de dispenser le débiteur de la majoration de 5 points (L. 11 juil. 1975, art. 3, mod. L. 9 juil. 1991, art. 91).

L'efficacité de la contrainte pécuniaire ne doit donc pas être sous-estimée. Pourtant, elle n'a pas entraîné, contrairement à ce qu'on affirme en général, un total déclin de la contrainte personnelle : le législateur contemporain s'efforce même de diversifier celle-ci.

B - LA DIVERSITÉ DE LA CONTRAINTE PERSONNELLE

On pourrait croire à une désuétude de la prison pour dettes : le droit positif de la contrainte par corps est généralement expédié d'un trait de plume. La réalité est plus nuancée. La prison pour dettes n'a, dans les textes au moins, pas disparu, et par ailleurs elle n'est pas la seule forme de contrainte sur la personne.

Que la prison pour dettes n'ait pas disparu, il suffirait pour s'en convaincre de rappeler que deux mois d'impayés de pensions alimentaires peuvent se traduire en poursuite pour abandon de famille donc en peine d'amende ou de prison (art. 227-3 et 227-5, nouv. c. pénal). Se mettre en chômage pour n'avoir pas de quoi payer n'ayant pas été jugé de nature à empêcher la répression, il n'y a plus que deux solutions : plaider l'indulgence (mais le défaut de paiement est présumé volontaire jusqu'à preuve contraire) ou prendre un billet d'avion pour une destination lointaine...

Amende ou prison, aussi, en cas d'organisation frauduleuse de l'insolvabilité (Nouv. c. pén., art. 314-7) en vue d'échapper à l'exécution d'une condamnation pécuniaire prononcée par une juridiction répressive ou, en matière délictuelle, quasi-délictuelle ou d'aliments, par une juridiction civile. L'amende est chimérique à moins d'un providentiel retour à meilleure fortune du débiteur : l'organisation frauduleuse de l'insolvabilité, c'est dont la prison pour impossibilité volontaire de payer ses dettes, par exemple, moyen connu, en se mettant au chômage (Cass. crim. 1er fév. 1990, Gaz. Pal. 29-31 juil. 1990, p. 12). Certes, normalement à l'impossible nul n'est tenu ; mais la fraude corrompt tout, même l'impossible. Reste que l'incrimination est éventuellement mise au service de la répression d'une autre (deux mois de pension alimentaire non payée pour cause de déconfiture frauduleuse = abandon de famille + organisation frauduleuse de l'insolvabilité). Empiler incrimination sur incrimination ne dit rien qui vaille de l'effectivité du droit pénal et les parquets ne poursuivaient guère sur le fondement de l'article 404-1 de l'ancien code de procédure pénale : la prison pour les insolubles malhonnêtes, c'est à la fois un coup de trop et un coup d'épée dans l'eau.

Aussi se tourne-t-on vers des contraintes personnelles non pénales. L'expulsion de locataires mauvais payeurs devenus occupants sans droit ni titre par la résiliation de leur bail est indéniablement un moyen de pression sur la personne (cf. Aix 22 déc. 1987, D 1989, 45) éventuellement efficace malgré une procédure collective ouverte contre le débiteur, puisque l'expulsion peut être poursuivie en vertu d'une clause résolutoire dont l'effet est acquis avant le jugement d'ouverture, nonobstant la suspension des poursuites individuelles (v. par ex. Cass. com. 26 juin

1991, RTD Com. 1991, 659 ; 12 mai 1992, JCP 1993, II, 21999 ; 12 mai 1992, Bull. IV, n° 183). La loi du 9 juillet 1991 consacre ses articles 61 à 66 aux mesures d'expulsion (principalement de locataires et squatters, accessoirement de tous autres, notamment les grévistes occupants d'usines, qui ne peuvent guère être concernés que par l'art. 61). Selon l'article 61, l'expulsion ou l'évacuation d'un immeuble ou d'un lieu habité ne peut être poursuivie qu'en vertu d'une décision de justice ou d'un PV de conciliation exécutoire et après signification d'un commandement d'avoir à libérer les locaux (donc, en cas de piquet de grève, il faut d'abord envoyer l'huissier). S'il s'agit de personnes non dénommées, l'acte est remis au parquet à toutes fins. Disposition sibylline dans le cas encore des grévistes : en général on aura assigné d'abord les meneurs "et tous occupants de leur chef" en référé ; faudra-t-il délivrer ensuite le commandement aux meneurs dénommés, puis le remettre au parquet pour les autres, sachant que probablement le parquet ne fera rien ? Que ferait-il d'ailleurs ? Aller à l'usine affronter la foule des grévistes ? Envoyer l'acte par la poste à des destinataires qu'il ne connaît pas ? L'expression "à toutes fins" traduit assez bien l'embarras du législateur qui en vérité ne sait que faire. A moins d'interpréter le texte dans un sens rigoureux, comme autorisant implicitement le parquet à prêter le concours de la force publique contre les grévistes non dénommés, dès que l'huissier l'aura averti que les délégués syndicaux ont reçu signification. Mais l'autorité risque de reculer devant une décision aussi énergique. Il est à noter que la difficulté sera la même quelle que soit la voie procédurale utilisée, et par exemple si on "double" le référé (contradictoire) contre les délégués syndicaux par une requête (non contradictoire) contre les autres occupants, comme on le fait parfois (cf. Cass. soc. 17 mai 1977, D 1977, 645) : il faudra quand même signifier le commandement d'avoir à quitter les lieux. L'allusion au PV de conciliation montre que le texte a été conçu pour le contentieux des baux devant le tribunal d'instance (où il y a théoriquement une audience de conciliation). Il est malheureusement assez large pour viser les expulsions de grévistes, auxquelles il s'adapte mal car ce n'est pas améliorer l'efficacité du référé-expulsion d'heure à heure que d'exiger ce commandement d'huissier indiquant (D. 31 juil. 1992, art. 194) "la date à partir de laquelle les locaux devront être libérés". La mention que les locaux doivent être libérés immédiatement (ce qu'il sera prudent de demander au juge des référés de préciser dans son ordonnance) devrait suffire, mais pour qu'elle ne reste pas lettre morte, il faudra pratiquement avoir trouvé un huissier ayant préparé d'avance le commandement et se tenant prêt à affronter les grévistes dès que l'ordonnance (elle aussi préparée d'avance sur un feuillet dactylographié dont le juge des référés n'aura plus qu'à remplir les blancs) sera prête. Les grévistes connaissant de fait l'ordonnance à l'instant où elle aura été rendue (ne serait-ce que parce que le référé est contradictoire) on aurait pu ici déroger à la sacro-sainte signification des décisions de justice ou prévoir des modalités de signification modernes, audiovisuelles par exemple. Le droit de l'exécution ne vit pas avec son temps.

Quant aux expulsions de locaux d'habitation, elles ne sont pas ce qu'elles pourraient être (de véritables voies d'exécution sur la personne) mais ne sont que ce qu'elles sont (des moyens de pression pour amener les occupants à quitter les lieux de leur propre mouvement). L'expulsion ne peut avoir lieu en principe que deux mois après le commandement : moins quand l'occupant est là par voie de fait ou présumée telle (c'est le squatter, et aussi, D. art. 208, l'expulsé qui revient sur les lieux) plus (jusqu'à cinq mois au total) quand l'expulsion aurait des conséquences d'exceptionnelle dureté notamment du fait de la période de l'année ou des circonstances atmosphériques (L. de 1992, art. 62, dont on ne sait s'il s'applique y compris à celui qui est là par voie de fait : il y a pourtant des temps à ne pas mettre même un squatter dehors). L'huissier doit d'ailleurs avertir le préfet au cas où

l'occupant ferait une demande de relogement dans le cadre du plan départemental pour le logement de personnes défavorisées. Les articles 65 et 66 de la loi règlent le sort des meubles de l'expulsé : ils seront mis au garde-meuble et si le propriétaire ne les retire pas dans le mois (D. 1992, art. 203), après une audience le juge de l'exécution du lieu du garde-meuble peut ordonner leur vente aux enchères publiques (L. art. 66, D. art. 206-207), même, et cela est remarquable, s'ils sont insaisissables par nature. Cette dérogation à l'insaisissabilité s'explique parce que le produit de la vente doit être remis à l'expulsé lui-même, après déduction de la créance du bailleur. La mesure est donc encore d'inspiration humanitaire. L'expulsé n'ayant pas repris ses meubles, on les suppose sans utilité pour lui mais leur contrevalet lui est destinée ; il est vrai que l'humanitarisme n'est que de façade : que restera-t-il après déduction de la créance du bailleur ? L'important en tout cas n'est pas la saisissabilité mais la valeur marchande. Les biens sans valeur marchande pourront être déclarés abandonnés, sauf les papiers personnels conservés pendant deux ans sous scellés et enfin détruits si personne ne les réclame. Il y a ainsi une sorte de poésie cruelle et fort involontaire du droit de l'expulsion ; celui qui s'en va laisse derrière lui, trace dérisoire, son sillage de "derelictae", et jusqu'à ses souvenirs, "choses vaines au van de la mémoire", eût dit Saint John Perse. La force du droit accouche d'épaves auxquelles l'huissier met, avec les scellés, l'ultime sollicitude des formes.

II - LA CONTRAINTE, FORME DU DROIT

Le droit de l'exécution, parce qu'il est par excellence l'expression de la violence légale, est un droit formaliste par opposition à la justice privée, qui exécute sans autre forme de procès, la contrainte publique repose sur la garantie des formes et les officiers publics chargés de l'exécution sont (parfois jusqu'à la caricature, qui les a volontiers pris pour cible) les gardiens de la forme.

A - LA GARANTIE DES FORMES

La loi du 9 juillet 1991 n'est, pour la garantie des droits du débiteur, pas entièrement satisfaisante. Il faut bien constater la diminution des garanties attachées au titre exécutoire, même si l'on est rassuré par la réaffirmation des garanties inhérentes aux opérations d'exécution.

1°) Diminution des garanties du titre exécutoire

Si la loi ne prête guère à la critique lorsqu'elle énumère (limitativement, art. 3) les titres exécutoires définitifs, elle est plus discutable dans la mesure où elle généralise le titre exécutoire provisoire.

a) L'énumération des titres exécutoires définitifs fait apparaître qu'ils peuvent être délivrés par quatre catégories d'autorités :

- le juge : les PV de conciliation signés du juge et des parties et les décisions ayant force exécutoire des juridictions française de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif sont évidemment des titres exécutoires. S'agissant des sentences arbitrales rendues en France, dès l'instant où elles ont été revêtues de l'exequatur par décisions du tribunal de grande instance statuant à juge unique, elles sont insusceptibles de recours suspensif et constituent donc des titres exécutoires. L'appel est possible contre l'exequatur d'une sentence étrangère, qui ne vaudra alors normalement pas comme titre exécutoire, mais cet appel est limité à des cas très précis (N.C.P.C. art. 1502). Quant aux jugements étrangers, s'ils émanent d'un État

membre de la Communauté européenne, l'article 39 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 ne permet, en cas de recours exercé par le débiteur contre l'ordonnance d'exequatur, que la prise par le créancier de mesures conservatoires. Des mesures d'exécution forcée deviendront bien sûr possibles lorsque l'ordonnance d'exequatur ne sera plus susceptible de recours suspensif. La Convention de Bruxelles ayant autorité supérieure aux lois l'emporte donc sur loi du 9 juillet 1991 ;

- les personnes morales de droit public : elles ont dans des cas spécifiés par les lois, le pouvoir de délivrer des titres exécutoires ou de prendre des décisions assimilées à des jugements. Tantôt les personnes publiques se donnent des titres à elles-mêmes, ainsi le fisc délivre l'avis à tiers détenteur (v. P. Ancel, "Les incidences de la réforme sur l'avis à tiers détenteur", Petites Affiches, n° 3, 6 janv. 1992, p. 36) : tantôt elles délivrent des titres servant au recouvrement des créances d'autrui, par exemple l'état exécutoire adressé par le procureur de la République au trésorier payeur général du département, en matière de paiement public des pensions alimentaires ;

- le notaire : les actes notariés revêtus de la formule exécutoire (ou de l'exequatur s'il s'agit d'actes étrangers) sont une catégorie importante de titres exécutoires. Il s'agit plus précisément des copies d'actes notariés revêtus de la formule exécutoire (les "grosses") et des copies d'actes de reconnaissance devant notaire d'actes sous seing privés, revêtus de la formule exécutoire ;

- l'huissier : il est surtout l'agent de l'exécution mais depuis une loi du 11 juillet 1985 il est aussi l'autorité qui délivre un titre au vu du certificat de non-paiement de chèque délivré par la banque en cas de non-paiement dans les 30 jours qui suivent la première présentation. La signification du certificat vaut commandement de payer sous quinzaine, faute de quoi l'huissier donne titre exécutoire.

b) La généralisation du titre exécutoire provisoire résulte de l'article 31 al. 1 de la loi du 9 juillet 1991 : en matière mobilière, "l'exécution forcée peut être poursuivie jusqu'à son terme en vertu d'un titre exécutoire à titre provisoire". Il ne s'agit cette fois que de titres émanant de juridictions étatiques ou arbitrales : les décisions de justice assorties (de plein droit ou sur décision du juge) de l'exécution provisoire. La règle nouvelle constitue une modification importante. En droit antérieur, on distinguait les mesures conservatoires et les voies d'exécution. Les mesures conservatoires pouvaient être poursuivies (jusqu'à l'assignation en validité ou au fond exclusivement) sur la base d'une créance paraissant fondée en son principe, même sans titre exécutoire : "a fortiori" sur la base d'un titre exécutoire par provision ou constitué par un jugement frappé d'appel (Cass. com. 21 oct. 1964, RTD Civ. 1965, 431). Quant aux voies d'exécution, il fallait distinguer : la saisie-arrêt pouvait être pratiquée sans titre sur autorisation du président du TGI ou du TI (la compétence du président du T. de commerce était controversée). Si elle était pratiquée avec un titre, il pouvait être authentique ou privé mais il fallait en principe qu'il fût exécutoire (exemples : saisies-arrêts en vertu d'une injonction de payer rendue exécutoire, Paris 16 déc. 1983, D 1984, IR 68 ; d'une décision de la Commission d'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme, Paris 24 juin 1992, Gaz. Pal. 13-14 nov. 1992, p. 8 ; d'une obligation sous seing privé incontestable et se suffisant à elle-même, Grenoble 17 août 1983, Gaz. Pal. 1984, 1, somm. 50). Fallait-il que ce titre fût définitivement exécutoire ? Selon la jurisprudence, une ordonnance de référé (exécutoire par provision) ou un jugement frappé d'appel suffisaient, mais jusqu'à la validation de la saisie-arrêt seulement (Cass. Civ. II, 21 juil. 1986, RTD Civ. 1987, 155 ; 4 janv. 1990, Gaz. Pal. 8-9 août 1990, somm.

21 ; Cass. Civ. III, 25 juin 1991, JCP 1993, II, 21983). La solution avait même été étendue à la saisie immobilière (jusqu'à l'adjudication, non comprise : Cass. Civ. II, 27 nov. 1985, D 1986, 169).

Les solutions antérieures ne sont pas profondément modifiées pour les mesures conservatoires : la saisie conservatoire est toujours possible sans titre sur autorisation du juge de l'exécution ou du président du tribunal de commerce si la créance est commerciale (loi de 1991, art. 69) ; elle peut toujours être pratiquée en vertu d'un titre exécutoire ou d'une décision de justice n'ayant pas encore force exécutoire, l'autorisation du juge de l'exécution n'étant pas nécessaire. L'article 68 ajoute qu'il en est de même "en cas de défaut de paiement d'une lettre de change acceptée, d'un billet à ordre, d'un chèque ou d'un loyer reste impayé dès lors qu'il résulte d'un contrat écrit et de louage d'immeuble". Mais comment constater l'impayé ? Par une mise en demeure restée infructueuse. Infructueuse pendant combien de temps ? Le contrat de bail aura intérêt à le prévoir sauf à appliquer le principe des articles 20 et 21 de la loi (droit de pénétrer dans les lieux huit jours après commandement de payer) ou à s'aligner sur le délai de deux mois au bout duquel une clause résolutoire pour non paiement produit en général effet d'après les textes. C'est pour les mesures d'exécution (autres que la saisie immobilière) que la situation change puisque désormais, non seulement il n'y a plus dans la saisie-attribution (remplaçante de la saisie-arrêt) de succession d'une phase conservatoire et d'une validation, l'exploit de saisie emportant attribution immédiate de la créance au saisissant, même s'il ne se prévaut que d'un titre exécutoire par provision. Mais même la saisie-vente (remplaçante de la saisie-exécution) pourra être conduite à son terme avec un tel titre.

Il résulte aussi de ces principes que la conversion de la saisie conservatoire en saisie-vente, laquelle s'opère au vu d'un titre exécutoire (que le créancier doit s'efforcer d'obtenir dans le mois qui suit la saisie conservatoire, L. de 1991, art. 70 ; D. de 1992, art. 215), peut se faire avec un simple titre exécutoire provisoire. De même encore, le titre exécutoire à défaut duquel les meubles corporels qui doivent délivrés ou restitués ne peuvent être appréhendés que sur injonction du juge (D. art. 139 al. 1, sur la saisie-appréhension) peut être un titre exécutoire provisoire.

Pour mesurer l'importance de la réforme, il suffit de prendre l'exemple de la saisie des créances. Dans l'ancienne saisie-arrêt, seul le jugement de validité emportait un effet de "transport-cession", rendant le saisissant propriétaire de la créance saisie. Or pour solliciter la validation, il fallait un titre exécutoire définitif. Dans la nouvelle saisie-attribution, le saisissant devient propriétaire de la créance saisie immédiatement. Ce qui veut dire qu'on peut devenir propriétaire d'une créance en la saisissant sur la base d'un titre provisoire, par exemple une ordonnance de référé-provision. C'est pourquoi, l'article 21 al. 2 de la loi du 9 juillet 1991 prend la précaution de prévoir que "l'exécution est poursuivie aux risques du créancier qui, si le titre est ultérieurement modifié, devra restituer le débiteur dans ses droits en nature ou par équivalent" (v. aussi art. 73 al. 2 pour les mesures conservatoires). Maigre satisfaction reportée à plus tard (sera-ce aux calendes grecques ? souvent, on peut le craindre) et surtout juridiquement bien vague : le régime de ce recours est-il celui d'une action en répétition de l'indu (ce qui serait logique mais restrictif, et quid de la nécessité controversée d'une erreur du solvens pour qu'il puisse répéter l'indu) ? ou d'une action en responsabilité ? La rédaction du texte ferait pencher pour cette hypothèse, mais quel serait alors le fondement de la responsabilité du créancier ? Pas la faute, semble-t-il. Et quelle serait la nature de cette responsabilité ? Pas contractuelle apparemment. Il faudrait ici inventer un nouvel adage : "titulus perit creditori" - ce qui en dirait assez sur les limites des garanties attachées au titre exécutoire pour le créancier. Il est vrai que ce n'est peut-être pas de lui qu'on se

soucie au premier chef, mais plutôt de protéger le débiteur ; la protection du créancier est en revanche réaffirmée à travers les garanties de l'exécution elle-même.

2°) Réaffirmation des garanties de l'exécution

Il s'agit là, avant tout, de garanties pour le créancier ; à un moindre degré seulement pour le débiteur.

a) *Garanties du créancier*

Ces garanties concernent les frais de l'exécution et les objets saisis.

1) *Frais de l'exécution*

Les frais de l'exécution forcée sont à la charge du débiteur (L. art. 32), sauf s'il est manifeste qu'ils n'étaient pas nécessaires au moment où ils ont été exposés : en principe donc le créancier ne devra pas supporter les frais, qui s'ajouteront au décompte des sommes causes de la saisie. C'est le corollaire de sa liberté dans le choix des mesures d'exécution, affirmé par l'article 22 de la loi de 1991. Toute la difficulté est de savoir ce qu'il faut entendre par "frais de l'exécution forcée". Cela englobe-t-il les frais des mesures conservatoires ? Apparemment la réponse est : "oui, mais". L'article 73 de la loi précise que ces frais sont à la charge du débiteur "sauf décision contraire du juge à l'issue de la procédure", décision dont les critères ne sont pas donnés, de sorte qu'on se demande si le pouvoir d'appréciation du juge est souverain. Les frais de l'exécution forcée englobent-ils les frais nécessaires pour obtenir un titre exécutoire ? On est fondé à penser que oui, "a contrario" de l'article 31 al. 3 qui précise que nonobstant toute clause contraire et "sauf s'ils concernent un acte dont l'accomplissement est prescrit par la loi, les frais de recouvrement entrepris sans titre exécutoire restent à la charge du créancier". La mise des frais à la charge du créancier est donc une exception, limitée au cas où il exécute sans titre ; exception d'interprétation d'autant plus stricte que l'article 32 al. 4 ajoute, "cependant, le créancier qui justifie du caractère nécessaire des démarches entreprises pour recouvrer sa créance peut demander au juge de l'exécution de laisser tout ou partie des frais ainsi exposés à la charge du débiteur de mauvaise foi".

Le principe est donc, sauf exceptions strictes, que les frais sont à la charge du débiteur. Cependant, celui-ci peut les contester devant le juge de l'exécution (art. 32 al. 2) "s'il est manifeste qu'ils n'étaient pas nécessaires au moment où ils ont été exposés". Le juge se livre ainsi à un contrôle de proportionnalité et de nécessité des frais (cf. l'alinéa 4, où il est aussi invité à contrôler la bonne foi du débiteur), à travers lequel il n'est pas difficile de voir se profiler une appréciation de l'opportunité de la mesure d'exécution forcée elle-même (cf. d'ailleurs art. 22 : le juge de l'exécution peut ordonner la mainlevée, non seulement des mesures abusives, mais aussi des mesures inutiles). Il serait rationnel que le juge exerce le même contrôle sur le terrain de l'article 73. En tout cas les dispositions de l'article 32 posent le problème de la validité des clauses contractuelles sur les frais de recouvrement de la créance. "A priori", ces clauses ne sont directement touchées que si elles mettent à la charge du débiteur les frais d'un recouvrement entrepris sans titre exécutoire : l'article 32 les répute alors non écrites. (Sur ces clauses, v. en général, Gerbay, "Les clauses de remboursement forfaitaire des frais de recouvrement judiciaire", D 1978, Chron. 93).

2) Objets saisis

Les dispositions relatives aux objets saisis sont sans surprise. Les articles 29 et 30 de la loi du 9 juillet 1991 ont prévu deux garanties pour le créancier, contre les risques de détournement ou de disparition des objets saisis. L'acte de saisie rend les biens saisis indisponibles : s'il s'agit d'objets corporels, le débiteur ou le tiers détenteur chez qui la saisie est pratiquée, en est réputé gardien et, en cas de détournement, il est passible de sanctions pénales (anc. C. pén. art. 400). Si le bien saisi est une créance, la saisie en interrompt la prescription. Quand la saisie est faite en l'absence du débiteur ou de toute personne se trouvant dans les lieux, l'huissier assure la fermeture des portes et issues. Les articles 20 et 21 de la loi complètent cette règle en indiquant que l'huissier ne peut pénétrer chez le débiteur et faire ouvrir les portes et les meubles que huit jours après un commandement de payer demeuré infructueux et sur présentation du titre exécutoire. En l'absence de l'occupant du local ou s'il refuse l'accès, l'huissier ne peut y pénétrer qu'en présence du maire ou de son délégué, d'une autorité de police ou de gendarmerie, ou de deux témoins majeurs. A l'approche du XXI^e siècle, la saisie ne se défait pas de l'image dramatique du débiteur forcené, barricadé entre ses murs avec armes et meubles, faisant front à l'huissier accouru avec M. le Marie, M. le commissaire, le forgeron et le cabaretier du village... Ces dispositions rappellent plus sérieusement que le droit à l'exécution entre forcément en conflit avec le droit au domicile. La conciliation de ces deux droits est nécessaire afin de procurer au débiteur un minimum de garanties.

b) Garanties du débiteur

La loi assure au débiteur un minimum d'inviolabilité du domicile ; en revanche, elle ne préserve pas le secret du domicile.

1) Inviolabilité du domicile

Il s'agit là des dispositions sur les jours et heures des saisies, qui figurent désormais à l'article 28 de la loi. Il y a en quelque sorte une différence de degré entre les "jours insaisissables" (dimanches et jours fériés) et les "heures insaisissables" (avant 6 h. et après 21 h.) : dans les deux cas une saisie peut quand même avoir lieu "en cas de nécessité et en vertu d'une autorisation spéciale du juge" ; mais, même sur autorisation, on ne peut saisir avant 6 h. et après 21 h. dans les lieux servant à l'habitation. L'huissier peut venir troubler de son message d'amertume les fêtes du saisi et lui refuser la trêve de Dieu, mais il doit laisser aux noctambules leur sérénité tardive et aux autres leurs petits matins.

2) Secret du domicile

La jurisprudence antérieure à la loi du 9 juillet 1991 était divisée sur le point de savoir si un employeur pouvait refuser de communiquer à un huissier l'adresse d'un de ses salariés : elle semblait établir une distinction entre les hypothèses où le créancier ne se prévalait pas d'un jugement de condamnation (le refus de l'employeur était alors légitime, Cass. Civ. I, 6 nov. 1990, D 1991, 353) et celles où une condamnation avait été prononcée (le refus de l'employeur apparaissait alors illégitime s'il "couvrait" un débiteur cherchant à échapper à l'exécution de la condamnation, Cass. Civ. I, 19 mars 1991, D 1991, 568 ; comp. sur l'obligation du Ministre des PTT de révéler l'adresse d'un de ses agents, Cass. Civ. I, 30 juin 1992, JCP 1993, III, 22001). La loi nouvelle n'est pas très protectrice du secret du

domicile (art. 39 à 41). A la demande de l'huissier de justice chargé de l'exécution, porteur d'un titre exécutoire, et au vu d'un relevé certifié sincère des recherches infructueuses qu'il a tentées pour l'exécution, le procureur de la République entreprend les diligences nécessaires pour connaître le ou les banquiers du débiteur, son adresse et celle de son employeur : "à l'exclusion de tout autre renseignement" (L. art. 39) - à moins que le débiteur soit allé grossir l'indistincte famille des "partis sans laisser d'adresse", auquel cas le silence du procureur pendant trois mois (D. art. 54) vaut réquisition infructueuse. Manière élégante de jeter l'éponge (au bout d'un délai d'ailleurs sans doute insuffisant pour réussir les recherches) et de signifier au créancier la perte de ses espérances : le droit ne peut pas grand chose contre les déménagements à la cloche de bois. Il est vrai qu'il reste à se pencher aux guichets des services publics : les administrations de l'État et des collectivités territoriales, les entreprises contrôlées par l'État et les organismes soumis au contrôle de l'autorité administrative ne peuvent opposer au ministère public le secret professionnel (L. art. 40). En négatif de ce texte apparaît le spectre de l'individu qui, par excellence, révulse les ronds-de-cuir de notre temps : celui qui n'existe pas aux yeux de l'administration, le débiteur sans numéro, quelque anarchiste assurément... Reste alors, en désespoir de cause, une chance qu'il ait été trop pressé pour vider un compte : le procureur peut demander aux banques de lui révéler les lieux où les comptes sont tenus, "à l'exclusion de tout autre renseignement" (et donc bizarrement des renseignements sur les coffres - alors que l'article 266 du décret prévoit que le banquier recevant signification de l'exploit d'huissier doit donner l'identification du coffre : encore faut-il que l'huissier sache que le débiteur a un coffre dans une banque ! Il y a là une inadvertance législative pour le moins gênante).

Le rôle du parquet dans la fourniture des renseignements risque de demeurer inefficace tant que l'État ne se sera pas donné les moyens budgétaires de sa politique. Actuellement, les recherches sont en fait opérées par les services des greffes sur réquisition des parquets. Mais un engorgement des greffes est à craindre : en sorte que le détective privé a encore de beaux jours devant lui et n'est pas prêt de rejoindre dans la mythologie du droit de l'exécution les personnages des romans de "série noire"... (cf. Aix 18 mai 1990, RTD Civ. 1992, 101, le créancier ne commet pas un abus de droit en mandatant un détective pour enquêter sur le débiteur). Le préfet devra, quant à lui, donner à l'huissier un renseignement particulier : l'état des gages sur véhicule, si la saisie porte sur un véhicule terrestre à moteur (D. art. 164).

Les renseignements communiqués ne peuvent servir qu'à l'exécution du titre pour lequel ils ont été demandés (L. art. 41). Disposition curieuse, car on ne voit franchement pas ce qui empêcherait le créancier de s'en resservir ultérieurement sur la base d'autres titres contre le même débiteur. On pourrait d'ailleurs gloser à l'envi sur la formule du texte "les renseignements *obtenus* ne peuvent être *utilisés* que dans la seule mesure nécessaire à l'exécution du ou des titres pour lesquels ils ont été *demandés*". Qui les *demande* ? L'huissier, en vertu de l'article 39 ; donc l'interdiction de les utiliser hors le titre dont il poursuit l'exécution ne s'applique qu'à l'huissier (quid alors du créancier lui-même ?). Quant au procureur, rien ne semble lui interdire de les *obtenir*... à toutes fins. On imagine le cas où les renseignements lui parviendraient après l'expiration du délai de trois mois. Certes, il est théoriquement trop tard pour l'exécution du titre au sujet duquel l'huissier a demandé les renseignements. Mais va-t-on archiver des renseignements alors qu'ils peuvent être utiles ? Dans le doute, on imagine que le parquet enverra, de toute façon, les renseignements : et si entre temps le créancier a engagé des procédures pour d'autres titres que ceux initialement visés dans la demande de l'huissier, comment éviter l'*utilisation* de ces renseignements pour ces titres-là ; mieux vaut, n'est-ce pas, tard que jamais... Ils ne peuvent être communiqués aux tiers ni mis sur fichier

d'informations nominatives. L'huissier et le procureur devront y veiller, en tant que gardiens de la forme.

B - LES GARDIENS DE LA FORME

Le gardien de la forme est au premier chef l'huissier ; derrière lui se profile l'État.

1°) L'huissier

L'huissier dispose d'un monopole de principe, consacré par l'article 18 al. 1 de la loi du 9 juillet 1991 : "seuls peuvent procéder à l'exécution forcée et aux mesures conservatoires les huissiers de justice chargés de l'exécution. En réalité, ce monopole n'est pas absolu. Selon l'article 32 al. 2 du décret du 31 juillet 1992, la requête demandant au juge de l'exécution l'autorisation de prendre une mesure conservatoire peut être présentée "par le requérant ou par tout mandataire" donc par exemple un avocat. Par ailleurs, l'article 32 dernier alinéa de la loi prévoit que l'activité de recouvrement amiable exercée par des personnes non soumises à un statut professionnel devra faire l'objet d'une réglementation.

L'huissier conduit les opérations d'exécution sous sa responsabilité (L. art. 19) et il est en principe tenu d'y prêter son ministère (L. art. 18 al. 2). Mais cet article lui donne un important pouvoir de contrôle de la mesure d'exécution, qui limite la liberté de choix des mesures d'exécution par le créancier (cependant affirmée par l'art. 22 al. 1 de la loi) et prélude au contrôle d'utilité de la mesure auquel se livrera le juge (L. art. 22 al. 2 précité). L'huissier peut, en effet, en référer au juge de l'exécution quand la mesure requise lui paraît illicite ou que les frais seront manifestement supérieurs au montant de la créance réclamée (sauf le franc symbolique qui peut toujours être recouvré quels que soient les frais. "De minimis curat practor" donc, on fait payer au débiteur récalcitrant, qui refuse de payer le franc symbolique, le dérangément qu'il cause à la justice). C'est également à l'huissier qu'il revient de saisir le juge de l'exécution en cas de difficulté d'exécution (L. art. 19 al. 2, D. art. 34 à 37). Mais l'obligation de l'État de prêter son concours à l'exécution est supposée réduire les risques de difficulté.

2°) L'État

La loi du 9 juillet 1991 n'est malheureusement pas du tout novatrice sur ce point. Elle se contente de prévoir (art. 11 et 12) que le procureur de la République veille à l'exécution des jugements et autres titres exécutoires, enjoint aux huissiers de son ressort de prêter leur ministère, et poursuit d'office l'exécution des décisions de justice dans les cas spécifiés par la loi. Par ailleurs, l'huissier peut requérir auprès du préfet le concours de la force publique (art. 17) et le refus de ce concours engage la responsabilité de l'État (art. 16). L'huissier réclame le concours de la force publique par réquisition au préfet accompagnée d'un exposé de ses diligences et difficultés et d'une copie du dispositif du titre exécutoire. Toute décision de refus du préfet doit être motivée, mais le préfet peut éluder l'obligation de motivation en ne répondant pas pendant deux mois, ce qui vaut refus. Ce refus est porté à la connaissance du procureur et du créancier par l'huissier (D. art. 55). Mais la loi n'apporte rien quant au régime de responsabilité de l'État qui demeure régie par les arrêts Couitéas (CE 30 nov. 1923, D 1923, 3, 59), Société La Cartonnerie et l'imprimerie Saint Charles (CE 3 juin 1938, D 1938, 3, 65) et Braut (CE 22 janv. 1943, D 1944, 87). Sur l'ensemble de cette question, v. F. de Rocca, "Principe d'une

indemnisation liée au refus du concours de la force publique", Gaz. Pal. 16-18 juillet 1989, p. 2. Le refus fréquent du concours de la force publique en matière d'occupants sans titre, l'État préférant indemniser les bailleurs, tend à transformer la contrainte sur la personne que constitue l'expulsion, en une forme de réparation par équivalent. Il en résulte une mutation subreptice du droit de propriété, concrètement réduit à sa contrepartie indemnitaire. Il en résulte aussi un échec du droit de l'exécution par édulcoration de la contrainte. C'est alors, en quelque sorte par défaut, que l'on est enclin à se rappeler, avec regret, que la contrainte est (devrait être) de l'essence du droit. Mais l'arrêt Couitéas date de 1923 : le déclin du droit n'est pas d'hier.

LA COUR DE JUSTICE DE LA RÉPUBLIQUE

Par

Maurice-Pierre ROY
Professeur à la Faculté de Droit de Grenoble

*"Les ministres seront souvent dénoncés,
accusés quelquefois, condamnés rarement,
punis presque jamais".*

*B. Constant : Cours de politique constitu-
tionnelle, Tome 1, p. 93, Paris 1872.*

Le 10 février 1994, le Garde des Sceaux, M. Mehaignerie procédait à l'installation solennelle d'une nouvelle institution constitutionnelle de la V^e République : la Cour de Justice de la République.

Créée par la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993 pour pallier les dysfonctionnements de la Haute cour de justice, institution décriée dont elle prend le relais, sa genèse a été quelque peu originale.

Jusqu'à cette révision estivale, le second alinéa de l'article 68 C affirme le principe de la responsabilité pénale des membres du gouvernement et prévoit leur jugement par la Haute cour de justice, également compétente pour connaître des actes de haute trahison du Président de la République. Dans l'un et l'autre cas la procédure est la même : la mise en accusation qui ne peut résulter que d'une décision du Parlement, l'instruction conduite par une commission composée de magistrats professionnels et l'arrêt rendu par des juges qui sont des parlementaires élus par l'Assemblée Nationale et le Sénat (1).

Les critiques formulées contre le dysfonctionnement de la Haute cour sont nées, à l'occasion de deux affaires graves dans lesquelles la procédure appliquée aux ministres concernés n'a pas débouché sur un renvoi devant la formation de jugement.

La première affaire est celle du "Carrefour du développement". En décembre 1987, C. Nucci, ancien ministre chargé de la coopération et du développement a été traduit devant la Haute cour ; la Commission d'instruction a été saisie et a mené l'instruction jusqu'au moment où le parlement issu des élections de 1988 et dont la majorité a changé, a cru devoir voter une loi amnistiant les faits pour lesquels

(1) Sur la Haute cour de justice cf. J. Foyer : «Haute cour de justice», Encyclopédie Dalloz, Droit pénal - J.P. Rougeaux : «La haute cour de justice sous la V^e République», R.D.P 1978, p. 1018-1053 - M. Kamto, «La responsabilité pénale des ministres sous la V^e République», R.D.P 1991, p. 1239-1307.

C. Nucci était poursuivi. La commission d'instruction en accordant à l'ancien ministre un non lieu partiel assorti d'une application de la loi d'amnistie a décidé qu'il ne serait pas jugé dans l'affaire du "Carrefour du développement" (2). Muets par devoir, les magistrats instructeurs de la Haute cour ont, à cette occasion, rompu leur obligation de réserve pour échapper à l'opprobre de leur arrêt de non lieu et ont accompagné leur décision d'un communiqué : "Par arrêt du 4 avril 1990, la Commission d'instruction de la Haute cour de justice a déclaré qu'il existait des charges suffisantes contre M. Nucci, ancien ministre, d'avoir commis les crimes de complicité de soustraction de fonds publics... de recel de fonds publics... Elle a constaté que ces crimes sont amnistiés en application de l'article 19 de la loi du 15 janvier 1990 (3). Les Français ont alors soupçonné "ceux qui nous gouvernent" de rechercher l'impunité et de paralyser les procédures judiciaires prévues par la constitution afin d'éviter que l'un des leurs soit jugé pour crime ou délit (4).

Le soupçon s'est mué en révolte avec la seconde affaire, celle du sang contaminé. L'opinion publique a été traumatisée par le macabre feuilleton marqué par les palinodies de l'ancien premier ministre L. Fabius - qui en réclamant de s'exprimer devant un jury d'honneur a donné l'impression de vouloir s'extraire du cadre juridique défini par la constitution - et par les atermoiements du groupe socialiste à l'Assemblée Nationale (5). Le Président F. Mitterrand, prenant la mesure de la gravité de la situation a dû enjoindre aux parlementaires de faire fonctionner la Haute cour de justice (6). Un accord a été trouvé pour envoyer les deux anciens ministres L. Fabius et G. Dufoix, et l'ancien secrétaire d'État E. Hervé devant la Haute cour avec l'incrimination de non assistance en personne en danger, une incrimination dont on pouvait penser - sans être grand clerc - qu'elle était prescrite (7). Et l'ancien premier ministre P. Mauroy de reconnaître à la tribune du Sénat "les mois passés ont démontré le caractère ubuesque hélas ! sur fond de tragédie, de la procédure en vigueur qui n'a pas été appliquée" (8). L'opinion publique a eu alors l'impression que le parlement s'est livré à une sorte de tour de passe passe - ayant retenu des faits dont la prescription était avérée, il a évité la mise en oeuvre de la responsabilité pénale - et a été, cette fois, persuadé que le système est organisé de telle sorte que les responsables politiques ne peuvent être traduits devant les juges, pourtant instaurés pour eux par la Constitution.

E. Ballardur, premier ministre rappellera ultérieurement dans son discours d'ouverture du Congrès du Parlement que "les français ont eu le sentiment, à l'excès peut être, mais enfin ils l'ont eu, que ceux qui les gouvernent ou les représentent bénéficient d'une sorte d'impunité objective, qu'ils sont au dessus des lois" (9).

(2) A propos de l'affaire «Carrefour du développement», cf. B. Mathieu, «La haute cour de justice et la responsabilité pénale des ministres ou comment se servir d'un sabre de bois», R.F.D.C 1990, n° 4.

(3) Les cinq magistrats enfonceront le clou, lors d'une discussion libre avec les journalistes "on nous fera porter le chapeau de la non poursuite de M. Nucci devant la Haute cour, alors qu'en fait les députés se sont autoblanchis avec cette loi d'amnistie... La loi d'amnistie a été rédigée sur mesure pour M. Nucci...", Le Monde 6.04.1990.

(4) Selon un sondage C.S.A publié par le Journal du dimanche (8.04.1990), 76 % des français trouvaient choquant l'amnistie de C. Nucci. Quant à Y. Châlier, l'homme par qui le scandale arriva, il commentera, philosophe "Mieux vaut être un homme politique qu'un simple citoyen", Le Monde 6.04.1990.

(5) Sur les péripéties de la mise en accusations devant la Haute cour, cf. D. Maus, "La pratique institutionnelle", R.F.D.C 1993, n° 13, p. 123-126 et n° 14, p. 368-369.

(6) Le Monde 11.11.1992.

(7) Haute cour de justice (commission d'instruction). Arrêt du 5 février 1993, Dalloz 1993, J. p. 261, note J. Pradel - cf. aussi M. Danti-Juan, "L'affaire du sang contaminé devant la Haute cour : les vrais problèmes restent à résoudre", Droit pénal, févr. 1993.

(8) J.O Sénat, 26 mai 1993, p. 424.

(9) J.O Congrès du Parlement, 20 juillet 1993, p. 5.

Dans ces conditions, il devenait urgent de procéder à une révision de la Constitution pour reformer la Haute cour de justice et définir la responsabilité pénale des ministres. Le cheminement de la révision constitutionnelle du 27 juillet 1993 n'est pas dépourvu d'originalité ni d'innovation. Le Président de la République déclarant au cours d'un entretien télévisé à TF1 le 9 novembre 1992 que "les institutions doivent être assainies, nettoyées, équilibrées" et qualifiant les articles 67 et 68 de la Constitution "d'articles boiteux, bâtards et mal fichus" donne le coup d'envoi d'une révision constitutionnelle de grande ampleur (10). Dès le 30 novembre dans une lettre adressée aux présidents de l'Assemblée Nationale, du Sénat et du Conseil Constitutionnel, il formalise ses propositions et annonce la création d'un comité consultatif pour la révision de la Constitution présidé par le Doyen Vedel et appelé à rendre un avis avant le 15 février 1993. Ce comité a rendu, à la date prévue son rapport au chef de l'État (11). Sur la base de ses conclusions, le Conseil des ministres le 10 mars 1993, un des derniers du gouvernement Bérégozov approuve deux projets de loi constitutionnelle qui sont déposés sur le bureau du Sénat afin qu'ils ne deviennent pas caducs avec le terme de la législature. Ces projets reprennent pour l'essentiel les suggestions du comité Vedel ; mais le Président de la République a voulu scinder cette réforme en deux pour en faciliter l'approbation partielle par l'opposition de droite, dont la victoire est annoncée (12). Le premier projet est relatif au rééquilibrage des pouvoirs publics ; le second concerne la justice (ouverture du droit de saisine du Conseil constitutionnel - réformes du Conseil supérieur de la magistrature et de la Haute cour de justice). Ce bref rappel des circonstances ayant conduit au dépôt des projets montre à quel point la situation est inhabituelle : le chef de l'État prend la décision d'une révision de la Constitution à une date où il est fort probable qu'il reviendra à une nouvelle majorité parlementaire et donc à un nouveau gouvernement de la mettre en oeuvre.

Dans sa déclaration de politique générale devant l'Assemblée, le 8 avril 1993, le premier ministre E. Balladur reprend à son compte le second projet mais en exclut l'ouverture de la saisine du Conseil constitutionnel. La situation est sans précédent, puisque c'est, non plus M. Bérégozov - réputé avoir proposé au Chef de l'État le projet de révision (mais qui en fait ne lui a rien proposé du tout) - mais M. Balladur, nouveau premier ministre qui a décidé l'inscription à l'ordre du jour d'un texte déposé par son prédécesseur.

Paradoxalement il sera plus aisé - en ces temps de cohabitation - de dégager sur le projet de révision un consensus entre le Président et le premier ministre (13) qu'entre l'Assemblée nationale et le Sénat tenus de le voter dans les mêmes termes. Loin d'avoir suscité un clivage partisan droite-gauche, ce débat constitutionnel s'est principalement résumé à un affrontement entre l'Assemblée Nationale et le Sénat, toujours très offensif lorsqu'il lui est donné la possibilité d'exercer son pouvoir constituant (14). Si les deux chambres acceptent le principe de la réforme, elles

(10) Le Monde 11.11.1992.

(11) Comité consultatif pour la révision de la Constitution : Proposition pour une révision de la Constitution, 15 février 1993, La Documentation Française.

(12) Dans son intervention télévisée du 9 novembre 1992 F. Mitterrand souligne "je pense que la future Assemblée Nationale aura quelque hâte, par exemple, à modifier la Haute cour de justice. Je pense qu'elle sera heureuse de voir renforcer les garanties d'indépendance de la magistrature", Le Monde 11.11.1992.

(13) Lors de son intervention du 14 juillet, F. Mitterrand explique qu'il a été "constamment consulté" pendant les travaux parlementaires et que ses demandes ont été satisfaites à 80 %, Le Monde 20.07.1993.

(14) Le président de la commission des Lois du Sénat, M. Larché rappelle ainsi qu'"en matière constitutionnelle une autre cohabitation reste à découvrir entre l'Assemblée Nationale et le Sénat. Dans les débats de ce genre, une assemblée ne gagne rien à mettre en cause le comportement de l'autre en tant qu'institution. Nous ne nous le sommes jamais permis ; nous avons respecté les points de vue de l'Assemblée Nationale. Nous entendons que les nôtres, qui peuvent traduire des divergences mais des

divergent profondément sur sa mise en oeuvre. La constitution excluant en la matière la réunion formelle d'une commission mixte paritaire (15), E. Balladur - soucieux de voir aboutir le plus vite possible cette réforme - intervient alors personnellement pour mettre fin aux escarmouches juridiques entre les deux chambres. Le Premier ministre, engageant son autorité politique de chef de la majorité parlementaire sur ce dossier, réunit, le 6 juillet, à Matignon, après une seconde lecture par le Sénat, le Garde des Sceaux et les dirigeants de la majorité chargés du dossier, et impose son arbitrage (16). Les députés, puis les sénateurs acceptent en rechignant et votent un texte identique, qui est approuvé par le Congrès au Parlement de manière largement consensuelle (17).

Tout en ne remettant pas en cause la compétence d'une juridiction spéciale pour connaître des crimes et délits commis par les membres du gouvernement, la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993 procède à une refonte complète des dispositions relatives à leur responsabilité pénale. Elle abroge l'article 68 alinéa 2, regroupe sous le titre IX intitulé "La Haute cour de justice" les articles 67 et 68 alinéa 1er. Le cas des ministres est traité dans un nouveau titre X de la constitution intitulé "de la responsabilité pénale des membres du gouvernement" et comporte deux articles nouveaux 68-1 et 68-2.

Se conformant aux propositions élaborées par le comité Vedel (18), le constituant a procédé à un dédoublement institutionnel en créant deux juridictions : La Haute cour de justice, inchangée, qui n'est plus compétente qu'en cas de haute trahison du Président de la République - la Cour de justice de la République chargée de juger les ministres (19).

En créant cette dernière, le constituant a entendu retenir une solution médiane entre une judiciarisation totale qui aurait consisté à envoyer les ministres devant les tribunaux ordinaires (ils sont plus de 500), mais impossible à réaliser en raison des responsabilités qui incombent aux ministres et de la nécessité de sauvegarder la continuité de l'action gouvernementale (20), et le strict respect de la tradition constitutionnelle française (21) qui implique de conserver au parlement un rôle sans

divergences surmontables, le soient aussi par l'Assemblée Nationale. Je pourrais ainsi relever que le texte final auquel nous sommes parvenus répond finalement à 75 % des positions du Sénat et 25 % de celles de l'Assemblée Nationale. Il faut que cette dernière fasse ses classes et approuve à respecter, l'autre institution qui, en matière constitutionnelle, a, elle aussi, des pouvoirs qu'elle entend voir respecter et dont elle entend user pour parvenir à une entente", J.O Sénat, p. 2361.

(15) Cf. M.P. Roy : "La pratique de l'article 89 de la Constitution", R.D.P 1981.

(16) Le Monde, 8.07.1993.

(17) Le Congrès du Parlement a adopté le texte de la loi constitutionnelle par 833 voix contre 34 ; la majorité requise était de 521 (3/5 des suffrages exprimés).

(18) Comité consultatif pour la révision de la Constitution, op. cité p. 49-51.

(19) La dénomination "Cour de justice" prévue par le projet de loi constitutionnelle (art. 11) a été modifiée sur proposition du Garde des Sceaux en "Cour de justice de la République" (J.O Sénat 26 mai 1993, p. 388). Ce faisant M. Mehaignerie a répondu à la crainte du sénateur M. Dreyfus-Schmidt de voir la Cour de justice immédiate qualifiée de "basse", J.O Sénat 26 mai 1993, p. 424.

(20) Laisser l'appréciation de la conduite des membres du gouvernement aux juridictions ordinaires [comme le préconisaient d'une part le parti communiste, d'autre part le Président F. Mitterrand dans sa lettre de mission au comité Vedel «tous les autres crimes et délits commis par les ministres dans l'exercice de leurs fonctions relèveraient soit des juridictions de droit commun, soit d'une instance juridictionnelle conciliant les principes judiciaires et la séparation des pouvoirs», op. cit., p. 13 revenait à faire appliquer formellement (et sans doute avec le maximum de sévérité) le droit commun sans tenir compte des conséquences sur le fonctionnement de l'Etat. Le Garde des Sceaux a ainsi fait remarquer aux chambres : «cette solution est évidemment simple, mais elle présente un inconvénient majeur : la paralysie de l'Etat. La multiplication des poursuites contre les ministres entraînerait immédiatement une mise en cause du gouvernement» (J.O Sénat 26 mai 1993, p. 388 - J.O.A.N 23 juin, p. 2033). Au surplus le privilège de juridiction dont bénéficient les ministres résulte aussi du souci de respecter le principe de séparation des pouvoirs et de prévenir, en conséquence, toute ingérence de l'autorité judiciaire dans l'exercice du pouvoir exécutif.

(21) Depuis qu'un décret des 10-15 mai 1791 a, pour la première fois conféré à une juridiction le nom de Haute cour de justice, tous les régimes politiques ont, en effet, comporté une institution juridictionnelle, dénommée Haute cour - Cour de justice - Cour suprême - Haut tribunal, ayant pour

partage dans la mise en jeu de la responsabilité pénale des membres du gouvernement. Dans cette perspective, le dispositif retenu par le constituant et par le législateur organique (22) institue d'une part une judiciarisation modérée de l'organisation (I) d'autre part une judiciarisation accentuée de la procédure (II) de la Cour de justice de la République.

I - LA JUDICIARISATION MESURÉE DE L'ORGANISATION

L'agencement de la Cour de justice de la République "lato sensu" (23) tel qu'il découle de l'article 68-2 C et de la loi organique du 23 novembre 1993 comporte plusieurs éléments : une formation de jugement (ou Cour de justice de la République "stricto sensu") - une commission des requêtes - une commission d'instruction. Enfin comme toute juridiction elle comprend un ministère public, un greffier et elle est assistée par un personnel administratif.

1 - LA FORMATION DE JUGEMENT

- La formation de jugement n'est plus, comme la Haute cour de justice, une émanation exclusive des deux chambres qui composent le parlement. Sa structure est devenue mixte. La solution retenue à l'origine par le projet de loi constitutionnelle (reprenant sur ce point la proposition du Comité consultatif pour la révision de la constitution) (24) consistait à lui conférer une composition voisine de celle d'une cour d'assises (25) : la nouvelle cour était présidée par le premier président de la Cour de cassation et comprenait en outre deux magistrats du siège à la même Cour et huit jurés parlementaires (désignés en nombre égal par l'Assemblée Nationale et le Sénat). Des magistrats professionnels encadraient donc les jurés parlementaires.

Ainsi conçue, la mixité de la formation de jugement a suscité des critiques indignées. Aux yeux des parlementaires, et tout particulièrement des sénateurs, s'il était tout à fait envisageable que quelques magistrats professionnels participent à la formation de jugement pour y apporter leur expérience judiciaire, en revanche il était intolérable que les parlementaires soient placés sous l'égide de magistrats. "On ne peut admettre - déclare le rapporteur de la Commission des lois du Sénat M. Jolibois

caractéristique de constituer à elle seule un ordre distinct, placé à la fois au-dessus et en dehors des tribunaux ordinaires. L'étude des constitutions qui ont précédé celle du 4 octobre 1958 montre que dans la tradition constitutionnelle de notre pays, les institutions qui sont les véritables ancêtres de la Haute cour de justice peuvent se rattacher à deux types principaux. Le constituant ou le législateur a généralement marqué sa préférence pour l'institution de juridictions spéciales. Tel a été le cas en 1791 et 1814, puis lors de l'avènement de la II^e République et du second Empire, et enfin en 1946 et 1958. Le second type d'institution a été emprunté à la tradition britannique dans laquelle la chambre basse du Parlement remplit le rôle de chambre d'accusation, la chambre haute étant constituée en formation de jugement. En France cette solution a été retenue par les Chartes de 1814 et 1830 et par la III^e République. Il ressort de ce bref panorama historique que la France a fait l'expérience de multiples formules sauf une : aucune constitution n'a jamais prévu que les ministres seraient jugés par les juridictions ordinaires. cf. R. Lindon - D. Amson : La Haute cour 1789-1987 - cf. aussi le très utile tableau établi par C. Jolibois in Sénat rapport n° 316.

(22) Loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République, J.O 24 novembre 1993.

(23) Nous re prenons ici la distinction retenue par J. Foyer in "La Haute cour de justice", Encyclopédie Dalloz, Droit pénal, p. 2.

(24) Cf. Comité consultatif pour la révision de la Constitution : "proposition pour une révision de la Constitution", X, op. cité p. 50.

(25) La France a déjà connu des Hautes Cours organisées sur le modèle de la Cour d'assises, comprenant des hauts magistrats choisis dans le tribunal puis la Cour de cassation et de hauts jurés désignés par le sort soit sur listes désignées par les assemblées électorales des départements (C. 1791, art. 23 chap. V, titre III et loi complémentaire du 3 janvier 1792 - C 5 fructidor an III, art. 265-272) - soit parmi les conseillers généraux (C. 1848 art. 92 - C. 1852 art. 54-55 et sénatus consulte du 10 juillet 1852).

- que les parlementaires soient placés sous le contrôle de magistrats professionnels pour administrer une justice qui doit tenir compte des nécessités de l'exercice du pouvoir exécutif" (26).

Les deux chambres ont donc récusé le modèle de la Cour d'assises. Le texte de l'article 68-2 C, issu des travaux du Sénat a le mérite d'assurer un équilibre entre la représentation du pouvoir judiciaire et celle du Parlement, tout en garantissant la supériorité numérique de celui-ci. La nouvelle instruction comprend douze parlementaires et trois magistrats du siège hors hiérarchie de la Cour de cassation ; elle demeure donc d'essence parlementaire, mais aux côtés des députés et des sénateurs siègent trois magistrats professionnels qui mettent à sa disposition leur expérience judiciaire.

Cette solution tout en assurant l'unité de la formation de jugement présente le double mérite de maintenir la présence de politiques grâce à la désignation de parlementaires et d'offrir davantage de garanties juridiques par la présence de magistrats de la Cour de cassation (27). Au surplus le Garde des Sceaux a pu faire valoir devant le Sénat que "la présence de magistrats renforce l'impartialité de la juridiction. Cette présence est, de plus, une garantie offerte aux parlementaires de ne pas donner l'impression de se juger entre eux" (28). Il est revenu à la loi organique la tâche de préciser les modalités d'élection des juges parlementaires et des juges magistrats.

A - L'élection des juges parlementaires

Selon le projet de révision constitutionnelle, la Cour de justice devait comprendre huit jurés parlementaires. Le principe de l'élection libre des parlementaires était abandonné, puisque le bureau de chaque assemblée se voyait chargé d'établir "dans des conditions garantissant l'impartialité de la Cour "une liste au sein de laquelle députés et sénateurs devaient choisir leurs représentants. Ce projet encourait le double reproche de réduction de la souveraineté des assemblées parlementaires et d'ambiguïté du rôle confié aux bureaux de l'Assemblée Nationale et du Sénat "chargés en quelque sorte de garantir l'impartialité d'une juridiction ne comprenant pas seulement des parlementaires" (29).

Le texte issu des délibérations du constituant a le mérite de conserver un mode d'élection des membres parlementaires conforme à la dignité d'assemblées émanant du suffrage universel et dépositaires de la souveraineté nationale.

Il est ensuite revenu au législateur organique de définir les modalités d'élections des juges parlementaires. Ce choix n'a pas été sans susciter des controverses. Des débats, il est résulté un double rejet à la fois du mode de scrutin en vigueur pour la désignation des membres de la Haute cour et de la représentation proportionnelle ; et une préférence pour le scrutin majoritaire à la majorité absolue des suffrages exprimés.

(26) M. Jolibois, rapport n° 316 cité p. 138.

(27) Cf. A. Fanton, J.O.A.N 23 juin 1993, p. 2033.

(28) M. Mehaignerie : J.O Sénat 27 mai 1993, p. 433. Le système choisi répond au souci exprimé par le Président F. Mitterrand dans sa lettre de mission au C.C.R.C : "Eviter, quant à l'instance de jugement, le risque d'une justice considérée comme politique parce que rendue exclusivement par des parlementaires ; et celui d'une justice rendue exclusivement par des magistrats qui, aussi compétents seraient-ils, constitueraient une instance contraire au principe de la séparation des pouvoirs. Ainsi pourrait-on composer cette juridiction à la fois de hauts magistrats, par exemple huit parlementaires (quatre par assemblée) et quatre membres de la Cour de cassation. Le premier président de cette Cour présiderait la juridiction". in op. cité p. 14.

(29) A. Fanton, Rapport fait au nom de la Commission des lois de l'Assemblée Nationale, n° 356, 17 juin 1993, p. 63.

- Le rejet du mode de scrutin utilisé pour la désignation de la Haute cour

Les juges à la Haute cour sont désignés au scrutin majoritaire à la majorité absolue des membres composant chaque assemblée (art. 2 al. 3 ordonnance organique du 2 janvier 1959). Pour justifier la répudiation de ce mode de scrutin, le Garde des Sceaux a rappelé que "l'expérience de la Haute cour a montré que la désignation des juges parlementaires par les assemblées à la majorité absolue des membres la composant était une opération difficile" (30). En effet, ce mode de scrutin est plurinominal et il faut obtenir, pour être élu, quel que soit le nombre de tours nécessaire, la majorité absolue des membres composant la chambre (contrainte supplémentaire à l'Assemblée Nationale : à la différence du Sénat, les délégations de vote ne sont pas admises). En pratique, ce mode de désignation s'est révélé très contraignant et l'article 67 C selon lequel les membres de la Haute cour sont élus après chaque renouvellement total ou partiel des assemblées n'a été que partiellement appliqué. Depuis 1958 on a pu relever soit l'absence de constitution de la Haute cour - soit une constitution incomplète - soit enfin une désignation tardive. Le Sénat n'est jamais parvenu à désigner la totalité de ses représentants à la Haute cour lors des renouvellements de 1962 - 1965 - 1971 - 1974 - 1977 - 1980. A l'Assemblée Nationale seules les Ière - VIe - VIIIe et Xe législatures ont satisfait aux exigences constitutionnelles (31). Et l'on a pu parler, à juste titre, de "l'Introuvable Haute Cour" (32). Sous la IXe législature, les douze juges et six suppléants ont bien été désignés ; mais alors que la législature avait été mise en place le 23 juin 1988, il a fallu attendre le 18 novembre 1992 pour que l'Assemblée Nationale procède à l'élection des membres de la Haute cour, créant ainsi une situation inédite et inextricable de blocage en cas de renvoi individuel de C. Nucci par la Commission d'instruction. Obtempérant à l'injonction délivrée, au cours d'un entretien télévisé, par le Président F. Mitterrand (chargé au titre de l'article 5 C d'assurer la continuité de l'État) - "le devoir actuel consiste à faire élire les membres de la Haute cour de justice et à la faire fonctionner normalement jusqu'à ce qu'une réforme soit adoptée" (33) - le groupe parlementaire socialiste s'est résigné à l'élection d'une Haute cour susceptible de juger trois anciens ministres socialistes. L'exemple de la IXe législature est particulièrement significatif dans la mesure où il illustre à la fois les contraintes de l'élection des membres de la Haute cour et la volonté d'obstruction d'un groupe parlementaire qui répugne à faire juger les siens.

- Le rejet de la représentation proportionnelle

Le projet de loi organique prévoyait dans son article 1er que les juges parlementaires à la C.J.R seraient élus au scrutin proportionnel avec attribution des sièges au plus fort reste (modalité qui avantage les petites formations) ; les listes devant comporter pour chaque siège à pourvoir un candidat titulaire et un candidat suppléant.

Ce mode de désignation présentait le double avantage de répondre au souci d'éviter les blocages qui ont souvent entravé la désignation des membres de la Haute cour faute d'accord entre les groupes parlementaires, et d'assurer automatiquement

(30) P. Mehaignerie, J.O débats A.N n° 58, p. 3947, 7 oct. 1993.

(31) Cf. le tableau retraçant l'élection des membres de la Haute cour par l'Assemblée Nationale sous la V^e République établi par A. Fanton rapport fait au nom de la Commission des lois de l'Assemblée Nationale n° 550, 30 septembre 1993, p. 18.

(32) M. Kajman, "L'introuvable Haute Cour", Le Monde 22-1-1987.

(33) Le Monde 11-12-1992.

une équitable représentation de ceux-ci. Défendant son projet le Garde des Sceaux expliquait que "par ce système il n'y a pas de risque de blocage, les minorités de l'Assemblée sont certaines d'être représentées au sein de la Cour", ajoutant que "le gouvernement est très attaché à la composition pluraliste de la C.J.R. C'est un gage de sa légitimité et de son indépendance" (34). L'Assemblée Nationale - à l'instigation de sa Commission des lois - a repoussé le projet gouvernemental d'élire les juges parlementaires à la représentation proportionnelle, car, selon son rapporteur M. Fanton "Il lui a semblé que les juges devaient disposer d'une légitimité plus forte que l'élection à la représentation proportionnelle au plus fort reste risquait de ne pas leur conférer" (35). Pour étayer son argumentation, M. Fanton a eu recours à des opérations de simulation électorale à l'aide des tableaux des effectifs composant l'Assemblée Nationale et le Sénat : il suffisait de 24 voix au Sénat, soit moins de 10 % de l'effectif sénatorial, et de 57 voix à l'Assemblée Nationale, soit 10 % de l'effectif pour obtenir un siège de juge à la C.J.R (36). De surcroît, certains membres étant susceptibles d'être élus avec deux ou trois fois plus de voix que d'autres, il en résulterait nécessairement des distorsions fâcheuses pour l'autorité de cette juridiction (37). Les députés ont donc voulu conférer aux juges parlementaires l'autorité morale qui s'attache à une désignation par un nombre de suffrages suffisamment important, c'est-à-dire la majorité absolue de ceux qui se sont exprimés lors de l'élection.

- Le choix du scrutin majoritaire des suffrages exprimés

Sur proposition de sa commission des lois, l'Assemblée Nationale a substitué au texte gouvernemental, un article qui institue une élection au scrutin majoritaire à la majorité des suffrages exprimés. "Les juges parlementaires à la Cour de justice de la République sont élus au scrutin majoritaire : le scrutin est secret. Nul n'est élu s'il n'a réuni la majorité absolue des suffrages exprimés. Pour chaque titulaire, un suppléant est élu dans les mêmes conditions (art. 1er L.O).

La référence aux suffrages exprimés plutôt qu'aux membres de la chambre pour le calcul de la majorité absolue réduit les risques - bien réels - de blocage lors de l'élection.

Néanmoins, ce mode de désignation est susceptible d'une part de générer une Cour composée exclusivement de juges parlementaires issus d'une même majorité et chargés, en cas d'alternance au pouvoir, de juger les ministres d'un gouvernement issus d'une autre majorité, et d'autre part de ne pas assurer la représentation des minorités. Afin d'écartier ces objections sérieuses, l'Assemblée Nationale a invoqué la tradition parlementaire : en l'espèce, l'application d'une règle inscrite dans l'article 10 al. 2 R.A.N qui concerne, il est vrai, l'élection du bureau : "l'élection des vice présidents... a lieu en s'efforçant de reproduire au sein du bureau la configuration politique de l'Assemblée" mais qui a également été appliqué à l'occasion de l'élection des juges à la Haute Cour (38) et de celle des délégations parlementaires. Avec le mode de

(34) P. Mehaignerie : J.O débats A.N n° 58, 7 oct. 1993, p. 3947.

(35) A. Fanton, J.O débats A.N n° 58, op. cité p. 3944.

(36) A. Fanton : Rapport n° 550, op. cité p. 20.

(37) Les tableaux établis par M. Fanton montrent clairement qu'à l'assemblée Nationale il suffisait de 57 voix au député socialiste pour être élu alors qu'il en fallait 108 à un élu U.D.F. Au Sénat en revanche, 1 sénateur R.D.E n'avait besoin que de 24 voix, et un sénateur socialiste de 70 voix, soit près du triple.

(38) En novembre 1992, sur 576 députés, 522 ont participé au scrutin, 14 ont voté blanc ou nul ; les autres ont suivi fidèlement les consignes de leurs groupes. Tous les candidats présentés par les groupes parlementaires - 5 PS - 3 RPR - 2 UDF - 1 UDC - 1 PC ont obtenu la majorité absolue des membres composant l'Assemblée (289) ; la fourchette des suffrages recueillis par chaque titulaire variant entre 505 voix et 496 voix (B.A.N n° 119, 24 novembre 1992, p. 27).

scrutin majoritaire, mâtiné de la tradition parlementaire, chaque juge est susceptible d'obtenir un nombre de voix supérieur à celui qu'il aurait obtenu avec le scrutin proportionnel. Mais la réalisation de cet objectif, rend indispensable la recherche d'un accord préalable entre les groupes parlementaires pour l'établissement d'une liste unique propre à assurer une représentation équilibrée des groupes ; cette liste comporte un nombre de candidats égal au nombre de postes de titulaires et de suppléants à pourvoir. En bref, selon le Sénateur P. Fauchon "on vote au scrutin majoritaire, étant entendu qu'on le prépare par un scrutin proportionnel" (39).

Ce mécanisme, compte tenu de la tradition parlementaire (40) est susceptible d'assurer en fait le pluralisme de la représentation, tout en garantissant une légitimité comparable à chacun des juges parlementaires. Selon le rapporteur de la Commission des lois au Sénat M. Jolibois, il "permettra aux juges d'être élus simultanément avec un nombre de voix comparable indépendamment de leur appartenance politique" (41).

Et de fait, le 8 décembre, les groupes parlementaires, dans les deux chambres, se sont consensuellement accordés sur une liste unique comprenant six membres titulaires et six suppléants pour désigner - pour la première fois - les juges parlementaires à la C.J.R (42).

Alors que le mandat des juges magistrats est à durée fixe, celui des juges parlementaires est d'amplitude variable, puisque l'article 7 L.O prévoit la fin de celui de députés lors du renouvellement général de l'Assemblée Nationale et de celui des sénateurs à chaque renouvellement triennal. Leurs fonctions peuvent en outre, prendre fin en cas de démission volontaire ou de cessation d'appartenance à la chambre (parlementaire nommé, ministre, membre du conseil constitutionnel, ou encore passant d'une chambre à l'autre). Pour éviter les élections partielles, l'article 1er L.O dispose que pour chaque juge titulaire - parlementaire ou magistrat - un suppléant est élu dans les mêmes conditions. Au total il y a donc quinze juges titulaires et quinze juges suppléants. Chaque titulaire a donc son suppléant qui seul peut le remplacer en cas d'empêchement temporaire ou définitif (43). Ce binôme titulaire-suppléant, assure le maintien du pluralisme pour les juges parlementaires (44). En outre cette réserve de suppléants facilite la composition de la Cour de justice de la République

- M. Fanton souligne ainsi : "A quelques mois de la fin de la législature, les juges titulaires et suppléants étaient enfin élus par l'Assemblée nationale, les candidats présentés par les groupes obtenant la majorité absolue des membres la composant : la concertation préalable et l'accord des présidents de groupe sur la répartition des sièges à la proportionnelle des groupes et sur le bulletin unique avaient permis de débloquent la situation "en préparant" le scrutin de sorte que les candidats puissent obtenir la majorité absolue des membres composant l'Assemblée" in Rapport A. Fanton au nom de la commission des lois n° 550, 30 septembre 1993, p. 19.

- Dans le même esprit de concertation, dès le début de la X législature, le 14 avril 1993 les députés ont procédé à l'élection des douze juges titulaires et des six juges suppléants : 414 députés ont voté - 416 suffrages exprimés - majorité absolue (289), les candidats ont obtenu entre 409 et 414 suffrages.

(39) J.O Débats Sénat 21 octobre 1993, p. 3265.

(40) Le rapporteur A. Fanton n'hésite pas à prophétiser que "la sagesse des assemblées parlementaires les conduira à pratiquer comme elles l'ont toujours fait pour représenter les différentes tendances politiques" in rapport n° 550 cité p. 21.

(41) Rapport C. Jolibois, au nom de la Commission des lois au Sénat, n° 34, 1ère session ordinaire 1993-1994, p. 14.

(42) Le 8 décembre 1993, l'Assemblée Nationale a élu les six membres titulaires (2 RPR - 2 UDF - 1 PS - 1 PC) (Le Monde 10-12-1993). Notons qu'avec la désignation à la représentation proportionnelle, le groupe communiste (23 députés) n'aurait pas eu de représentant à la C.J.R. Le même jour, le Sénat a désigné ses six juges titulaires (1 RI - 1 UC - 1 RDE - 2 RPR - 1 PS) (BIRS n° 567, 13 décembre 1993).

(43) L'article 6 L.O organise le remplacement ; il prend en compte deux cas : d'une part la récusation ou l'empêchement temporaire, d'autre part la cessation définitive des fonctions en cours de mandat.

(44) Cette solution diffère de celle retenue pour la Haute cour de justice où il n'y a que douze juge suppléants pour vingt quatre titulaires ; le juge est remplacé par un suppléant tiré au sort parmi les suppléants élus par la même assemblée (art. 9 ordonnance organique 2 janvier 1959 relative à cette juridiction). En d'autres termes, il y a un vivier de suppléants affectables indistinctement.

avec des juges autres que ceux qui ont rendu l'arrêt annulé en cas de recours en cassation.

Dès leurs élection les juges parlementaires prêtent serment devant l'assemblée qui les a désignés (art. 2 L.O). La formule du serment, directement inspirée de celle prononcée par tout magistrat lors de sa nomination à son premier poste comporte notamment la promesse de "bien et fidèlement remplir leurs fonctions, de garder le secret des délibérations et des votes, et de se conduire en tout comme dignes et loyaux magistrats". Cette prestation de serment - qui fait d'eux des magistrats - est d'importance car ils s'engagent à assurer leurs fonctions en mettant entre parenthèses les contingences politiques du moment, comme leurs préférences partisanses. Par définition, ils deviennent d'une impartialité totale. Bien évidemment, les juges magistrats n'ont pas à renouveler ce serment en tant que membres de la C.J.R.

B - L'élection des juges magistrats et du président de la Cour

L'article 68-2 L C introduit au sein de la C.J.R, à côté des douze juges parlementaires, trois magistrats du siège à la Cour de cassation. L'article 1er al. 2 L.O dispose que les juges magistrats sont élus, pour trois ans parmi les magistrats du siège hors hiérarchie à la Cour de cassation, par l'ensemble de ces magistrats. Pour chaque titulaire, un suppléant est élu dans les mêmes conditions.

Seuls sont donc électeurs - au sein des magistrats du siège - les 92 magistrats hors hiérarchie, ceux appartenant à la chambre criminelle (qui seront virtuellement les plus sollicités pour ces fonctions) étant au nombre de 24 (45). En revanche, les membres du parquet général de la Cour de cassation sont exclus de la procédure d'élection. L'article 35 L.O précise que les magistrats atteints par la limite d'âge en cours de mandat continuent à siéger jusqu'à l'expiration de celui-ci.

En vertu de l'article 1er al. 2 L.O l'un des trois magistrats "est désigné dans les mêmes formes en qualité de président de la Cour de justice de la République". Le président est donc un magistrat professionnel désigné par ses pairs ; élu pour trois ans, l'intervention d'un renouvellement partiel ou général des assemblées parlementaires est sans incidence sur ses fonctions.

Cette disposition met fin - de manière apaisante - à un conflit très vif entre le Sénat et l'Assemblée Nationale sur la question de la présidence de la Cour lors de l'examen du projet de loi constitutionnelle. Il convient de rappeler brièvement les péripéties de cette dispute parlementaire.

Le titulaire de la présidence de la C.J.R n'est pas désigné par la Constitution - son article 68-2 al. 1er se bornant à affirmer "l'un (des trois magistrats) préside la Cour de justice de la République - alors même que le projet de loi constitutionnelle prévoyait que cette fonction serait confiée au premier président de la Cour de cassation, ou à un président de chambre désigné par lui. La Commission des lois du Sénat tenait à ce que la C.J.R soit - tout comme la Haute cour de justice - présidée par un parlementaire et non par un magistrat (46). Soucieux d'affirmer la judiciarisation de la C.J.R, le Garde des Sceaux M. Mehaignerie annonçait alors, lors de la discussion en séance plénière que le gouvernement optait résolument pour la solution qui confie la présidence de la C.J.R à un magistrat et récusait l'idée d'une présidence parlementaire. Un tel choix lui apparaissant inopportun car mettant en cause l'impartialité de la présidence". Si le président de la C.J.R est un parlementaire, par l'effet de la personnalisation des médias, ce président sera présenté comme de la majorité ou de l'opposition, voire du RPR, de l'UDF, ou des rangs socialistes... la perception de

(45) chiffres fournis par M. A. Fanton rapport cité n° 550, p. 22.

(46) Cf. rapport C. Jolibois, n° 316, op. cité p. 157.

la relation entre la présidence de la Cour et un parti politique auquel appartiendrait le président, casserait dans l'opinion la notion d'objectivité et d'impartialité" (47). Il devait recevoir sur ce point, le renfort du sénateur socialiste M. Dreyfus-Schmidt : "Si un parlementaire préside la C.J.R, l'opinion dira que "c'est un président de droite" ou "c'est un président de gauche" (48).

Renonçant à ce que la présidence revienne à un parlementaire, le Sénat avait alors décidé en première lecture que la C.J.R élirait son président parmi ses membres magistrats. Le gouvernement et l'Assemblée Nationale hostiles au choix sénatorial lui ont opposé une double objection : d'une part le risque de voir mise en doute l'impartialité du président ne disparaîtrait pas complètement avec la désignation d'un président magistrat par une majorité de parlementaires (douze juges parlementaires sur un effectif total de quinze) (49) - d'autre part l'élection par les parlementaires serait susceptible de compromettre l'autorité du magistrat élu à la tête de la C.J.R : "en effet, soulignait M. Fanton, il ne faudrait pas qu'il soit élu en dépit de la volonté des deux autres ; les parlementaires jouant le rôle d'arbitre entre les magistrats" (50).

En première lecture, l'Assemblée Nationale reprenant la solution retenue à l'origine par le gouvernement a souhaité que la présidence revienne au magistrat le plus élevé de l'ordre judiciaire c'est-à-dire le premier président de la Cour de cassation. Cette solution présentant l'avantage d'éviter toute querelle sur la qualité et l'impartialité de celui qui présiderait la C.J.R.

Le Sénat a refusé - avec virulence - que le président de la C.J.R soit le premier président de la Cour de cassation. Son objection essentielle étant que l'existence d'un pourvoi en cassation contre les arrêts de la C.J.R (idée chère au Sénat) ne permettrait pas de lui en confier de plein droit la présidence (51) ; la Cour de cassation pouvant difficilement juger son premier président (52). Finalement, l'Assemblée Nationale a battu en retraite dans le conflit qui l'opposait au Sénat ; les propos échangés sur ce point, à l'Assemblée Nationale, donnent la mesure du ressentiment antisénatorial qui anime les députés (53). Le Sénat a en fin de compte, proposé et obtenu que la présidence revienne à l'un des magistrats du siège et suggéré de renvoyer à la loi organique de préciser lequel d'entre eux l'exercerait.

2 - LA COMMISSION DES REQUÊTES

La Commission des requêtes qualifiée d'"instance essentielle dans le processus de saisine de la Cour de justice de la République" (54) est chargée en application de

(47) J.O Débats Sénat 28 mai 1993, p. 389, M. Mehaignerie arguait de surcroît qu'il serait "humiliant pour le président parlementaire de voir la décision de la Cour qu'il préside cassée par une instance uniquement judiciaire".

(48) J.O Débats Sénat 28 mai 1993, p. 422.

(49) Cf. A. Fanton, Rapport n° 356, op. cité p. 63.

(50) A. Fanton, J.O Débats A.N 23 juin 1993, p. 2137. Lors de son audition par la Commission des lois de l'Assemblée Nationale, M. Pierre Drai, premier président de la Cour de cassation faisait remarquer que "l'élection de son président par la Cour de justice pourrait aboutir à la désignation d'un magistrat du siège de la Cour de cassation qui n'aurait pas le rang de président de chambre, ce qui ne manquerait pas de poser des problèmes" in A. Fanton rapport n° 356, op. cité p. 37.

(51) En revanche pour les députés, le refus de toute possibilité de pourvoi en cassation contre les arrêts de la C.J.R permettait d'en confier de plein droit la présidence au premier président de la Cour de cassation. Cf. A. Fanton rapport n° 356, op. cité p. 63.

(52) A. Fanton, J.O Débats, A.N 23 juin 1993, p. 2034.

(53) Des appréciations peu aimables ont été formulées à l'égard du Sénat lors de la seconde lecture. Au député socialiste J.P Michel qui se demandait "pourquoi le Sénat refuse que le premier président de la Cour de cassation, premier magistrat de France, préside le C.J.R" le rapporteur A. Fanton a répondu «caprice sénatorial !». Enhardi M. Michel a ajouté "c'est tout simplement loufoque !" et regretté "de n'avoir pas suivi le Général de Gaulle et la proposition de M. J.M Jeanneney !!", J.O Débats A.N 8 juillet 1993, p. 3058.

(54) Cf. exposé des motifs du projet de loi organique sur la Cour de justice de la République, Doc. A.N n° 504, 10-9-1993, p. 3.

l'article 68-2 L.C d'examiner la recevabilité des plaintes qui lui sont transmises par toute personne lésée par un crime ou un délit commis par un membre du gouvernement dans l'exercice de ses fonctions ainsi que des saisines pour avis du procureur général près la Cour de cassation. En effet, sur proposition du Sénat - et malgré l'opposition des députés hostile à cette formation, la Commission des requêtes a été inscrite dans la constitution. Une nouvelle institution constitutionnelle est ainsi créée (55). L'expression "requêtes" a été retenue car elle évoque le souvenir de la chambre des requêtes qui traditionnellement dans le droit français, examine l'affaire avant de l'envoyer devant le juge qui statuera en définitive.

Effectivement, la Commission des requêtes est chargée de filtrer les plaintes de manière à éviter la paralysie éventuelle de la fonction gouvernementale, et ce que les sénateurs ont appelé le "harcèlement procédural".

La Commission des requêtes bénéficie, en vertu de l'article 12 L.O d'une composition destinée à lui garantir une indépendance absolue à l'égard du pouvoir politique et à lui assurer une connaissance du fonctionnement administratif de l'État. Elle réunit sept membres : trois magistrats du siège hors hiérarchie de la Cour de cassation, élus par leurs pairs ; deux conseillers d'État élus par l'Assemblée générale du Conseil d'État ; deux conseillers - maîtres à la Cour des comptes élus par la Chambre du Conseil. La présidence de la Commission revient obligatoirement à l'un des magistrats désigné dans la même forme par l'ensemble des magistrats du siège hors hiérarchie ; le texte ne lui assigne, toutefois aucune fonction particulière.

De la même manière, les trois juridictions procèdent chacune, à la désignation d'un membre suppléant ; aucune précision n'est donnée sur les conditions dans lesquelles il pourrait être appelé, le cas échéant, à remplacer le titulaire.

Cette composition paraît de nature à permettre à cet organisme de filtrage de placer dans une juste perspective les actes commis par les ministres dans le cadre de l'exercice de la fonction gouvernementale, par rapport à la conception de droit commun des crimes et délits (56). Car au-delà des qualifications juridiques, la commission des requêtes devra tenir compte de la nature des activités ministérielles : "la mission dévolue à cette commission s'apparente ainsi à celle exercée par un parquet. Elle devra apprécier tant en opportunité qu'en droit les suites qu'elle entend réserver aux plaintes qu'elle recevra" (57). Le pouvoir d'appréciation en opportunité ainsi reconnu à la Commission exigeait, en particulier, que ses membres aient, davantage que des juges judiciaires, l'expérience sinon de l'action gouvernementale, du moins des conditions dans lesquelles elle s'exerce. L'Assemblée Nationale a porté de trois à cinq ans le mandat des membres de la Commission. Ils auront ainsi suffisamment de temps pour prendre l'habitude de juger la recevabilité des requêtes ; cet allongement de la durée du mandat permettra, de surcroît, d'assurer une meilleure continuité de l'activité de la Commission des requêtes.

(55) L'instauration de la Commission des requêtes a suscité de fortes divergences entre les deux chambres. Cette création sénatoriale, refusée par l'Assemblée Nationale en première lecture, reprise par le Sénat en seconde lecture, a été rejetée à nouveau par les députés en seconde lecture. Toutefois ces derniers, modulant leur opposition s'ils n'en rejetaient plus l'idée, ne voulaient pas "constitutionnaliser" une telle instance. Au cours d'une réunion, tenue à l'hôtel Matignon, M. Ballardur a réussi à concilier les points de vue des sénateurs et des députés, cf. *Le Monde* 3-7-1993 et 8-7-1993.

(56) Cf. Rapport M. Jolibois, n° 34, op. cité, p. 22.

(57) Cf. exposé des motifs du Projet de loi organique sur la Cour de justice de la République, op. cité, p. 3. Cette formulation est reprise par le Garde des Sceaux M. Mehaignerie devant l'Assemblée Nationale, J.O Débats A.N 7 oct. 1993, p. 3947.

3 - LA COMMISSION D'INSTRUCTION

La commission d'instruction de la C.J.R - tout comme celle de la Haute cour - est de composition exclusivement judiciaire. En vertu de l'article 11 L.O, elle comprend trois membres titulaires et trois membres suppléants désignés pour trois ans parmi les magistrats du siège hors hiérarchie de la Cour de cassation par l'ensemble de ces magistrats. Le président de la commission est choisi selon la même procédure parmi les membres titulaires.

Moins nombreux que ceux de la Haute cour (trois au lieu de cinq), ils bénéficient d'un mandat allongé - trois ans au lieu d'un - mieux approprié au délai d'instruction prévisible des affaires susceptibles d'être déferées à cet organe de la C.J.R.

L'article 11 précise dans son dernier alinéa que les dispositions de l'article 7 L.O, relative au remplacement des magistrats juges à la C.J.R sont applicables aux membres de la commission d'instruction ; ils peuvent donc être remplacés par leurs suppléants en cas de récusation (58), d'empêchement temporaire, ou en cas de cessation définitive de leurs fonctions.

Le législateur organique a voulu donner aux ministres accusés la garantie d'un examen des charges par un organisme impartial. De surcroît, selon l'article 7 L.O, les arrêts de la commission d'instruction peuvent faire l'objet de pourvois en cassation qui sont portés devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation. En cas d'annulation d'un arrêt, la Cour renvoie l'affaire devant la Commission composée de membres titulaires ou suppléants autres que ceux qui ont rendu l'arrêt annulé.

4 - LES AUTRES ORGANES

Sous cette dénomination collective se trouvent réunis : le ministère public, le greffier et le personnel administratif

- Le ministère public

L'article 8 L.O reprend pour la C.J.R, les dispositions de l'article 13 de l'ordonnance organique de 1959 pour la Haute cour de justice. Dans les deux cas le ministère public est confié au procureur général près la Cour de cassation assisté du premier avocat général et de deux avocats généraux désignés par le procureur général.

- Le greffier et le personnel administratif

L'article 9 L.O reprend ici encore, les dispositions adoptées pour la Haute cour en confiant au greffier en chef de la cour de cassation le rôle de greffier de la C.J.R. En revanche il n'a pas été jugé nécessaire de lui faire prêter serment en cette qualité (59). Le personnel nécessaire au fonctionnement de la C.J.R est mis à sa disposition par le greffier en chef de la Cour de cassation et non par les bureaux de l'Assemblée Nationale et du Sénat comme tel est le cas pour la Haute cour. Deux

(58) L'article 4 L.O précise qu'il revient au premier président de la Cour de cassation de statuer sur la récusation des membres de la commission d'instruction dans les formes prévues en matière correctionnelle (art. 669 à 671 C.P.P) ; l'ordonnance statuant sur la récusation n'est susceptible d'aucune voie de recours.

(59) M. Fanton dans son rapport au nom de la commission des lois de l'Assemblée Nationale explique l'absence de serment par le changement de statut du greffier en chef de la Cour de cassation "elle ne semble pas nécessaire dans la mesure où l'article 32 du décret du 20 janvier 1967, intervenu après la réforme de 1966 donnait qualité de fonctionnaire au greffier en chef de la Cour de cassation, dispose qu'avant leur première entrée en fonctions, les fonctionnaires appartenant aux corps des greffiers en chef prêtent, devant la juridiction près laquelle ils sont affecter le serment..." in Rapport cité n° 550, p. 30.

motifs ont conduit à retenir cette solution différente : d'une part le caractère mixte de la formation de jugement qui inclut des magistrats et des parlementaires, d'autre part, sa présidence par un magistrat. On peut voir là une manifestation supplémentaire de la volonté générale qui sous-tend la réforme, consistant à faire de la Cour de justice de la République une juridiction la plus possible de droit commun et la moins possible politique, qui s'exprime jusque dans le choix des services chargés de les assister (60).

La judiciarisation de la C.J.R est encore plus poussée en ce qui concerne la procédure de jugement des ministres.

II - LA JUDICIARISATION ACCENTUÉE DE LA PROCÉDURE

Tous les membres du gouvernement, premier ministre, ministres ou secrétaires d'État peuvent être déférés devant la Cour de justice de la République. Si la qualité de membre du gouvernement est nécessaire à la date de l'accomplissement des faits, il n'est point indispensable que l'auteur de l'infraction l'ait conservée lors de l'engagement de la procédure.

La responsabilité pénale dont il s'agit concerne seulement les actes accomplis dans l'exercice des fonctions de membre du gouvernement ; les actes détachables de ces fonctions relèvent de la juridiction de droit commun. Il n'existe pas de privilège de juridiction général pour les ministres. Par conséquent le ministre qui commettrait un délit de chasse, conduirait en état d'ivresse ou se rendrait coupable d'un meurtre passionnel ne serait pas poursuivi selon les termes de l'article 68-1 C mais selon les termes du droit commun.

Les actes accomplis par un membre du gouvernement dans l'exercice de ses fonctions susceptibles de mettre en jeu sa responsabilité pénale sont ceux qualifiés de crimes et délits ; on doit donc exclure les contraventions ainsi que les faits non passibles de qualification pénale. Au surplus la procédure de poursuite des ministres devant la CJR, telle qu'elle est définie par l'article 68-1 C est exclusive de toute autre procédure ; la Cour de cassation dans un arrêt du 14 mars 1963 a, en effet, déclaré les tribunaux ordinaires incompétents pour connaître des poursuites dirigées contre un ministre pour des infractions criminelles ou délictuelles dont il aurait pu se rendre coupable dans l'exercice de ses fonctions (61). C'est une garantie pour les ministres

(60) Le député R. Beteille, ancien conseiller à la Cour de cassation, soulignait avec une jubilation ostentatoire "lorsqu'on jette un coup d'oeil sur le projet de loi organique, que voit-on ? Que la Cour de cassation est présente de a jusqu'à z ! Il n'y a pas un membre non parlementaire qui n'appartienne pas à la Cour de cassation ! Il y a certes un ou deux membres de la commission des requêtes qui font partie du Conseil d'Etat ou de la Cour des comptes. Sinon c'est l'omniprésence de la Cour de cassation. Même à la commission des requêtes, qui n'a aucun rôle juridictionnel, mais joue un rôle d'impulsion très important, la représentation de la Cour de cassation domine. A la commission d'instruction également, ce sont des membres de la Cour de cassation. Voilà qui est remarquable ! S'agissant de la formation de jugement, il y a heureusement douze parlementaires... Mais il y a tout de même trois magistrats, dont le président. De quoi sont-ils membres ? De la Cour de cassation ! Et le parquet ? C'est le parquet de la Cour de cassation. Et le greffe ? c'est le greffe de la Cour de cassation !", J.O.A.N 7 octobre 1993, p. 3949. En d'autres termes, aux yeux de M. R. Beteille, la C.J.R n'est qu'une annexe de la Cour de cassation.

(61) Dans son arrêt du 14 mars 1963, la Cour de cassation a déclaré : «il résulte de la combinaison des alinéas 1 et 2 de l'article 68 de la Constitution qu'en pareille circonstance (ministre accusé d'avoir commis un délit dans l'exercice de ses fonctions) un ministre ne peut être mis en accusation qu'en vertu d'une décision prise par les deux assemblées législatives, et jugé par la Haute cour... ces dispositions, qui excluent pour le ministère public et les particuliers la possibilité de mettre en mouvement l'action publique et de saisir les juridictions répressives de droit commun, sont d'ordre général et absolu. Elles s'appliquent sans distinction à toutes les infractions criminelles ou délictuelles dont aurait pu se rendre coupable un membre du gouvernement dans l'exercice de ses fonctions» (crim. 14 mars 1963, JCP 1963, IV, 54). Cette jurisprudence a été confirmée par des arrêts plus récents (crim. 8 juillet 1984, B, n° 256 - crim. 6 déc. 1984, B, n° 389 - crim. 28 mai 1986, B, n° 180). Ce dernier arrêt précise par ailleurs ce qu'il faut entendre pas l'expression "dans l'exercice de ses fonctions" : l'exercice des

contre les plaignants. Au demeurant, les membres du gouvernement bénéficient de trois autres garanties.

* Le principe de légalité des peines et infractions : la Cour de justice de la République reste soumise, comme l'était la Haute cour de justice, au principe de légalité. L'article 68-1 C affirme dans son premier alinéa, dans des termes qui sont l'exacte réplique de l'ancien article 68 al. 2 C : "La Cour de justice de la République est liée par la définition des crimes et délits ainsi que par la détermination des peines telles qu'elles résultent de la loi". Le principe de légalité s'applique aux membres du gouvernement non seulement pour les incriminations mais aussi pour les peines, en respect de l'adage "nullum crimen, nulla poena, sine lege".

* Le principe de la non rétroactivité de la loi pénale : l'article 68-1 C pose également le principe de la non rétroactivité des lois, mais dans une rédaction différente de celle de 1958, qui n'exclut plus l'application immédiate de la loi pénale plus douce (62).

* L'application de la procédure pénale de droit commun : la commission d'instruction et la Cour de justice, stricto sensu procèdent, en vertu des articles 18 et 26 de la loi organique, selon les règles édictées par le code de procédure pénale et spécialement celles relatives aux droits de la défense (63).

Les trois étapes de la procédure devant la Cour de justice de la République - mise en mouvement de l'action publique, instruction et jugement - relèvent ainsi, conformément aux principes fondamentaux de la procédure pénale, de trois autorités différentes.

fonctions ministérielles ne se limite pas aux attributions entrant dans la compétence administrative du département dont le ministre a la charge ni au cas où il s'agit par délégation du premier ministre, car un ministre en tant que membre du gouvernement, participe à la détermination et à la conduite de la politique de la nation ; c'est pourquoi il faut considérer qu'un ministre est aussi dans l'exercice de ses fonctions lorsqu'il s'exprime en tant que membre du gouvernement.

(62) Alors que la rédaction de l'ancien article 68 alinéa 1er : «actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et qualifiés crimes ou délits au moment où ils ont été commis» semble exclure l'application rétroactive de toute loi pénale postérieure, qu'elle soit plus sévère ou qu'elle le soit moins ; celle retenue par le constituant de 1993 «la CJR est liée par la définition des crimes et délits ainsi que par la détermination des peines telles qu'elles résultent de la loi» autorise l'application rétroactive d'une loi pénale ultérieure moins rigoureuse. Le Conseil Constitutionnel, dans sa décision n° 93-327 DC a ainsi jugé que «cette qualification (celle de la commission des requêtes) comme celles qui incombent à la Cour de justice elle même, doit nécessairement respecter le principe de l'application immédiate de la loi pénale moins sévère...

(63) Rien ne permettant de supposer que le code de procédure pénale restera immuable, le problème du code de procédure applicable - est celui en vigueur au moment de la promulgation de la loi organique, ou celui en vigueur au moment de l'instruction - n'est pas tranché. L'article 68-2 dispose dans son dernier alinéa qu'«une loi organique détermine les conditions d'application du présent article». La loi organique du 23 novembre 1993 renvoie aux dispositions du code de procédure pénale. Cette méthode de législation par référence est traditionnelle en la matière depuis la loi des 10 -15 mai 1791 rappelait J. Foyer qui soutenait que si la loi organique fait référence au code de procédure pénale, ses dispositions ont valeur organique en tant qu'elles s'appliquent devant la Haute cour. En conséquence, les éventuelles modifications ultérieures ne sont applicables que pour autant qu'elles sont mises en vigueur selon la procédure propre aux lois organiques, J. Foyer, art. cité p. 2.

1 - LA MISE EN MOUVEMENT DE L'ACTION PUBLIQUE (64)

Répondant indéniablement à une très forte attente de l'opinion, l'objectif fondamental de la révision était de mettre un terme à l'irresponsabilité pénale de fait des ministres qui résultait pour l'essentiel du caractère inadapté de la procédure de mise en accusation devant la Haute cour de justice. Le constituant a considéré que cet objectif ne pouvait être atteint que par la reconnaissance à toute personne - physique ou morale - du droit de porter plainte contre un membre du gouvernement qui a commis un crime ou un délit dans l'exercice de ses fonctions. Ce droit est désormais reconnu par l'article 68-2 C. Mais le constituant était également conscient de la nécessité de tout mettre en oeuvre pour éviter que l'exercice de ce nouveau droit ne conduise à la déstabilisation ou à la paralysie de l'action gouvernementale. Deux paramètres devaient être pris en considération. En premier lieu, les ministres n'étant pas des justiciables comme les autres, on ne peut admettre, que dans leur cas, la responsabilité pénale joue aussi largement que dans le droit commun. Il est inconcevable qu'un ministre puisse être poursuivi pour n'importe quel délit mineur, ou encore que sa responsabilité pénale puisse être recherchée à l'occasion d'un événement dramatique pour lequel la tentation serait grande de remonter la chaîne des responsabilités jusqu'au gouvernement (65). La responsabilité pénale des membres du gouvernement doit demeurer exceptionnelle. En second lieu, la France connaissant - comme l'a souligné le premier président de la Cour de cassation M. Drai - une dérive à l'américaine vers une véritable société contentieuse dans laquelle les tribunaux sont de plus en plus saisis à tout propos (66), il faut protéger les ministres contre les poursuites harcelantes, infondées et répétées qui pourraient paralyser le fonctionnement de l'État. Le rapporteur devant l'Assemblée Nationale, M. Fanton exprimait la crainte "qu'on ouvre les vannes à une sorte de folie des poursuites" (67). Il convenait donc à la fois d'instaurer un système de saisine permettant de mettre en cause la responsabilité pénale des ministres et de prévoir la possibilité de se prononcer au préalable sur la recevabilité des plaintes. D'où l'idée d'un indispensable filtrage.

Dès lors la procédure de mise en mouvement de l'action publique a suscité de vives controverses, entre les protagonistes de la révision constitutionnelle, qui ont accaparé une grande part des débats parlementaires. Des divergences profondes ont opposé Sénat, Assemblée Nationale et gouvernement. Il apparaît donc logique de rappeler les divers systèmes de mise en mouvement de l'action publique qui ont été proposés et débattus, avant de se livrer à l'analyse du mécanisme finalement retenu, celui de la commission des requêtes.

(64) La loi organique du 23 novembre 1993 ne retient plus le terme de «mise en accusation» employé par l'article 68 de la Constitution et par l'ordonnance organique du 2 janvier 1959. Ce terme a paru impropre, pour le moins, lorsqu'il concerne les ministres. En effet traditionnellement, dans le droit commun de la justice pénale la mise en accusation précède l'ouverture des débats devant l'instance de jugement à un moment où la Cour de justice ne peut plus être arrêté. Dans le cas de la procédure applicable à la Haute cour de justice, la mise en accusation précédait l'ouverture de l'instruction. La mise en accusation d'un membre du gouvernement par le Parlement signifiait uniquement la mise en oeuvre d'une procédure dont la seule conséquence certaine et immédiate était la saisine de la commission d'instruction qui, elle, mettait éventuellement en accusation au sens pénal. Pratiquement l'opinion publique risquait de voir dans un vote de mise en accusation, l'annonce d'un jugement de condamnation. Dans l'affaire du sang contaminé, les groupes parlementaires socialistes ont en novembre 1992 refusé de s'associer à la demande de mise en accusation devant la Haute cour présentée par la majorité sénatoriale à l'encontre de trois anciens ministres, au motif qu'ils refusaient de s'associer à une démarche qui préjugait la culpabilité des personnes mises en cause. Cf. *Le Monde* 17-11-1992.

(65) Le procureur général près la Cour de cassation, M. Truche a souligné cet aspect, lors de son audition par la commission des lois du Sénat. Cf. M. Jolibois rapport n° 316, cité p. 1-8.

(66) Cf. rapport A. Fanton, n° 356, op. cité, p. 34.

(67) A. Fanton, J.O.A.N 23 juin 1993, p. 2030.

A - Les systèmes récusés

Trois procédures de mise en mouvement de l'action publique ont été présentées et finalement rejetées au cours des débats consacrés au projet de révision constitutionnelle : le dépôt de plainte auprès du procureur général près la Cour de cassation, la saisine parlementaire, et le dépôt de plainte auprès du ministère public.

a - Le dépôt de plainte auprès du procureur général près la Cour de cassation

Le projet de loi constitutionnelle, inspiré sur ce point par les travaux du comité consultatif, remplaçait la saisine par le parlement par une saisine exclusive par le procureur général près la Cour de cassation agissant à la suite d'une plainte ou d'office.

Il reconnaissait, en effet, à toute personne qui se prétend lésée par un crime ou par un délit commis par un membre du gouvernement le droit de porter plainte auprès du procureur général près la Cour de cassation. Contrairement au droit commun, celui-ci n'avait pas à apprécier l'opportunité des poursuites ; sa compétence était strictement limitée : si la plainte n'était pas manifestement irrecevable ou infondée, il ne pouvait que la soumettre avec ses réquisitions à la commission d'instruction de la CJR.

De surcroît le procureur général pouvait agir d'office : il avait alors la pleine appréciation de l'opportunité d'engager des poursuites, même si c'est par une dénonciation que venaient à sa connaissance des faits susceptibles de constituer des crimes et délits. Cette saisine d'office était ainsi justifiée, selon l'exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle : "pour tenir compte des infractions qui protègent l'intérêt général, et qui, ne pouvant léser des personnes, ne sont pas susceptibles de donner lieu à des plaintes, le procureur général pourrait également, dans cette hypothèse, agir d'office" (68).

Ce système prévu par le projet de loi constitutionnelle rendait plus simple l'engagement de responsabilité pénale des ministres, ce qui est l'objectif recherché ; mais il présentait plusieurs inconvénients - soulignés par les parlementaires - qui ont conduit finalement à son abandon.

- Le risque d'engorgement : le procureur général risquerait d'être submergé par un afflux de plaintes. Aucun filtre n'étant prévu par le projet de loi constitutionnelle, c'est à lui seul qu'incomberait de les examiner pour les trier et ensuite les soumettre à la commission d'instruction à l'exception de celles qui manifestement n'émaneraient pas d'une victime ou ne concerneraient pas un membre du gouvernement ou enfin ne seraient pas fondées sur une infraction à une loi pénale. De très nombreuses plaintes s'avéreraient recevables et fondées ; le procureur général ayant compétence liée, ne pourrait que les transmettre, l'engorgement se produirait alors au niveau de la commission d'instruction (69).

- Le procureur général près la Cour de cassation ne pourrait - sans hésiter longuement - déférer devant la commission d'instruction des ministres en exercice, voire le Garde des Sceaux.

(68) Projet L.C op. cité, p. 8.

(69) M. Jolibois, rapport Sénat n° 316, p. 130.

- La mission confiée au procureur général ne semblait pas particulièrement adaptée au cas de certaines infractions entrant dans la catégorie des crimes et délits, à l'instar de celles commises contre la nation, l'État et la paix publique (prévues par les articles 410-1 à 411-11 du code pénal). Les assemblées parlementaires seraient mieux à même - aux yeux des sénateurs - d'engager une procédure contre les membres du gouvernement (70). D'où leur persévérance à défendre le droit de saisine des parlementaires.

b - La saisine parlementaire

La lettre de mission de F. Mitterrand au comité consultatif invitait à "ne pas soumettre l'ouverture des poursuites à une décision préalable des Assemblées. Ce serait ouvrir la voie à la possibilité, pour une majorité politique, de protéger les siens et de poursuivre ses adversaires, même s'ils sont innocents" (71). Le rapport Vedel et le projet de loi constitutionnelle déposé par le premier ministre M. Bérégozovoy excluaient effectivement toute saisine d'origine parlementaire (72).

Néanmoins la majorité sénatoriale s'accrochant à l'exigence d'une double saisine - saisine par la voie judiciaire et saisine par la voie parlementaire - avait adopté en première lecture un amendement maintenant concurremment "avec le procureur général près la Cour de cassation, la compétence du parlement pour saisir la commission d'instruction, par un vote identique des deux chambres au scrutin public et à la majorité absolue des membres les composant" (73). Elle se refusait à ce qu'elle considérait comme un dessaisissement du parlement : "le maintien du pouvoir du parlement - affirmait M. Jolibois - reste une garantie essentielle pour la démocratie parlementaire" (74) et étayait sa réaffirmation de la compétence parlementaire pour la saisine en invoquant plusieurs arguments (75).

En seconde lecture toutefois - afin de se rapprocher du texte adopté par l'Assemblée Nationale - le Sénat avait voté un amendement restreignant le champ de la saisine parlementaire aux cas exceptionnels dans lesquels un membre du gouvernement aurait commis dans l'exercice de ses fonctions un délit portant atteinte à la nation, au fonctionnement de l'État ou à la paix publique" (76). La saisine parlementaire présentait alors un caractère exceptionnel et subsidiaire.

Outre la menace latente du Président de la République de refuser de convoquer le Congrès, des raisons de principe ont conduit l'Assemblée Nationale et le gouvernement à supprimer la saisine parlementaire :

(70) Intervention M. Jolibois, J.O Sénat 26 mai 1993, p. 400.

(71) La documentation Française, op. cité, p. 13.

(72) La documentation Française, op. cité, p. 51 (art. 69) - Projet de loi constitutionnelle portant révision de la constitution, Sénat n° 231 (1ère session extraordinaire 1992-1993).

(73) Projet de loi constitutionnelle adopté avec modification par le Sénat : Assemblée Nationale, n° 323, 28 mai 1993.

(74) M. Jolibois, J.O Sénat 26 mai 1993, p. 401.

(75) Les sénateurs invoquaient les arguments suivants :

- le parlement doit pouvoir agir spontanément sur certaines affaires très graves pouvant fort bien ne susciter ni démarche, ni plainte, permettant une saisine judiciaire à la commission d'instruction (en d'autres termes le parlement agirait en appel d'un rejet de plainte par le procureur général près la Cour de cassation !!!)

- le parlement doit pouvoir donner suite à une pétition en saisissant la CJR. Les sénateurs se souvenaient de la pétition adressée à eux en 1992 par 1256 adhérents de l'association française des hémophiles tendant à la mise en oeuvre de la procédure de l'article 68 C [à cet égard la proposition de résolution adressée au président du Sénat par 63 sénateurs et déclarée recevable par le bureau faisait explicitement référence aux pétitions dans son exposé des motifs à l'appui de sa demande de mise en oeuvre de la procédure de la Haute cour à l'égard des trois ministres (Rapport Sénat n° 101, 9 décembre 1992, p. 42)] cf. rapport M. Jolibois, n° 316, op. cité, p. 138.

(76) Projet de loi constitutionnelle adopté par le Sénat en seconde lecture. Doc A.N n° 414, 1er juillet 1993. Il s'agit en l'espèce des "crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique" définis par le livre IV du code pénal annexé à la loi n° 92-686 du 22 juillet 1992 (J.O 23 juillet 1992).

- L'absence de cohérence avec la logique de judiciarisation des poursuites proposée par la réforme, dont le sénateur socialiste P. Mauroy a rappelé, lors des débats, qu'elle consiste à "faire sortir les parlementaires de la saisine", ajoutant qu'"il serait tout à fait inopportun de laisser subsister la possibilité de saisine parlementaire qui est précisément ce dont nous ne voulons plus et qui était à l'origine de toutes nos difficultés" (77). De son côté le rapporteur de la commission des lois à l'Assemblée Nationale faisait valoir qu'"accréditant auprès de l'opinion publique l'idée que les hommes politiques se jugent entre eux et échappent à la loi commune, elle porte une lourde suspicion dont l'ensemble de l'institution que constitue la Haute cour de justice est généralement l'objet" (78).

- Le risque de conflit entre le parlement et l'autorité judiciaire. Cette procédure ne saurait, en effet, jouer sans que l'autorité judiciaire ait été au préalable saisie d'une plainte à laquelle elle aurait décidé de ne pas donner suite ; or permettre au parlement d'intervenir dans cette circonstance revient à en faire une juridiction d'appel pour les victimes et à lui permettre d'engager lui-même l'action publique, alors que l'autorité judiciaire s'y est refusée. L'opinion publique percevra inéluctablement qu'il s'agit là d'une saisine politique au sens le plus péjoratif du terme.

La restriction apportée par le Sénat, en seconde lecture, au champ de la saisine parlementaire ne résiste pas, elle non plus, à la critique.

Dans cette hypothèse, il reviendrait au parlement et à lui seul, de procéder à une première qualification des actes pour lesquels serait engagée une procédure de mise en accusation. M. Fanton souligne, que ne pouvant intervenir qu'en cas de "crimes et délits portant atteinte à la Nation, au fonctionnement de l'État, à la paix publique" le parlement désireux de voir un ministre traduit devant la CJR n'aurait d'autre moyen de fonder la légitimité de son intervention que de "surqualifier" les actes à propos desquels il se prononcerait (79). En d'autres termes, le parlement ne pourrait saisir la commission d'instruction qu'en considérant comme crimes et délits portant atteinte à la nation, au fonctionnement de l'État et à la paix publique, des actes qui manifestement n'en seront pas. Certes dans cette hypothèse, la commission d'instruction ne donnerait pas de suite à la mise en accusation dont elle aurait été saisie ; mais alors il est loisible de se demander ce que le parlement et la justice gagneraient à une telle issue (80).

En fin de compte, conformément à l'arbitrage rendu par le premier ministre, les sénateurs ont, en troisième lecture, renoncé à la saisine parlementaire de la CJR ; pour leur part les députés avaient abandonné l'idée d'une saisine par les procureurs de la République.

c - La saisine par le ministère public

Les députés avaient proposé en première lecture, un système apparemment simple, de nature à faciliter l'accès à la justice de ceux qui veulent porter plainte

(77) P. Mauroy, J.O Sénat 26 mai 1993, p. 414.

(78) A. Fanton, rapport n° 417, cité p. 6.

(79) A. Fanton, rapport cité n° 417, p. 6.

(80) En introduisant ces nouvelles notions : atteinte à la nation, au fonctionnement de l'Etat et à la paix publique, dont certaines ne renvoient pas à des infractions pénales (le code pénal retient les atteintes à l'Etat, et non pas au fonctionnement de l'Etat), l'amendement sénatorial jette la suspicion sur la notion exacte de la responsabilité - pénale ou politique - qui pourrait être mise en jeu devant la CJR ; il se trouve donc en contradiction avec le principe affirmé à l'article 68-1 C, comme dans l'intitulé du titre X, selon lequel il n'est question que de responsabilité pénale. Sur ce point cf. l'analyse de A. Fanton rapport cité n° 417, p. 16.

contre un membre du gouvernement : déposer une plainte auprès du procureur de la République du lieu de résidence. L'amendement des députés au projet de loi constitutionnelle prévoyait que le ministère public saisit la CJR "lorsqu'il apparaît à la suite du dépôt d'une plainte ou au cours d'une procédure, qu'un membre du gouvernement est susceptible d'être poursuivi pour un crime ou un délit commis dans l'exercice de ses fonctions" (81). Le rapporteur, M. Fanton justifiait l'option de cette procédure : "Il s'agit que le justiciable ait le sentiment qu'on organise un système non pour l'empêcher de mettre en cause la responsabilité des membres du gouvernement, mais pour qu'il puisse porter plainte contre un ministre, comme il le ferait contre n'importe qui" (82). Au demeurant des filets indispensables étaient prévus pour que ne parviennent à la commission d'instruction que les cas sérieux, c'est-à-dire ceux qui présentent des indices graves et concordants permettant de mettre en cause la responsabilité d'un membre du gouvernement (83).

Le Sénat et le gouvernement ont rejeté la solution de l'Assemblée nationale qui consistait à confier à tout procureur de la République le soin d'examiner les plaintes formulées par les personnes qui se prétendraient lésées par un crime ou un délit. Plusieurs arguments ont été invoqués à l'encontre de cette banalisation du dépôt des plaintes. D'abord elle favoriserait le harcèlement procédural contre les ministres au point d'entraver le bon fonctionnement de l'État. Ensuite elle créerait des inégalités en raison de l'intervention des cent quatre vingt procureurs de la République. On risquerait de voir se développer une jurisprudence très diversifiée selon les procureurs. "Tel procureur dans un ressort peu chargé - soulignait le Garde des Sceaux - considérera qu'une affaire est importante et met en cause la responsabilité d'un ministre, alors que tel autre ayant une expérience plus importante, aura une approche différente" (84). Et M. Mehaignerie n'hésitait pas à illustrer son propos par une allusion à l'actualité la plus brûlante : "Imaginez une affaire, dans laquelle peuvent intervenir des victimes réparties sur l'ensemble du territoire ; une appréciation de chacun des 180 procureurs aboutirait à traiter différemment le cas de chaque victime. Ce qui serait inéquitable" (85). A l'inverse priver le procureur de la République, auprès duquel la plainte est déposée, de tout pouvoir d'appréciation, de toute liberté de transmettre ou non à la commission d'instruction, le réduirait au rôle peu gratifiant de facteur de la République.

Le gouvernement et le Sénat ont finalement considéré que la création d'une commission des requêtes au niveau national constituerait un filtre plus efficace, tout en ouvrant un droit d'accès direct aux particuliers ; elle seule pourrait juger de l'opportunité des plaintes, éviter la multiplicité et la disparité des réactions et homogénéiser la situation des différents requérants. A la saisine diffuse choisie par l'Assemblée Nationale, le Sénat et le gouvernement ont préféré une saisine centralisée auprès de la commission des requêtes.

B - La plainte auprès de la commission des requêtes

Le dispositif de mise en mouvement de l'action publique finalement adopté au terme des débats constitutionnels et complété par la loi organique comporte trois phases : l'initiative, l'examen et la transmission des requêtes.

(81) Projet de loi constitutionnelle modifiée par l'Assemblée Nationale, Sénat n° 389.

(82) A. Fanton, J.O.A.N, 24 juin 1993, p. 2140.

(83) Cf. idem.

(84) M. Mehaignerie, J.O.A.N, 24 juin 1993, p. 2145.

(85) M. Mehaignerie, J.O.A.N, 24 juin 1993, p. 2140.

a - L'initiative des plaintes

L'accès à la commission des requêtes est simple : elle peut être saisie concurremment sur plainte d'une personne - physique ou morale - "qui se prétend lésée par un crime ou un délit commis par un membre du gouvernement dans l'exercice de ses fonctions" (art. 68-2 al. 2 C) ou par le procureur général près la Cour de cassation sollicitant son avis conforme (art. 68-2 al. 4 C). L'objet de l'article 13 L.O est de fournir à la commission des requêtes les moyens juridiques d'effectuer un premier tri des plaintes dont elle est saisie, en écartant certaines d'entre elles, sans avoir besoin d'en examiner le fond. Les conditions de recevabilité - au nombre de trois - ne se distinguent pas par leur rigueur : la plainte doit contenir le nom du membre du gouvernement qu'elle vise, énoncer les faits allégués à son encontre et être signée par le plaignant. Le législateur organique pouvait difficilement fixer des conditions de recevabilité trop strictes, sauf à prendre le risque d'enlever une partie de sa substance au nouveau droit consacré par l'article 68-2 al. 2 C et d'encourir la censure du Conseil constitutionnel.

A ce stade peuvent être écartées les plaintes manifestement irrecevables : celles n'émanant pas d'une victime lésée ou ne concernant pas un ministre ou encore non fondées sur des faits pénalement qualifiables.

L'article 17 L.O, à la suite de la constitution, reconnaît au procureur général près la Cour de cassation l'obligation de saisir pour avis la commission des requêtes aux fins d'engager ultérieurement la procédure de saisine de la commission d'instruction, au vu d'une procédure judiciaire déjà en cours qui révélerait l'implication d'un membre du gouvernement pour des faits relevant, non des juridictions de droit commun, mais de la CJR (86). Au surplus, l'intervention du procureur général est la seule possible dans le cas d'infraction sans victime directe. Dans un souci de cohérence, le constituant a tenu à préserver, les prérogatives de la Commission des requêtes, puisqu'en pareilles situations, le procureur général doit recueillir son avis conforme. L'article 17 al. 2 L.O dispose, à cet égard, que le procureur général, lorsqu'il agit d'office doit mentionner dans ses réquisitions le nom du membre du gouvernement concerné et l'énonciation des faits allégués ; en revanche il n'a pas à les qualifier pénalement. Dans l'hypothèse visée par l'article 17 L.O, le procureur général est en quelque sorte amené à se substituer au plaignant défaillant ; dès lors il est logique que ses réquisitions contiennent les mentions énumérées à l'article 13 L.O et satisfassent ainsi aux conditions de recevabilité formelle prévues pour les plaintes déposées par les victimes.

De surcroît, l'article 13 L.O est complété par deux alinéas aux termes desquels d'une part aucune constitution de partie civile n'est recevable devant la CJR (87) d'autre part les actions en réparation de dommages ayant résulté de crimes et délits poursuivis devant la cour ne peuvent être portés que devant les juridictions de droit commun (88). Ces dispositions ne font que reprendre des règles semblables qui

(86) Cf. audition de M. Truche procureur général près la Cour de cassation par la commission des lois de l'Assemblée Nationale. Rapport A. Fanton, n° 356, op. cité, p. 40.

(87) Dans sa lettre de mission au comité consultatif pour la révision de la Constitution, le président Mitterand a exprimé le souhait de voir "Interdire qu'à la faveur des plaintes avec constitution de partie civile, les ministres soient constamment exposés à devoir justifier devant les juges de leur activité ministérielle. Ce serait transformer la responsabilité politique en responsabilité pénale et entraver l'action du gouvernement" op. cité, p. 13.

(88) Dans sa décision n° 93-327 DC du 19 novembre 1993, le Conseil constitutionnel a jugé l'article 13 conforme à la constitution car s'il "exclut toute constitution de partie civile devant la Cour de justice de la République, il garantit la possibilité d'exercer des actions en réparation de dommages susceptibles de résulter de crimes et délits commis par des membres du gouvernement devant les juridictions de droit commun ; qu'ainsi il préserve pour les intéressés l'exercice de recours, sans méconnaître les dispositions de la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993".

limitaient et définissaient déjà dans le cas de la Haute cour de justice les conditions de mise en mouvement de l'action publique (89) et qui caractérisent traditionnellement les juridictions politiques françaises (90).

b - L'examen des plaintes

Les articles 14 et 15 L.O définissent les conditions d'examen, par la Commission des requêtes, des plaintes reçues par elle ainsi que les prérogatives dont elle dispose pour les recevoir ou les rejeter. L'article 14 L.O indique "la commission des requêtes apprécie la suite à donner aux plaintes qu'elle reçoit" ; au-delà des qualifications juridiques, elle devra tenir compte de la nature des activités ministérielles ; selon le Garde des Sceaux "elle devra apprécier tant en opportunité qu'en droit les suites qu'elle entend réserver aux plaintes qu'elle recevra" (91). Cette commission en statuant en légalité et en opportunité (92) pourra dégager une jurisprudence sur les crimes et délits causés à l'occasion d'activités gouvernementales (93).

La commission des requêtes risquait de rencontrer les plus grandes difficultés pour apprécier en toute connaissance de cause la suite à donner à une plainte, si elle ne disposait d'aucun pouvoir d'investigation. Aussi l'article 15 L.O prévoit-il qu'en cas de plainte insuffisamment motivée ou insuffisamment justifiée par les pièces produites, la commission des requêtes pourra faire procéder à des investigations s'apparentant à l'enquête préliminaire de droit commun, sans disposer toutefois des pouvoirs de coercition reconnus au parquet par le code de procédure pénale (94). Elle peut faire procéder à toutes investigations utiles selon les formes prévues par les articles 75-76-77.1 C.P.P (c'est-à-dire par la voie d'enquêtes, de perquisitions, visites domiciliaires, saisies, ou encore expertises). Les pouvoirs conférés par ces trois articles au procureur de la République, sont exercés en l'espèce par l'un des membres de la commission des requêtes, membre de la Cour de cassation. L'article 15 L.O ne faisant pas, en revanche, référence aux articles 77 et 78 C.P.P, aucune mesure de garde à vue pour interroger les ministres ne pourra être prise dans le cadre de l'enquête réalisée ; de même aucune obligation de comparaître ne s'imposera aux personnes convoquées par un officier de police judiciaire agissant dans le cadre d'investigation ordonnées par la Commission.

c - La transmission des plaintes

Selon l'article 68-2 al. 3 C, la commission des requêtes ordonne "soit le classement de la procédure soit sa transmission au procureur général près la Cour de

(89) Cf. art. 27 ordonnance organique du 2 janvier 1959. L'exercice de l'action de la victime par la voie civile obéit aux règles ordinaires et notamment à celles selon laquelle "le criminel tient le civil en l'état".

(90) Cf. J. Foyer, art. cité.

(91) J.O débats A.N, 7 oct. 1993, p. 3947.

(92) Le principe d'opportunité se voit reconnaître, dans le cas de la commission des requêtes, une valeur absolue, qu'il n'a pas dans le droit commun. En effet, le procureur de la République saisi d'une plainte peut recevoir des instructions du ministre de la justice ou du procureur général ; d'autre part et surtout, l'initiative de la mise en mouvement de l'action publique appartient concurremment au parquet et à la victime, par le biais de la plainte avec constitution de partie civile.

(93) Le Garde des Sceaux tout en soulignant que la Commission des requêtes créera "sa jurisprudence en fonction des critères que, seule, elle définira," en a dégagé les lignes de force "le lien de causalité entre les faits et la décision du ministre... l'appréciation de la nature intentionnelle de l'infraction... l'absence d'intention n'exclut pas une négligence grave, voire une incompétence... une certaine gravité (de l'infraction)..." et le caractère personnel du bénéfice "si le ministre a tiré de sa faute le moindre profit personnel, le doute n'est pas permis", J.O Sénat 21 oct. 1993, p. 3257.

(94) Dans sa décision n° 93-327 DC le Conseil constitutionnel relève que "les pouvoirs d'investigation conférés à la Commission, lesquels excluent toute mesure coercitive, ne sont pas de nature à porter atteinte à la liberté individuelle en méconnaissance de l'article 66 de la constitution.

cassation aux fins de saisine de la Cour de justice de la République". Les conditions d'application de cette disposition constitutionnelle sont fixées aux articles 16 et 17 al. 2 L.O qui précisent les rôles respectifs de la commission et du procureur général près la Cour de cassation.

- La décision de classement est prise, par la commission seule, sans intervention du procureur général.

- La décision de transmission de la procédure à la commission d'instruction fait certes intervenir le procureur général, mais sans que celui-ci dispose de quelque marge d'appréciation que ce soit (95).

- La Commission des requêtes - et elle seule - est tenue de qualifier les faits à raison desquels il y a lieu de poursuivre, y compris dans le cas de l'article 17 L.O où elle ne rend pas à proprement parler une décision, mais seulement un avis conforme. Enfin l'article 19 L.O impose au procureur général près la Cour de cassation de viser dans son réquisitoire introductif la décision de la commission des requêtes et donc de s'en tenir aux qualifications pénales retenues par elle, ou lorsqu'il agit d'office l'avis conforme de cette commission.

Deux dispositions viennent enfin compléter le mécanisme de filtrage. L'article 14 al. 2 L.O transpose à la commission des requêtes une autre règle de droit figurant à l'article 40 du code de procédure pénale, en prévoyant que le plaignant est avisé de la suite réservée à sa plainte (96). D'autre part, en vertu de l'article 14 al. 3 L.O, les actes de la commission des requêtes ne sont susceptibles d'aucun recours. Cette exclusion revêt un caractère général et absolu ; elle interdit tout recours quel qu'il soit, y compris le pourvoi en cassation devant la Cour de cassation. Elle est normale, car comme a tenu à le souligner M. P. Draï, premier président à la Cour de cassation "la commission des requêtes est une commission d'essence judiciaire qui n'exerce pas de fonctions juridictionnelles" (97). Les décisions sont sans appel, sans pourvoi parce que ce ne sont pas des décisions juridictionnelles (98). La commission des requêtes "qui constitue l'instance essentielle dans le processus de saisine de la Cour de justice de la République" (99) remplit une mission de simple filtrage et ne statue en aucune manière en qualité de formation juridictionnelle.

Cette intervention initiale de la commission des requêtes avant même la saisine des organes proprement dits de la CJR est censée garantir le respect de la présomption d'innocence des ministres mis en cause et d'éviter ainsi que l'action du gouvernement ne fasse l'objet d'un harcèlement procédural.

Au demeurant le dispositif mis en place par la loi organique prévoit un second filtre. La commission d'instruction qui peut prononcer un non lieu et arrêter ainsi la procédure.

(95) M. A. Fanton, dans le rapport fait au nom de la commission des lois, dresse le même constat lorsqu'il écrit «En fait, le rôle dévolu au procureur général se limitera, d'une part, à assurer la transmission de la procédure à la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, d'autre part, à mettre en forme de réquisitoire les éléments qui lui auront été transmis par la commission des requêtes, sans s'en écarter si peu que ce soit» in rapport n° 550 cité p. 42.

(96) Cette règle vaut pour toute décision de classement ou de transmission au procureur général, alors que l'article 40 C.P.P ne le prévoit qu'en cas de décision de classement.

(97) Cité in M. Jolibois, rapport n° 34, p. 25.

(98) Selon l'exposé des motifs du projet de loi organique «A l'instar du classement effectué par un parquet, le classement auquel procédera, le cas échéant, la commission des requêtes, n'aura pas de nature juridictionnelle, ne sera pas motivé, n'aura pas l'autorité de la chose jugée et ne sera susceptible d'aucun recours... La mission dévolue à cette commission des requêtes s'apparente ainsi à celle d'un parquet».

(99) Idem.

2 - L'INSTRUCTION

La commission d'instruction est un organe exclusivement judiciaire, composé de hauts magistrats indépendants du pouvoir politique. La collégialité de cette juridiction d'instruction et son recrutement au sommet de la hiérarchie constituent autant de garanties pour les ministres en cause. Là ne s'arrêtent pas les garanties : la commission n'est pas instituée pour une affaire déterminée, elle est permanente et renouvelée tous les trois ans. L'article 4 L.O prévoit que les membres du gouvernement en cause peuvent récuser non seulement les membres de la Cour de justice de la République, mais également ceux de la commission d'instruction. Les causes de récusation sont celles prévues par le code de procédure pénale. Il appartient au premier président de la Cour de cassation de statuer sur les récusations dans les formes prévues en matière correctionnelle (art. 669 et suivants C.P.P). Si le premier président décide de donner droit à la demande de récusation, le membre de la commission d'instruction est remplacé par son suppléant (art. 6) l'ordonnance statuant sur la récusation n'est susceptible d'aucun recours. Les attributions de la commission d'instruction sont doubles : d'une part, elle doit mettre l'affaire en l'état, d'autre part, elle doit rendre un arrêt de renvoi ou prendre une décision de non lieu.

A - La mise en l'état

La commission d'instruction doit mettre l'affaire en l'état en procédant à tous les actes nécessaires à la manifestation de la vérité selon les règles édictées par le code de procédure pénale et spécialement celles relatives aux droits de la défense. L'article 18 L.O réserve toutefois la faculté de déroger à ces règles dans les conditions définies par les articles suivants de la loi organique.

Elle informe en vertu d'un réquisitoire introductif. L'article 19 L.O dispose en effet que "la commission d'instruction informe en vertu d'un réquisitoire du procureur général près la Cour de cassation". Même si cette rédaction paraît directement inspirée de l'article 80 C.P.P, l'article 19 L.O ne saurait s'analyser comme une transposition pure et simple du droit commun. L'existence de la commission des requêtes et l'importance du rôle qui lui est confié restreignent singulièrement la compétence du procureur général ; tenu de viser dans son réquisitoire la décision ou l'avis conforme de la commission des requêtes, il est lié, rappelons-le, par la qualification des faits par cette dernière. De surcroît, l'article 19 L.O le prive également d'une possibilité dont dispose le ministère public de droit commun : celle de prendre une réquisition contre une personne non dénommée ; le législateur organique a logiquement souhaité exclure l'ouverture d'une information contre X ; si l'on considère que la commission des requêtes prend elle-même sa décision, au vu d'une plainte dirigée contre un membre du gouvernement qui doit être nommé désigné.

La commission d'instruction exerce collégalement les pouvoirs du juge d'instruction ; elle procède à tous les actes d'information qu'elle juge utiles à la manifestation de la vérité ; son président peut personnellement, accomplir tous ces actes jusqu'à sa réunion (article 18 L.O). L'article 21 L.O indique que les auditions, les interrogatoires et les confrontations des membres du gouvernement sont effectués par la commission ; ce faisant, il écarte par là même l'application de l'article 152 C.P.P : les ministres ne peuvent pas être entendus par un officier de police judiciaire sur commission rogatoire. L'article 20 al. 1er L.O confère à la commission le pouvoir dont dispose le juge d'instruction de requalifier les faits soumis à son appréciation. Le juge d'instruction, est en effet traditionnellement saisi "in rem", c'est-à-dire des faits en quelque sorte bruts, auxquels il est libre de donner une qualification

différente de celle retenue par le parquet ou par la partie civile (100). la commission d'instruction, quant à elle, peut s'écarter de la qualification mentionnée dans le réquisitoire introductif, et choisie en fait par la commission des requêtes. Le second alinéa de l'article 20 L.O détermine, par ailleurs, les conditions dans lesquelles la commission procède lorsque ses investigations révèlent des faits nouveaux distincts de ceux ayant donné lieu à sa saisine. Elle ne peut se saisir de ces faits de sa propre initiative mais doit au contraire ordonner la communication du dossier au procureur général près la Cour de cassation afin que ce magistrat prenne de nouvelles réquisitions (de même que le juge d'instruction s'adresse, en pareille situation, au procureur de la République (art. 80 al. 4 C.P.P)). Dans un souci de cohérence, l'article 20 L.O décide aussi que la commission d'instruction ne peut informer sur des faits nouveaux que si la commission des requêtes donne un avis conforme.

La commission d'instruction dispose naturellement, comme toutes les juridictions d'instructions de la faculté de rendre des décisions de caractère juridictionnel ou des décisions de simple administration judiciaire. L'article 22 L.O dispose que les décisions de caractère juridictionnel émanant de la commission sont rendues après réquisitions du procureur général (appliquant, ici, une règle classique de droit commun). La commission des requêtes n'est pas, en pareil cas appelée à se prononcer ; le procureur général se voit aussi rendre, dans ce domaine, les prérogatives traditionnelles du parquet en matière d'instruction.

B - La clôture de l'information

L'article 23 L.O définit les modalités selon lesquelles la commission d'instruction décide la clôture de l'information. La procédure retenue est formellement proche du droit commun, puisqu'elle repose sur la communication du dossier au procureur général près la Cour de cassation pour que ce magistrat prenne ses réquisitions, puis sur le prononcé d'une décision juridictionnelle de non lieu, ou au contraire le renvoi de l'affaire devant la Cour de justice de la République. La commission peut aussi ordonner le renvoi de l'affaire devant cette dernière en cas de délit (ce qui est le droit commun) mais aussi dans le cas d'un crime, où le principe du principe du filtrage par la chambre d'accusation (prévu par le droit commun) n'est pas repris.

L'article 23 L.O prévoit que seuls les membres du gouvernement ou leurs avocats sont avisés de la transmission du dossier au procureur général ; cette communication a pour but de leur permettre de présenter d'ultimes observations avant la clôture de l'instruction. Il indique aussi que le ministre dispose d'un délai de vingt jours à compter de l'avis de transmission pour demander à la commission de statuer sur d'éventuelles nullités, de même qu'une partie mise en examen, peut, en vertu du droit commun (art. 175 C.P.P) procéder semblablement devant la chambre d'accusation.

La commission d'instruction peut donc fort bien interrompre définitivement - comme sous le régime de l'ordonnance organique du 2 janvier 1959 - la procédure, si elle prononce un non lieu comme elle en a le droit.

Au demeurant l'article 24 L.O institue un mécanisme de pourvoi en cassation des arrêts de la commission d'instruction ; c'est là un changement marquant par rapport aux règles qui s'appliquent aux décisions de la commission correspondante de la Haute cour de justice qui ne sont susceptibles d'aucun recours (art. 24 ordonnance du 2 janvier 1959). Il prévoit que ces arrêts peuvent faire l'objet d'un tel pourvoi,

(100) Cf. G. Stefani - G. Levasseur - B. Bouloc, Procédure pénale, 15^e édition, Dalloz Paris 1993, p. 401.

porté devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation, dans les conditions et formes déterminées par le code de procédure pénale (Titre Ier du Livre III).

Le droit de former un pourvoi en cassation contre un arrêt de la commission d'instruction n'est ouvert qu'au membre du gouvernement poursuivi et au ministère public, et non au plaignant, qui rappelons le, n'est pas partie à la procédure. En l'absence de toute précision dans le texte de l'article 24 L.O, qui se réfère simplement à la notion d'arrêt, on peut déduire que des pourvois peuvent être formés contre les ordonnances de clôture de l'information rendues par la commission - ordonnances de non lieu ou de renvoi devant la CJR ; mais rien n'interdit de penser que sont aussi recevables des pourvois formés contre ses autres décisions de caractère juridictionnel.

Les pourvois sont portés directement devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation et non devant sa chambre criminelle. Le renvoi de l'affaire à une autre juridiction de même nature, étant par définition impossible, l'article 25 L.O décide que celle-ci est, dans ce cas, examinée par la même juridiction composée de membres titulaires ou suppléants autres que ceux qui ont rendu l'arrêt annulé. Au surplus, en pareil cas, les dispositions du second alinéa de l'article L. 131-4 du code de l'organisation judiciaire sont applicables, qui font obligation à la juridiction de renvoi de se conformer à la décision prise par la Cour de cassation sur les points de droit jugés par elle. Le rapporteur à l'Assemblée Nationale A. Fanton soulignait à juste titre qu'"une telle disposition apparaît éminemment souhaitable, dans la mesure où elle s'oppose à ce que la nouvelle décision prise par la juridiction de renvoi fasse à son tour l'objet d'un recours en cassation fondé sur les mêmes moyens que le premier" (101).

Au stade du renvoi de l'affaire devant la formation de jugement, quelques difficultés à poursuivre la procédure sont susceptibles de surgir, qui n'ont pas retenu l'attention des parlementaires lors des débats. Pour que la Cour puisse être saisie, la qualité de membre du gouvernement est nécessaire à la date où les faits ont été commis, mais il n'est pas indispensable que cette qualité soit conservée au moment de la mise en accusation ; la possibilité de mettre en jeu la responsabilité pénale des membres du gouvernement pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions ne cesse pas avec la fin des dites fonctions. La commission lorsqu'elle décide le renvoi d'un ministre devant la Cour de justice est susceptible d'être confrontée à quatre situations différentes. Si le ministre est encore en exercice ou s'il est redevenu simple citoyen, il n'y a pas d'obstacle au renvoi direct devant la CJR. On peut en revanche s'interroger sur la façon dont cette responsabilité pénale de l'ancien ministre peut s'articuler avec l'immunité parlementaire dont il bénéficie s'il est devenu parlementaire français ou européen. Le ministre qui a acquis la qualité de parlementaire national au moment des poursuites est protégé par l'inviolabilité de l'article 26 C. Hors session parlementaire, son renvoi devant la Cour ne soulève pas de difficultés. En revanche pendant la session parlementaire, il faut demander la levée de son immunité parlementaire. La décision sur la demande d'autorisation de poursuites contre un parlementaire est prise discrétionnairement par la chambre qui se prononce en opportunité. Quelles doivent être les préoccupations de l'assemblée lorsqu'il s'agit de poursuites d'un ancien ministre devenu député ou sénateur ? "Il semble, écrit M. Jolibois à propos de l'affaire C. Nucci, que dans le cas d'un ancien ministre devenu membre du parlement, le souci d'assurer le libre examen de la justice doive prévaloir sur la nécessité de ne pas entraver l'accomplissement d'un mandat électif" (102). En bref, la qualité de ministre prime sur celle de parlementaire (103).

(101) A. Fanton, rapport n° 550 cité p. 51.

(102) Cf. C. Jolibois, Sénat rapport n° 127, 2 décembre 1987, p. 43.

(103) P. Avril et J. Gicquel : Droit parlementaire Montchrestien 1988, p. 245.

Enfin le ministre qui a acquis la qualité de parlementaire européen est en pratique soustrait aux poursuites, parce que le parlement européen tenant une session annuelle, ses membres sont couverts en permanence durant leur mandat. La protection spéciale du député européen tombe s'il fait l'objet d'une levée d'immunité décidée par le parlement européen et d'une demande présentée par l'autorité nationale compétente. La difficulté d'une telle procédure est de nature à créer, au profit du parlementaire ancien ministre une véritable impunité (104).

3 - LES DÉBATS ET LE JUGEMENT

L'article 26 L.O prévoit l'application aux débats et aux jugements de la CJR des règles applicables en matière correctionnelle, tout en réservant la faculté de dérogations à ces règles par les articles 27 à 34 L.O.

A - Les débats

La Cour de justice de la République ne siégeant pas en permanence, son président, dès que l'arrêt de renvoi est devenu définitif, fixe à la requête du procureur général, la date d'ouverture des débats (art. 27 L.O) (105). Les membres de la CJR ont l'obligation d'assister aux audiences et aux délibérations auxquelles ils sont convoqués (art. 3 L.O). Cette obligation résulte logiquement de leur serment de bien et fidèlement remplir leurs fonctions : et la sanction en est la démission d'office, déclarée par la CJR, en cas d'absence non justifiée par un motif grave (106). Les ministres mis en examen peuvent récuser les membres de la CJR (art 4 L.O). Les causes de récusation sont celles prévues par l'article 668 du code de procédure pénale en matière correctionnelle, qui énumère neuf cas pouvant être regroupés en quatre catégories : le lien de parenté et d'alliance, la communauté ou la contradiction d'intérêts, la connaissance antérieure de la cause, la manifestation de partialité (ce motif de récusation est le plus susceptible d'être invoqué et de donner lieu à une interprétation extensive). Il appartient à la CJR de statuer dès l'ouverture des débats sur les causes de récusation, ce qui semble exclure un tel examen au cours des débats (comme cela est possible devant les juridictions ordinaires) même si survient un motif de récusation. Au surplus tout juge qui souhaite s'abstenir, même en dehors des cas prévus par le code de procédure pénale en matière correctionnelle, peut en faire la demande à la CJR qui statue comme elle le fait pour les motifs de récusation (art. 5 L.O). Si la Cour décide de donner droit à la demande de récusation, le juge est remplacé.

L'article 6 L.O organisant le remplacement des juges à la CJR prend en compte trois hypothèses : - en cas de récusation ou d'empêchement temporaire (l'absence justifiée par un motif grave n'entraîne pas démission) le juge est remplacé temporairement par son suppléant - en cas de cessation définitive des fonctions d'un juge titulaire en cours de mandat, son suppléant devient titulaire - en cas de remplacement d'un juge suppléant temporairement empêché ou devenu titulaire ou ayant cessé définitivement ses fonctions en cours de mandat, il est nécessaire de procéder à

(104) Cf. P. Manin, *Les communautés européennes*, Pedone 1993, p. 161.

(105) Cette disposition - qui ne fait que reprendre celle qui figure à l'article 28 de l'ordonnance organique du 2 janvier 1959 - innove en regard du droit commun, en vertu duquel l'audiencement devant le tribunal correctionnel appartient au Parquet. Le procureur général conserve non pas le pouvoir de faire obstacle à l'audiencement dans la mesure où sa compétence apparaît en la circonstance liée, mais tout le moins celui d'assortir sa décision d'observations éventuelles. cf. C. Jolibois rapport n° 34, cité p. 36.

(106) La Cour peut déclarer le juge démissionnaire, d'office ou à la requête du ministère public (art. 3 L.O).

une élection partielle que le juge soit parlementaire ou magistrat, étant précisé que ce dernier est élu pour la durée du mandat restant à courir.

Le ou les prévenus sont cités à comparaître dans les délais et formes du droit commun tels que définis par le code de procédure pénale ((Titre IV, Livre II) (107). Alors que l'ordonnance organique de 1959 prévoyait la mise en oeuvre des règles de la contumace quelle que soit la nature - délictuelle ou criminelle - de l'infraction poursuivie, l'article 29 L.O se rapproche sur ce point du droit commun, puisque les règles de la contumace ne seront applicables qu'au jugement des crimes (108).

L'article 30 L.O définit en matière de délivrance de copies des pièces de la procédure aux prévenus une règle beaucoup plus large que le code de procédure pénale, au bénéfice des ministres susceptibles de comparaître devant la CJR. Quelle que soit l'infraction poursuivie, aucune restriction n'est apportée à leur droit d'être informés du dossier : la fourniture de copies, qui concerne toutes les pièces de la procédure, est en effet automatique. Enfin, transposant l'article 463 C.P.P, l'article 31 L.O prévoit que la CJR peut commettre un de ses membres magistrats, lorsqu'il y a lieu de procéder à un supplément d'information. Seul un membre magistrat de la Cour peut donc être délégué dans cette tâche et prescrire tous les actes d'instruction nécessaires dans les formes et conditions du droit commun.

B - Le jugement

Si la procédure de délibération des arrêts est analogue à celle prévue pour la Haute cour de justice, en revanche la loi organique du 23 novembre 1993 innove en disposant que conformément aux principes généraux du droit pénal, les arrêts de la Cour de justice pourraient faire l'objet d'un recours en cassation.

a - Le délibéré des arrêts

Dans le silence du projet de loi organique sur la délibération de la CJR, il résultait du renvoi général à la procédure suivie en matière constitutionnelle et en l'absence de toute disposition dérogatoire, que les arrêts de la Haute juridiction seraient délibérés dans les mêmes conditions que les jugements des tribunaux correctionnels - c'est-à-dire sans vote de chacun des juges - et que par ailleurs ils seraient obligatoirement motivés.

L'Assemblée nationale tenant la procédure, suivie pour le jugement correctionnel, pour inadaptée à la spécificité de l'instruction (109), a souhaité revenir aux

(107) L'article 28 L.O s'écarte cependant du droit commun en confiant au procureur général près la Cour de cassation les compétences dévolues dans ce domaine par le C.P.P au procureur de la république.

(108) Du fait du renvoi aux règles applicables en matière correctionnelle qui résulte de l'article 26 L.O, le prévenu qui ne comparaitrait pas devant la CJR pourrait se voir appliquer la procédure du jugement par défaut (art. 487 et suivants C.P.P), y compris dans l'hypothèse où il serait accusé de crime. Une disposition dérogatoire était donc indispensable pour que les règles de contumace, propre à la matière criminelle, puissent être appliquées devant la CJR lorsqu'elle est saisie d'un crime.

(109) L'Assemblée Nationale constatant qu'aucune disposition de la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993 ne rend obligatoire l'abandon par la CJR de la procédure prévue pour la Haute cour de justice a estimé que si la procédure suivie pour les jugements correctionnels convient bien à des tribunaux composés exclusivement de magistrats professionnels et dotés d'un effectif restreint, il n'en allait pas de même si on cherche à l'appliquer à une juridiction mixte composée de quinze membres. D'une part il était à craindre que l'application de la procédure prévue en matière correctionnelle au sein de la CJR ne conduise les trois membres issus de la Cour de cassation à jouer, en raison de leur compétence juridique, un rôle déterminant dans l'élaboration des arrêts et que l'influence des juges parlementaires ne soit réduite d'autant. Une telle situation serait à l'évidence contraire à la lettre du texte constitutionnel, comme aux intentions du constituant, qui a tenu à placer tous les membres de la CJR sur un pied d'égalité. D'autre part l'influence des juges parlementaires, que le constituant a voulu majoritaire au sein de la Cour, ne peut être assurée que si les arrêts sont rendus à la suite d'un ou

règles applicables à la Haute cour de justice (110), qui s'inspirent très directement de celles de la Cour d'assises (art. 362 C.P.P). En ajoutant l'article 32 L.O, l'Assemblée Nationale a défini la manière dont devait se dérouler le délibéré de la CJR, en prévoyant d'abord un vote sur la culpabilité, et ensuite un vote sur la peine.

L'alinéa premier de l'article 32 L.O prévoit que la CJR, après la clôture des débats, statue sur la culpabilité des accusés, par un vote. Il précise au surplus qu'un vote séparé a lieu pour chaque accusé sur chaque chef d'accusation et que le vote a lieu par bulletins secrets à la majorité absolue.

L'alinéa second définit ensuite les modalités de vote de la CJR sur l'application de la peine. Si l'accusé est déclaré coupable, la Haute juridiction vote sans désespérer sur l'application de la peine et détermine ensuite les conditions de fixation de celle-ci dans le cas, où, après le vote, aucune peine n'a obtenu la majorité des voix. Dans ce cas la peine la plus forte proposée dans ce vote sera écartée pour le vote suivant et ainsi de suite en éliminant chaque fois la peine la plus forte jusqu'à ce qu'une peine soit prononcée par la majorité absolue des votants.

La procédure choisie, n'étant pas celle suivie en correctionnelle, une controverse, non tranchée par la loi organique, a opposé l'Assemblée Nationale au Sénat et au gouvernement quant à la nécessité de motiver les arrêts de la Cour (111). Le Conseil constitutionnel a dès lors été conduit à préciser que les jugements doivent être motivés (112).

b - Le recours en cassation

L'instauration d'un recours en cassation (113) par référence aux principes du droit pénal contre les décisions de la Cour de justice de la République a suscité une ardente controverse entre la majorité à l'Assemblée Nationale et le Sénat et le gouvernement lors de la discussion des projets de loi constitutionnelle et organique (114). A propos du pourvoi en cassation, se trouvait posée la question fondamentale

plusieurs votes comme en cours d'assises. «Si l'on veut - déclare A. Fanton - que les parlementaires jouent véritablement leur rôle au sein de la CJR, il faut leur permettre de statuer selon leur intime conviction, après avoir entendu l'accusation et la défense, d'abord sur la culpabilité des accusés, puis sur la peine à prononcer... je ne souhaite pas qu'il y ait une judiciairisation totale de la CJR. Laissez donc les représentants du peuple s'exprimer, pour qu'ils s'expriment laissez les voter», J.O.A.N 7 octobre 1993, p. 3970.

(110) Articles 33 et 34, ordonnance organique du 2 janvier 1959.

(111) Pour A. Fanton, «La procédure choisie a une conséquence essentielle : l'arrêt n'est pas motivé. Cela me paraît être une nécessité si l'on veut que les parlementaires jouent pleinement le rôle qui leur est imparti dans la Cour», J.O.A.N 7 oct. 1993, p. 3969. Le sénateur C. Jolibois soulignait de son côté "ces modalités de délibéré n'excluent en aucun cas que les arrêts de la CJR puissent être motivés... Si les juges de la CJR veulent motiver leur décision, ils le feront", J.O Sénat 21 oct. 1993, p. 3289. Le Garde des Sceaux M. Mehaignerie justifiait l'opposition du Gouvernement à l'amendement de la Commission des Lois de l'Assemblée Nationale : "la motivation constitue pour le justiciable, la plus précieuse des garanties. Elle le protège contre une décision discrétionnaire et lui fournit la preuve que sa demande et ses moyens ont été sérieusement examinés. En outre il convient de rappeler que les parlementaires, membres de la Cour, n'ont pas la qualité de juré, mais celle de magistrat dont l'office est de dire le droit... A ce titre ils ont l'obligation de motiver leur décision", J.O.A.N 7 oct. 1993, p. 3969.

(112) C.E. n° 93-327 D.C du 19 novembre 1993 "considérant que ce chapitre relatif aux débats et au jugement... prévoit, à l'exception des dispositions particulières qu'il comporte, l'application des règles de droit commun fixées par le code de procédure pénale concernant les débats et les jugements en matière correctionnelle ; que parmi celles-ci figurent celles qui sont posées par l'article 485 dudit code, en vertu duquel les jugements doivent être motivés."

(113) On notera que l'article 35 de l'ordonnance organique du 2 janvier 1959 prohibait tout recours à l'encontre des arrêts de la Haute cour "les arrêts de la Haute cour ne sont susceptibles ni d'appel, ni de pourvoi en cassation". Le professeur Foyer soulignait à cet égard que "les dispositions vont de soi et sont traditionnelles. Il n'y a aucun juge d'appel concevable, et la Haute cour, extérieure à l'ordre judiciaire, ne relève point de la Cour de cassation" in art. cité.

(114) Parmi les recommandations du Comité Vedel accompagnant le projet de réforme du régime de responsabilité pénale des ministres : "la cassation devrait, aux termes de la loi organique, être, au choix

de la nature juridique de la nouvelle Cour : s'agissait-il encore d'une juridiction politique ou au contraire d'une juridiction spécialisée, mais insérée dans notre ordre judiciaire ? Et fallait-il approuver ce changement de nature ?

Lors des débats, l'Assemblée nationale s'est longtemps refusée à admettre la possibilité d'un recours en cassation et s'est contentée de prévoir le recours en révision qui a un caractère exceptionnel (115), faisant ainsi sienne la position défendue par M. Truche, procureur général près la Cour de cassation, qui lors de son audition par la commission des lois s'était déclaré opposé à l'existence d'un pourvoi en cassation contre les jugements de la CJR, et favorable à un pourvoi en révision (116).

L'idée d'un pourvoi en cassation était, en vérité, inacceptable aux yeux des députés de la majorité (plus particulièrement au groupe R.P.R.), car il ferait perdre à la cour son caractère de juridiction politique. Pour le rapport M. Fanton "l'idée même d'un pourvoi en cassation contre les décisions prises par la CJR elle-même ou par un de ses organes, rencontre notre hostilité de principe... la CJR, même saisie selon une procédure de nature judiciaire doit conserver son caractère de juridiction politique, qu'elle perdrait à l'évidence, si ses décisions tombaient sous le contrôle de la Cour de cassation" (117). Le même renchérisait en séance plénière "la Cour de justice de la République ce n'est pas seulement du droit, c'est aussi de la politique" (118). Les députés ont, en outre, invoqué un faisceau d'arguments mineurs à l'appui de leur hostilité à l'encontre du pourvoi en cassation (119).

En revanche, l'argumentation des sénateurs et du gouvernement partisans du recours en cassation reposait essentiellement sur l'idée que l'objet de la réforme constitutionnelle étant de permettre que les ministres commettant des crimes et délits de droit commun dans l'exercice de leurs fonctions soient jugés selon une procédure la plus proche possible du droit commun ; il serait paradoxal de prétendre atteindre cet objectif en privant précisément les ministres de ce droit de recours devant la juridiction supérieure dont tous les justiciables disposent. Après avoir révélé que l'avis du Conseil d'État, consulté par le gouvernement pour lever les doutes, a été formel

de la Cour de cassation, assortie ou non d'un renvoi devant la Cour de justice... le recours en cassation devrait être également possible durant la phase d'instruction..." in op. cité, p. 51.

(115) Le recours en révision, organisé par les articles 622 à 626 C.P.P "a pour but de réparer des erreurs de fait en cas de condamnation pour crime ou délit, contenues dans une décision ayant acquis l'autorité de la chose jugée... la révision se distingue de la cassation qui répare les erreurs de droit" in Stefani-Levasseur-Boulloc : Procédure pénale, Dalloz, 1993, p. 40.

Un amendement au projet de loi constitutionnelle adopté en 1ère lecture par l'Assemblée Nationale décidait que "les arrêts rendus par la CJR ne sont susceptibles que de pourvoi en révision" répliquant ainsi à un amendement du Sénat, en 1ère lecture selon lequel "une loi organique... détermine les règles du pourvoi en cassation contre les décisions de la commission des requêtes et les arrêts de condamnation".

(116) In rapport A. Fanton, n° 356, cité p. 39.

(117) A. Fanton, idem p. 69.

(118) J.O.A.N 7 oct. 1993, p. 3975.

(119) Ont ainsi été évoqués :

- l'allongement des procédures qui résulterait des recours serait particulièrement mal perçu d'une opinion publique déjà encline à croire que les hommes politiques mettent tout en oeuvre pour échapper à leur responsabilité (P. Mazeaud, Président de la commission des lois à l'Assemblée Nationale, J.O.A.N 7 oct. 1993, p. 3976) ;

- la crainte que compte tenu de la présence minoritaire des magistrats de la Cour de cassation au sein de la CJR, ne soient principalement cassés les arrêts rendus contrairement à l'opinion des magistrats par une majorité de juges parlementaires ;

- le constituant en créant la CJR a voulu protéger l'institution judiciaire des dommages sérieux qu'elle ne manquerait pas de subir dans son autorité et son crédit si elle était amenée à juger les hommes politiques pour des actes qui ont toujours, qu'on le veuille ou non des aspects politiques. Cette protection volerait en éclat si la Cour de cassation devait avoir en quelque sorte le dernier mot sur les affaires jugées par la CJR (A. Fanton rapport n° 550 cité p. 58) ;

- L'inopportunité de permettre à la Cour de cassation d'annuler des arrêts à l'élaboration desquels certains de ses membres auront participé. Et il serait inacceptable, en cas de cassation, de demander au parlement et à la Cour de cassation de désavouer des juges élus par eux (cf. P. Mazeaud in A. Fanton, rapport n° 550 cité p. 61).

et unanime - le recours en cassation est obligatoire parce qu'il s'agit d'une matière pénale (120) - le Garde des Sceaux a fait judicieusement observer aux députés que "la judiciarisation a pour effet de permettre à n'importe quel citoyen de porter plainte contre un ministre. Ces derniers se voient appliquer le droit commun pénal. Cette banalisation a pour conséquence de leur offrir toutes les garanties données aux citoyens et notamment le recours en cassation contre les arrêts de la CJR "ajoutant que" le recours en cassation remplit une double fonction : il permet d'assurer le respect du principe de légalité criminelle ainsi que le respect de l'égalité de tous les citoyens devant la loi" (121).

Le respect de la légalité criminelle, car le pourvoi en cassation est une voie de recours destinée à censurer une erreur de droit, à faire annuler par la Cour de cassation les jugements ou arrêts rendus en violation de la règle de droit.

Le respect du principe d'égalité devant la loi pénale - c'est-à-dire l'égalité de tous les citoyens devant la loi, fussent-ils ministres - ne serait plus assuré si la loi pénale devait être appliquée et interprétée de façon différente selon qu'on est jugé par la CJR ou par une Cour d'appel dont la décision peut être censurée (122).

Pour le rapporteur de la commission des lois du Sénat M. Jolibois le pourvoi en cassation est souhaitable : "en ouvrant au membre du gouvernement qui, au terme de la procédure devant la Cour de justice, serait condamné par la formation de jugement, la possibilité de se pourvoir en cassation, c'est en fait l'ensemble de la procédure qui se trouve placée sous le contrôle suprême de la Cour de cassation chargée de dire le droit" (123).

De surcroît, à l'encontre du refus du recours en cassation, ont été invoqués les risques d'inconstitutionnalité de la loi organique et l'irrespect des engagements internationaux de la France.

Le risque d'encourir la censure du conseil constitutionnel découlerait de la non observation du principe de l'égalité devant la loi pénale (l'absence de recours en cassation générant une rupture de l'égalité entre les simples citoyens et les ministres) (124) et de celui du respect des droits de la défense en matière pénale (125). Au demeurant dans sa décision du 19 décembre 1993 le Conseil constitutionnel a vérifié que "les arrêts de la Cour peuvent faire l'objet de pourvoi en cassation et que l'article 34 organise les conditions des renvois après cassation".

La menace de voir la loi dénoncée par une juridiction internationale comme attentatoire au droit et aux libertés : deux conventions internationales signées par la France qui exigent que toute personne bénéficie en toute circonstance d'un double degré de juridiction, obligent en effet le législateur à reconnaître aux personnes condamnées par la Cour de justice de la République le droit à de tels recours.

(120) J.O.A.N 7 oct. 1993, p. 3975.

(121) J.O.A.N 7 oct. 1993, p. 3947.

(122) Le Garde des Sceaux faisait ainsi valoir qu'"on ne saurait méconnaître les risques de contrariété de décisions entre la Cour de justice et les juridictions de droit commun. On peut sans difficulté imaginer que des poursuites pourraient être concurremment engagées à l'encontre de ministres et de membres de cabinets ministériels. Des contrariétés de décisions pourraient surgir. On voit ainsi sans peine que, sans le recours en cassation, une même disposition du code pénal pourrait être interprétée différemment. Sans l'unification à laquelle procède la Cour de cassation, c'est la légitimité de l'Etat qui serait en cause", J.O.A.N 7 oct. 1993, p. 3947.

(123) C. Jolibois, rapport n° 316, cité p. 139.

(124) Cf. C.C 80-125 D.C 19 déc. 1980, Rec. 51 ; 84-181 D.C des 10-11 oct. 1984, Rec. 20 ; 84-185 D.C du 18 janv. 1985, Rec. 36. cf. L. Favoreu - L. Philip : Les grandes décisions du conseil constitutionnel, Sirey, 7^e éd. 1993, p. 454.

(125) C.E. 76-70 D.C 2 sept. 1976 Rec. 39 - 86 (213 D.C-214 C.D - 215 C.D), 3 sept. 1986, Rec. 122-130, cf. L. Favoreu - L. Philip, op. cité, p. 712-714. Le conseil constitutionnel n'a pas encore eu l'occasion de statuer sur l'absence de recours en cassation en matière pénale, mais on peut penser qu'un refus du pourvoi est susceptible d'être déclaré contraire à la constitution pour des motifs analogues à ceux qui ont conduit le Conseil d'Etat à rendre l'arrêt Canal le 19 oct. 1962 (Lebon p. 552).

Le Pacte International relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966 dispose dans son article 14 paragraphe 5 "Toute personne déclarée coupable d'une infraction a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité et la condamnation, conformément à la loi". Dans les réserves qui ont accompagné cette ratification, le gouvernement français a indiqué que "les décisions rendues en dernier ressort peuvent faire l'objet d'un recours devant la Cour de cassation qui statue sur la légalité de la décision intervenue".

L'article 2 du septième Protocole additionnel à la convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés prévoit que "toute personne déclarée coupable d'une infraction pénale par le tribunal a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité ou la condamnation" et la France a émis une déclaration interprétative aux termes de laquelle "seules les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale doivent être regardées comme des infractions au sens des articles 2 et 4 du présent Protocole". Selon la jurisprudence de la Cour de Strasbourg chacun a le droit de demander que son procès soit revu par une deuxième juridiction. Le caractère définitif, et donc insusceptible de tout recours ultérieur des arrêts de la Cour de justice de la République n'apparaissait donc pas comme compatible avec la convention (126).

Après un débat prolongé sur le principe même de l'existence d'un recours en cassation, les deux chambres ont décidé que les arrêts de la CJR peuvent faire l'objet de pourvois en cassation, portés devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation, dans les conditions et formes déterminées par le code de procédure pénale (titre I du Livre III) (article 33 L.O). L'Assemblée nationale qui a finalement accepté le principe de ce recours, a souhaité compléter l'article 33 d'une disposition imposant à la Cour de cassation de statuer, en pareil cas, dans un délai de trois mois. Ainsi, il ne sera pas possible d'invoquer la longueur des délais. En cas d'annulation, par la Cour de cassation, d'un arrêt rendu par la CJR, l'affaire est renvoyée devant cette dernière, composée de juges différents de ceux qui ont rendu l'arrêt annulé (d'où l'utilité des suppléants). En tout état de cause, l'article 34 L.O prévoit par référence au second alinéa de l'article L 131-4 du code de l'organisation judiciaire que la Cour de justice devra se conformer à la décision de l'assemblée plénière de la Cour de cassation sur les points de droit qu'elle aura jugés.

Le constituant en créant la Cour de justice de la République a confirmé que le fonctionnement de la démocratie ne saurait s'accompagner d'une irresponsabilité pénale de fait des membres du gouvernement. Il a de surcroît tenu à indiquer dans l'art. 93 C que la réforme serait applicable aux faits commis avant son entrée en vigueur - donc à l'affaire du sang contaminé.

Cette innovation institutionnelle tente de faire cesser à la fois le danger de l'obstruction et le risque du soupçon généralisé envers une procédure oscillant entre la complaisance et l'acharnement. Elle soustrait les ministres aux tribunaux ordinaires sans leur ôter les garanties offertes par la procédure pénale et est sans doute apte à assurer un exercice serein de la justice à leur égard. Encore faut-il que le législateur ne mette pas la Cour de justice dans l'incapacité d'exercer sa mission en votant une loi d'amnistie dont est friande une classe politique toujours indulgente à l'égard d'elle-même.

(126) Cf. J.F Flauss, "Convention européenne des droits de l'homme et justice parlementaire", L.P.A 7 avril 1993, n° 42.

L'ARTICLE 75 DE LA CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958 : UNE LIMITE À LA CONSTITUTIONNALISATION DU STATUT CIVIL DE DROIT COMMUN ?

(*)

Par

Alain BOYER

Maître de Conférences à l'Université d'Orléans

L'article 75 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose que : "*Les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun, seul visé à l'article 34, conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé*". Cette disposition garantit constitutionnellement l'existence, sur le territoire de la République, à côté du statut civil de droit commun pour l'essentiel déterminé par le code civil, de statuts personnels issus soit du droit coutumier (1) soit du droit religieux (2) et autorise le passage, partiel ou définitif (3), d'un statut personnel au statut civil de droit commun.

* Texte mis à jour d'une contribution présentée au IIème Congrès Français de droit constitutionnel tenu à Bordeaux du 13 au 15 mai 1993.

(1) Nouvelle-Calédonie et Wallis et Futuna.

(2) Mayotte.

(3) Le droit positif ouvre la faculté à tout citoyen de renoncer à son statut personnel. Cette possibilité de choix, issue de l'article 82 de la Constitution de 1946, est reprise par la Constitution du 4 octobre 1958 dans son article 75. Il ressort clairement de ces textes qu'un citoyen n'est soumis à un statut personnel tant qu'il n'y a pas renoncé c'est-à-dire tant qu'il n'a pas exprimé la volonté de ne plus se voir appliquer son ancien statut. S'il ne fait aucun doute que le passage d'un statut personnel au statut civil de droit commun ne peut qu'émaner d'un acte de volonté exprès du citoyen concerné, la question de la procédure et de la forme, que doit revêtir cet acte, se pose. En effet, de 1946 à 1955, la renonciation se fait sur le fondement d'anciennes procédures relatives à l'acquisition de la citoyenneté en vigueur sous la IIIème République quand le droit positif admettait la distinction des sujets français et des citoyens. Le recours à ce palliatif est dû à l'inaction des autorités normatives qui n'ont pas mis en place les textes d'application de la faculté constitutionnelle ouverte aux citoyens de statut civil local. Certaines décisions de justice paraissent reconnaître la régularité d'un tel recours (Cass. civ. 8 novembre 1948 et 30 mars 1949 RJP UF 1949, p. 215, note Arrighi de Casanova). Un avis du Conseil d'État du 22 novembre 1955 déclare caduc les décrets antérieurs relatifs à l'admission à la citoyenneté de personne de statut civil local et appliqués jusqu'alors comme fondement à la procédure de renonciation. La procédure est désormais fixée par une circulaire qui prévoit que la renonciation ne peut émaner que d'une personne capable, le renonçant doit se trouver dans une situation juridique qui ne mette pas obstacle à son passage dans le statut civil de droit commun (c'est-à-dire être célibataire ou monogame), la déclaration du renonçant doit être formulée devant la juridiction civile compétente

Le principe de la distinction des statuts personnels repose sur le constat d'une impossibilité : certaines populations connaissant des traditions juridiques trop différentes de celles connues dans les autres parties de l'État, ne peuvent se voir imposer le statut civil de droit commun. L'une des premières traces de la reconnaissance, par les autorités françaises, des coutumes locales apparaît sous l'Ancien Régime, au Canada, où l'on considère que les autochtones non convertis ne peuvent pas exercer les droits des régnicoles (4). Un peu plus tard, un édit de mars 1685 affirme que toutes les personnes libres se trouvant dans les colonies de plantation sont régies par le même statut. Au cours du XVIII^{ème} siècle, ce principe libéral se trouve altéré par l'instauration de certaines incapacités pesant sur les affranchis et leurs descendants (5). Le principe de la reconnaissance, des statuts personnels dans les colonies, sous l'Ancien Régime, ne doit pas surprendre car la France connaît elle-même, à l'époque, une certaine diversification des statuts liée à la fameuse division entre pays de droit coutumier et pays de droit écrit. Malgré tout, cette reconnaissance présente une caractéristique particulière dans les colonies, la distinction des statuts est fondée sur l'esclavage. La Révolution atténue par la Constituante et la Législative les effets de la distinction opérée dans les colonies entre les personnes libres et les esclaves. Le décret du 16 pluviôse an II, en abolissant l'esclavage fait disparaître les différences de régime. Cette solution est remise en cause par la loi du 30 floréal an X qui rétablit les incapacités anciennes. Enfin, la loi du 24 avril 1833 relative à l'exercice des droits civils et politiques dans les colonies consacre une solution qui restera valable durant toute la période coloniale. L'article 1 de ce texte dispose que : *"Toute personne née libre ou ayant acquis légalement sa liberté jouit, dans les colonies françaises : 1° des droits civils ; 2° des droits politiques, sous les conditions prescrites par les lois"*. Ce texte, resté en vigueur après la chute de la Monarchie de Juillet, consacre l'identité de statut dans tous les pays qui étaient des colonies françaises au moment de sa promulgation. Il s'agit d'une part, "des grandes colonies" ou colonie de plantation (Martinique, Guadeloupe, Réunion et Guyane) et d'autre part les établissements de Saint-Pierre-et-Miquelon, de l'Inde, du Sénégal, de l'île Sainte-Marie. En fait cette loi, telle qu'interprétée par le juge judiciaire, loin de consacrer l'identité des statuts dans l'ensemble des possessions françaises, va servir de révélateur des différents statuts personnels applicables aux autochtones des colonies. Lors de l'élaboration de la loi du 24 avril 1833, le législateur se réfère essentiellement à la situation existant dans les colonies de plantation. L'application de la loi de 1833 ne soulève pas de

en matière d'état des personnes. La renonciation à un statut personnel présente un caractère irrévocable. Ni l'intéressé, ni ses descendants ne pourront revenir sur cette décision. À côté de la renonciation à statut qui présente ainsi un caractère définitif, le droit positif connaît une possibilité d'option partielle. L'option de législation est beaucoup moins rigoureuse dans ses effets que la renonciation. Elle permet à un citoyen de statut civil local de placer certains de ses actes sous le régime du droit commun ("L'option de législation (ou option partielle) est l'acte par lequel un citoyen de statut civil particulier place tel ou tel acte, telle ou telle situation de sa vie civile (ou de ceux dont il est le représentant légal et pour le compte desquels il exerce l'option) sous le régime de droit commun". Y. Gouet, "L'article 82 § 1 de la Constitution relatif à l'option de statut et l'élaboration de la théorie des statuts civils du droit français moderne" Penant 1957, Doctr. p. 1 spéc. p. 26). Cette définition montre que l'option de législation est un acte juridique visant à placer une ou plusieurs matières relevant du statut civil local sous l'empire du statut civil de droit commun. L'acte juridique, portant option de législation, n'est pas soumis à des formalités particulières. L'option résulte soit d'un acte accompli dans les formes du droit commun soit d'une manifestation non équivoque de volonté. Le caractère irrévocable de l'option de législation est certain. Il est consacré par la jurisprudence et répond à un souci de sécurité du commerce juridique. Mais la mise en oeuvre de cette règle présente des difficultés car la preuve de l'option de législation, ou plus exactement la portée de celle-ci, est difficile à rapporter dans la mesure où elle n'émane pas d'un acte juridique spécifique répondant à des formalités particulières permettant d'établir avec certitude la volonté des parties.

(4) L. Rolland, P. Lampué, "Droit d'outre-mer", Précis Dalloz, 3^{ème} Éd. Dalloz, 1959, p. 182.

(5) Ibid.

difficultés particulières dans ces territoires. Dans un premier temps, le statut de droit commun appartient à tous les hommes libres, puis, après l'abolition de l'esclavage par le décret-loi du 27 avril 1848, à l'ensemble des originaires des Antilles, de la Réunion et de la Guyane. En revanche, dans certains établissements, des difficultés apparaissent. En effet, les autres colonies se trouvent dans diverses situations par rapport à la loi. Les possessions, n'ayant pas de population indigène et dont la population est constituée d'immigrants, ne posent pas de problème. Le texte leur est applicable (Saint-Pierre-et-Miquelon). Mais, dans les établissements où se trouvent une population autochtone qui ne suit pas le droit français, la question qui se pose est de savoir si la loi de 1833 a eu pour effet de leur imposer le statut français. La jurisprudence estime que ce texte n'a pas cette portée. Invoquant la réserve "des conditions prescrites par les lois" contenue dans l'article 1er de la loi de 1833, elle considère que ce texte ne déroge pas aux dispositions spéciales qui maintiennent à certaines populations leur statut personnel (6). La garantie de l'existence des statuts personnels repose donc entre les mains du législateur ordinaire durant la période coloniale. L'abandon du statut colonial conduit à placer les statuts personnels sous la garde du législateur constituant (7).

La notion de statut personnel a deux fonctions : une fonction juridique et une fonction politique. La fonction juridique de la notion de statut personnel est la suivante : elle permet de reconnaître comme droit de l'État un certain nombre de règles traditionnelles propres à certains groupes sociaux occupant des territoires lointains. La notion de statut personnel a ainsi une fonction juridique d'intégration des normes issues de sociétés traditionnelles dans le cadre étatique. Ce phénomène est accentué par l'interprétation donnée à l'article 75 de la Constitution au terme de laquelle la compétence normative en matière de statut personnel, relevant du domaine réglementaire, est attribuée à l'assemblée territoriale. Cette fonction juridique constante depuis l'époque coloniale est complétée par une fonction politique qui s'est trouvée transformée par l'évolution des conceptions. La fonction politique des statuts personnels présente un double aspect : un aspect négatif traduisant une idée de supériorité du droit moderne sur le droit traditionnel, un aspect positif qui est la reconnaissance de droit des minorités. La fonction politique négative des statuts personnels apparaît au travers de deux éléments. Le premier, historique, concerne la discrimination en matière de droits politiques dont étaient victimes les ressortissants français soumis à un statut personnel. Le second, actuel, réside dans la faculté de choix ouverte aux citoyens soumis à un statut personnel d'opter temporairement ou définitivement en faveur du statut de droit commun. A cette fonction politique négative, liée à la prééminence du statut de droit commun considéré comme le but à atteindre, fait contrepois une fonction positive. Après 1946, la disparition de l'opposition sujet français-citoyens français fondée sur la dualité statut personnel-statut civil de droit commun conduit à considérer que, désormais, la notion de statut personnel remplit une fonction politique positive, elle garantit le droit des minorités à respecter certaines règles traditionnelles et interdit de fonder une discrimination notamment en matière politique.

La notion de statut personnel est ambiguë et seule l'opposition au statut civil de droit commun permet de déterminer le domaine matériel recouvert par cette notion. Certains auteurs conscients de cette difficulté préfèrent utiliser la notion de

(6) Cass. civ. 29 juillet 1889, D.P. 1889.I.457 ; cass. civ. 24 juillet 1907, S. 1911.I.401.

(7) L'article 82 de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose que : "Les citoyens qui n'ont pas le statut civil français conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé. Ce statut ne peut en aucun cas constituer un motif pour refuser ou limiter les droits et libertés attachés à la qualité de citoyen français".

statut civil local (8). Dès lors, le domaine matériel des statuts personnels garantis par l'article 75 de la Constitution est le suivant : il s'agit pour l'essentiel de l'état des personnes (mariage, succession), des obligations et du droit foncier. Ainsi circonscrits, les statuts personnels ne peuvent pas rejaillir sur d'autres matières et notamment le droit pénal. Malgré tout, en pratique, l'exclusion du droit pénal du champ des statuts personnels n'est pas absolue, certaines entorses à la délimitation constitutionnelle pour des raisons tirées de l'ordre public, étant constatées (9).

La Constitution garantit donc l'existence à côté du statut civil de droit commun de statuts civils locaux qui ne sont applicables qu'à certains nationaux originaires des territoires d'outre-mer. Le phénomène de constitutionnalisation des branches du droit entraîne l'apparition d'une problématique nouvelle qui est celle de la place des statuts civils locaux dans la hiérarchie des normes (10). Il s'agit de vérifier dans quelle mesure la garantie de l'existence de statuts civils locaux constitue un frein, une limite à la constitutionnalisation du statut civil de droit commun c'est-à-dire, pour l'essentiel, du droit civil. Cette question présente un intérêt considérable car elle conditionne, d'une part, l'étendue de la constitutionnalisation du droit civil, et d'autre part, le maintien des liens entre la République française et les territoires d'outre-mer dans lesquels les statuts civils locaux trouvent à s'appliquer (11).

La résolution de cette question nécessite avant tout que soit précisée la notion de territoire d'outre-mer. La notion de territoire d'outre-mer se retrouve à plusieurs reprises dans les dispositions à valeur constitutionnelle. Elle est utilisée avec deux significations différentes. Dans certaines dispositions, la notion de territoire d'outre-mer désigne le territoire de la République non départementalisé, la notion a alors une signification géographique. Dans d'autres cas, la notion de territoire d'outre-mer désigne une catégorie de collectivités territoriales, elle a ici une signification juridique. Dans son acception géographique, la notion de territoire d'outre-mer désigne une partie du territoire de la République connaissant un régime d'applicabilité des lois distinct de celui des départements. Dans son acception juridique, la notion de territoire d'outre-mer désigne une catégorie de collectivités territoriales pour laquelle le législateur national dispose du pouvoir de doter chaque membre de la catégorie de règles organiques et de compétences particulières.

L'étude de la place, au sein de la hiérarchie des normes, des statuts civils locaux conduit à l'utilisation de la notion géographique de territoire d'outre-mer car cette place est conditionnée par le régime constitutionnel d'applicabilité des lois dans les territoires qui se caractérisent par trois éléments : l'avis obligatoire de l'assemblée territoriale sur les lois modifiant l'organisation particulière du territoire, la faculté ouverte au profit du législateur national d'établir une répartition des matières État-territoire, l'inapplicabilité de plein droit de certains textes nationaux. L'avis obligatoire de l'assemblée territoriale ne présente pas d'intérêt direct pour déterminer la place dans la hiérarchie des normes des statuts civils locaux. Seules, la répartition des matières État-territoire et la règle d'inapplicabilité de plein droit de certains textes nationaux, nous seront utiles pour vérifier dans quelle mesure l'existence de statuts

(8) P. Lampué, "Droit d'outre-mer et de la coopération", Précis Dalloz, 4ème Éd. Dalloz 1969, p. 126 : *"Le statut personnel que conservent les citoyens non soumis au statut civil de droit commun correspond au droit traditionnel. Il est fréquemment désigné sous le nom de statut civil local, parce qu'il est issu de la tradition propre à chaque pays et à chaque population"*.

(9) P. Lampué, "Droit d'outre-mer et de la coopération", Précis Dalloz, 4ème Éd. Dalloz 1969, p. 126 : *"Le statut personnel que conservent les citoyens non soumis au statut civil de droit commun correspond au droit traditionnel. Il est fréquemment désigné sous le nom de statut civil local, parce qu'il est issu de la tradition propre à chaque pays et à chaque population"*.

(10) A. Boyer, "Le statut constitutionnel des territoires d'outre-mer et l'État unitaire. Contribution à l'étude des articles 74, 75, 76 de la Constitution du 4 octobre 1958", Thèse Aix-en-Provence 1991.

(11) Il faut se souvenir que dans le cadre de la question néo-calédonienne l'une des revendications était la reconnaissance de la coutume.

civils locaux constitue une limite à la constitutionnalisation du statut civil de droit commun.

Du point de vue de la hiérarchie des normes, l'article 75 de la Constitution soulève deux questions : l'article 75 institue-t-il un système de source pour les statuts civils locaux distinct de celui prévu par les articles 34 et 37 de la Constitution pour le statut civil de droit commun ? L'article 75 institue-t-il l'inapplicabilité de plein droit des règles constitutionnelles de fond ?

I - LE SYSTÈME DE SOURCE DES STATUTS CIVILS LOCAUX

Depuis 1958, les statuts civils locaux relèvent de la compétence des autorités territoriales. Un tel constat laisse supposer que l'article 75 de la Constitution institue un système de source pour les statuts civils locaux distinct de celui que connaît le statut civil de droit commun. Cette supposition ne se vérifie pas juridiquement. L'attribution aux autorités territoriales de la compétence pour réglementer les statuts civils locaux est fondée sur l'article 74 de la Constitution. Cette habilitation législative peut être remise en cause et le législateur national peut recouvrer en matière de statut civil local une compétence comparable à celle qui est la sienne à l'égard du statut civil de droit commun.

A - LE FONDEMENT DE LA COMPÉTENCE DES AUTORITÉS TERRITORIALES EN MATIÈRE DE STATUT CIVIL LOCAL

Le Conseil Constitutionnel considère que la répartition des matières État-territoire constitue une faculté ouverte au législateur national sur le fondement des articles 74 et 76 de la Constitution. Par une décision du 2 juillet 1965, le juge constitutionnel estime que : "*considérant que les lois qui, postérieurement à l'entrée en vigueur de la Constitution, ont donné compétence aux assemblées territoriales pour réglementer dans les matières visées à l'article 34 de la Constitution dérogent à cet article. Considérant que l'article 76 de la Constitution, en permettant aux territoires d'outre-mer de "garder leur statut au sein de la République", a confirmé les compétences antérieurement reconnues aux assemblées territoriales, mais que ces compétences peuvent être modifiées par une loi prise dans les conditions prévues à l'article 74 de la Constitution c'est-à-dire après consultation de l'assemblée territoriale intéressée*" (12).

L'attribution aux autorités territoriales d'une compétence normative est issue de la pratique de la IV^{ème} République. En effet, la Constitution du 27 octobre 1946 apporte peu de modification au régime antérieur. Elle maintient l'ancien système de répartition matérielle entre le législatif et l'exécutif et l'amende en instituant un domaine législatif obligatoire et en organisant la participation des territoires d'outre-mer au processus législatif (13). L'échec de ce modèle conduit le législateur ordinaire à mettre en place un nouveau système dans lequel la répartition matérielle ne se fera plus entre le législatif et l'exécutif mais entre le législatif et les différentes

(12) Décision 65-34 L. du 2 juillet 1965 rec. 75 ; D. 1967, J, p. 613, note L. Hamon ; Penant 1966, p. 347, note P. Lampué.

(13) L'article 72 de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose que : "*Dans les territoires, le pouvoir législatif appartient au Parlement en ce qui concerne la législation criminelle, le régime des libertés publiques et l'organisation politique et administrative. En toutes autres matières, la loi française n'est applicable dans les territoires d'outre-mer que par disposition expresse ou si elle a été étendue par décret aux territoires d'outre-mer après avis de l'assemblée de l'Union. En outre, par dérogation à l'article 13, des dispositions particulières à chaque territoire pourront être édictées par le Président de la République en Conseil des ministres sur avis préalable de l'assemblée de l'union*".

assemblées territoriales des territoires d'outre-mer (14). La Vème République, reprenant la pratique de la IVème République, autorise ce que Pierre Lampué a appelé "*la décentralisation législative*" au profit des territoires d'outre-mer (15).

L'attribution de la compétence normative en matière de statut civil local aux assemblées délibérantes des territoires d'outre-mer trouve son origine dans une interprétation particulière de l'article 76 de la Constitution. Cette disposition prévoit, notamment, la possibilité, pour les territoires d'outre-mer, d'opter en faveur du statut qui est le leur lors de l'entrée en vigueur de la Constitution. Cet article est quelquefois interprété en doctrine mais aussi par certains hommes politiques comme garantissant au profit des territoires d'outre-mer l'autonomie qui est la leur en 1958. Deux citations peuvent illustrer cette interprétation. M. Spénale considère devant l'Assemblée Nationale que : *"... pour la Nouvelle-Calédonie, les choses ne se sont pas passées ainsi. Le 8 novembre, le ministre de la France d'outre-mer rappelait que le maintien des libertés et institutions territoriales déjà acquises était garanti par l'article 76 -celui dont je viens de donner lecture- qui a toujours été évoqué au moment du choix et que le statut garanti était évidemment "celui en vigueur au jour de l'option"... M. le ministre, vous nous dites que les habitants de Nouvelle-Calédonie se sont ainsi placés sous le coup de l'article 74 de la Constitution"* (16). M. Pidjot estime quant à lui que : *"par ailleurs, je dois indiquer que la population calédonienne refuse une disposition transitoire contenue dans l'article 69 du projet. Cet article abroge, en fait, le décret n° 57-811 du 22 juillet 19587 texte organique d'application de la loi-cadre en Nouvelle-Calédonie. La suppression de cette disposition est contraire à la Constitution. En effet, en conséquence du référendum du 28 septembre 1958 par lequel la Nouvelle-Calédonie a voté "oui à la France" par 98 % des voix, son assemblée territoriale a exercé l'option constitutionnelle prévue par l'article 76, en choisissant de rester TOM avec maintien des institutions telles qu'elles étaient au moment de l'option. Le gouvernement d'alors a d'ailleurs confirmé cette orientation par un télégramme du 6 novembre 1958"* (17). Cette interprétation n'est pas retenue par le droit positif. Le seul effet de l'article 76 de la Constitution est de garantir certaines habilitations au profit des autorités territoriales qui auraient pu être déclarées incompatibles avec la nouvelle donne constitutionnelle. L'article 76 de la Constitution n'a pas pour effet de mettre en place une répartition des matières État-territoire d'outre-mer de valeur constitutionnelle.

B - LA POSSIBLE INTERVENTION DU LÉGISLATEUR NATIONAL EN MATIÈRE DE STATUT CIVIL LOCAL

Cette répartition peut être modifiée sur le fondement de l'article 74 qui autorise le législateur national à établir une répartition des matières État-territoire. Depuis 1958, le législateur national n'a pas réintégré les statuts civils locaux dans les matières relevant de l'État. Si cela n'a pas été fait, cela ne signifie pas que ce soit juridiquement impossible. L'article 76 maintient temporairement en vigueur les habilitations accordées avant 1958 au profit des autorités territoriales. L'article 74 ouvre la faculté au profit du législateur national d'établir une répartition des matières État-territoire. En conséquence, il est juridiquement possible que les autorités territoriales ne se voient confier que des attributions qui relèvent de la libre administration des collectivités territoriales à l'exclusion d'attribution normative. En effet, contrairement au système normatif de droit commun, le pouvoir réglementaire

(14) Loi-cadre du 23 juin 1956 et ses décrets d'application.

(15) P. Lampué note sous décision 65-34 L. du 2 juillet 1965, Penant 1966, p. 347, spéc. p. 353.

(16) Travaux parlementaires, loi 63-1246, AN 2ème séance du 10 décembre 1963, JORF p. 7799.

(17) Travaux parlementaires, loi 76-1222, AN 1ère séance du 13 décembre 1976, JORF, p. 9275.

territorial ne dispose d'aucun mécanisme lui permettant, dans le cadre des articles 34 et 74, de défendre le domaine normatif attribué par le législateur. La répartition des matières État-territoire s'analyse comme celle qui peut être établie sur le fondement de l'article 38 de la Constitution. Il s'agit d'une autorisation temporaire accordée à une autorité administrative territoriale d'intervenir dans des matières normalement attribuées à des autorités nationales par la Constitution. Deux différences doivent toutefois être notées. Dans le système des ordonnances, la délégation de compétences législatives connaît un terme fixé par la loi d'autorisation, et le gouvernement peut protéger le domaine qui lui est consenti par le jeu de l'article 41 de la Constitution. En revanche, dans le cadre de la répartition État-territoire, l'habilitation existe tant que le législateur ne reprend pas ce qu'il a donné et cela sans que les autorités territoriales ne bénéficient d'aucun moyen juridiquement efficace pour s'y opposer (18). Toutefois, l'application du régime de compétence de droit commun ne doit pas conduire à une assimilation juridique car ce faisant les autorités nationales videraient d'effet l'article 74 selon lequel les territoires d'outre-mer ont droit au respect de leur intérêt propre (19).

Dans l'hypothèse de l'application du régime de compétence de droit commun, la question qui se trouve posée est celle de savoir si les statuts civils locaux relèvent du domaine législatif ou réglementaire. Par une interprétation a contrario de l'article 75 de la Constitution, on considère traditionnellement que les statuts civils locaux relèvent du domaine réglementaire (20). Dès lors, l'application du régime de droit commun de compétence fait des statuts civils locaux une matière relevant du domaine réglementaire national. Toutefois dans ce domaine comme dans d'autres, l'appartenance au domaine réglementaire d'une matière n'interdit pas l'intervention du législateur national. D'ailleurs, nous devons noter que ce dernier est déjà intervenu en matière de statuts civils locaux pour modifier certaines règles en vigueur dans le territoire de Nouvelle-Calédonie. Il apparaît dès lors juridiquement possible -mais il n'est pas certain que ce soit politiquement souhaitable- que le législateur national retrouve en matière de statut civil local une compétence comparable à celle qu'il connaît à l'égard du statut civil de droit commun. Mais dans cette hypothèse, il lui sera impossible d'aligner les statuts civils locaux sur le statut civil de droit commun car, ce faisant, il violerait l'article 75 de la Constitution qui reconnaît sur le territoire de la République l'existence de statuts civils locaux à côté du statut civil de droit commun. Les statuts civils locaux existeront tant que les personnes qui acceptent d'y être soumises n'y auront pas renoncé. L'existence, sur le territoire de la République de statuts personnels, ne relèvent donc pas des autorités constituées mais des citoyens ultra-marins qui les suivent.

Ainsi, la reconnaissance par l'article 75 de la Constitution des statuts civils locaux ne constitue pas une limitation à la constitutionnalisation des sources du statut civil de droit commun car l'application d'un système de source commun quel que soit le statut civil est juridiquement envisageable. Mais si le système de source peut être juridiquement semblable, il n'en est pas de même s'agissant du contenu du droit sous peine de conduire à une violation de l'article 75 de la Constitution. Dès

(18) La récente modification constitutionnelle qui place le statut des territoires d'outre-mer et la répartition des compétences État-territoire dans le domaine de la loi organique est sans conséquence sur la faculté ouverte au profit du législateur national de modifier cette dernière.

(19) Contra voir B. Genevois qui considère que "...la compétence du législateur trouve cependant une limite dans le fait qu'il ne pourrait, en légiférant lui-même directement sur toutes les matières entrant dans sa sphère de compétence en vertu de l'article 34, aller jusqu'à vider de son contenu l'article 74" in "La jurisprudence du Conseil Constitutionnel - Principes directeurs" Éd. STH 1988, p. 315.

(20) G. Conac, F. Luchaire, "La Constitution de la République française", 2ème Éd. Economica 1988 ; P. Lampué, "Droit d'outre-mer et de la coopération", Précis Dalloz, 4ème Éd. Dalloz 1969 p. 102.

lors, se trouve posée la question de l'applicabilité des règles constitutionnelles de fond aux statuts civils locaux.

II - L'APPLICABILITÉ AUX STATUTS CIVILS LOCAUX DES RÈGLES CONSTITUTIONNELLES DE FOND

La présomption d'inapplicabilité qui frappe certains textes nationaux est le corollaire du régime de compétence particulier que le législateur national peut organiser sur le fondement de l'article 74 de la Constitution. Elle établit la garantie essentielle de l'existence de la différenciation juridique des territoires d'outre-mer en droit positif. En effet, la répartition des matières instituées par le législateur national ne bénéficie d'aucune protection particulière car ce dernier n'est pas juridiquement tenu au respect de la norme qu'il a lui-même élaborée (21). Dès lors, seule la présomption d'inapplicabilité permet de garantir l'effectivité de la répartition État-territoire dans la mesure où la mise en cause de celle-ci ne peut se faire que par l'expression d'une volonté clairement établie du législateur national. Le fondement constitutionnel de la règle d'inapplicabilité se trouve dans l'article 74 de la Constitution tel qu'interprété par le Conseil Constitutionnel. La portée de la présomption d'inapplicabilité est limitée à certains textes nationaux. Sont exclues, notamment, les lois constitutionnelles. Les statuts civils locaux sont ainsi soumis à la Constitution. L'intégration des droits fondamentaux à celle-ci soulève la question du respect par les statuts civils locaux des droits fondamentaux. Ce problème n'a jamais été clairement posé. Contrairement aux autres questions intéressant les territoires d'outre-mer qui ont fait l'objet de nombreuses études, celle-ci a été ignorée par la doctrine contemporaine. Pourtant, dès l'époque coloniale, il est admis que les statuts civils locaux doivent respecter certaines règles communes à la métropole et aux colonies. La théorie des principes généraux du droit viendra confirmer ce point.

(21) La récente révision de l'article 74 de la Constitution ne modifie pas ce point. Cette modification a certes pour effet d'interdire à la loi ordinaire d'amender la répartition des matières État-territoire. Toutefois, la portée de cette révision constitutionnelle ne doit pas être exagérée. Le juge constitutionnel pourra déclarer une loi ordinaire modifiant la répartition des compétences inconstitutionnelles car la mesure ne devait pas être prise par la voie ordinaire mais par la voie organique. Mais, la révision de l'article 74 n'empêchera pas, contrairement à ce qu'espéraient les initiateurs de celle-ci, les modifications à la sauvette -sans consultation de l'assemblée territoriale intéressée- par la loi ordinaire de la répartition des matières car elle ne porte pas sur la raison principale d'une telle pratique dans la mesure où cette dernière se trouve dans les conditions de saisine du Conseil Constitutionnel. En effet, M. Leontieff, auteur de l'amendement ayant conduit à la révision de l'article 74, justifie sa proposition en prenant argument du fait que, sous l'empire de l'ancien article 74, le législateur ordinaire possédant une compétence pleine et entière de mise en oeuvre de l'organisation particulière des territoires d'outre-mer, considérait quelquefois qu'il pouvait modifier la répartition des matières spécifiques sans solliciter l'avis de l'assemblée territoriale intéressée. Désormais, le législateur ordinaire, ne conservant plus qu'une compétence de mise en oeuvre de l'organisation particulière limitée excluant le statut des territoires et donc la répartition des matières, ne procédera plus à de telles modifications. En fait en l'état actuel de la jurisprudence constitutionnelle et administrative, l'argument avancé par le promoteur de la révision apparaît comme moins juridique que psychologique. En effet, il pense que le législateur ordinaire n'osera plus modifier la répartition des matières car il ne possède plus une compétence pleine et entière de mise en oeuvre de l'organisation particulière. En tout état de cause, avant comme après la révision de l'article 74, l'interdiction pour le législateur national de modifier la répartition des matières à la sauvette -c'est-à-dire, avant la révision sans avoir sollicité l'avis de l'assemblée territoriale intéressée, après la révision avec ou sans consultation de l'assemblée territoriale intéressée et par la voie législative ordinaire- est conditionnée par la vigilance des autorités détentrices du pouvoir de saisir le juge constitutionnel. Une fois promulguée, la loi ordinaire, modifiant la répartition des matières dans des conditions irrégulières, s'impose et ne peut être remise en cause que très difficilement par le juge constitutionnel à l'occasion du contrôle d'une loi l'amendant. Enfin, la révision de l'article 74 ne réduit pas l'étendue du champ de compétence ouvert à l'autorité chargée d'établir la répartition des matières. Le législateur ordinaire pouvait ressaisir à tout moment et même rétroactivement une matière déléguée au pouvoir réglementaire territorial. Ce pouvoir est aujourd'hui entre les mains du législateur organique qui pourra reprendre à tout moment une matière déléguée au pouvoir réglementaire territorial et cela même rétroactivement afin de la replacer dans le domaine de la loi ordinaire.

La constitutionnalisation des textes servant de fondement à la découverte des principes généraux du droit par les juges administratif et judiciaire soulève la question de la soumission des statuts civils locaux aux droits et libertés constitutionnellement protégés.

A - LA SOUMISSION DES STATUTS CIVILS LOCAUX AUX PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT

Les prémices du respect par les statuts personnels des principes généraux du droit sont avancés par le législateur colonial et la jurisprudence des tribunaux judiciaires. Le législateur colonial, c'est-à-dire le Président de la République sur le fondement du sénatus consulte de 1854, a modifié et abrogé certaines coutumes qu'il estimait incompatibles avec l'ordre juridique étatique (22). Cette position a également été celle des tribunaux de l'ordre judiciaire. En effet, la jurisprudence admettait que les statuts civils locaux devaient respecter un certain nombre de principes considérés comme essentiel par l'ordre juridique français. Le juge contrôlait ces statuts par rapport à l'ordre public auquel il donnait une signification particulière. L'effet abrogatif de l'ordre public à l'égard des statuts personnels a été mis en évidence par Henri Solus (23). Le juge considère qu'une règle coutumière perd son autorité du fait de sa contrariété à l'ordre public (24). La notion d'ordre public avancée ne peut avoir ici qu'un contenu restreint car comme le remarque fort justement Louis Rolland et Pierre Lampué : *"En consacrant la pluralité des ordres juridiques, en matière de droit privé, le législateur a admis que ceux-ci pouvaient différer par des traits essentiels. On ne saurait donc regarder comme contraire à l'ordre public toute règle fondée sur des conceptions sociales s'opposant à celles qui inspirent le droit civil français"* (25). La notion d'ordre public se limite dans ce cadre au principe du respect de la liberté des individus. L'effort normatif du législateur qui a permis de prohiber l'esclavage et ses formes dissimulées a restreint l'utilité du recours à cette notion. Malgré tout, cette jurisprudence relative à l'effet abrogatif de l'ordre public à l'égard de certaines règles coutumières témoigne du fait que, dès l'époque coloniale, le juge estime que l'intégration dans l'État entraîne la soumission des statuts civils locaux à un fond commun, certes limité, de règles essentielles.

Le changement constitutionnel opéré en 1946 revêt une importance considérable au regard du problème qui nous intéresse. Le contenu de l'ordre public devant être respecté par les statuts civils locaux s'est enrichi. Il ne se limite plus à la liberté des individus mais s'étend désormais à l'ensemble des principes généraux du droit que la jurisprudence découvre sur le fondement de la déclaration de 1789 et du préambule de 1946. Ce point ne fait pas discussion, il est admis tant par la doctrine que par la jurisprudence. Louis Rolland et Pierre Lampué rappellent, dans un commentaire de la Constitution du 27 octobre 1946, que : *"D'autre part, il existe un domaine dans lequel la Constitution impose, sinon l'unité de législation, du moins l'unité des principes dominant celle-ci. Cela résulte de l'article 82. Aux termes de ce dernier, nous l'avons dit, les citoyens qui n'ont pas le statut civil français conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé. Or, l'article 82 déclare ensuite : "Ce statut ne peut en aucun cas constituer un motif pour refuser ou limiter les droits et libertés attachés à la qualité de citoyen français". Les droits et libertés dont il est ainsi question sont ceux que consacre le préambule de la Constitution, soit dans sa*

(22) L. Rolland, P. Lampué, "Droit d'outre-mer", précis Dalloz, 3ème Éd. Dalloz 1959, p. 215.

(23) H. Solus, "Traité de la condition des indigènes en droit privé", Paris 1927.

(24) Cass. civ. 24 février 1976, rec. 3ème partie, p. 66.

(25) L. Rolland, P. Lampué, "Droit d'outre-mer", précis Dalloz, 3ème Éd. Dalloz 1959, p. 213.

référence à la déclaration de 1789 et aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, soit dans ses dispositions originales. Le préambule forme donc un statut commun à tous les citoyens" (26). Le juge judiciaire utilise ce statut commun pour contrôler la légalité de certaines règles personnelles. Ainsi, la Cour de Cassation décida de déclarer inapplicable une incapacité successorale fondée sur la différence de religion avec le de cujus (27). Toutefois, l'uniformisation des règles civiles applicables reste limitée car, comme le fait fort justement remarquer Pierre Lampué : "Dans le domaine du droit privé, le contenu de ces principes est assez limité" (28). Cette appréciation exacte au moment où elle a été portée doit aujourd'hui être révisée.

B - LA SOUMISSION DES STATUTS CIVILS LOCAUX AUX DROITS ET LIBERTÉS CONSTITUTIONNELS

La constitutionnalisation des droits et des libertés doit progressivement conduire le juge ordinaire à imposer le respect non pas de principes généraux du droit mais de règles constitutionnelles, pour l'essentiel écrites, dont le Conseil Constitutionnel fixe la portée. Tel nous semble être le sens de l'évolution du droit positif. En effet nous avons précédemment vu que les statuts personnels relevaient des autorités territoriales dont les délibérations sont des actes administratifs (29). La soumission de l'administration au principe de légalité est l'une des bases du droit public français contemporain. Cette règle a subi des évolutions liées à la transformation du rôle de l'État. En effet, selon le schéma théorique classique, l'administration ne peut que prendre des actes d'application des lois. Elle n'a pas de réel pouvoir normatif. La première guerre mondiale entraîne une remise en cause de cette hiérarchie. Désormais, l'administration peut être dotée d'un véritable pouvoir normatif. Ce phénomène a pour conséquence le développement de la théorie jurisprudentielle des principes généraux du droit. M. Rivero a pu montrer le lien étroit qui unit le recours à la technique des décrets-lois et l'apparition des principes généraux du droit dans l'entre-deux guerres (30). Ce phénomène existe également en droit colonial dans lequel le Président de la République, sur le fondement du *senatus consulte* de 1854, légifère par décret. Les prémices de la théorie jurisprudentielle des principes généraux du droit sont ainsi perceptibles dans l'entre-deux guerres non seulement à propos des décrets-lois mais aussi des décrets coloniaux dont le point commun réside dans l'existence pour chacun d'eux d'une délégation de matière législative (31). Après la seconde guerre mondiale, la théorie des principes généraux du droit est définitivement consacrée et étendue, notamment, à l'ensemble des actes pris par des autorités administratives sur le fondement d'une délégation de matière législative (32). Désormais outre-mer, l'habilitation ne se fait plus au profit du Président de la République mais des différentes assemblées territoriales. Cette modification n'a aucune influence sur l'applicabilité des principes généraux du droit (33). Le Conseil d'État a eu l'occasion de vérifier le respect dans les territoires d'outre-mer des principes suivants :

(26) *Ibid.* p. 140.

(27) Cass. civ. 17 novembre 1964, rec. 1ère partie p. 391 ; Penant 1965, p. 251, note Lampué.

(28) P. Lampué, "Droit d'outre-mer et de la coopération", précis Dalloz, 4ème Ed. Dalloz 1969, p. 129.

(29) CE 29 février 1970, Saïd Ali Tourqui rec. p. 138.

(30) J. Rivero, "Le juge administratif, gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité", *Mél. Waline* 1971, Tome II, p. 701.

(31) CE 20 décembre 1935, Établissements Vézia rec. p. 1212.

(32) CE Sect. 9 mars 1951, Société des Concerts du Conservatoire, rec. p. 151.

(33) CE Sect. 26 juin 1959, Syndicat général des Ingénieurs Conseils, rec. p. 394.

- liberté du commerce et de l'industrie (34),
- égalité devant le service public (35),
- égalité devant les charges publiques (36),
- égalité de traitement (37),
- égalité devant la loi (38),
- égalité devant la justice (39),
- droits de la défense (40),
- la Nation assure à la famille les conditions nécessaires à son développement (41),
- non-rétroactivité des actes administratifs (42),
- liberté d'aller et venir (43).

La constitutionnalisation des droits et des libertés renouvelle la question des normes de référence devant être utilisées par le juge administratif lors du contrôle d'une délibération territoriale adoptée dans une matière déléguée par le législateur national. La constitutionnalisation des droits et des libertés doit engendrer la progressive atténuation de l'application de la théorie des principes généraux du droit au profit des règles constitutionnelles. Cet impact de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel sur celle du Conseil d'État a été mise en évidence par M. Favoreu (44). Toutefois, certains auteurs avaient déjà relevé que les principes généraux du droit applicables aux décrets coloniaux ne pouvaient avoir qu'une valeur supérieure à la loi. Cette thèse a été développée par le commissaire du gouvernement Fournier dans ses conclusions sur l'arrêt rendu par le Conseil d'État le 26 juin 1959 Syndicats des Ingénieurs Conseils (45). Cependant, dès avant la seconde guerre mondiale, certains auteurs ont pressenti l'impossibilité qui existait à faire prévaloir sur les décrets coloniaux des principes généraux du droit dont la valeur n'est pas supra-législative (46). Le sénatus-consulte de 1854 autorise le Président de la République à légiférer par décret dans les colonies. Cette compétence n'est pas exclusive de celle du législateur national qui peut étendre l'applicabilité des lois nationales aux colonies. Cette possibilité étant fort peu utilisée, le Président de la République demeure le législateur de droit commun des colonies. Il est ainsi impossible de considérer avant 1946 que les principes généraux du droit applicables aux décrets coloniaux se dégagent d'un ensemble de textes législatifs communs à la métropole et aux colonies. Les seules règles communes à la métropole et aux colonies sont les

(34) CE 17 février 1967, Compagnie maritime auxiliaire d'outre-mer, rec. p. 79 ; CE 28 mars 1980, Syndicat des commerçants-négociants en Nouvelle-Calédonie et dépendances, rec. p. 178 ; CE 9 novembre 1988, Territoire de la Polynésie Française c. Compagnie Tahitienne Maritime, RDP 1989, p. 243.

(35) CE Ass. 27 février 1970, Saïd Ali Tourqui, rec. p. 138.

(36) CE 3 février 1975, Rabot, rec. p. 81.

(37) CE 19 janvier 1979, Syndicat des détaillants d'essence, réparateurs d'automobile et gérants de stations-service de la Nouvelle-Calédonie, rec. p. 18.

(38) CE Sect. 28 novembre 1980, Syndicat des fonctionnaires de catégorie A de la Nouvelle-Calédonie et le Breus, rec. p. 445.

(39) CE Ass. 22 janvier 1984, Butin et CE Ass. 22 janvier 1982, Ah Won, RDP 1982, p. 822.

(40) Ibid.

(41) CE Sect. 6 juin 1986, Fédération des fonctionnaires agents et ouvriers de la fonction publique, AJDA 1986, p. 454.

(42) Ibid. ; voir aussi, CE 22 décembre 1976, Union Patronale de la Polynésie Française et du syndicat des importateurs négociants et commerçants détaillants de la Polynésie, rec. p. 571.

(43) CE 9 novembre 1992, Président du Territoire de la Polynésie Française, Droit Administratif, déc. 1992, n° 535.

(44) 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.

(45) Conclusion Fournier sous CE Sect. 26 juin 1959, Syndicat des Ingénieurs Conseils, RDP 1959, p. 1004 et RJPOM 1960, p. 441.

(46) Conclusion Latournerie sous CE Ass. 20 décembre 1935, Établissements Vézia, RDP 1936, p. 119.

règles constitutionnelles. Dès lors, les principes généraux du droit devant être respectés par les décrets coloniaux ont valeur constitutionnelle. Toutefois, l'absence de juridiction constitutionnelle empêchait la vérification de cette théorie. L'apparition d'une juridiction constitutionnelle dont les décisions s'imposent à toutes les autorités publiques transforme les données du problème. M. Favoreu démontre avec beaucoup de force que le droit positif connaît une véritable révolution qui entraîne la quasi-disparition de l'intervention d'un règlement dans un domaine dépourvu de loi (47). Ce phénomène conduit à limiter considérablement les possibilités d'utilisation des principes généraux du droit. De plus, dans les seules hypothèses où le droit positif conserve une possibilité de délégations de matières, les territoires d'outre-mer, le Conseil d'État ne peut utiliser dans son contrôle que des normes constitutionnelles (48). En effet, les textes sur lesquels s'appuyait le Conseil d'État pour dégager les principes généraux du droit ont valeur constitutionnelle. Toutefois, le Conseil d'État n'a pas encore franchi le pas en rendant une décision expresse en ce sens.

Les règles constitutionnelles s'imposant aux statuts civils locaux sont les suivantes :

- l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (droit de propriété) (49) ;
- l'alinéa 2 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (principe d'égalité des sexes) (50) ;
- l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (droit à une vie familiale normale) (51) ;
- l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958 (liberté du mariage) (52) ;
- principe fondamental reconnu par les lois de la République (liberté de conscience) (53) ;

Ces dispositions constitutionnelles s'imposent aux statuts civils locaux comme ils s'imposent au statut civil de droit commun.

Toutefois, il ne faut pas exagérer la portée pratique de la soumission des statuts personnels aux droits et libertés constitutionnellement protégés. En effet, deux éléments doivent ici être pris en compte. Le premier est constitué par la très grande passivité des autorités territoriales en matière de réglementation des statuts personnels qui interdit en pratique, par l'exercice du contrôle de légalité des actes, la mise en conformité des statuts civils locaux avec la Constitution (54). Le second élément, essentiel à nos yeux, est le suivant : le statut civil local n'est pas juridiquement imposé à un citoyen qui, par le biais de la renonciation au statut et de l'option de législation, a la faculté d'opter pour le statut civil de droit commun. Dès lors, et dans la mesure où la soumission au statut personnel est volontaire, les litiges éventuels sont, à titre principal, réglés soit par les autorités coutumières soit par les juridictions de droit local sans que les juridictions de droit commun qui apparaissent comme les seules susceptibles d'imposer le respect des droits

(47) L. Favoreu, "Les règlements autonomes existent-ils ?" in Mél. Burdeau, LGDJ 1977, p. 405. "Les règlements autonomes n'existent pas", RFDA 1987, p. 871.

(48) L. Favoreu, T.-S. Renoux, "Le contentieux constitutionnel des actes administratifs", coll. Droit Public, Sirey 1992, p. 17 et s.

(49) Décision 82-132 DC du 16 janvier 1982, rec. 18.

(50) Décision 82-146 DC du 18 novembre 1982, rec. 66.

(51) Décision 93-325 DC du 13 août 1993, JORF 18 août 1993, p. 11722.

(52) Idem.

(53) Décision 77-87 DC du 23 novembre 1977 rec. 42.

(54) Cet élément doit être relativisé car, dans l'hypothèse où une coutume n'a pas été codifiée, il appartiendra au juge judiciaire et notamment au juge du fond de constater souverainement son existence et ainsi vérifier la conformité de la coutume à la Constitution : cass. civ. 11 janvier 1956, rec. 1ère partie, p. 17 ; cass. civ. 5 mars 1956, rec. 1ère partie, p. 90.

fondamentaux n'interviennent (55). Le droit positif impose ainsi le respect par les statuts civils locaux des droits et libertés constitutionnellement protégés mais des difficultés d'ordre politique et sociologique en limitent la portée pratique.

La question qui se trouve alors posée est de savoir si le développement du phénomène de constitutionnalisation du droit privé, récemment décrite par M. Frangi (56), peut aller jusqu'à l'uniformisation du statut civil sur l'ensemble du territoire de la République. Une telle conséquence nous semble improbable. En effet, le droit positif consacre l'existence des statuts personnels et leur soumission aux droits et libertés constitutionnellement garantis. Il ressort de cela que le champ de ces droits et libertés ne peut s'étendre à l'ensemble des règles civiles car cela reviendrait à abroger une disposition constitutionnelle, l'article 75. Cette disposition constitue une limite à la constitutionnalisation du droit privé. La thèse de M. Luchaire qui estime que le code civil constitue une loi de la République et à ce titre aurait valeur constitutionnelle ne nous semble pas recevable car elle viderait d'effets l'article 75 de la Constitution.

Les conséquences de la soumission des statuts personnels aux droits et libertés constitutionnellement protégés débordent largement du cadre étroit des territoires d'outre-mer et intéressent l'ensemble de la République. M. Frangi conclut son ouvrage consacré à la constitutionnalisation du droit privé en constatant que celle-ci est effective, embryonnaire et à géométrie variable (57). L'une des causes de cette constitutionnalisation parcellaire du droit privé est largement due à la garantie constitutionnelle des statuts civils locaux qui interdit l'élargissement de celle-ci.

En définitive, l'article 75 de la Constitution consacre le respect du droit des minorités en droit positif et limite la constitutionnalisation du droit privé qui doit rester faible sous peine de consacrer une uniformisation du statut civil contra-*legem*.

(55) J.-M. Girault, Rapport sur le projet de loi relatif à l'organisation judiciaire de la Nouvelle-Calédonie, document du Sénat n° 264, annexe au procès verbal de la séance du 20 avril 1989, p. 41 et 42.

(56) M. Frangi, "Constitution et droit privé. Les droits individuels et les droits économiques", Coll. Droit Public Positif, Economica-PUAM 1992.

(57) F. Luchaire, "La protection constitutionnelle des droits et libertés", Economica 1987, p. 34.

LE PRINCIPE D'ÉGALITÉ DEVANT LES CHARGES PUBLIQUES DANS LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE

Par

Diane-Isabelle PHILIPPE-CAUHÉPÉ
DEA de droit public

INTRODUCTION

Le principe d'égalité devant les charges publiques ne constitue-t-il que l'une des facettes du principe général d'égalité ou assume-t-il également un autre rôle ? Cette question paraît a priori présenter peu d'intérêt : le recours au principe d'égalité devant les charges publiques dans la jurisprudence du Conseil d'État est aujourd'hui bien établi et la doctrine - si l'on en juge par le faible nombre de contributions qu'elle lui a consacré (1) - ne semble pas se passionner davantage pour cet aspect de la notion. Tout se passe comme si la jurisprudence du Conseil d'État de 1938 Société anonyme des produits laitiers "*La Fleurette*" (2) avait "cristallisé" définitivement la notion. Cette analyse conférerait cependant à l'ordre juridique un aspect statique qu'il ne possède pas. L'évolution produite par l'avènement de la Cinquième République et l'approfondissement du respect de la hiérarchie des normes, n'a-t-il pas bouleversé ces analyses traditionnelles ? Cette interrogation peut trouver son fondement dans l'élaboration progressive de la jurisprudence constitutionnelle relative à ce principe. Elle est à l'origine de la démarche justifiant la présente étude. Le principe d'égalité devant les charges publiques, remplit-il les mêmes fonctions que celles qu'il occupe dans la jurisprudence administrative ? Sa transposition dans la jurisprudence constitutionnelle se limite-t-elle à la reconnaissance de la valeur constitutionnelle de cet aspect d'un principe plus général ? Et si ce recours au principe d'égalité

(1) V. cependant P. Delvolvé, "Le principe d'égalité devant les charges publiques", *Bibl. drt. public* n° 88, LGDJ, Paris, 1969 ; P.-M. Gaudemet, "Réflexions sur le principe d'égalité devant les charges publiques" in "Mélanges Stassinopoulos", Bibliothèque de droit contemporain, p. 22, Paris-Athènes, 1974 ; T. Debard, "L'égalité des citoyens devant les charges publiques : fondement incertain de la responsabilité administrative", *D.1987, Chron.*, p. 157 ; M.-A. Latournerie, "Responsabilité publique et Constitution" in *Mélanges R. Chapus*, p. 353, éd. Montchrestien, Paris, 1992.

(2) Conseil d'État, Ass., 14 janvier 1938 Société anonyme des produits laitiers "*La Fleurette*", *Leb.* p. 25, *GAJA* n° 58, Sirey, Paris, 9ème éd. 1990.

devant les charges publiques avait une fonction - moins aisément détectable, mais beaucoup plus précieuse pour le juge constitutionnel - qui lui permettrait de dépasser le strict contrôle du respect d'une norme et de mener à travers elle, une politique jurisprudentielle à l'adresse des autres pouvoirs ?

Une telle recherche peut s'appuyer sur certaines présomptions.

(*Définition du principe*) La première repose sur la définition du principe lui-même. L'égalité devant les charges publiques est généralement considérée comme une facette du principe d'égalité devant la loi. Si ce dernier peut se définir schématiquement comme un principe de "non-discrimination sans justification", l'égalité devant les charges publiques pourrait recevoir la définition affinée de principe de "non-discrimination sans justification *compensatrice*". Cette analyse se confirme dans la définition plus détaillée qu'en donnent le Doyen G. Vedel et le professeur P. Delvolvé : "Le principe d'égalité devant les charges publiques interdit aux autorités administratives et législatives d'imposer aux administrés et contribuables des charges qui ne pèsent pas sur eux de manière égale, sauf à traiter différemment des personnes qui sont dans des conditions différentes ou à établir certaines discriminations dans un but d'intérêt général" (3). Ce qui caractérise donc l'égalité devant les charges publiques, c'est l'idée de "charge", de "déséquilibre", de "compensation". Cet aspect "comptable", quantitatif, de l'égalité devant les charges publiques, en constitue une des spécificités. Cette idée de compensation entre charges et avantages va conduire le juge, plus encore qu'il ne le fait avec le principe d'égalité devant la loi, à entrer dans l'appréciation de la discrimination et pourra constituer un facteur de subjectivité. Dès lors, au travers du contrôle de cette norme, il pourra être conduit à se prononcer sur des jugements de valeur : "telle charge est-elle admissible au regard de tel intérêt poursuivi ? Est-elle compensée de façon suffisante ?". Ce contenu plus précis de l'égalité devant les charges publiques permet également de constater que ce principe ne prend véritablement sa signification qu'en se concrétisant. Si cela ne pose aucune difficulté pour le juge administratif, comment le juge constitutionnel pourra-t-il "gérer" cet aspect particulier du principe, alors qu'il n'exerce qu'un contrôle abstrait ? En tant que juge, il sera tenu de statuer ; ne sera-t-il pas alors obligé de projeter l'application du principe dans l'avenir. L'analyse de la seule définition du principe, incite à penser que celui-ci pourra dépasser sa seule fonction de norme dans le contentieux constitutionnel.

(*Rôle historique*) Une autre présomption, plus forte encore, permet également de penser que l'égalité devant les charges publiques constituera beaucoup plus qu'une facette du principe général d'égalité devant la loi, dans la jurisprudence constitutionnelle. Elle est d'ordre historique. La doctrine publiciste de la fin du dix-neuvième siècle, contrairement à une idée reçue (4), a recherché dans les règles juridiques, les moyens de combattre l'omnipotence parlementaire et la toute-puissance du législateur. L'absence de contrôle de constitutionnalité, regrettée par certains (5), a ainsi pu donner naissance, chez d'autres auteurs, à la recherche d'une compensation à l'absence de contrôle de la loi, par une recherche de "responsabilité" du législateur. Précisément, l'un des moyens trouvé a résidé dans la rupture d'égalité

(3) G. Vedel, P. Delvolvé, "Le système français de protection des administrés contre l'administration", p. 113, coll. droit public, Sirey, Paris, 1991.

(4) Sur l'ensemble de la question voir : M.-J. Redor, "De l'État légal à l'État de droit - l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française (1879-1914)", coll. droit public positif, Economica-PUAM, 1992.

(5) Voir par exemple L. Duguit, "Manuel de droit public", tome 1 : Droit constitutionnel, pp. 654-661, Paris, Fontemoing, 1907.

devant les charges publiques qui pouvait constituer, pour le juge administratif, un moyen de sanctionner le législateur, sans méconnaître les limites de sa compétence. Cette proposition, formulée dès la fin du dix-neuvième siècle (et donc bien avant sa consécration par le Conseil d'État dans la jurisprudence "La Fleurette"), est loin d'être isolée ou originale, et se retrouve sous la plume d'auteurs célèbres. On la trouve ainsi chez M. Hauriou, qui n'hésite pas à affirmer en 1896 que "Les choses se passent comme si l'État gérait, en sa qualité de personne morale, une assurance mutuelle contractée entre les administrés contre les risques des accidents administratifs. L'idée d'une assurance pareille, procède logiquement du principe de l'égalité devant la loi et devant les charges publiques" (6). F. Larnaude s'en fait également l'écho : "Lorsque cette grande machine qui s'appelle l'État, cent fois plus puissante et cent fois plus dangereuse aussi que les machines de l'industrie a blessé quelqu'un, il faut que tous ceux dans l'intérêt de qui elle fonctionnait en causant le préjudice, viennent le réparer" (7). Cette analyse permet ainsi à Madame M.-J. Redor de conclure qu'"en fondant la responsabilité administrative sur le principe d'égalité devant les charges publiques, les publicistes (de l'époque) ont pu élargir considérablement le domaine de cette responsabilité pour y faire entrer jusqu'aux actes de puissance publique" (8). Le principe d'égalité devant les charges publiques a donc joué historiquement le rôle d'un substitut (certes bien mince) à l'absence de contrôle de constitutionnalité. La portée du principe restait toutefois inévitablement limitée, car si ce principe devait être respecté par le législateur, seule sa méconnaissance flagrante entraînait une censure du juge administratif. Il n'y a pas si longtemps, la doctrine ne concevait alors que l'intervention du législateur pour garantir l'égalité répartition : "En temps ordinaire, la légalité des charges publiques l'emporte sur l'égalité devant les charges publiques. Ou plutôt la première entraîne nécessairement la seconde (...) La conception que se fait le législateur de l'égalité est donc primordiale et incontestable" (9).

L'apparition d'un juge constitutionnel a bouleversé les données du problème en permettant la reconnaissance de la valeur constitutionnelle du principe d'égalité devant les charges publiques. En 1973, par sa décision "Taxation d'office" (10), en reconnaissant au principe d'égalité le statut de norme constitutionnelle, la haute juridiction infirmera l'appréciation portée quelques années plus tôt par le professeur P. Delvolvé (11). Désormais, l'égalité devant les charges publiques dépend de sa légalité mais également de sa constitutionnalité. Cependant, on peut s'interroger sur la poursuite du rôle qu'il assumait antérieurement. S'il n'est plus un substitut du "contrôle de constitutionnalité", mais un élément à part entière de ce contrôle, n'a-t-il pas conservé sa finalité initiale consistant à corriger a posteriori certaines erreurs ou imperfections de la législation ?

L'étude du principe d'égalité devant les charges publiques dans la jurisprudence constitutionnelle ne comporte pas seulement un enjeu théorique. Elle permet aussi au juge ordinaire de se référer à la jurisprudence constitutionnelle pour contrôler l'application d'une loi à travers le cadre constitutionnel ainsi tracé. Cette

(6) CNQS, M. Hauriou, "Les actions en indemnité contre l'État pour préjudices causés par l'administration publique", RDP 1896, p. 51.

(7) F. Larnaude, Communication faite à la Société générale des prisons le 8 décembre 1895, cité par M.-J. Redor, "De l'État légal à l'État de droit - l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française (1879-1914)", op. cit. p. 237.

(8) M.-J. Redor, op. cit. p. 238.

(9) P. Delvolvé, "L'égalité devant...", op. cit. p. 18 & 20.

(10) Cons. constit. déc. n° 73-51 DC du 27 décembre 1973, Rec. p. 25, GDCC 6 n° 21.

(11) P. Delvolvé, "L'égalité devant..." op. cit. ; on remarquera cependant que dans l'ouvrage qu'il a co-signé avec le Doyen G. Vedel ("Le système français de protection des administrés contre l'administration"), l'auteur nuance quelque peu l'affirmation qu'il avait faite quelques années plus tôt en ajoutant à la légalité, la constitutionnalité, op. cit. p. 114.

prolongation des effets de la décision ne se produit toutefois pas sans heurts potentiels : elle implique une similitude de perception entre le juge constitutionnel et le juge ordinaire. L'impact de l'interprétation du principe d'égalité devant les charges publiques par le premier, si elle s'adresse aux pouvoirs exécutif et législatif, se répercute également sur l'application qui en est faite par le juge ordinaire.

(Méthodologie) La tâche, on le constate, ne manque pas d'ambition. Pour réaliser cette étude, il a fallu procéder à des choix qui ne sont pas toujours exempts de critiques. Ils ont été guidés par l'objectif ci-dessus défini : rechercher si l'égalité devant les charges publiques, dans la jurisprudence constitutionnelle dépassait son rôle de norme.

Ainsi, délibérément a été écartée toute référence relative au principe général d'égalité. Les études nombreuses et fortement documentées qui lui ont été consacrées (12), n'auraient abouti qu'à une paraphrase et auraient alourdi la démonstration. De même, l'étude de la jurisprudence a essentiellement été axée sur la seule étude de l'égalité devant les charges publiques même si, lorsque cela facilitait la compréhension des développements, il a paru nécessaire d'évoquer d'autres aspects des décisions étudiées ou du principe d'égalité. Enfin, par définition, toute recherche impose la fixation de certaines limites. Si certains aspects de la jurisprudence constitutionnelle comparée ont été abordés, ils ne l'ont été que très sommairement; le principal "aliment" de cette recherche est resté la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

(Plan de l'étude) Pour aborder cette étude, le parti retenu a consisté à répondre à deux questions. Où trouve-t-on le principe d'égalité devant les charges publiques dans la jurisprudence constitutionnelle ? A quoi sert ce principe ? Sous le caractère abrupt de ces interrogations, il faudra rechercher quels sont les normes de référence ainsi que les domaines concernés par ce principe. Ensuite il faudra s'interroger sur les répercussions de l'application du principe auprès des différents pouvoirs. Deux parties seront ainsi successivement traitées :

Première partie : Les manifestations du principe d'égalité devant les charges publiques.

Deuxième partie : Les fonctions du principe d'égalité devant les charges publiques.

PREMIÈRE PARTIE - LES MANIFESTATIONS DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ DEVANT LES CHARGES PUBLIQUES

"Le pilier de l'égalité, à son sommet, s'épanouit et se diversifie, tel ces piliers de cathédrales qui évoquent la ligne du palmier, en un bouquet de nervures dont chacune supporte sa part de la voûte" (13). Le principe d'égalité devant les charges publiques est un aspect particulier du principe général d'égalité. Ils ont en commun la même obligation de traiter de manière identique toute personne ou toute situation qui se trouvent être dans des positions similaires. Mais le premier se distingue du second en ce qu'il porte sur un domaine particulier, celui des charges

(12) C. Leben, "Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi", RDP 1982, p. 295 ; F. Luchaire, "Un janus constitutionnel : l'égalité" RDP 1986, p. 1231 ; D. Lochak, "Réflexion sur la notion de discrimination", Drt. Soc. 1987, n° 11, p. 778.

(13) J. Rivero, "Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français", Traité de l'association H. Capitant, des amis de la culture juridique française, Tome XIV 1961-1962, p. 343, Dalloz, Paris, 1965.

publiques. Cette notion englobe suivant la formule de Pierre Delvolvé *"Toutes sortes de sujétions subies par les particuliers dans l'intérêt public"* (14). Bien que l'émergence du principe d'égalité devant les charges publiques dans la conscience juridique soit antérieure à sa formulation dans la Déclaration des droits de l'homme, et du citoyen, sa référence dans les jurisprudences du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel est relativement récente. L'expression a été visée pour la première fois dans l'arrêt *Fays* (15) et son apparition dans les décisions du Conseil constitutionnel date de 1979 (16). Si des différences entre ces deux juridictions existent, elles sont plus apparentes que réelles. La raison en est simple : le Conseil constitutionnel s'est inspiré de la jurisprudence déjà ancienne du Conseil d'État, tandis que ce dernier tend à s'aligner pour les questions nouvelles, sur les positions du premier.

Si la notion de charges publiques s'entend des obligations qui pèsent sur l'État, le principe d'égalité devant les charges publiques s'applique lui, sur les citoyens qui le composent. Il porte sur une grande diversité de domaines qui sont plus ou moins identifiables mais dont les références textuelles sont identiques.

CHAPITRE 1 - LES NORMES DE RÉFÉRENCE

Si les normes de référence ont toujours été identifiables, leur valeur juridique était incertaine. Promu au rang de principe général du droit (17) par le Conseil d'État, le principe d'égalité devant les charges publiques a acquis valeur constitutionnelle dans la décision mentionnée *"Ponts à péage"* (18). La difficulté dans l'analyse des décisions résulte aujourd'hui des références tacites qu'emploie le juge constitutionnel. Bien que de nombreux textes aient été visés explicitement, le Conseil constitutionnel préfère parfois se rapporter à une analyse globale ou une généralité plus vague du principe d'égalité pour des problèmes ayant trait à la répartition des charges publiques entre tous les citoyens. Doit-on alors en déduire que, comme le présente le juge constitutionnel, l'égalité devant les charges publiques n'est qu'un "corollaire" du principe d'égalité signifiant par là que son application reste étroite ? Il semble qu'une réponse négative prévale. Sa portée est plus large. Bien qu'il soit déduit du principe général d'égalité devant la loi qui se présente comme un principe "gigogne" (19) l'égalité devant les charges publiques possède une véritable autonomie, comme le démontre les textes qui le visent expressément. Il est d'ailleurs étonnant de constater que les références à ce principe se retrouvent dans toutes les composantes de ce qui est aujourd'hui communément appelé "le bloc de constitutionnalité".

SECTION 1 - L'égalité devant les charges publiques dans le bloc de constitutionnalité

Si le principe d'égalité devant les charges publiques se retrouve dans les composantes du bloc de constitutionnalité auxquelles se réfère le Conseil constitutionnel (à l'exception des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République), ce dernier ne les a pas toutes visées dans les quelques trente décisions qu'il a rendues jusqu'à ce jour en matière d'égalité devant les charges publiques.

(14) "Le principe d'égalité devant les charges publiques", p. 7, *Bibl. droit public* Tome 88, LGDJ, Paris, 1969.

(15) C.E. 2 juin 1944, *Leb.* p. 45.

(16) *Cons. constit. déc.* 79 - 107 DC "Ponts à péage", 12 juillet 1979, p. 31.

(17) C.E. Sect. 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils*, *Leb.* p. 394.

(18) Cf. note 4.

(19) F. Miclo, "Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois", *AJDA* 1982, p. 123.

§ 1 - La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789

La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est certainement le texte le plus invoqué, que ce soit par les requérants ou par le juge constitutionnel lui-même. Mais on ne peut déduire le principe d'égalité devant les charges publiques, des seuls articles les plus fréquemment relevés (à savoir l'article 13 ou l'article 6). Il existe d'autres textes qui, sans interprétation excessive, pourraient être visés par le Conseil constitutionnel.

A - Les articles explicites

1° - L'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen

"La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit à concourir personnellement ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents".

Rien dans les termes de cet article ne permet de déduire que le Conseil constitutionnel censure en fait (ou tolère) une atteinte au principe d'égalité devant les charges publiques. Or le Conseil dans la majorité de ses décisions préfère se référer à ce principe en termes génériques plutôt qu'à un texte précis.

Cette préférence n'est pas réservée au seul principe d'égalité devant les charges publiques ; elle se retrouve pour toutes les branches du principe d'égalité devant la loi. Le Conseil trouve dans les dispositions de l'article 6 un principe (et non une norme) qui n'implique aucun domaine précis, à la différence des autres articles et particulièrement de l'article 2 de la Constitution de 1958. Cela lui permet d'adapter le principe d'égalité à toutes les situations présentes ou à venir. Cette démarche le conduit dans la majorité des cas, à ne plus mentionner le texte auquel il se réfère préférant justifier sa décision par la seule référence au "principe d'égalité devant la loi" sans aucune autre précision.

De cette manière, le Conseil constitutionnel marque son attachement à une valeur globale et si besoin est rattache son application à une notion plus précise. Ainsi, certaines décisions sont motivées par une référence couplée : principe d'égalité devant la loi et article 13 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, par exemple.

Les requérants de leur côté adoptent la même démarche. Depuis la décision "Taxation d'office (20) qui a reconnu valeur constitutionnelle à ce principe, c'est le fondement d'inconstitutionnalité le plus souvent invoqué. Les auteurs de la saisine préférant soutenir qu'en l'espèce la loi viole "le principe d'égalité devant la loi", voir "devant la loi fiscale" plutôt que de soutenir que tel article a été directement bafoué. Ils laissent ainsi tout loisir au juge constitutionnel de choisir le texte le plus adéquat à la situation. Il est significatif de noter que, dans les décisions étudiées, il n'est jamais fait référence à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : le Conseil seul le relève quant il le juge utile.

Il semble logique que dans le domaine particulier des charges publiques, la seule référence au principe d'égalité devant la loi se rattache principalement à l'article 6 de la Déclaration de 1789. Les autres articles, plus précis, seraient inadaptés dans

(20) Cons. constit. déc. 73-51 DC du 27 décembre 1973, Rec. p. 25.

le cas d'une rupture du principe d'égalité devant les charges publiques à l'exception de l'article 13 dont la référence semble être principalement invoquée dans un domaine particulier (21). Autrement dit, dans un domaine où il est sous-entendu que le principe d'égalité devant les charges publiques est violé, la seule référence au "principe d'égalité devant la loi" peut être déduite à titre principal de l'article 6 de la Déclaration.

2° - L'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen

"Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés".

Cet article 13 est certainement celui qui est le plus approprié pour établir la répartition, entre les citoyens, des charges publiques. Il est le premier historiquement, à codifier ce principe. Les travaux préparatoires de la Déclaration illustrent l'esprit de l'époque (22). Nul doute que la rédaction a été motivée par la volonté de condamner les inégalités fiscales de l'ancien régime. Mais on ne peut réduire l'expression "contributions communes" au terme actuel d'impôt (23). Bien que l'aspect fiscal ait été principalement visé par les rédacteurs, ceux-ci ne semblent pas avoir eu l'intention de se limiter à cette seule interprétation. L'esprit de l'époque tourné vers l'idée de justice sociale, d'abolition des privilèges et de "Déclaration des droits" accompagnant celle des devoirs, porte en germe l'évolution de l'expression "contribution commune" en celle de "charges publiques". Des auteurs comme Sieyès ou Noailles envisageaient explicitement qu'une répartition équitable des besoins publics devait être à la charge de l'ensemble des citoyens et non plus d'une seule catégorie (24).

Les textes constitutionnels postérieurs confirment la portée implicite de l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Ainsi, dès 1793, la Constitution proclame dans son article 101 que *"Nul citoyen n'est dispensé de l'honorable obligation de contribuer aux charges publiques"*. Les Chartes proclament *"les droits publics des Français"* en précisant qu'*"ils contribuent indistinctement, dans la proportion de leur fortune, aux charges de l'État"* (25). L'idée de base reste identique même si elle varie selon les textes. Dans la Constitution de 1848, on ne vise plus l'égalité mais l'équité dans la répartition *"des charges et des avantages de la société"* (26). Comme l'affirme la Constitution de 1852 ce sont *"les grands principes proclamés en 1789 (et) qui sont la base du droit public français"* (27). Il semble donc, à l'instar des constituants précédemment mentionnés, que l'on puisse considérer l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, comme le texte principal servant de base au principe d'égalité devant les charges publiques et non pas uniquement au principe de l'équale répartition de l'impôt.

D'autres articles de la Déclaration peuvent se rapporter au domaine des charges publiques. Ils n'ont jamais été directement mentionnés dans les décisions rendues par le juge constitutionnel, mais leur portée, bien qu'implicite, ne doit pas être négligée.

(21) Cf. infra.

(22) S. Rials, "La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen", Coll. Pluriel Hachette, 1988.

(23) V. cependant contra L. Philip, "Le principe constitutionnel d'égalité en matière fiscale", *Droit social* 1990, n° 12, p. 464.

(24) Cf. M. Bélin, "Le principe d'égalité devant les charges publiques à l'époque révolutionnaire et son influence sur la jurisprudence administrative moderne", *RDP* 1934, p. 335.

(25) Article 2 des Chartes du 4 juin 1814 et du 14 août 1830.

(26) I, préambule de la Constitution du 4 novembre 1848.

(27) Article 1 de la Constitution du 14 janvier 1852.

B - Les articles implicites

1° - L'article 17 (in fine) de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen

"La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité".

Adrien Duport (Du Port de Prélaville) membre de la Société des Trente à côté de Mirabeau et de Sieyès, propose le 26 août 1789 et pour la première fois un projet d'article : celui-ci demeura sans aucun changement l'article 17 de la Déclaration. Les débats qui suivirent la proposition furent violents. Au nom d'un certain libéralisme politique on dénonça la volonté destructrice de la propriété contenue dans l'article ainsi énoncé. La tendance dégagée par l'époque se rattache tout de même à la sacralisation contenue dans l'article 17 de la Déclaration dont l'article affirme le caractère "naturel".

C'est donc la conception propriétaire qui se dégage à l'époque des termes de l'article 17. L'indemnisation préalable est "juste" dès lors qu'elle recouvre la totalité de la valeur du bien dépossédé, mais également qu'elle englobe le préjudice subi par son propriétaire qui se voit contraint de céder son bien sans que son consentement soit requis.

La conception de justice se rapporte dans cette interprétation, aux droits naturels détenus par les citoyens, que la puissance publique retire au nom de la "nécessité publique". Or dans la doctrine positive une seconde analyse de la "juste indemnité" est liée au principe d'égalité devant les charges publiques. L'idée de justice se rapporte dans ce cas à une conception sociale. Elle doit en premier lieu, être appliquée de la même façon entre tous les propriétaires dépossédés. Dans ce cas, ce n'est plus la seule valeur foncière de l'immeuble qui prédomine mais une répartition équitable dans l'indemnisation entre tous les citoyens dépossédés. En second lieu, elle doit aussi se concevoir en termes généraux entre l'ensemble des membres de la collectivité. L'indemnisation juste est celle suffisamment égalitaire entre ceux qui sont dépossédés et ceux qui supportent la charge financière de la dépossession. Celle-ci implique un report sur les autres membres de la collectivité des charges qui pèsent sur un ou plusieurs individus ; c'est l'ensemble des citoyens qui paie cette charge supportée par les propriétaires dépossédés. On doit donc dans ce cas, prendre en compte également le principe d'une égale répartition entre les charges à supporter (28).

2° - L'article 1 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen

"Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune"

Comme l'a énoncé l'abbé Sieyès dans des "observations" préliminaires (29) *"une Déclaration des droits du citoyen n'est pas une suite de lois, mais une suite de principes"*. Ainsi l'article 1 de la Déclaration ne fait qu'énoncer les droits imprescriptibles de l'individu. Celui-ci naît libre mais a vécu jusqu'à la Révolution en esclave. C'est la raison pour laquelle il a été rajouté le terme "demeure". La

(28) Voir en ce sens L. Philip, "Le droit de propriété dans les jurisprudences constitutionnelles européennes : France", AIJC 1985, p. 268.

(29) S. Rials, op. cit. p. 132.

notion d'égalité reflète dans ce premier article la philosophie générale du texte. Plus que tous les autres, il illustre l'aspect déclaratoire et non pas normatif du document.

Le juge constitutionnel saisi d'une loi doit se laisser guider par cette idée égalitaire. Mais l'application formelle de l'article premier est impossible dans le sens où l'égalité doit se concilier entre les droits des différents individus. A la différence des seize autres articles de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le premier peut être appliqué à une universalité de domaines. Or, si l'on a déjà souligné la tendance du juge constitutionnel à préférer les principes aux normes, il s'est toujours limité dans la généralité. Ainsi "l'égalité devant la loi" découle principalement de l'article 6 tandis que "l'égalité devant la loi fiscale" est déduite de l'article 13. Aucun des deux articles n'est programmatore mais chacun est déduit de la conception philosophique d'égalité entre les hommes énoncée en 1789 et sans cesse repris depuis lors (30).

§ 2 - *Le préambule de la Constitution de 1946*

La Constitution de 1946 exprime une conception nouvelle : celle des droits-créances à l'égard de la société. Si la formulation est une nouveauté, l'idée n'est pas récente. Ainsi dès 1789, les rédacteurs de la Déclaration envisageaient déjà l'idée d'une solidarité nationale à l'égard de toute personne dans le besoin. L'article 13 ne répondait qu'à un devoir social minimum de la collectivité. L'alinéa 12 du préambule réalise ce *prima* : "*La nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales*". Cependant, la Constitution de 1946 ne se limite pas en matière d'égalité à cette seule disposition. Il convient de citer également l'alinéa premier qui "*réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*". S'il est évident que le Conseil constitutionnel préfère se référer au texte originel plutôt qu'au renvoi exprimé en 1946, il convenait tout de même de rappeler sa présence. L'alinéa 12 n'est donc pas le seul à établir une obligation d'égalité à la charge du législateur dans le domaine des charges publiques ; il s'ajoute aux autres articles déjà mentionnés de la Déclaration.

Le contenu de l'alinéa 12 est largement inspiré par les événements de l'époque. Il peut aujourd'hui être invoqué non pas à l'égard des contributions qui sont imposées par la puissance publique, mais à l'encontre de charges résultant d'événements qui lui sont extérieurs. La solidarité est liée ici à l'égalité. Le Conseil constitutionnel a reconnu pleine valeur constitutionnelle à ce principe de solidarité nationale (31). Le professeur Terneyre estime que ce principe, par sa généralité, ne concerne pas uniquement les seuls "Français" mais "tous les êtres humains" (32).

§ 3 - *La constitution du 4 octobre 1958*

L'alinéa 12 de la Constitution du 4 octobre 1946 reprenait explicitement l'idée d'une répartition égalitaire entre les charges publiques. Cela ne se retrouve dans aucun article de la Constitution de 1958. Par sa décision de 1971 "Liberté d'association" (33) le Conseil constitutionnel a clairement reconnu valeur positive et constitutionnelle au préambule de la Constitution créant par le biais des renvois, le

(30) A l'exception de la parenthèse constitutionnelle que représente le régime de Vichy.

(31) Cons. constit. déc. n° 87-237 DC du 30 décembre 1987, "Loi de finances pour 1988", Rec. p. 63.

(32) V. P. Terneyre, "Droit constitutionnel social - inventaire en guise d'ouverture", R.F.D.C 1990, n° 2, p. 339, spéc. p. 342.

(33) Cons. constit. déc. 71-44 DC du 16 juillet 1971, Rec. p. 29.

bloc de constitutionnalité auquel il se réfère désormais (34), mais outre les articles explicites contenus dans la Déclaration, le juge constitutionnel a tout loisir de se référer aux articles de la Constitution de 1958

1° - L'article premier alinéa 2

"La communauté est fondée sur l'égalité et la solidarité des peuples qui la composent".

Incluse dans le préambule et non pas dans le corps du texte constitutionnel, cette disposition a fait l'objet des mêmes débats doctrinaux que ceux portant sur le préambule. Sa valeur juridique désormais établie, il convenait de la mentionner parmi les normes de référence.

On peut constater que l'article premier relève à la fois de la conception philosophique de la Déclaration et de l'esprit de solidarité énoncé en 1946. La combinaison de ces deux aspects peut amener le juge constitutionnel à censurer une disposition législative inégalitaire dans le cas où elle ferait supporter le poids d'une charge publique sur certains membres de la communauté. On est tout de même loin de la précision de l'article 13 de la Déclaration de 1789, mais ceci ne doit pas nous empêcher de prendre en considération cet article. Il est aisément concevable que le Conseil constitutionnel puisse l'utiliser seul ou combiné (à l'appui de l'alinéa 12 du préambule de 1946 par exemple). C'est pour cette raison qu'il intéresse le principe d'égalité devant les charges publiques.

2° - L'article 2

"La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. (...) La devise de la République est "Liberté, Égalité, Fraternité".

La rédaction de cet article relève plus du style déclaratoire que normatif. La devise répète l'idéal démocratique adopté par la République. Par sa généralité, on peut l'appliquer à la matière des charges publiques, à la différence d'autres articles présents dans le corps du texte tel que l'article 3 qui impose le respect de l'égalité dans le droit de vote. Comme l'article précédemment évoqué, on ne peut l'écarter des normes éventuellement applicables par le juge constitutionnel. Seule l'étude jurisprudentielle révélera les préférences du juge. Quoi qu'il en soit, il peut théoriquement permettre de juger du respect de l'égalité devant les charges publiques.

(Conclusion) - Parmi les normes de référence ne peuvent être inclus aucun des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, tels qu'ils ont été désignés par le Conseil constitutionnel.

Quant à celles que l'on a relevées, une classification se dessine. On peut distinguer les dispositions explicites des dispositions implicites. Les premières (article 13 de la Déclaration de 1789 et alinéa 12 du préambule de 1946) doivent être forcément prises en compte puisqu'elles visent directement les charges publiques. Les secondes ne peuvent être écartées car, par leur étendue, elles ne s'appliquent à aucune matière précise en particulier, mais à toutes en général.

Reste maintenant à savoir de quelle manière le juge constitutionnel reprend ce schéma.

(34) L. Favoreu, L. Philip, "Les grandes décisions du Conseil constitutionnel", n° 19, pp. 246 et s., Coll. Droit public, Sirey, 6ème édit., 1991, cité ci-après GDCC -6-.

SECTION 2 - La mise en oeuvre des normes de référence dans les décisions du juge constitutionnel

Le choix des normes énoncées précédemment, permet au juge d'adapter le texte à la matière. A première vue la sélection des textes opérée semble anarchique ; or si l'on s'attarde dans l'étude des décisions une logique semble se dégager. Le juge constitutionnel choisit délibérément de se fonder sur un texte à portée générale. On avait évoqué sa préférence pour un principe plutôt qu'une norme trop précise donc contraignante. Or ce n'est pas la seule raison. Le juge choisit de se placer dans les dispositions d'une norme en fonction de la matière qui lui est présentée. On constate que cette politique du choix permet de préserver en amont le pouvoir discrétionnaire du législateur et en aval d'offrir aux juridictions inférieures les moyens qu'il a lui-même sous-entendus dans sa décision. Cette logique se retrouve dans les fonctions qu'entend donner le juge constitutionnel au principe d'égalité devant les charges publiques (Cf. IIème Partie) mais on la décèle déjà dans le choix des normes.

§ 1 - Le principe d'égalité devant la loi

Le principe d'égalité devant la loi n'est pas systématiquement rattaché à un article précis dont il découlerait. Lorsqu'il l'emploie en matière d'égalité devant les charges publiques, le Conseil constitutionnel vise le plus souvent l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Il le fait soit explicitement en le désignant, soit implicitement en citant la substance du texte.

Confronté à une décision ne visant aucune norme susceptible d'être rattachée à la matière des charges publiques, il convient de rechercher la logique suivie par le juge. Dans cette démarche, on note une corrélation entre le choix des normes et les arguments soulevés dans la saisine. Ainsi le juge constitutionnel a adopté le même cheminement juridique dans deux domaines en particulier : celui de la fixation de la valeur des entreprises publiques transférées au secteur privé, ainsi que celui des exonérations de responsabilité. La première décision portant sur le transfert d'entreprises publiques au secteur privé, et qui a posé un problème ayant rapport au principe d'égalité devant les charges publiques, date de 1986. La décision "Privatisations" (35) inaugure une argumentation du Conseil constitutionnel, qui se retrouvera dans les décisions postérieures dénommées "CSA" (36), "Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale du Crédit agricole" (37) et en matière d'expropriation, dans la décision "T.G.V. Nord" (38). Dans chacune d'elles, le Conseil constitutionnel a déclaré la conformité à la Constitution, mais dès la première, il a établi des conditions strictes que les destinataires ont l'obligation de respecter.

L'emploi du principe général d'égalité devant la loi s'explique principalement par le fait que d'autres domaines sont concernés. Le juge constitutionnel ne pouvait viser les dispositions relatives aux charges publiques ainsi que celles portant sur la protection de la propriété. Il se contente donc de les réunir dans une norme commune : le principe d'égalité (39). La protection de l'égalité devant les charges publiques est ici assurée par la garantie accordée aux dépossédés (en l'espèce l'État et les propriétaires expropriés) qui est précisément relevée et établie par le Conseil, dans les motifs de ses décisions.

(35) Cons. constit. déc. 86-207 DC, du 25 et 26 juin 1986, Rec. p. 61.

(36) Cons. constit. déc. 86-217 DC, du 18 septembre 1986, Rec. p. 141.

(37) Cons. constit. déc. 87-232 DC, du 7 janvier 1988, Rec. p. 17.

(38) Cons. constit. déc. 89-256 DC, du 25 juillet 1989, Rec. p. 53.

(39) Sur les rapports entre le principe d'égalité et l'article 17 : Cf. supra.

En matière de responsabilité le lien avec les charges publiques est différent. Là encore le juge constitutionnel est contraint d'utiliser une norme générale. Il doit combiner différents principes de valeur constitutionnelle comme l'égalité devant la loi pénale, l'égalité devant la justice et l'égalité devant les charges publiques. On retrouve la même obligation que dans la matière précédente.

Au regard de l'ensemble des décisions, celles qui sont référencées par rapport au principe général de l'égalité devant la loi le sont selon trois schémas. Si le principe d'égalité est énoncé seul, cela signifie qu'il est employé comme dénominateur commun de plusieurs sous-principes (40). S'il est accompagné d'une norme plus précise cela induit une vigilance accrue du juge à l'égard des répercussions que peut entraîner l'application de la législation (41). Le juge constitutionnel couple également le principe général avec un principe plus précis dans le cas d'une décision de non conformité (42). Enfin, dernière hypothèse, le Conseil constitutionnel utilise le principe d'égalité devant la loi avec la référence du texte dont il découle. Quand on découvre une telle combinaison, c'est presque toujours avec l'article 6. Les raisons du choix de cet article, de préférence à un autre, semblent claires (43). Ce qui l'est moins c'est la raison qui pousse le juge constitutionnel, à signaler le texte dont il fait découler le principe général d'égalité devant la loi. On peut remarquer que cette pratique tend à s'estomper dans les dernières décisions rendues.

§ 2 - Le principe d'égalité devant la loi fiscale

Le principe d'égalité devant la loi fiscale est déduit uniquement de l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Cela ne signifie pas que l'article 13 ne concerne que l'égalité devant l'impôt. C'est la norme de référence la plus usitée en matière d'égalité devant les charges publiques. La différence entre ces deux sous-principes réside essentiellement dans les normes dont ils découlent. Pour l'égalité devant les charges publiques l'article 13 constitue l'un des textes de référence, alors que pour l'égalité devant la loi fiscale il représente le fondement unique (44).

L'étude de l'ensemble des décisions portant sur l'égalité devant les charges publiques révèle l'utilisation de l'article 13 seulement dans le cas de dispositions fiscales. Ceci infirme-t-il l'affirmation formulée auparavant, qui postulait que l'article 13 de la Déclaration n'était pas réservé au seul domaine fiscal ? Il semble que l'on puisse répondre par la négative. Tout d'abord par une constatation d'évidence ; le Conseil constitutionnel s'il préfère mentionner l'article 13 dans la seule matière fiscale, n'a jamais entendu réserver son application à celle-ci uniquement. La rédaction de ses décisions n'a jamais permis d'interpréter les termes de l'article 13 de la Déclaration comme applicables uniquement dans ce domaine. Ce que vise explicitement le juge c'est l'égalité de répartition entre les citoyens, de la charge nouvellement instituée par le législateur. Il n'a jamais assimilé le seul terme d'impôt à l'expression "contribution commune". Il faut en effet souligner que lorsque le juge se réfère à cet article il n'en reprend explicitement que la seconde partie, qui préconise que la contribution commune ...*doit être également répartie*

(40) Sur l'expression "sous-principe"; cf. F. Miclo, "Le principe d'égalité...", op. cit., p. 123.

(41) Cons. constit. déc. 89-254 DC du 4 juillet 1989, "Noyautage des entreprises privatisées", Rec. p. 41, D. 1990 J. p. 209, note F. Luchaire.

(42) Cons. constit. déc. 88-244 du 20 juillet 1988 "CSA", Rec. p. 119, AJDA 1988, p. 753, note P. Waschmann.

(43) Voir supra.

(44) Voir infra Chapitre II.

entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés (45)". Dans les décisions les plus récentes, il se base uniquement sur l'obligation de proportionnalité contenue dans l'article. On peut donc penser que le juge constitutionnel vise expressément l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, en tant qu'il contient les conditions qui s'appliquent aux éléments constitutifs de l'impôt tels qu'ils sont relevés dans l'article suivant (l'article 14 de la Déclaration). On ne peut donc en déduire, d'une part, que le juge assimile les contributions publiques au terme moderne d'impôt -il n'a jamais repris cette similitude- et d'autre part, que l'égalité répartition n'oblige que la matière fiscale. En effet, lorsque le dispositif de la décision est basé sur le principe d'égalité devant les charges publiques cela signifie que l'institution d'une charge nouvelle doit respecter le principe de proportionnalité ou autrement formulé "*qu'à situation semblable il soit fait application de règles semblables (ce qui) n'interdit aucunement qu'à des situations différentes soient appliquées des règles différentes*" (46).

Le choix des normes de référence par le juge constitutionnel, dans la mise en oeuvre de ses décisions fiscales, est constant. Il se base sur le principe d'égalité devant la loi qui découle de l'article 13 de la Déclaration de 1789, en indiquant ou non cette origine.

Dans le panel des normes qui s'offrent comme référence à l'application du principe d'égalité devant les charges publiques, les articles 6 et 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen sont-ils les seuls visés par le juge constitutionnel ?

§ 3 - *Le principe d'égalité devant les charges publiques*

Bien que les sous-principes précédemment invoqués ne présentaient aucun lien explicite avec l'égalité devant les charges publiques, les décisions auxquels ils s'appliquaient rentraient expressément dans ce cadre. L'emploi de l'expression "égalité devant les charges publiques" n'est utilisée que lorsque le contrôle de constitutionnalité dont est saisi le juge ne porte que sur cette matière. A l'appui de ce principe, le Conseil constitutionnel cite parfois une norme. Son choix, là encore n'est pas anodin.

L'article 13 de la Déclaration de 1789, s'il est évident qu'il constitue la référence de base de l'égalité devant les charges publiques, n'est que rarement visé à l'appui de ce principe. En dehors du domaine fiscal, peu de décisions exposent distinctement cette filiation : "*Considérant que les principes d'égalité devant la loi et d'égalité devant les charges publiques proclamés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, dans ses articles 6 et 13 s'appliquent aussi bien dans l'hypothèse où la loi prévoit l'octroi de prestations que dans les cas où elle impose des sujétions*" (47), mais cela confirme la capacité du juge constitutionnel à visé différentes normes pour l'application du principe d'égalité devant les charges publiques.

Il est étonnant de constater que dans la première espèce le choix de cette norme n'était pas le plus adapté. Portant sur l'indemnisation des rapatriés des Nouvelles-Hébrides, le contrôle du juge constitutionnel met l'accent sur la mise en

(45) Cons. constit. déc. 89-268 DC du 29 décembre 1989, "Loi de finances pour 1990", Rec. p. 110, cons. 31.

(46) Cons. constit. déc. 79-112 DC du 9 janvier 1980, "Aménagement de la fiscalité directe locale", Rec. p. 32.

(47) Cons. constit. déc. 87-237 du 30 décembre 1987 "Loi de finances pour 1988", Rec. p. 63, Cons. 21, également Cons. constit. déc. 89-267 DC du 24 janvier 1990 "Loi relative à l'adaptation de l'exploitation agricole à son environnement économique et social", Cons. 18, J.O. 24 janvier 1990, p. 971.

oeuvre du "principe de solidarité nationale". Or si dans la philosophie des idées révolutionnaires de 1789, la notion de solidarité est bien présente, le terme n'est repris dans aucun des dix-sept articles. A l'inverse, le préambule de la Constitution de 1946 vise expressément cette hypothèse dans son alinéa 12. Le juge constitutionnel n'a donc pas adapté l'espèce en cause à l'article le plus adéquat (48), mais cela confirme la capacité du juge constitutionnel à viser différentes normes pour l'application du principe d'égalité devant les charges publiques.

Autre texte auquel le Conseil constitutionnel s'est référé dans le domaine des charges publiques : l'article 2 de la Constitution de 1958. C'est par la décision 89-262 DC "Immunité parlementaire" qu'il a été conduit à citer le premier alinéa de cet article (49). Le juge constitutionnel n'a pas adapté le même raisonnement que celui formulé en 1989 dans la décision "CSA" (50). Pourtant, la solution était identique puisqu'elle déclarait non conforme les dispositions législatives octroyant une immunité quasi-absolue à un parlementaire et au président du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel. Peut-être le Conseil constitutionnel a-t-il voulu, en citant l'article 2 de la Constitution en renfort de l'article 6 de la Déclaration de 1789, démontrer que les représentants du Peuple ne disposaient pas d'un pouvoir absolu. L'origine du pouvoir détenu par un parlementaire et par le président d'une autorité administrative indépendante n'a pas la même portée. Peut-être est-ce pour cela que le juge constitutionnel a entendu justifier plus clairement sa censure.

Le domaine de l'égalité devant les charges publiques n'échappe pas à la tendance générale adoptée par le Conseil constitutionnel qui le conduit à préférer se rattacher à une philosophie globale, plutôt qu'à celle d'un texte marqué par une conjoncture historique. Les décisions accompagnées d'une norme précise peuvent révéler deux situations. Soit la loi dont est saisi le Conseil constitutionnel correspond parfaitement aux conditions envisagées par celle-ci, soit le juge constitutionnel en citant différents textes, entend ainsi marquer son hostilité aux abus du législateur. Le choix ainsi opéré n'est donc pas innocent. Il révèle une politique jurisprudentielle que le juge constitutionnel applique, en outre, dans le domaine des charges publiques.

CHAPITRE 2 - LA MISE EN OEUVRE DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ DEVANT LES CHARGES PUBLIQUES DANS LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE.

La mise en oeuvre du principe d'égalité devant les charges publiques dans la jurisprudence constitutionnelle diffère selon que l'on se trouve dans le domaine fiscal ou dans un autre domaine. La question à se poser sera alors de savoir si le principe d'égalité devant la loi fiscale est autonome par rapport au principe d'égalité devant les charges publiques (Section 1). En dehors de la matière fiscale, il conviendra de préciser la nature des relations entre le droit de propriété, tel qu'il est protégé par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, et le principe d'égalité devant les charges publiques. On vérifiera ensuite si de tels rapports existent avec d'autres matières (Section 2).

(48) Pour une explication, voir B. Genevois, Chron. A.I.J.C. 1987, p. 592.

(49) Cons. constit. déc. du 7 novembre 1989, Rec. p. 90.

(50) Cond. constit. déc. 88-248 DC du 17 janvier 1989, Rec. p. 18.

SECTION 1 - Le principe d'égalité devant les charges publiques dans le domaine fiscal

S'il existe des nuances entre les domaines dans lesquels l'égalité devant les charges publiques est employée, la matière fiscale révèle une identité bien marquée qui justifie son étude de façon spécifique. Deux aspects peuvent être envisagés ; d'une part, l'égalité devant la loi fiscale ne recoupe pas intégralement l'égalité devant les charges publiques (§ 1), d'autre part, l'égalité devant la loi fiscale semble revêtir un aspect différent en fonction des modalités de l'imposition (§ 2).

§ 1 - *Égalité devant la loi fiscale et égalité devant les charges publiques*

Dans les commentaires des décisions rendues par le Conseil constitutionnel en matière fiscale, les auteurs emploient indifféremment l'expression "égalité devant la loi fiscale" et "égalité devant les charges publiques". S'il est exact que la jurisprudence fiscale du Conseil constitutionnel emploie les deux, peut-on en déduire qu'elles sont synonymes ?

Dans la recherche des normes servant de base au principe d'égalité devant les charges publiques, on a pu constater que le Conseil constitutionnel se référait principalement en matière fiscale, à l'article 13 de la Déclaration de 1789. Certains auteurs en avaient déduit que l'expression "contribution publique" était synonyme du terme "impôt". Il a été relevé (51) que cette interprétation ne correspond pas à l'intention des auteurs de la Déclaration de 1789. Quelle position le Conseil constitutionnel adopte-t-il ?

Les parlementaires ont érigé en "quasi coutume" la saisine du Conseil constitutionnel en matière de loi de finances, rectificative de l'année écoulée, ou en cours. Cela permet d'étoffer le nombre des décisions en matière fiscale. En effet, le plus souvent, c'est en ce domaine que les requérants estiment que le principe d'égalité a été méconnu. Cela implique pour le juge constitutionnel ainsi interpellé, une recherche de la norme la mieux adaptée au problème soulevé. Si celle-ci paraît anodine à la majorité, il semble que sous ce choix, se dégagent deux "conceptions".

Si les principes d'égalité devant la loi fiscale et d'égalité devant les charges publiques découlent indéniablement (et principalement) de l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, on ne peut réduire leur signification à une interprétation similaire de leur contenu.

La décision n° 73-51 DC "Taxation d'office" (52) est la première qui donne au principe d'égalité devant la loi fiscale valeur constitutionnelle. En l'espèce, le Conseil constitutionnel a censuré une "discrimination entre les citoyens au regard de la possibilité d'apporter une preuve contraire à une décision de taxation d'office de l'administration les concernant" (53). Une discrimination est donc non contraire à la Constitution si deux contribuables sont traités différemment eu égard à leur différence de situation (54). On peut alors s'interroger sur la notion de discrimination

(51) Cf. supra, Chapitre I.

(52) Cons. constit. du 27 décembre 1973, Rec. p. 25, GDCC 6 n° 21-34- voir dans le même sens l'avis de l'Assemblée générale du Conseil d'État n° 342 829 du 4 février 1988.

(53) Cons. constit. déc. du 9 janvier 1980, Rec. p. 32, cons. 3.

(54) Voir en ce sens Cons. constit. déc. 81-136 DC du 31 décembre 1981 "Troisième loi rectificative pour 1981", Rec. p. 48 ; également Cons. constit. déc. 82-140 DC du 28 juin 1982 "Loi de finances rectificative pour 1982", Rec. p. 45.

justifiée (55), mais la recherche de l'égalité concrète entraîne la multiplication des catégories et par la même, sa substitution à l'égalité abstraite qui était liée à la généralité de la règle. Ainsi le législateur n'institue-t-il pas de discrimination injustifiée, lorsqu'il soumet à un taux différent deux entreprises d'assurance dans le cas où l'une des deux est artisanale (56). De même, l'attribution de nouvelles contributions à la caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés, peut-elle être différenciée s'il est pris en compte *"la diversité des situations dans lesquelles se trouvent les différentes caisses (...) tant du point de vue de leurs charges que de leurs ressources"* (57). Les exemples sont nombreux. Ils démontrent que l'apparence d'une similitude de situations n'arrête pas le Conseil constitutionnel. C'est la voie ouverte à la *"prolifération des catégories"* (58), mais à l'intérieur desquelles, l'égalité doit s'appliquer à tous les éléments qui en font partie.

De même, l'égalité devant la loi fiscale ne fait pas plus obstacle à l'institution d'une discrimination, non plus fondée sur une différence de situation, mais dans un but d'intérêt général, formulé précisément dans le projet de loi (59). On remarquera sur ce point que l'égalité devant la loi fiscale n'est pas fondamentalement différente du principe général d'égalité. Les conditions énoncées par le Conseil constitutionnel sont effectivement les mêmes que celles qu'il applique dans les autres domaines. A cet égard, le principe d'égalité devant la loi fiscale ne présente aucune originalité marquée.

Cette démonstration tend à prouver que le Conseil constitutionnel n'utilise l'expression d'égalité devant la loi fiscale (seule) que dans ces hypothèses. Ce sont celles qui recouvrent les différentes modalités de l'imposition, à savoir le taux, l'assiette et le recouvrement, telles qu'elles sont exprimées dans l'article 15 de la Déclaration de 1789 et l'article 34 de la Constitution de 1958.

L'égalité devant la loi fiscale, telle que semble l'interpréter le juge constitutionnel, se limite aux éléments constitutifs de l'impôt, à l'inverse le principe d'égalité devant les charges publiques paraît être employé dans tous les cas où le problème dont est saisi le Conseil constitutionnel, porte sur la détermination de l'assiette ou sur le montant du taux, institués par le législateur, autrement dit, le principe d'égalité de la loi fiscale découlerait de la fraction de l'article 13 de la Déclaration qui porte sur l'égalité répartition, tandis que l'égalité devant les charges publiques serait déduite de celle portant sur les facultés contributives des citoyens. Ainsi, dans la décision 85-200 DC "Cumul emploi-retraite" (60) le juge constitutionnel a considéré comme non contraire au principe d'égalité devant la loi, l'instauration d'une charge différente selon qu'elle pèse sur un salarié cumulant une activité et une pension, et un simple salarié ne bénéficiant que d'un revenu d'activité. En revanche, il y a rupture d'égalité devant les charges publiques dans l'établissement d'un taux d'imposition manifestement excessif (61).

(55) G. Braibant, "Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel" in "la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence", p. 97, PUF Paris, 1989.

(56) Cons. constit. déc. 82-140 DC du 28 juin 1982 "Loi de finances rectificative pour 1982", Rec. p. 45.

(57) Cons. constit. déc. 82-152 DC du 14 janvier 1983 "Loi portant diverses mesures relatives à la Sécurité sociale", Rec. p. 51, Cons. 11.

(58) J. Rivero, "La notion d'égalité et de discrimination en droit public français", op. cit. p. 356.

(59) Cons. constit. déc. 84-184 DC du 29 décembre 1984, Rec. p. 94 ; v. égal. Cons. constit. déc. 86-223 DC du 29 décembre 1986 "Loi de finances rectificative pour 1986", Rec. p. 184 ou encore Cons. constit. déc. 90-287 DC du 16 janvier 1991 "Loi portant sur des dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales", J.O. 18 janvier 1991, p. 924, RFDC 1991 n° 6 p. 294, note L. Favoreu.

(60) Cons. constit. déc. du 16 janvier 1986, Rec. p. 9 cons. 16 à 19

(61) GDCC 6 n° 36-19.

Dans une autre espèce (62), le législateur a estimé que pour la détermination de l'assiette de l'impôt sur les grandes fortunes seront exclues les parts d'une société représentant vingt cinq pour cent du capital, dès lors qu'elles peuvent être considérées comme des biens professionnels dans l'utilisation qu'en fait son détenteur. Le Conseil constitutionnel contrôle tout d'abord, l'existence effective d'une différence de situation entre les propriétaires d'un quart d'une société, les gérant comme un bien professionnel, et les autres. Puis en second lieu, il vérifie que le taux fixé à un quart du capital social *"ne procède pas d'une appréciation manifestement erronée"*. Le juge se réfère, là encore, aux *"facultés contributives des citoyens"* (63), il semble donc que l'on puisse distinctement séparer les deux notions, sans pour autant les opposer. On peut illustrer cette situation en remontant à l'origine du principe d'égalité devant les charges publiques qui est *"le corollaire"* du principe d'égalité devant la loi (64).

La filiation du principe d'égalité devant la loi fiscale découle de l'article 13 de la Déclaration de 1789, dans l'aspect le plus égalitaire de son contenu. Tandis que, paradoxalement, l'égalité devant les charges publiques tire son impact (en matière fiscale) de l'aspect fiscaliste de celui-ci, à savoir les facultés contributives des citoyens.

§ 2 - *L'adaptation du contrôle aux modalités d'imposition*

Comme l'ont souligné plusieurs auteurs, il convient de distinguer l'action du juge constitutionnel en matière fiscale, de celle qu'il mène dans les autres domaines. Il semble que le juge constitutionnel laisse une plus grande marge de manoeuvre aux autorités publiques lorsque le principe est en cause sous sa forme classique de l'égalité devant l'impôt; ce qui ne semble pas se retrouver lorsqu'il s'agit de l'appliquer en dehors du droit fiscal (65).

Le professeur J. Rivero indiquait que *"tout l'effort du droit fiscal à la recherche de l'égalité dans les sacrifices imposés aux contribuables (ne va pas) contre l'égalité mais, au contraire, la sert"*. C'est sans doute pour la réalisation de cet objectif que le Conseil constitutionnel semble soumettre la loi fiscale *"à des conditions particulières d'application"* (66). La conséquence de cette situation permet de constater que le nombre de décisions de non contrariété à la Constitution, est disproportionné par rapport au volume des saisines portant sur la rupture du principe d'égalité. S'il est exact que les requérants tendent à abuser de ce moyen, on ne peut nier qu'en matière fiscale, certaines positions du Conseil constitutionnel ne manquent pas de surprendre.

Quant aux personnes redevables, le Conseil constitutionnel considère *"que pour l'application du principe d'égalité devant l'impôt (leur) situation (...) s'apprécie au regard de chaque imposition prise isolément"*. Mais dans le cas d'une contribution commune ayant pour finalité *"la mise en oeuvre du principe de solidarité nationale"* le législateur ne doit pas *"aboutir à une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques"*. Lorsqu'il définit les redevables qui y sont soumis (67). Le

(62) Cons. constit. déc. 83-164 DC du 29 décembre 1983, "Perquisitions fiscales", Rec. p. 67, Cons. 5 à 10, GDCC 6 n° 36.

(63) V également Cons. constit. déc. 89-268 DC du 29 décembre 1989 "Loi de finances pour 1990", Rec. p. 110, cons. 30 à 33 et 78.

(64) Cons. constit. déc. 79-107 du 12 juillet 1979 "Ponts à péage", Rec. p. 31.

(65) P. Giro, "Égalité devant les charges publiques" in "Dictionnaire constitutionnel", PUF Paris 1992, p. 360 ; v. également B. Genevois, "La jurisprudence du Conseil constitutionnel - Principes directeurs" éd. STH 1988, p. 237 et suivantes.

(66) L. Philip, "Le principe constitutionnel...", op. cit. p. 464.

(67) Cons. constit. déc. 90-285 DC du 28 décembre 1990 "Loi de finances pour 1991", J.O du 30 décembre 1990, p. 16609.

Conseil constitutionnel vérifie que le législateur a fondé la distinction qu'il établit entre les contribuables sur des critères objectifs et rationnels, ainsi n'est pas contraire au principe d'égalité devant l'impôt, le projet de loi qui tient compte de la nature de l'activité du contribuable pour lui appliquer un régime forfaitaire différent (68). A l'inverse, une discrimination établie entre les donations passées devant notaire et les autres *"ne présente pas eu égard (à l'objet purement fiscal des dispositions) une différence (...) qui serait susceptible de justifier (...) la discrimination pratiquée"* (69). Mais si le juge constitutionnel constate que l'objectif poursuivi par le projet de loi fiscale est justement de *"frapper la capacité contributive que confère la détention d'un ensemble de biens qui résulte de revenus en espèces ou en nature procurés par ces biens"*, il considérera que le législateur n'a pas méconnu les dispositions de la Constitution en soumettant à cet impôt le détenteur de la nue-propriété d'un bien ne lui appartenant pas (70). Pour l'établissement des personnes redevables, le juge constitutionnel vérifie que le législateur n'établit pas de distinction partielle et que la discrimination est justifiée par le but que la loi poursuit.

Quant au régime de l'imposition, le Conseil constitutionnel admet qu'un taux de prélèvement basé sur le caractère principal ou secondaire d'une propriété ainsi que sur sa valeur locative ne rompt pas le principe d'égalité devant les charges fiscales, dès lors que sa progressivité est limitée par un taux maximum (71). De même l'application d'un taux de T.V.A. réduit ne méconnaît pas le principe d'égalité devant l'impôt dès lors qu'il est justifié par la situation de *"l'exploitant municipal d'eau, soumis à des obligations particulières"* (72). La fixation d'un taux différent est donc toujours admise lorsque le redevable bénéficiaire, justifie d'une situation particulière (73). Cependant, il existe certaines limites qui empêchent au législateur de retenir n'importe quel taux. Ainsi il ne peut porter à 50 pour cent, le taux de la contribution de solidarité que devraient payer les salariés cumulant un emploi et une retraite (74).

Enfin quant au recouvrement de l'impôt, le législateur peut tout à loisir instituer un sursis à paiement automatique *"au profit des contribuables dont la bonne foi n'est pas contestée par l'administration"* (75). Il peut également fixer la date à laquelle entreranno en vigueur les dispositions d'une nouvelle loi ; il ne fait ici que *"fixer pour l'ensemble des redevables une même règle de droit"* (76). Le législateur a la possibilité de renoncer à certains procédés de contrôle s'il les estime inefficaces, ou si les inconvénients qu'ils comportent lui semblent excessifs (77). Pour des raisons d'intérêt général, il peut encore modifier rétroactivement la loi fiscale dans le cas où il cherche à sauvegarder expressément les droits nés de décisions de justice

(68) Cons. constit. déc. 83-164 DC du 29 décembre 1983 "Loi de finances pour 1984", Rec. p. 67.

(69) Cons. constit. déc. 91-302 DC du 30 décembre 1991 "Loi de finances pour 1992", J.O. 31 décembre 1991, p. 174314.

(70) Cons. constit. déc. 81-133 DC du 30 décembre 1981 "Loi de finances pour 1982", Rec. p. 41.

(71) Cons. constit. déc. 89-268 DC du 29 décembre 1989 "Loi de finances pour 1990", Rec. p. 110, Cons. 35.

(72) Cons. constit. déc. 84-186 DC du 29 décembre 1984 "Loi de finances rectificative pour 1984", Rec. p. 107.

(73) Cons. constit. déc. 82-140 DC du 28 juin 1982 "Loi de finances rectificative pour 1982", Rec. p. 45, dernier considérant.

(74) Cons. constit. déc. 82-152 DC du 14 janvier 1983 "Loi portant diverses mesures relatives à la Sécurité Sociale", Rec. p. 31 et Cons. constit. déc. 85-200 DC du 16 janvier 1986 "Cumul emploi-retraite", Rec. p. 9.

(75) Cons. constit. déc. 81-136 DC du 31 décembre 1981 "Troisième loi de finances rectificative pour 1981", Rec. p. 48.

(76) Cons. constit. déc. 90-287 DC du 16 janvier 1991 "Loi portant diverses dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales", J.O. 18 janvier 1991 p. 924, dernier considérant.

(77) Cons. constit. déc. 86-209 DC du 3 juillet 1986 "Loi de finances rectificative pour 1986", Rec. p. 86, cons. 33.

passées en force de chose jugée (78), mais en aucun cas, le législateur ne peut de "sa seule initiative et à l'occasion de la rectification d'une erreur dont il est l'auteur" retirer à un contribuable le bénéfice "d'une prescription déjà acquise selon la loi existante, alors que ce dernier était en droit de s'en prévaloir à l'égard de tout autre contribuable" (79).

Dans cette dernière espèce, le juge constitutionnel semble changer d'orientation en matière fiscale. Au nom de la nécessité de l'impôt, il a longtemps fait prévaloir le principe de la légalité fiscale sur le principe de la protection des droits fondamentaux du contribuable. Or, dans cette décision, il a suivi la démarche inverse.

SECTION 2 - L'égalité devant les charges publiques dans les autres domaines

L'analyse du principe d'égalité en matière fiscale, a révélé l'importance qu'il revêt au regard du principe d'égalité devant les charges publiques. Ce n'est cependant que l'une de ses composantes. L'égalité devant les charges publiques connaît d'autres applications en dehors du droit fiscal. Bien que plus difficile à appréhender parce qu'elles touchent des domaines hétérogènes, les décisions rendues en la matière par la Haute juridiction s'avèrent beaucoup plus révélatrices des potentialités que recèle le principe d'égalité devant les charges publiques.

Deux types d'application peuvent être relevés, l'une concerne la protection du droit de propriété (§ I), l'autre est relative à différents aspects de la responsabilité et à la tarification des services publics (§ II).

§ I - La protection de la valeur de la propriété par le principe d'égalité devant les charges publiques

Reconnue comme un droit de valeur constitutionnelle par la décision 81-132 DC du 16 janvier 1982 "Nationalisations I" (80), la propriété est essentiellement perçue à travers sa conception civiliste. Elle est de ce fait attachée à l'individu et possède un aspect subjectif marqué. Toutefois, si cette conception demeure toujours juste dans ces grandes lignes (81), la protection du droit de propriété par le Conseil constitutionnel ne peut s'assimiler à la protection qui lui est offerte par le droit civil (82).

L'intervention du principe d'égalité en matière de protection de la propriété, s'opère non pas à l'égard des atteintes qui pourraient lui être portées, mais au regard de l'indemnisation en cas de dépossession. En effet, si la dépossession implique une indemnisation intégrale de la valeur du bien (c'est à dire qu'elle doit couvrir l'intégralité du préjudice) (83), cette dernière peut aussi trouver un fondement dans le respect de l'égalité devant les charges publiques entre les citoyens.

On retrouve ici sous-jacente, une opposition entre les différentes conceptions du droit de propriété. Pour certains, l'indemnisation du droit de propriété devrait

(78) Cons. constit. déc. 86-223 DC du 29 décembre 1986 "Loi de finances rectificative pour 1986", Rec. p. 184, cons. 5 à 7.

(79) Cons. constit. déc. 89-268 DC du 29 décembre 1989 "Loi de finances pour 1990", Rec. p. 110, cons. 61.

(80) Cons. constit. Rec. p. 16, GDCC 6 N° 33 ; voir également décision 81-134 DC du 5 janvier 1982 "Loi d'orientation sociale", Rec. p. 16.

(81) Voir en ce sens P. Bon "Droit de propriété", in "Dictionnaire constitutionnel", op. cit., p. 324.

(82) J.-Y. Cherot, "Les rapports du droit civil et du droit constitutionnel" à propos de la "civilisation du droit constitutionnel", Journal des économistes des études humaines, vol. 1 N° 4, décembre 1990, p. 511.

(83) Cf. en ce sens Cons. constit. déc. 89-256 DC du 25 juillet 1989 "T.G.V. Nord", Rec. p. 53.

reposer exclusivement sur la valeur réelle du bien considéré, indépendamment du but poursuivi par la collectivité. Pour d'autres au contraire, l'indemnisation du bien devrait correspondre, non pas à sa valeur réelle, mais à la charge que représente pour la société, l'acquisition de ce bien dans un but d'intérêt général (84).

S'il est vrai que la jurisprudence constitutionnelle française se rattache principalement à la première de ces conceptions, il semble excessif d'écarter purement et simplement la seconde. Le Conseil constitutionnel a progressivement, depuis 1982, déterminé le contenu du droit de propriété à travers lequel on peut percevoir un recours au principe d'égalité. D'abord larvé, ce recours s'est fait de plus en plus net.

Dans la décision 81-134 DC "Nationalisations I" (85), si la déclaration de non conformité repose sur l'absence du caractère "juste" de l'indemnisation, certains termes de la décision démontrent que le respect du principe d'égalité n'a pas été absent du raisonnement du juge. Ainsi le Conseil estime-t-il *"que la méthode de calcul de la valeur d'échange (des actions des sociétés nationalisées) conduit à des inégalités de traitement dont l'ampleur ne saurait être justifiée par les seules considérations pratiques de rapidité et de simplicité"* (86). Certains auteurs ont souligné assez rapidement cette liaison entre les justifications de l'indemnisation et le principe d'égalité (87). Au demeurant, ainsi que cela a été signalé (88), il n'y aurait là qu'une interprétation logique de l'article 17 de la Déclaration de 1789.

Cette attitude a été confirmée ultérieurement dans d'autres décisions.

Dans la décision 85-198 DC "Amendement Tour Eiffel" (89), après avoir distingué l'atteinte et la dépossession de propriété, le Conseil constitutionnel estime que l'imposition de servitudes sur les propriétés (implantation de réémetteurs hertziens - antenne T.V.) ouvre droit à indemnité. Il fonde son raisonnement, non pas sur le caractère juste de l'indemnisation, mais explicitement sur le principe d'égalité devant les charges publiques, suivant des modalités proches de celles qu'il avait employées dans la décision "Nationalisations I" : *"que cependant le principe d'égalité devant les charges publiques ne saurait permettre d'exclure du droit à réparation un élément quelconque du préjudice indemnisable..."*. Tout comme en matière d'expropriation, le préjudice direct, matériel et certain est indemnisé, mais ici sur le fondement de l'égalité devant les charges publiques.

Un lien encore plus net entre l'égalité devant les charges publiques et le droit de propriété, a été révélé par la décision 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986 "Privatisations" (90). En accordant à la propriété publique une protection égale à celle de la propriété privée, le Conseil constitutionnel "officialise" le lien existant entre la protection de la valeur de la propriété et le principe de l'égalité devant les charges publiques : *"considérant que la Constitution s'oppose à ce que des biens ou des entreprises faisant partie de patrimoines publics soient cédés à des personnes poursuivant des fins d'intérêt privé pour des prix inférieurs à leur valeur ; que cette règle découle du principe d'égalité invoqué par les députés auteurs de la saisine qu'elle ne trouve pas moins un fondement dans les dispositions de la Déclaration de 1789 relative au droit de propriété et à la protection qui lui est due"* (91). Il semble même

(84) V. sur la présentation de ces deux conceptions et leur adoption par les différents pays européens "Le droit de propriété dans les jurisprudences constitutionnelles européennes", p. 207 AIJC 1985, *Economica* - PUAM.

(85) Cons. constit. 16 janvier 1982, Rec. p. 16.

(86) Cons. 38 de la décision.

(87) L. Philip, "Le droit de propriété dans les jurisprudences constitutionnelles européennes - France", AIJC 1985, p. 268, spéc. p. 272.

(88) Cf. supra Chap. I, section 1, § 1.

(89) Cons. constit. déc. du 13 décembre 1985, Rec. p. 83.

(90) GDCC N° 41, Cons. constit. Rec. p. 61.

(91) Cons. 58.

que ce soit cette combinaison entre l'égalité devant les charges publiques et l'article 17 de la Déclaration de 1789 qui permette d'étendre la protection de la propriété privée à la propriété publique ; cela pourrait s'expliquer par un raisonnement assez simple : la propriété des entreprises publiques appartient à l'ensemble des citoyens ; il semblerait injuste et inégal que certains d'entre eux puissent profiter d'un prix de cession d'actifs d'entreprises publiques, inférieur à leur valeur réelle. Cela équivaldrait à amputer une partie de la richesse de la collectivité. Il faut souligner ici l'imbrication étroite qui unit les concepts de "juste", d'"équitable" et d'"égal" : ils apparaissent en ce domaine intimement liés au point d'être interchangeables.

L'interprétation retenue par le Conseil constitutionnel dans sa décision privatisations, a été confirmée dans les mêmes termes dans la décision 86-217 DC du 18 septembre 1986 "Privatisation de T.F.1" (92). La Haute Juridiction rejette cependant l'argument en estimant que les règles de cession prévues par le législateur ne méconnaissent pas les principes fixés dans la décision des 25 et 26 juin 1986 et notamment celui qui conférerait à groupe particulier d'acquéreurs un avantage indu.

On retrouve cette liaison entre le calcul du montant de l'indemnisation et le principe d'égalité devant les charges publiques, dans la décision 87-232 DC "Mutualisation de la Caisse Nationale de Crédit Agricole" (93).

Bien que l'expression soit moins explicite, le Conseil constitutionnel considère que la fixation du prix de cession de la caisse nationale du Crédit Agricole doit répondre à des conditions "*objectives et impartiales dans le respect des techniques appropriées*". (On remarquera que dans le recueil des décisions du Conseil constitutionnel, la formulation des abstracts, relative à cette décision évoque indifféremment le respect du droit de propriété et l'égalité devant les charges publiques, à propos du considérant 26. Bien que cette remarque n'ait aucune valeur juridique, elle témoigne une nouvelle fois, de l'assimilation faite entre les deux principes).

La consécration définitive du rapport entre l'indemnisation de la propriété et l'égalité devant les charges publiques peut être décelée dans la décision 89-256 DC "T.G.V.- Nord" (94).

Le Conseil constitutionnel estime "*que le principe constitutionnel d'égalité implique que tout propriétaire d'un bien exproprié pour cause d'utilité publique, soit indemnisé de l'intégralité du préjudice direct, matériel et certain (...) causé par l'expropriation ; que les dispositions précitées de l'article L 15-9, loin de méconnaître cette exigence, en font au contraire une exacte appréciation puisqu'elles prévoient l'octroi d'une indemnité spéciale destinée à compenser le préjudice causé par la rapidité de la procédure adoptée*" (95). Le juge constitutionnel utilise ici le principe d'égalité comme une garantie du caractère juste de l'indemnisation.

Enfin, une décision 89-267 DC "Adaptation de l'exploitation agricole à son environnement économique et social" (96) conforte la jurisprudence élaborée progressivement par le Conseil constitutionnel et écarte définitivement tout doute sur l'interdépendance des deux principes : "*Considérant cependant qu'il résulte du respect dû au droit de propriété garanti par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, comme du principe d'égalité devant les charges publiques qui découle de son article 13, que le prix d'un bien délaissé au profit d'une association syndicale autorisée, ne saurait être inférieure à sa valeur*" (97). Deux observations

(92) Cons. constit. Rec. p. 141, cons. 47.

(93) Cons. constit. 7 janvier 1988, Rec. p. 17, cons. 26.

(94) Cons. constit. 25 juillet 1989, Rec. p. 52, RFDA 1989 p. 1009 note P. Bon, spéc. p. 1014.

(95) Cons. 24.

(96) Cons. constit. 22 janvier 1990, Rec. p. 27.

(97) Cons. 18.

peuvent être formulées sur cette disposition. En premier lieu, les termes employés, par leur généralité, semblent conférer à ce texte le caractère d'un considérant de principe. Le Doyen L. Favreau (98) estime à cet égard *"qu'il y a là une utilisation originale et prometteuse des articles 2 et 13 combinés de la Déclaration"*. En second lieu, la référence à la propriété et à l'égalité apparaît davantage finalisée. La propriété est ici visée dans son intégralité à travers l'article 2 de la Déclaration de 1789 : cela signifie que l'indemnisation concerne non seulement la propriété immobilière visée par l'article 17, mais également, la propriété mobilière incluse dans l'article 2. L'égalité est, elle aussi précisée ; référence n'est plus faite au seul principe d'égalité, mais aussi au principe d'égalité devant les charges publiques que le Conseil constitutionnel tire de l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (99).

L'analyse de cette jurisprudence démontre que l'égalité devant les charges publiques constitue l'un des fondements de la protection de la propriété. ceci ne sera pas sans conséquence sur la conception "propriétaire" ou "sociale" de ce droit (100). On remarquera également, que cet appel au principe d'égalité devant les charges publiques par le juge constitutionnel renforce la protection du droit de propriété en général. En effet, le législateur se trouve contraint par ce biais, dès l'élaboration de la loi, au respect de l'égalité devant les charges publiques ; cela diminue d'autant les risques pour un propriétaire dépossédé d'avoir à saisir le juge ordinaire a posteriori, s'il s'estimait lésé par l'indemnisation qui lui a été fournie (101).

§ 2 - L'intervention du principe d'égalité devant les charges publiques dans les autres domaines

L'apport du principe d'égalité devant les charges publiques se ressent également dans d'autres domaines.

La tarification des services publics a été l'occasion, en 1979, d'ériger le principe d'égalité devant les charges publiques en principe à valeur constitutionnelle : il se présentait comme le corollaire du principe d'égalité (102). Dans la décision 79-107 DC "Ponts à péage" (103), le Conseil constitutionnel a considéré que ne présentait pas de contrariété à la Constitution, l'institution de tarifs différents motivée, soit par *"une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation de l'ouvrage d'art, soit (par) la situation particulière de certains usagers"*.

Ce n'est plus l'intérêt général qui est pris en compte dans la décision 86-225 DC "Amendement Seguin" (104) mais *"l'intérêt du service public"* hospitalier. En l'espèce, le Conseil constitutionnel a admis que *"n'y fait pas obstacle"* la loi qui autorise certains médecins à y exercer leur activité libérale, dans la mesure où ils sont *"tenus de verser à l'établissement une redevance pour service rendu"* qui correspond à des dépenses ainsi occasionnées *"ceux des praticiens (n'ayant) pas passé de contrat d'activité libérale, bénéficieront d'une protection sociale accrue"* ; ainsi l'égalité devant les charges publiques n'est pas rompue. Le Conseil constitutionnel estime dans l'un et l'autre cas que la discrimination est justifiée par un intérêt

(98) Obs. in RFDC 1991 N° 2 p. 230.

(99) On trouve ici une confirmation de l'idée selon laquelle l'article 13 de la Déclaration ne concerne pas uniquement l'égalité devant l'impôt, mais l'égalité devant les charges publiques dans son intégralité - Cf. Supra cette partie, Ch. 1.

(100) Cf. infra II partie, Ch. 1.

(101) Voir en ce sens, L. Favreau, "La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le droit de propriété proclamé par la Déclaration de 1789", p. 123, spéc. § 4.2 in "La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence constitutionnelle", PUF, Paris, 1989.

(102) Dont la valeur constitutionnelle avait été reconnue dans la décision "Taxation d'office", op. cit.

(103) Cons. constit. déc. du 12 juillet 1979, Rec. p. 31.

(104) Cons. constit. déc. du 23 janvier 1987, Rec. p. 13, cons. n° 23.

précisément désigné. Dans la première décision, c'est "*l'intérêt général en rapport avec les conditions du service*"; dans le second cas, c'est l'intérêt particulier du service public hospitalier. Il semble que le Conseil constitutionnel ne saurait admettre que n'importe quel intérêt général soit invoqué pour justifier une atteinte au principe d'égalité. La spécificité des charges publiques ne se différencie pas du principe général d'égalité dans le cas présent.

La même remarque peut également être opérée à l'encontre de la décision 90-284 DC "Conseiller du salarié" (105). Le Conseil constitutionnel se réfère à l'intérêt général que représente l'institution d'un conseiller du salarié pour justifier les charges supportées par les employeurs. Il est intéressant de souligner que le juge constitutionnel a relevé explicitement que les charges subies par les employeurs étaient remboursées par l'État, (106) ou du moins "*déductibles du montant de (leur) participation au financement de la formation professionnelle continue*" (107).

Il convient de rapprocher cette démarche employée par le juge en 1991 de celle adoptée dans la décision 84-183 DC du 18 janvier 1985 "Redressement et liquidation judiciaire des entreprises" (108). En effet, dans cette décision, le juge constitutionnel a pris soin d'indiquer que le législateur pouvait modifier l'ordre des créanciers d'entreprises en difficulté, dans le cas où ceux-ci "*ont concouru à la réalisation de l'objectif d'intérêt général de redressement*" de ces entreprises afin que leur soit évitée une mise en liquidation judiciaire (109). Dans cette hypothèse, le législateur "*n'est pas astreint à prévoir quelque indemnisation que ce soit*". On constate ici une différence notable dans la manière dont le Conseil constitutionnel expose son raisonnement. Dans la décision de 1985, la compensation dont vont bénéficier les créanciers qui voient modifier leur ordre dans le remboursement de leurs créances, ne se trouve pas dans une indemnisation prévue par le législateur. Le juge constitutionnel reste muet sur les modalités qui le conduisent à considérer que le contenu du principe d'égalité a été respecté. Cependant, on ignore en quoi consiste la compensation de la charge subie. A l'inverse, dans la décision de 1991, le Conseil prend soin d'exposer la consistance de la compensation. Celle-ci réside dans les garanties contenues dans la loi elle-même, et dans un article du Code du travail, déjà existant (110).

Le principe d'égalité devant les charges publiques s'attache particulièrement au respect du principe de responsabilité et du droit à réparation.

Le Conseil constitutionnel a donc censuré par deux fois, deux lois qui contenaient dans leurs dispositions un régime d'irresponsabilité absolue. La première décision 88-248 DC "C.S.A" (111) concernait le futur président du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel dont les décisions ne devaient pas engager sa responsabilité personnelle (112). La seconde 82-262 DC "Immunité parlementaire" (113), s'est opposée à une législation d'opportunité. Celle-ci avait pour but de protéger un parlementaire (A. Vivien) des nombreux recours qui avaient été intentés contre lui à l'occasion d'un rapport portant sur "les sectes en France", que lui avait confié le Gouvernement dans le cadre d'une mission. Si le but était louable, le moyen juridique était contestable. Par ces deux décisions, le juge constitutionnel a montré

(105) Cons. constit. déc. du 16 janvier 1991, J.O. 18 janvier 1991, p. 923 ; D 1991, J. p. 321 note X. Prétot ; B. Mathieu, chron. p. 122.

(106) Cons. 9.

(107) Ib. id.

(108) Rec. p. 32.

(109) Cons. 5.

(110) Art. L. 451-1 Code Trav., article de valeur législative.

(111) Cons. constit. du 17 janvier 1989, Rec. p. 18.

(112) Cons. 9.

(113) Cons. constit. déc. du 7 novembre 1989 Rec. p. 90.

son hostilité aux immunités absolues quelles qu'elles soient. En revanche, l'institution d'un régime de responsabilité allégée est admis par le Conseil (114). Le juge constitutionnel prend soin de relever dans sa décision, que l'irresponsabilité prévue dans la loi ne s'étend pas à la responsabilité pénale des membres des conseils d'administration ou de surveillance représentant les salariés, qu'elle est motivée par diverses considérations telle que la gratuité dans l'exercice du mandat et l'impossibilité d'une exonération par l'État.

En matière de responsabilité, le Conseil constitutionnel a admis qu'une loi puisse imposer à un employeur la réintégration d'un salarié protégé responsable de son licenciement. En revanche, la charge que ne peuvent supporter les employeurs, est celle qui consiste à les obliger à réintégrer un salarié protégé licencié pour faute lourde. Le juge constitutionnel a considéré que cette contrainte *"excéderait manifestement les sacrifices d'ordre personnel ou d'ordre patrimonial qui peuvent être demandés aux individus dans l'intérêt général"* (115).

La réparation, quant à elle, est considérée comme un droit par le Conseil constitutionnel. Les personnes qui subissent les conséquences d'une loi dont l'intérêt général est incontestable, ne peuvent en être spoliées : *"le législateur (...) ne peut en revanche, même pour réaliser les objectifs qui sont les siens, dénier dans son principe même le droit des victimes d'actes fautifs, (...) à l'égalité devant la loi et devant les charges publiques"* (116).

Cependant, dans le cas d'un préjudice ne présentant qu'*"un caractère éventuel"*, les membres d'une profession supprimée ne peuvent se plaindre d'une rupture d'égalité devant les charges publiques dans la mesure où la loi prévoit à leur égard des mesures facilitant l'accès aux nouvelles professions; dans ce cas cette violation du principe n'est pas jugée contraire à la Constitution (117).

En revanche, si le Conseil constitutionnel considère que les compensations aux charges créées par une loi suffisent pour que l'égalité devant les charges publiques ne soit pas rompue, il peut dans la même décision, indiquer que ce même moyen peut être invoqué devant le Conseil d'État, dans le cas où un préjudice résulterait de l'application de la loi (118).

On constate que l'application du principe d'égalité devant les charges publiques présente dans ces dernières matières une fréquence d'utilisation moindre que celle relevée dans l'étude des jurisprudences portant sur l'évaluation de la propriété ou encore dans le domaine fiscal. On remarquera cependant que la mise en oeuvre du principe d'égalité devant les charges publiques dégage ici toutes les subtilités des combinaisons que réalise le juge constitutionnel avec les articles portant sur ce principe. Mais l'étude de ce principe, si elle se terminait à ce stade, serait largement incomplète. Le principe d'égalité devant les charges publiques tel qu'il est mis en oeuvre par le juge constitutionnel possède différentes fonctions qu'il faut maintenant envisager.

(114) Cons. constit. déc. 83-162 DC des 19 et 20 juillet 1983 "Démocratisation du secteur public", Rec. p. 43.

(115) Cons. constit. déc. 88-244 DC du 20 juillet 1988 "Loi d'amnistie", Rec. p. 119, cons. 22 à 24.

(116) Cons. constit. déc. 82-144 DC du 22 octobre 1982 "Irresponsabilité pour fait de grève", Rec. p. 61, D.J. p. 189, note F. Luchaire.

(117) Cons. constit. déc. 84-182 DC du 18 janvier 1985 "Administrateurs judiciaires", Rec. p. 27.

(118) Cons. constit. déc. 89-254 DC du 4 juillet 1989 "Dénoyautage des entreprises privatisées", Rec. p. 41.

DEUXIÈME PARTIE - LES FONCTIONS DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ DEVANT LES CHARGES PUBLIQUES

L'analyse des seules décisions portant sur ce sujet serait décevante si on ne poussait pas plus avant l'étude du principe d'égalité devant les charges publiques. Il apparaît en effet, qu'à ce seul niveau, l'égalité devant les charges publiques ne présente pas un intérêt bien distinct de celui du principe général d'égalité devant la loi. Or, justement, il semble que ce principe possède une utilité particulière. L'égalité devant les charges publiques apparaît comme un moyen d'encadrer efficacement la "constitutionnalité des normes". Les trois "pouvoirs" sont concernés par l'interprétation qu'en donne le Conseil Constitutionnel. Le principe d'égalité devant les charges publiques s'adresse au pouvoir législatif pour l'avenir, au pouvoir exécutif pour sa mise en oeuvre et au pouvoir juridictionnel pour le respect de son application. On peut alors s'interroger sur la fonction exacte de cet aspect du principe d'égalité. Il convient de rappeler que le principe d'égalité devant les charges publiques est une norme. S'il reste avant tout une norme de référence, on constate également qu'il peut s'analyser fonctionnellement comme une technique de contrôle au profit du juge constitutionnel. Cela ne signifie pas qu'il constitue matériellement une telle technique. C'est le rôle que lui fait jouer le Conseil constitutionnel qui s'assimile à cette fonction.

Ainsi l'égalité devant les charges publiques apparaît comme une arme entre les mains du Conseil, qui l'utilise précautionneusement.

CHAPITRE I - LES FONCTIONS IMMÉDIATES DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ DEVANT LES CHARGES PUBLIQUES

Les fonctions immédiates du principe concernent aussi bien sa mise en oeuvre directe par le législateur (Section 1) que les répercussions qu'il entraîne sur la détermination du contenu d'autres normes constitutionnelles (Section 2).

Dans le premier cas, l'égalité devant les charges publiques se présente comme un élément modulateur du pouvoir discrétionnaire du législateur. Dans le second cas, il joue le rôle de catalyseur des autres principes à valeur constitutionnelle.

SECTION 1 - L'encadrement du pouvoir discrétionnaire du législateur

L'égalité devant les charges publiques ne se présente pas comme le moyen de bloquer l'exercice du pouvoir discrétionnaire du législateur. Au contraire, le but du Conseil constitutionnel n'a jamais été de s'opposer au législateur, mais de l'amener au respect des normes constitutionnelles. Il est aidé en cela par différents principes qui présentent, en chacun d'eux une particularité singulière. L'égalité devant les charges publiques ne supprime pas l'exercice par le législateur de son pouvoir discrétionnaire. Mais cela ne signifie pas que ce principe soit neutre ; il institue des limites auxquelles doit se soumettre le législateur qui voit ainsi son action encadrée.

§ 1 - *Le respect du pouvoir discrétionnaire*

"Le principe d'égalité devant les charges publiques s'applique au législateur comme une source d'inspiration politique, comme un but auquel il doit tendre. Mais le législateur est libre de l'interpréter et de l'appliquer comme il l'entend. Sa volonté étant irréfutable et incontestable, doit être prise comme une donnée qui s'impose

en toute hypothèse. Elle est le premier élément de l'égalité devant les charges publiques, la garantie primordiale de son application. Les deux aspects sont liés. En temps ordinaire, la légalité des charges publiques l'emporte sur l'égalité devant les charges publiques. Ou plutôt la première entraîne nécessairement la seconde" (119). L'interprétation donnée par le professeur P. Delvolvé du pouvoir discrétionnaire du législateur correspond à la définition fournie par Ch. Eisenmann : "le pouvoir de prendre n'importe quelle norme, dans n'importe quelle circonstance, à n'importe quelle fin" (120). Le professeur Delvolvé mentionne dans une simple note, à l'appui de ce qui vient d'être énoncé, qu'il existe des hypothèses où le Conseil constitutionnel peut être saisi par le Président de la République, le Premier Ministre ou le Président de l'une ou l'autre Assemblée, ce qui démontre le peu d'importance qui lui était accordé à l'époque (!). Pendant longtemps, on a rendu compte de la puissance détenue par le législateur en terme de souveraineté ou de puissance. Bien que le législateur était soumis à des normes supérieures, il appartenait au Conseil constitutionnel de les transformer en normes obligatoires. Or, jusqu'en 1971, il se contentait de contrôler la légalité externe de l'acte qui lui était déféré. Les articles 37 et 41 de la Constitution de 1958 étaient les seuls auxquels il faisait référence. La théorie de la souveraineté parlementaire fut irrémédiablement ébranlée lorsque le 16 juillet 1971, le Conseil constitutionnel exerça pour la première fois un véritable contrôle sur le fond de la loi (121). Cette nouvelle démarche trouva matière à s'appliquer lorsque par la réforme constitutionnelle du 29 octobre 1974, la saisine constitutionnelle s'est élargie au profit des parlementaires.

La pratique démontre que le juge constitutionnel accorde une large place au pouvoir discrétionnaire. Il a lui-même énoncé sa propre conception sur les rapports qu'il entretient avec le législateur. Dans la décision 74-54 DC "I.V.G." (122) il exprime ainsi *"considérant que l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen"*.

La confrontation avec les normes constitutionnelles, et particulièrement avec le principe d'égalité devant les charges publiques, confirme cette attitude. Aucune d'elles n'a jamais supprimé le pouvoir discrétionnaire du législateur. Le juge constitutionnel accorde au Parlement (et au Gouvernement) une large responsabilité dans le choix de l'opportunité des règles. C'est cette idée qui prime particulièrement en matière fiscale.

Le juge en ce domaine, préserve particulièrement la susceptibilité du législateur. Le nombre limité de censures confirme cette idée. Les dispositions fiscales annulées portent essentiellement sur les droits des contribuables à l'égard de l'administration fiscale. Ce qui signifie que la protection accordée par le juge constitutionnel concerne plus les droits fondamentaux des individus que leur protection à l'égard des impositions elles-mêmes. Dans le domaine de la fiscalité, le juge constitutionnel met l'accent sur le respect du principe de la "légalité fiscale" : le nécessaire

(119) P. Delvolvé, "Le principe d'égalité devant les charges publiques", p. 19 et 20, Paris LGDJ 1969.

(120) "Le droit administratif et le principe de la légalité", EDCE 1957, p. 25 ; l'auteur s'exprime cependant ici à travers une définition synthétique. Il donne une définition plus précise du pouvoir discrétionnaire (et plus nuancée) dans son "Cours de droit administratif", vol. 2, pp. 656 et s., LGDJ, Paris, 1983 ; on remarquera que ce cours a été professé en même temps que l'article précité (1957-1958).

(121) Cons. constit. Déc. 71-44 DC "Liberté d'association", Rec. p. 29, GDCC 6, n° 19.

(122) Cons. constit. déc. du 15 janvier 1975, Rec. p. 19, GDCC 6 n° 23, cons. 1.

sacrifice doit être assuré par la loi ; le législateur doit empêcher toute fraude fiscale (123) *"qu'en dépit d'effets de seuils inhérents à la classification retenue par le législateur, de telles dispositions n'entraînent pas de rupture caractérisée de l'égalité entre les contribuables eu égard au fait que le taux maximum applicable reste limité"*, (également cons. 78) *"considérant que la taxe forfaitaire de 3 pour cent sur la valeur vénale des immeubles possédés en France par des personnes morales n'y ayant pas leur siège social tend, dans l'intention du législateur (...) (à) lutter contre la fraude fiscale, (...) qu'eu égard à l'objectif ainsi poursuivi, le législateur a pu, sans méconnaître (...) l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme fixer le taux à 3 pour cent, alors même que le taux de l'impôt de solidarité est au maximum de 1,5 pour cent."*

Le principe d'égalité devant les charges publiques sert plus le législateur qu'il ne le contraint dans l'application qui en est faite par le juge constitutionnel.

Cette attitude se retrouve de la même manière dans d'autres domaines. Elle démontre la prudence avec laquelle évolue le juge constitutionnel à l'égard des décisions législatives ; *"le vrai péril à éviter n'est pas que les juges créent du droit, ni qu'ils apparaissent comme accomplissant cette tâche, mais c'est que les traits qui caractérisent le processus juridictionnel, du point de vue formel, soient l'objet d'une perversion. Les traits en question, qui font la grande force et constituent la grande vertu de la fonction judiciaire peuvent en même temps, il est vrai, entraîner certaines "limitations" ou handicaps de cette fonction. (...) Il suffira pourtant d'observer que, lorsque les handicaps inhérents à la fonction judiciaire se font le plus sentir, il y a lieu pour les juges de se montrer plus prudents, d'observer une comportement de réserve (self restrained), et aussi de prendre un plus grand soin de marquer cette attitude de réserve et de prudente abstention"* (124).

Le professeur Cappelletti a ainsi défini exactement l'attitude du juge constitutionnel. Mais celle-ci laisse un certain goût de frustration. Le sentiment de l'inefficacité du principe d'égalité devant les charges publiques. En effet, on ne comprend pas sur l'instant, les raisons qui maintiennent le juge dans sa réserve alors que l'on a le sentiment d'une injustice flagrante. On s'interroge alors sur le contenu de la norme, l'attitude du juge découle-t-elle de l'imperfection du principe, de son imprécision ? Cette idée n'est pas inexacte bien que le Conseil constitutionnel ait pallié cet inconvénient, mais la raison essentielle du "self restrained" dans lequel se cantonne le juge constitutionnel, relève de la nature du contrôle qu'il lui appartient d'exercer. Le législateur prend des décisions politiques que le juge constitutionnel doit contrôler dans le seul cadre juridique, le Conseil constitutionnel doit imposer le respect du principe d'égalité devant les charges publiques par rapport aux éléments juridiques dont il dispose. Il ne lui appartient pas d'apprécier si la législation lui semble juste ou non. La notion de juste est politique et non juridique. Si l'application du principe d'égalité devant les charges publiques permettait une sanction motivée sur une appréciation du juste, on dépasserait le cadre d'un contrôle juridique, au risque de tomber dans un gouvernement des juges.

Mais cette démonstration ne doit pas donner l'impression que le pouvoir discrétionnaire est libre de toute contrainte. Le contrôle juridique maintient le pouvoir du législateur, mais il le cantonne dans un certain nombre de limites.

(123) Voir pour exemple Cons. constit. Déc. 89-268 DC du 29 décembre 1989 "Loi de finances pour 1990", Rec. p. 110, cons. 33.

(124) M. Cappelletti, "Des juges législateurs ?" in "Le pouvoir des juges", p. 113, *Économica* - PUAM 1990.

§ 2 - Les limites du pouvoir discrétionnaire du législateur

La grande majorité des décisions déclarées non contraires à la Constitution ne doit pas laisser penser que le juge constitutionnel exerce un contrôle de l'égalité devant les charges publiques de façon partielle, voir inexistante. Au contraire, ce principe possède en lui un double visage. L'égalité devant les charges publiques est principalement une norme de valeur constitutionnelle. Elle permet de faire peser sur certains membres de la collectivité une charge dans l'intérêt général, qui devra trouver une compensation pour ne pas rompre l'égalité (abstraite) entre les individus. L'application du principe par le Conseil constitutionnel lui permet de vérifier que la discrimination instituée par la loi est justifiée par une distinction entre individu ou un motif d'intérêt général en rapport avec la loi. Cette première étape peut s'analyser comme le tronc commun de tous les sous-principes, du principe général d'égalité. Mais il appartient au juge constitutionnel de vérifier également que la compensation octroyée par le législateur est "équitable", c'est à dire suffisante. Dans cette démarche, le principe d'égalité devant les charges publiques apparaît comme une technique de contrôle. C'est ainsi que l'égalité devant les charges publiques est une norme que le juge constitutionnel utilise formellement comme une technique de contrôle à l'encontre du pouvoir discrétionnaire du législateur. L'égalité devant les charges publiques apparaît donc, comme une des limites qui permet d'encadrer le pouvoir du législateur tout en le respectant.

En tant que principe, l'égalité devant les charges publiques présente deux aspects opposés. Lorsqu'il porte sur l'égalité, le principe impose son respect sans contraindre le législateur à se conformer à l'idée que s'en fait le Conseil constitutionnel. Cela pour différentes raisons, tout d'abord parce que cela permet au Conseil constitutionnel de ne pas fournir la définition positive de l'égalité, et enfin, parce qu'une telle définition serait illusoire. En effet, l'égalité constitue un but à atteindre : elle ne sera jamais une réalité concrète mais seulement une réalité juridique. Cependant, l'égalité devant les charges publiques s'oriente plus précisément vers un des aspects de l'égalité. Cette précision permet de canaliser l'action du législateur sans que le juge constitutionnel puisse la déclarer "conforme" mais toujours "non contraire" à la Constitution.

En tant que technique, l'égalité devant les charges publiques permet au juge constitutionnel de vérifier que la charge émise ne dépasse pas ce qui est admissible. Dans cette démarche, il ne lui appartient jamais de définir si la compensation prévue est juste. La définition de ce qui est juste appartient au seul législateur. Le Conseil constitutionnel se doit de rester un organe juridique, or, en matière d'égalité, la frontière entre les deux domaines est difficile à trouver. C'est la raison pour laquelle, le contrôle exercé par le juge constitutionnel est négatif ; il vérifie ce qui lui semble ne pas être manifestement injuste. Le principe d'égalité devant les charges publiques offre une liberté de choix considérable au législateur. Il lui permet d'exercer pleinement en ce domaine, son pouvoir discrétionnaire. La "technique" de l'égalité devant les charges publiques permet de limiter ce choix en désignant ce qui, au regard de la norme constitutionnelle, apparaît manifestement disproportionné. Il appartient au seul législateur de prendre la décision finale, mais certaines voies lui sont désignées comme inaccessibles, par le juge constitutionnel.

Concrètement, les relations entre le législateur et le juge constitutionnel se forment dans le temps. Le Conseil constitutionnel fonde sa politique jurisprudentielle à travers ses décisions. Leur étude permet de révéler l'orientation choisie par le Conseil, pour cela, il dispose de différentes techniques. La première consiste à s'opposer brutalement au législateur par une "décision-censure", d'inconstitu-

tionnalité (125), mais cette opposition n'est bénéfique que dans la mesure où le juge constitutionnel indique l'élément qui lui semble manifestement inégalitaire. Il peut également préciser les moyens de remédier à l'inconstitutionnalité sans pour cela adresser des injonctions au législateur (126), mais le plus souvent, le juge constitutionnel déclare la non contrariété d'une disposition en procédant à son interprétation. On découvre ainsi dans les motifs ou le dispositif la formule : "*toute autre interprétation serait contraire à la Constitution*" (127).

La technique de la conformité sous réserve n'est utilisée que pour renforcer celle contenue dans le principe d'égalité devant les charges publiques. Le "manifestement excessif" permet au Conseil constitutionnel de participer à une certaine forme de contrôle de rationalité, de proportionnalité de l'action législative.

Ainsi dans la décision 91-302 DC "Loi de finances pour 1992" (128), le Conseil constitutionnel précise "*que les donations qui satisfont à ces conditions ne présentent pas, eu égard à l'objet de l'article 15-1 de la loi, une différence par rapport aux donations passées devant notaire qui serait susceptible de justifier (...) la discrimination pratiquée*" (Cons. 6).

Le rapport entre le contrôle du principe d'égalité et de la proportionnalité a été souligné à diverses reprises (129). L'examen du rapport de proportionnalité réside dans la vérification de l'absence de disproportion entre le type de discrimination établie par le législateur (nature, degré) et l'objectif poursuivi par la loi (il s'agit donc d'un contrôle de la rationalité existante entre le motif invoqué et le but poursuivi). Le principe d'égalité devant les charges publiques marque, peut être de façon encore plus nette, ce rapport de l'absence de disproportion : ainsi que cela a été signalé, il consiste à vérifier ce qui a été précédemment énoncé pour le principe général d'égalité, mais s'y ajoute de surcroît l'idée d'une analyse de la compensation existant entre les charges imposées et la discrimination instituée dans l'intérêt général. A une analyse qualitative de la proportionnalité s'ajoute donc une analyse quantitative. Le juge est amené implicitement à examiner le lien entre les charges imposées et les avantages escomptés. Ce mode de raisonnement n'est pas sans rappeler celui employé par le juge administratif à travers le contrôle du bilan coûts-avantages, raisonnement issu de la théorie économique qui est également employé par la Cour Suprême des États-Unis (130). Il justifie de façon encore plus marquée, la nécessité du lien entre égalité devant les charges publiques et proportionnalité.

Cette analyse n'est pas propre au Conseil constitutionnel français. Elle est inhérente au concept d'égalité, et se retrouve dans d'autres jurisprudences constitutionnelles européennes. Ainsi, le professeur Delpérée et Madame Rasson-Roland ont pu souligner l'existence de ce lien entre égalité et proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage, à propos d'une décision du 13 juillet 1989, relative aux laboratoires non hospitaliers (131).

(125) Cf. Cons. constit. déc. 85-200 DC du 16 janvier 1986 "Cumul emploi-retraite", Rec. p. 9, cons. 18.
 (126) Cons. constit. déc. 83-164 DC du 29 décembre 1983 "Perquisitions fiscales", Rec. p. 67, GDCC 6 n° 36, cons. 29 et 30 : "*les dispositions de l'article 89 (...) ne sauraient dès lors, en l'état, être déclarées conformes à la Constitution*".

(127) Cons. constit. Déc. 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986 "Privatisations", Rec. p. 61 GDCC 6 n° 41, article premier du dispositif "*sous les strictes réserves d'interprétation énoncées plus haut, la loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social n'est pas contraire à la Constitution*"; voir également : Cons. constit. déc. 86-217 DC du 18 septembre 1986, "Privatisation de T.F.1", Rec. p. 141.

(128) Cons. constit. Déc. du 30 décembre 1991, J.O. 31 décembre 1991, p. 17434.

(129) voir X. Philippe, "Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises", *Économica-PUAM*, 1990, spéc. Première partie p. 19 et s.

(130) V. en ce sens X. Philippe, op. cit. pp. 32 et s.

(131) Chron. AIJC 1989 p. 363, spéc. p. 377, décision 21/89, III. B. 4. 5. b ; v. également CA 28 septembre 1989 III. B. 4. 8. ; v. également "La Cour d'arbitrage belge", AIJC 1988 p. 67, spéc. p. 74.

Cette attitude n'est d'ailleurs pas, à leurs yeux, sans comporter un certain danger. Une analyse similaire se retrouve chez le professeur Pizzorusso à propos de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne. Dans un article consacré au pouvoir discrétionnaire du législateur (132), l'auteur considère que le principe d'égalité permet au juge constitutionnel de vérifier le respect par le législateur d'une certaine rationalité juridique (133). Cependant, il s'empresse de préciser la démarche de la Cour constitutionnelle. D'une part, le juge constitutionnel doit censurer la loi si quelle que soit l'interprétation qu'on lui donne, elle apparaît contraire au principe d'égalité. Mais d'autre part, si plusieurs interprétations de la loi sont possibles au regard du principe d'égalité, le juge constitutionnel ne doit écarter que celles qui apparaissent susceptibles de méconnaître manifestement ce principe. On retrouve ici le rapport entre contrôle de l'absence de disproportion et encadrement du pouvoir discrétionnaire du législateur. Cette conception de l'égalité plus particulièrement de l'égalité devant les charges publiques, permet au juge de circonscrire les limites de sa compétence. Ainsi que le souligne le professeur Pizzorusso, on retrouve ici *"l'instrument (...) qui est le plus important que connaisse l'histoire de la justice constitutionnelle : la doctrine des "political questions", élaborée par la Cour Suprême des États-Unis"* (134).

On aperçoit ainsi comment le principe d'égalité devant les charges publiques a permis au juge constitutionnel d'encadrer le pouvoir discrétionnaire du législateur. Celui-ci continue de subsister tout en connaissant des limites qui sont de plus en plus précises. Il ne faut pas en déduire que l'on a assisté ces dernières années à une réduction de la marge du pouvoir discrétionnaire du législateur, mais plutôt à une description pédagogique des limites qu'il comporte ; le contrôle n'a pas été bouleversé en intensité mais apparaît davantage "expliqué" à l'adresse du législateur.

Ce n'est pas la seule fonction du principe d'égalité devant les charges publiques. Il permet également de préciser le contenu des normes constitutionnelles.

SECTION 2 - Le renforcement du contenu des normes

Le principe d'égalité devant les charges publiques ne se présente pas comme un principe "finalisé" (on entend par là un principe constituant le but principal ou exclusif, poursuivi par le législateur), ni à l'égard du législateur, ni à l'égard des autres normes constitutionnelles. Il apparaît plus comme une norme "intermédiaire" qui sert à renforcer ou moduler le contenu de certains principes de fond. Le principe général d'égalité est sous-tendu dans un grand nombre de principes constitutionnels. Il intervient pour faire respecter la mise en oeuvre d'une norme de fond (ce peut être une norme portant sur une liberté ou un droit,...). Le juge constitutionnel, dans les hypothèses où le principe d'égalité devant les charges publiques intervient, utilise son domaine d'application pour renforcer une norme de fond. Par le biais de cette pratique, on constate que ces normes de fond ne possèdent pas de valeur absolue. Le législateur doit les concilier entre elles et le principe d'égalité devant les charges publiques joue ce rôle conciliateur. On trouve une telle application dans deux domaines en particulier qui concernent le droit de propriété et la responsabilité. Le principe d'égalité devant les charges publiques vient préciser et moduler le contenu de ces normes.

(132) A. Pizzorusso, "Le contrôle de la Cour constitutionnelle sur l'usage par le législateur de son pouvoir d'appréciation discrétionnaire", AJC 1986 p. 35.

(133) ib. id. p. 47 et s.

(134) ib. id. p. 50.

§ 1 - L'évolution du contenu du droit de propriété

Le principe d'égalité devant les charges publiques a transformé la conception communément admise, du droit de propriété. La conception "propriétariste" développée au regard des textes, par la doctrine évolue vers une conception que l'on ne peut plus réellement qualifier sinon de "conception mixte" (135). La jurisprudence, sans revenir sur les grands fondements du droit de propriété, a interprété au regard du principe d'égalité devant les charges publiques, les aspects "indemnitaires" de cette norme. Sans atteindre les fondements de ce que l'on a appelé "un droit de premier rang", le juge constitutionnel l'a révélé sous un nouvel angle ; il semble avoir dégagé, au fil de sa jurisprudence, une conception "propriétariste et sociale". *"Beaucoup d'auteurs avaient pensé que la propriété n'était plus un droit fondamental tant les limites qu'elle avait subies depuis 1789 étaient grandes. Mais il ne faut pas assimiler le caractère fondamental de la propriété et son caractère absolu. La propriété est un droit fondamental alors même qu'elle n'a pas de caractère absolu"*. Le professeur Cherot résume exactement le glissement qui s'est opéré à l'égard de la conception du droit de propriété (136). Si le caractère fondamental ne peut être remis en cause (et le Conseil constitutionnel ne l'a jamais fait), son caractère absolu, même s'il est énoncé dans le Code Civil, est une conception qui n'a jamais été retenue, même par les constituants de 1789 (137). Ainsi le principe d'égalité devant les charges publiques modifie la conception de ce droit fondamental au fil des jurisprudences constitutionnelles.

Dans la décision 82-132 DC "Nationalisations I" (138), le Conseil constitutionnel pratique un contrôle de proportionnalité sur la valeur d'échange des actions cotées en bourse, après avoir solennellement affirmé la soumission du législateur à la règle supérieure. Dans un premier temps, le Conseil constitutionnel précise que l'article 34 de la Constitution *"tout comme cel(ui) qui confie à la loi la détermination des principes fondamentaux du régime de la propriété, ne saurait dispenser le législateur, dans l'exercice de sa compétence, du respect du principe et des règles de valeur constitutionnelle qui s'imposent à tous les organes de l'État"* (139), puis il décide que *"l'appréciation portée par le législateur sur la nécessité des nationalisations décidées par la loi soumise au Conseil constitutionnel ne saurait, en l'absence d'erreur manifeste, être récusée par celui-ci..."* (140). L'apport du principe d'égalité devant les charges publiques se ressent particulièrement pour l'indemnisation, concrétisée par la valeur d'échange des actions. Le juge constitutionnel considère *"que la méthode de calcul (...) conduit à des inégalités de traitement dont l'ampleur ne saurait être justifiée par les seules considérations pratiques de rapidité et de simplicité"* (141). Si l'application des conditions prônées par le principe d'égalité devant les charges publiques, en tant que technique de contrôle, voit le jour, il n'est fait aucunement référence à l'article 13 de la Déclaration. On vérifie le caractère juste de l'indemnisation en se référant au seul terme de l'article 17. Cette absence ne se retrouve pas dans la décision 85-198 DC "Amendement Tour Eiffel" (142), où le principe est nominativement visé dans les

(135) Sur l'ensemble de cette question, v. H. Pauliat, "Le droit de propriété dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives", Thèse Angers, 1991.

(136) J.-Y. Cherot, "Point de vue français sur le droit constitutionnel économique" in Table ronde de l'université de Pau et des pays de l'adour des 9 et 10 novembre 1990.

(137) V. pour plus de développement : J.-L. Mestre, "Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété", D. 1984, Chron. p. 7.

(138) Cons. constit. Déc. du 16 janvier 1982, Rec. p. 18 ; GDCC 6, n° 33.

(139) Cons. 18.

(140) Cons. 20.

(141) Cons. 58.

(142) Cons. constit. déc. du 13 décembre 1985, Rec. p. 78.

motifs (143), mais le glissement de la conception "propriétariste" vers une conception "propriétariste et sociale" ne se ressent distinctement qu'à partir de la décision 86-207 DC "Privatisations" (144). Le Conseil constitutionnel exprime cette conception dans le considérant 57 dans lequel il n'est plus question de la seule protection du propriétaire quant au caractère juste de l'indemnisation. En recommandant "que la cession à un tel prix méconnaîtrait fondamentalement le principe d'égalité en procurant aux acquéreurs de ces entreprises un avantage injustifié au détriment de l'ensemble des citoyens", le juge constitutionnel ne contrôle plus l'équilibre bilatéral qu'il convenait de respecter entre le propriétaire dépossédé et le bénéficiaire de la dépossession. Désormais, il convient de respecter équitablement le rapport des avantages et des inconvénients supportés par les deux précédents mais également par la collectivité (le bénéficiaire de la dépossession n'étant pas toujours directement la collectivité).

La permanence du contrôle de la dépossession au regard du principe d'égalité devant les charges publiques sera par la suite sans cesse confirmée. Dans les décisions 86-207 DC, 86-217 DC, 87-237 DC, 89-256 DC et 89-267 DC (145), le Conseil constitutionnel a le même souci d'obtenir dans l'évaluation du bien dépossédé (ou exproprié) la valeur la plus équitable. Cela confirme que désormais l'aspect social de l'indemnisation est systématiquement pris en compte, même s'il n'est pas le seul.

Cette conception se retrouve également dans les autres jurisprudences européennes. L'apport du principe d'égalité devant les charges publiques permet en effet de relativiser les oppositions qui avaient pu naître sur la conception des droits de propriété dans les jurisprudences constitutionnelles européennes. Il ressort en effet de l'analyse de ces décisions que les différents pays européens dotés d'une juridiction constitutionnelle possèdent une conception du droit de propriété variable qui en font tantôt un droit de premier rang, tantôt un droit de second rang. Le champ d'application de cette norme peut lui aussi être susceptible de variations : il peut ne concerner que la propriété immobilière ou englober la propriété mobilière. La conséquence de cette disparité devrait logiquement conduire à une protection différenciée de la propriété en fonction des différents pays et se traduire par des disparités dans l'indemnisation. Certains pays, tels l'Espagne par exemple, ont une conception sociale de la propriété (146) ; d'autres, tels que la France en ont une conception plus individualiste. La conséquence devrait se traduire par une meilleure protection dans le second cas que dans le premier. Or, on peut se demander si l'interprétation de ce droit par le Conseil constitutionnel et sa combinaison avec l'égalité devant les charges publiques n'aboutit pas à une réduction des différences dans le degré de protection assurée (147) ? L'analyse de la jurisprudence constitutionnelle française durant la dernière décennie tendrait à confirmer cette hypothèse : l'indemnisation "juste" tend de plus en plus à se confondre avec l'indemnisation "correcte" et il n'apparaît pas impensable de considérer que ce rapprochement est dû - au moins pour partie - au principe d'égalité devant les charges publiques.

Le droit de propriété n'est pas le seul en cause dans cet approfondissement du contrôle des normes par le biais de l'égalité devant les charges publiques.

(143) Cons. 16.

(144) Cons. constit. déc. des 25 et 26 juin 1986, Rec. p. 61.

(145) op. cit. Rec. p. 61, 141, 17, 53 et J.O. du 24 janvier 1990, p. 971.

(146) V. P. Bon, "Le droit de propriété dans les jurisprudences constitutionnelles européennes - Espagne" A.I.J.C 1985, p. 239, spéc. p. 245 ; v. également le cas de l'Italie, ib. id. p. 219.

(147) Cette analyse avait déjà été faite par le Doyen L. Favoreu, "La jurisprudence constitutionnelle et le droit de propriété...", op. cit. n° 38.

§ 2 - L'évolution du droit de la responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques

La responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques est apparue pour la première fois dans la jurisprudence du Conseil d'État (148). Son originalité réside dans le fait que les dommages en cause n'ont jamais le caractère accidentel, et qu'ils doivent répondre aux conditions de spécialité, d'anormalité et de gravité. La relation de causalité devant être également établie. La jurisprudence du Conseil d'État dégage trois grandes hypothèses de responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques, qui sont celles de la responsabilité pour dommages permanents de travaux publics, du fait des décisions administratives régulières et du fait des lois et conventions internationales.

Cette dernière application fait ressortir le lien entre la jurisprudence administrative et la jurisprudence constitutionnelle.

La première application du principe d'égalité devant les charges publiques (du fait des lois), date de 1938, dans la décision "La Fleurette" (149). Son application est avant tout conditionnée par l'inexistence explicite d'un refus d'indemnisation. Outre les conditions ci-dessus mentionnées, la difficulté réside dans le fait que les lois (et les conventions internationales) édictent par essence, des normes générales qui souvent interviennent pour satisfaire des intérêts publics supérieurs, tels la défense nationale, la santé publique,...

On constate donc que la réunion des conditions d'application du principe d'égalité devant les charges, n'est pas aisée et ne donne lieu qu'à un nombre limité de décisions.

Quoi qu'il en soit, ce régime de responsabilité sans faute ne peut jamais aboutir à un contrôle du législateur. Il établit un postulat factice de l'absence d'illégalité fautive du législateur. Si à l'origine, cette situation s'expliquait par l'absence de contrôle de constitutionnalité des lois (150), le maintien de ce régime de responsabilité sans faute est contesté par certains auteurs (151) "mais si un changement brutal de la jurisprudence du Conseil d'État est probablement exclu, il semble, en revanche, que l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel soit de nature à fragiliser gravement un système que seules soutiennent des préoccupations pratiques" (152), T. Debard révèle ainsi les relations inter-actives entre les deux juridictions. Le Conseil d'État a précédé le Conseil constitutionnel dans l'application du principe d'égalité devant les charges publiques, mais on attend maintenant de ce dernier qu'il fasse évoluer ce principe au bénéfice du premier.

Cette démarche semble simplifiée par l'identité des jurisprudences des deux juridictions : le Conseil constitutionnel s'étant appuyé sur celle élaborée par le Conseil d'État (153). Dès lors que les conditions sont identiques, le contrôle de l'égalité devant les charges publiques peut être qualifié de préventif. En effet, il engendre deux conséquences : un contrôle immédiat du contenu de la norme et une fixation des conditions de constitutionnalité du principe d'égalité devant les charges publiques.

(148) C.E. 30 novembre 1923 "Coutiéas", Leb p. 789, GAJA 9 éd. Sirey 1990, n° 45, p. 247.

(149) C.E. 14 janvier 1938 "Soc. des produits laitiers La Fleurette", Leb. p. 85 ; RDP 1938, p. 37, note L. Rolland.

(150) M.-J. Redor, "De l'État légal à l'État de droit" Economica- PUAM 1992.

(151) Cf. T. Debard, "L'égalité des citoyens devant les charges publiques : fondement incertain de la responsabilité administrative", D. 1987, chron. p. 107.

(152) T. Debard, op. cit., p. 163.

(153) Cf. M. de Villiers, "Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel", RA n° 216 et 217 1983 et 1984, p. 572 et 39.

Dans le premier cas, le juge constitutionnel vérifie si la loi déferée à son contrôle engendre une rupture de l'égalité des citoyens devant les charges publiques. Si contrairement à ce qui est allégué par les auteurs de la saisine, l'égalité devant les charges publiques n'est pas rompue, le juge constitutionnel entérinera la disposition législative. Si une discrimination est contenue dans la loi, le Conseil constitutionnel vérifiera les justifications classiques qui compensent les atteintes au principe d'égalité, mais également (nous sommes dans la matière des charges publiques) si le législateur a prévu une compensation suffisante. Dans l'hypothèse où toutes les conditions sont réunies, là encore, le juge ne peut s'opposer à déclarer la constitutionnalité de la loi. Mais s'il considère que la compensation est insuffisante, ou si elle est inexistante, le juge fixera lui-même l'indemnisation par le biais d'une conformité sous réserve. Il s'adresse donc au législateur, à qui il transmet l'information ; toute autre interprétation plongerait la loi dans l'inconstitutionnalité.

Cette technique comporte des avantages et des inconvénients. Les inconvénients par rapport à une déclaration d'inconstitutionnalité, résident dans l'absence d'un contrôle du respect de l'application des conditions énoncées. Or, dans le cas d'une annulation, le Conseil constitutionnel peut appliquer la technique du contrôle à double détente inaugurée dans les décisions des 16 janvier et 11 février 1982 "Loi de nationalisation" (154). Le respect des conditions contenues dans la première décision est lié à l'assurance d'un second contrôle, mais il comporte également des avantages. En effet, il permet d'éviter l'épreuve de force qui consiste à affronter le législateur par le biais d'une déclaration d'inconstitutionnalité. En outre, il apparaît que les interprétations émises par le Conseil constitutionnel sont respectées dans les applications de la loi. Le juge peut donc assouplir les effets d'une loi tout en restant dans un contrôle abstrait. L'interprétation de ses décisions s'adressant principalement au législateur dans l'immédiat et pour la rédaction des lois futures, mais également à l'égard des juges ordinaires (voir infra. Chap. II).

Les conséquences sur le droit de la responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques se ressentent à différents niveaux. Le contrôle à priori du juge sur les conditions de la responsabilité, renforce la sécurité juridique des citoyens. Ils peuvent immédiatement saisir l'un ou l'autre juge, si une des conditions contenue dans la décision n'est pas respectée, pour obtenir la réparation du préjudice causé par cette irrégularité (si les conditions de la responsabilité sans faute sont réunies) (155). Les délais sont ainsi raccourcis, cela traduit la supériorité du contrôle à priori. Il est probable que par l'évolution de cette pratique constitutionnelle, la jurisprudence "La Fleurette" va trouver de moins en moins à s'appliquer.

Mais un problème d'interprétation peut apparaître ; c'est celui de la réalité du contrôle abstrait des normes. Lorsqu'il fixe les conditions de la constitutionnalité d'une loi par rapport à l'égalité devant les charges publiques, le Conseil constitutionnel n'est-il pas amené implicitement à en examiner les conditions d'application par une projection dans l'avenir ? Il dépasserait ainsi le seul contrôle abstrait dans lequel il se doit d'être cantonné. Cette situation n'est pas négligeable pour l'application du principe d'égalité dans le domaine de la responsabilité.

L'effet immédiat du principe d'égalité devant les charges publiques s'exerce donc véritablement à l'égard du législateur. Mais dans cette évolution, le juge constitutionnel a su imposer sa présence tout en préservant un pouvoir discrétionnaire au législateur dont l'expression a changé. Sans affrontement spectaculaire, le Conseil constitutionnel a su imposer une certaine interprétation des

(154) Cons. constit. déc. 132 et 139 DC, GDCC 6, n° 33, spéc. 33-22.

(155) Voir sur les fondements constitutionnels du droit de la responsabilité pour et sans faute : S. Dion-Loye, "Les impératifs constitutionnels du droit de la responsabilité", LPA 1992, n° 91, p. 11, spéc. p. 13.

normes constitutionnelles qui s'impose désormais a priori, au législateur. Or, le principe d'égalité devant les charges publiques possède une influence certaine également à l'égard des juges ordinaires : c'est l'effet médiate du principe.

CHAPITRE 2 - LES FONCTIONS MÉDIATES DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ DEVANT LES CHARGES PUBLIQUES

Le contrôle de constitutionnalité des lois en France possède par nature des effets directs limités pour les citoyens (156). Le projet de réforme de la saisine du Conseil constitutionnel, discuté au Parlement au cours du printemps de l'année 1990 n'a pas abouti. La tradition du non-contrôle de constitutionnalité des lois promulguées vieille de deux siècles, si elle persiste, a cependant été fondamentalement ébranlée (157) : "La France reste l'une des seules grandes nations démocratiques où il n'est pas possible à une personne de contester la conformité d'une disposition de loi qui porterait atteinte à ses droits fondamentaux reconnus par la constitution" (158). Cette affirmation de M. Arpaillage est une exactitude certaine. Cependant, au-delà des apparences, il faut relativiser cette affirmation : l'application du principe d'égalité devant les charges publiques ne peut-elle pas moduler ce qui apparaît comme une implacable vérité ? Cette hypothèse a pu se dessiner dans ce qui a été précédemment démontré (159). Elle semble devoir trouver une confirmation dans les effets médiats du principe d'égalité devant les charges publiques.

La Constitution de 1958 dispose dans son article 62 al. 2 que "les décisions du Conseil constitutionnel... s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles". Ce texte, appliqué aux décisions portant sur l'égalité devant les charges publiques, donne à ce principe un effet supplémentaire -médiate- à l'égard principalement des juges ordinaires (160).

L'apport qui semble ainsi se dégager, se présente comme une (maigre) compensation à l'impossibilité d'un recours a posteriori devant le juge constitutionnel tel qu'il existe dans de nombreux autres pays européens (161) mais dont il faut néanmoins moduler la portée. Il permet avant tout une articulation positive entre la juridiction constitutionnelle et les juridictions ordinaires. Le même principe est appréhendé d'une manière homogène à tous les stades de sa mise en oeuvre. Les individus bénéficient alors d'une relative stabilité juridique.

SECTION 1 - L'approfondissement du respect de la hiérarchie des normes : l'articulation de l'application du principe d'égalité devant les charges publiques entre juge constitutionnel et juge ordinaire

L'application du principe d'égalité devant les charges publiques constitue la mise en oeuvre d'une norme qui, parce qu'elle est communes aux différents ordres de

(156) On entend par là qu'hormis quelques exceptions -malheureusement trop peu nombreuses-, l'invocation directe d'une norme constitutionnelle par le citoyen n'aboutit pas systématiquement à sa prise en compte en cas de défaut de mise en oeuvre par le législateur ; CE 10 décembre 1962 "Société indochinoise de constructions électriques et mécaniques", Leb. p. 676 ; CE 29 novembre 1968 "Tallagrand", Leb. p. 607, RDP 1969, p. 686, note M. Waline.

(157) V. sur la question, le numéro 4 de la R.F.D.C 1990 entièrement consacré à l'exception d'inconstitutionnalité.

(158) Déclaration du Garde des Sceaux devant l'Assemblée Nationale ; J.O. déb. Ass. Nat., 1ère séance du 24 avril 1990, p. 593.

(159) Cf. supra cette partie, chapitre 1.

(160) V. L. Favoreu, T.-S. Renoux, "Constitutionnalité des actes administratifs (Contrôle de la...)" in "Répertoire de contentieux administratif", coll. encyclopédie Dalloz, janvier 1992.

(161) V. infra Section 2.

juridictions, permet aux justiciables de présumer de l'uniformité de son interprétation. Le juge ordinaire perçoit le principe de la même manière que le juge constitutionnel (§ 1) grâce aux techniques d'interprétation utilisées par ce dernier (§ 2)

§ 1 - La réception de l'interprétation par le juge constitutionnel du principe d'égalité devant les charges publiques

Les décisions du juge constitutionnel possèdent donc par le biais de l'article 62 alinéa 2 de la Constitution une autorité particulière. Elles s'adressent en premier lieu aux autorités qui ont saisi le Conseil constitutionnel : au législateur (dans son ensemble), au pouvoir exécutif (statistiquement à l'origine d'un grand nombre de saisines toutes compétences confondues), mais également aux juges ordinaires qui devront vérifier que les actes d'application de la loi respectent les conditions de sa constitutionnalité révélées par la décision du juge constitutionnel.

Quelle place la décision du Conseil constitutionnel occupe-t-elle ? Si la jurisprudence et la doctrine ont considéré que l'autorité de chose jugée ne s'attachait qu'au dispositif des décisions du Conseil constitutionnel, la Haute juridiction a depuis 1962, élargi cette autorité "aux motifs qui sont le soutien nécessaire du dispositif" (162). C'est donc à cet ensemble que peut être confronté le juge ordinaire. Les dispositifs d'invalidation pure et simple d'une disposition législative ou ceux reconnaissant la conformité à la constitution d'un texte ne présentent, de ce point de vue, qu'un intérêt limité. Cependant, même s'il ne faut pas les négliger, le plus attrayant est représenté par la logique qui conduit le raisonnement du juge et qui se traduit assez souvent par une interprétation orientée que les différents pouvoirs -législatif, exécutif, juridictionnel- seront tenus de suivre.

L'aspect le plus original reste cependant marqué par l'effet médiat produit par l'interprétation des décisions à l'adresse des juridictions des deux ordres. Le juge administratif apparaît logiquement comme le destinataire et le bénéficiaire principal des interprétations du principe d'égalité devant les charges publiques dégagé par le Conseil constitutionnel. Le juge judiciaire ne doit toutefois pas être écarté de ce schéma. Les "litiges" résolus par le juge constitutionnel ne visent pas uniquement des personnes publiques. En matière de conflit du travail, par exemple, la décision "Loi d'amnistie" de 1988 (163) s'adresse de la même manière aux employeurs publics et privés. Dans le cadre d'un litige portant sur la réintégration de salariés protégés, les tribunaux de l'ordre judiciaire devraient logiquement se référer à la décision ou à la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur ce problème.

L'intérêt des solutions dégagées par la Haute juridiction réside essentiellement dans la fixation des conditions à respecter dans la mise en oeuvre du principe d'égalité devant les charges publiques. Cette constatation conduit à formuler deux observations. En premier lieu, comme le relève le Professeur J.-C. Escarras (164), "les décisions de conformité sous réserve sont le truchement qui permet au Conseil constitutionnel de dialoguer avec les juges ordinaires". Il relevait ainsi les inconvénients du contrôle abstrait a priori du Conseil constitutionnel et les moyens d'y pallier. En second lieu, en ce qui concerne plus précisément le principe d'égalité devant les charges publiques, on remarquera que l'interprétation générale qu'en a dégagée le Conseil d'État est antérieure à celle proposée par le Conseil constitu

(162) 7 Cons. constit. déc. 62-18 L du 16 janvier 1962 "Loi d'orientation agricole", Rec. p. 31, GDCC 6 n° 13.

(163) Cons. constit. déc. 88-244 DC du 20 juillet 1988 "Loi d'amnistie", Rec. p. 119

(164) J.-C. Escarras, "Sur deux études italiennes : de la communicabilité entre système italien et français de justice constitutionnelle", A.I.J.C 1986, p. 15, *Economica-PUAM*, 1988.

tionnel. Or, à la différence de ce qui a pu se passer dans certains autres domaines (165), cette même norme, interprétée et confrontée à la Constitution a confirmé les solutions dégagées par le juge administratif. En effet parmi les quelques décisions qui se réfèrent au principe d'égalité devant les charges publiques, les solutions dégagées par le juge constitutionnel ont approfondi les conditions relatives au principe, sans jamais produire de revirement de jurisprudence. Le juge constitutionnel a donc repris les solutions émises par le juge ordinaire (administratif) à qui il présente maintenant sa propre interprétation du principe. L'apport ainsi dégagé se révèle être une sorte de "guide à l'usage des futurs applicateurs de la norme".

Quel intérêt représente pour le juge ordinaire l'interprétation du Conseil constitutionnel ? Celui-ci peut trouver dans l'utilisation des interprétations formulées par le juge constitutionnel un moyen de contourner l'obstacle de la "loi-écran". Bien que cette théorie n'ait plus la même vigueur que par le passé, elle demeure une sorte de hantise pour le juge. L'interprétation du principe d'égalité devant les charges publiques va lui permettre de dépasser cette crainte. S'il est saisi d'un acte pris en application d'une loi ayant été confrontée au bloc de constitutionnalité, le non-respect des conditions dégagées par la Haute juridiction lui permettra de le censurer. Dans cette hypothèse, le juge ordinaire ne se transforme pas en juge de la constitutionnalité de la loi. Il demeure juge de la légalité de l'acte au regard de la loi et de son interprétation qu'il convient de suivre pour donner plein effet à la hiérarchie des normes. Le Conseil constitutionnel trouve par ce biais un moyen supplémentaire de prolonger le respect des solutions conditionnelles qu'il a dégagées. Le juge ordinaire, quant à lui concilie sa position organique (166) et les effets qu'impliquent le respect du principe d'égalité devant les charges publiques tel qu'il a été interprété par le Conseil constitutionnel.

Le juge ordinaire peut découvrir dans l'interprétation du principe, tel qu'il est formulé dans la décision du juge constitutionnel une véritable "présomption de rupture du principe d'égalité". Les décisions portant sur l'indemnisation du transfert de propriété traduisent explicitement cette idée (167). Les lois n'ont pas été déclarées inconstitutionnelles car le juge a vérifié lui-même les conditions d'évaluation des propriétés transférées. Si un acte pris en application d'une de ces lois ne se conformait pas à ce qui a été prescrit, le juge ordinaire aurait à sa disposition bon nombre d'arguments pour l'annuler (168). Il est ainsi conforté par la décision du juge constitutionnel dans la solution qu'il rend : il développe à l'égard du principe d'égalité devant les charges publiques un raisonnement similaire à celui adopté par le Conseil constitutionnel, ce qui ne peut que renforcer le bien fondé de sa solution.

Les justiciables ont eux aussi la possibilité d'invoquer des moyens développés par le juge constitutionnel pour assurer le respect du principe d'égalité devant les charges publiques. Ils bénéficient ainsi d'une certaine sécurité juridique dans l'harmonisation des jurisprudences.

Cette analyse n'est pas propre au principe d'égalité devant les charges publiques. La doctrine a pu souligner ce mouvement général. Le Doyen L. Favoreu a mis en évidence cette évolution des rapports entre juge constitutionnel et juge ordinaire (169). Il explique que de nombreux arrêts reprennent de manière implicite

(165) V. les exemples cités par J.-C. Escarras, *ib. id.* p. 19

(166) Il n'est normalement pas juge de la constitutionnalité des lois.

(167) V. notamment les décisions 85-198 DC "Amendement Tour Eiffel" ; 86-207 DC "Privatisations" ; 86-217 DC "Privatisation de TFI" ; 87-237 DC "Privatisation de la caisse nationale du Crédit agricole" ; 89-256 DC "T.G.V. nord", précitées.

(168) Ou en vérifier le respect : v. par exemple CE Ass. 2 février 1987, Joxe et Bollon, *Leb.* p. 176.

(169) L. Favoreu, "L'application des décisions du Conseil constitutionnel par le Conseil d'État et le Tribunal des conflits - bilan provisoire", R.F.D.A 1987, p. 264 ; "L'application des normes constitutionnelles et des décisions du Conseil constitutionnel par le juge administratif - nouveaux

les décisions du Conseil constitutionnel. C'est par le biais des conclusions des commissaires du gouvernement que l'on constate que les solutions ou les raisonnements qu'ils proposent (et qui sont souvent repris) (170) s'appuient sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Pour illustrer ce propos dans le domaine de l'égalité devant les charges publiques, il est possible de citer quelques exemples. La décision 79-107 DC "Ponts à péage" (171) est visée dans les arrêts "Ministre de l'intérieur c. Société anonyme "Librairie F. Maspéro" (172) et Commissaire de la République de l'Ariège (173). La décision 85-198 DC "Amendement Tour Eiffel" (174) se retrouve dans les termes de l'arrêt "Commune de Gap-Romette" (175). Le Conseil d'État a également pris soin d'exercer un entier contrôle sur le prix de cession des actions des entreprises du secteur public au secteur privé dans l'arrêt "Joxe et Bollon" (176), comme cela avait été préconisé dans la décision 86-207 DC "Privatisations" (177).

Le Doyen G. Vedel, dans un article paru dans le quotidien "Le Monde" (178), vouait à cette influence "inter-juridictionnelle" une évolution limitée : *"Si en vertu de l'article 62 de la Constitution, les décisions (du Conseil constitutionnel) s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles, cet effet ne se produit que pour l'objet même de chaque décision. Pour le reste, il n'existe pas d'autorité contraignante de la chose jugée"*. Si le contenu de cette affirmation reste juridiquement exact, la pratique, comme l'a souligné le Doyen L. Favoreu (179), démontre que le juge ordinaire prend également en compte le contenu de la jurisprudence constitutionnelle.

Il faut alors s'interroger sur la liberté de choix du juge ordinaire : cette pratique ne conduit-elle pas à créer une compétence liée à son encontre ? A priori, il ne le semble pas, car l'application du principe d'égalité devant les charges publiques, telle qu'elle vient d'être décrite, est limitée aux lois contrôlées par le Conseil constitutionnel, qui dans cette matière ne sont pas nombreuses. Les cas où il se réfère à la jurisprudence et non plus à une décision précise, relèvent de son entière liberté : aucun principe ne l'y contraint. Mais, ce schéma a surtout l'avantage d'instituer un "contrôle de constitutionnalité dérivé" à l'usage du juge ordinaire. Il faut comprendre par là qu'implicitement -et bien que ce ne soit pas sa mission principale- le juge ordinaire prolonge par ce biais le contrôle de constitutionnalité des lois.

Ce mécanisme qui garantit en fait au juge ordinaire un "brevet de respect du principe d'égalité sous réserve" découle d'une interprétation que le Conseil constitutionnel a formulé. Cependant, toutes les techniques ne se ressemblent pas et n'ont pas la même portée.

développements", R.F.D.A 1989 p. 142. ; v. également avec T.-S. Renoux, "Constitutionnalité des actes administratifs (Contrôle de la...)" op. cit. in "Répertoire Dalloz contentieux administratif", 1992.

(170) L. Favoreu, T.-S. Renoux, "Constitutionnalité des actes administratifs (Contrôle de la...)" op. cit. n° 376 et s. in "Répertoire Dalloz contentieux administratif", 1992.

(171) Cons. constit. déc. 79-107 DC "Ponts à péage", Rec. p. 31.

(172) CE Ass. 30 janvier 1980, Leb. p. 53.

(173) CE Sect. 5 octobre 1984, Leb. p. 318.

(174) Cons. constit. déc. 85-198 DC du 13 décembre 1985, Rec. p. 78.

(175) CE Sect. 26 février 1986, AJDA 1986 p. 317.

(176) CE Ass. 2 février 1987, op. cit. p. 176.

(177) Cons. constit. déc. 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, Rec. p. 61.

(178) Journal "Le Monde", 5 février 1973.

(179) Op. cit. p. 142.

§ 2 - Les techniques d'interprétation du principe d'égalité devant les charges publiques

Dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité de la loi, la Haute Cour établit un rapport de constitutionnalité entre une norme inférieure (la loi) et une norme supérieure (le bloc de constitutionnalité). Pour établir ce rapport entre une norme particulière et une norme générale, le Conseil constitutionnel doit recourir à des méthodes d'interprétation. Mais dans le cadre du contrôle de constitutionnalité, le Conseil se livre à une double interprétation : celle de la Constitution, d'une part (180) et l'interprétation de la loi déférée à son contrôle, pour conclure à sa conformité (181). C'est ce second aspect qui sera développé ici. Il faut préciser que l'on s'attache à l'effet médiate de l'interprétation du principe d'égalité devant les charges publiques : cela signifie, que ce sont les déclarations de conformité qui seront relevées, car comme l'a souligné G. Drago (182) *"l'interprétation n'est donc pas seulement le moyen qui permet de neutraliser certaines dispositions de la loi tout en les déclarant conformes, elle permet d'aboutir à une déclaration de non-conformité. L'interprétation peut agir, par sa souplesse, dans un sens positif ou négatif"*.

Différentes techniques peuvent être utilisées par le juge constitutionnel, pour le principe d'égalité devant les charges publiques. Leur effet est d'autant plus bénéfique à l'égard du juge ordinaire que la loi contrôlée n'est pas publiée simultanément à la décision du Conseil constitutionnel. L'administration, si elle n'a pas pris connaissance des réserves énoncées dans la décision, risque de voir un grand nombre de ses actes annulés par le juge administratif.

L'INTERPRÉTATION NEUTRALISANTE - Cette technique, encore appelée "retrait de venin", permet de maintenir la validité de la loi mais en lui enlevant toute signification qui pourrait apparaître néfaste. On trouve une application de cette technique dans la décision 86-217 "Privatisation de TF1" (183) *"Considérant que dans ces conditions, manque en fait le moyen tiré de ce que les règles de cession du capital de la société TF1 à un groupe d'acquéreur, seraient contraires au principe d'égalité"*. Cela signifie que le Conseil constitutionnel donne un sens différent à la loi, de celui voulu par le législateur et de celui proposé par les auteurs de la saisine. En l'espèce, le moyen manque en fait parce que la saisine propose une fausse interprétation de la loi qui devrait amener le Conseil constitutionnel à déclarer l'inconstitutionnalité de la disposition (184). Le juge constitutionnel donne alors sa propre interprétation de la disposition qui conduit à lui faire perdre tout effet et lui retirer tout son sens, mais il déclare en même temps la non contrariété au principe d'égalité (185).

Le juge administratif, dans le cas où il était saisi d'un acte pris en application de cette loi, ne respecterait ni l'interprétation initiale du législateur, ni celle formulée par les auteurs de la saisine, mais celle dégagée par le Conseil constitutionnel. Cependant en matière d'égalité devant les charges publiques, le juge constitutionnel emploie plus fréquemment le technique de l'interprétation directive.

(180) Cf. Première partie pour les normes applicables au principe d'égalité devant les charges publiques.

(181) L. Favoreu, T.-S. Renoux, "Constitutionnalité des actes administratifs (Contrôle de la...)", op. cit. n° 298 et s., in "Répertoire Dalloz contentieux administratif", 1992.

(182) G. Drago, "L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel - L'effectivité du contrôle de constitutionnalité des lois", *Economica-PUAM* 1991, p. 162.

(183) Cons. constit. déc. du 18 septembre 1986, Rec. p. 141, cons. 46 à 50.

(184) Considérant 46.

(185) Voir également : Cons. constit. déc. 89-267 DC du 22 janvier 1990 "Loi relative à l'adaptation de l'exploitation agricole à son environnement économique et social", JO du 24 janvier 1990, p. 971, cons. 20.

L'INTERPRÉTATION DIRECTIVE - Cette technique comporte différents degrés dans son interprétation. Ce peut être un rappel au législateur de veiller au respect des principes généraux, mais de manière significative, c'est souvent sa propre interprétation qu'il donne aux dispositions de la loi. La mise en oeuvre de la législation doit alors respecter les conditions dégagées par le juge constitutionnel pour ne pas voir les actes d'application annulés. On retrouve cette technique dans les décisions fixant la valeur des entreprises nationalisées ou privatisées ; elle se traduit par une formule similaire de celle employée dans la décision 86-207 DC "Privatisation" (186) ...*"que toute autre interprétation serait contraire à la Constitution"*. L'interprétation directive peut également, s'adresser directement aux justiciables, comme cela a été fait dans la décision 89-254 DC (187) *"mais considérant qu'il est loisible, pour le cas où l'application de la loi présentement examinée leur occasionnerait un préjudice anormal et spécial, d'en demander réparation sur le fondement du principe constitutionnel d'égalité devant les charges publiques"*.

Mais, à la vue de cette dernière décision, on peut s'interroger sur le danger d'une immixtion trop importante dans le choix des moyens, auxquels peut se référer le juge administratif lorsqu'il est saisi de la non application d'une loi déclarée conforme sous réserve.

SECTION 2 - Les conséquences du renvoi au juge ordinaire : la correction des imperfections du système de contrôle

La France est l'un des derniers pays européens à disposer d'un contrôle de constitutionnalité des lois a priori et abstrait. Celui-ci présente des avantages et des inconvénients qui sont régulièrement relevés par la doctrine. Le principe d'égalité devant les charges publiques permet de pallier quelques effets de cette pratique institutionnelle. Tout d'abord par l'inter-action qui se produit entre juge constitutionnel et juge ordinaire. Si le premier prend garde de modérer ses effets, ces relations peuvent se révéler bénéfiques (§ 1). Cet aspect positif, s'il sert en premier lieu les juges, intéresse également l'ensemble des justiciables qui trouvent ainsi dans le principe d'égalité devant les charges publiques des aspects concrets, non négligeables (§ 2).

§ 1 - La prévention des vicissitudes du contrôle a posteriori

Le contrôle de constitutionnalité des lois en France est qualifié de brutal. Il intervient en effet, alors que le débat politique n'est pas terminé et la loi n'est pas promulguée ; les tensions sont encore très vives, ce qui se traduit par un véritable face à face. L'ambiance qui règne alors, manque d'une certaine sérénité qui serait bénéfique au Conseil constitutionnel. Parallèlement, le contrôle a posteriori d'un juge ordinaire ne présente pas que des avantages. S'il permet de rétablir des situations illégales, la faute a déjà été commise; ce n'est qu'une réparation que peut offrir le juge aux justiciables, qui doivent pour cela, attendre de longs mois. En outre, le juge ordinaire peut hésiter dans l'interprétation qu'il doit donner de la loi qui a été mise en application. Sans intervention du juge constitutionnel, l'oeuvre créatrice du juge ordinaire est plus importante (en volume), mais également plus délicate. Or par le biais du contrôle de l'égalité devant les charges publiques, on peut

(186) Cons. constit. déc. des 25 et 26 juin 1986, Rec. p. 61, cons. 61.

(187) Cons. constit. déc. du 4 juillet 1989, Rec. p. 41, cons. 20.

démontrer que la combinaison des contrôles a priori et a posteriori renforce la garantie des droits fondamentaux. Ce principe, plus que tout autre, exprime le mieux cette idée car le Conseil constitutionnel est amené à une certaine précision. Et le juge ordinaire peut alors trouver dans la décision du Conseil constitutionnel une "méthode" d'interprétation. Mais ces relations constructives, engendrent à la fois des effets positifs et des effets négatifs.

Les effets positifs. Ils ont déjà été évoqués précédemment (Cf. supra Section 1, § 1), mais il convient de les reprendre. Tout d'abord, l'existence d'une décision constitutionnelle renforce le raisonnement du juge ordinaire. Il s'appuie sur la démonstration du Conseil constitutionnel pour développer ses propres argumentations. La solution qu'il reprend alors, a plus de poids à l'égard des justiciables. Mais comme l'a exposé le Doyen Favoreu (188), le juge administratif va au-delà de la seule interprétation présentée pour l'application d'une loi précisément contrôlée, il se réfère pour tout autre contrôle, à la jurisprudence constitutionnelle dans son ensemble. En cela, le juge administratif se base plus sur une question d'argumentation, de conviction, qu'une question de respect de la norme. C'est à dire que lorsqu'il contrôle un acte de mise en oeuvre d'une loi, il recherche si les justiciables ont respecté la norme de référence, mais au-delà de cette démarche, il s'inspire de la démonstration du juge constitutionnel. Le principe d'égalité devant les charges publiques permet, plus que tout autre, cette pratique ; parce que le juge constitutionnel, lors du contrôle de constitutionnalité, dégage déjà les conditions du respect du principe, qui sont assimilables à celles utilisées par le juge administratif, mais non superposables. C'est ainsi qu'est assurée l'unité de la politique jurisprudentielle. D'autres domaines d'intervention du juge, n'ont pas présenté la même unité (189). Cela révèle que peuvent exister des points de frictions entre juge constitutionnel et juge ordinaire (190).

Les effets négatifs. L'aspect négatif des relations, peut être ressenti par le juge ordinaire dans tous les cas où l'interprétation du principe d'égalité devant les charges publiques, fournie par le juge constitutionnel, est trop étroite. Le Conseil constitutionnel s'immisce alors dans ce qu'il appartient au juge ordinaire d'apprécier. Ce dernier risque de se sentir trop lié et de considérer que le Conseil constitutionnel a ficelé sa compétence. Par réaction, le juge ordinaire peut chercher à s'écarter de l'interprétation constitutionnelle qui lui est présentée, affirmant ainsi son autonomie (191). Cela peut conduire à des divergences. C'est ce risque, qui s'est déjà révélé dans d'autres domaines, qui a conduit le juge constitutionnel à observer une certaine prudence. Et cela particulièrement à l'égard du juge administratif, qui bien avant la Haute Cour, a développé le principe d'égalité devant les charges publiques et en a découvert les implications juridiques.

On constate en pratique, que dans les relations juge constitutionnel-juge administratif, en matière d'égalité devant les charges publiques, le second a une tendance certaine à reprendre davantage l'interprétation contenue dans la jurisprudence constitutionnelle, plutôt que de reprendre avec précision, l'interprétation d'une

(188) L. Favoreu, "L'application des normes constitutionnelles et des décisions constitutionnelles par le juge administratif", op. cit., p. 142.

(189) CE, Ass., 27 février 1970 "Commune de Bozas", AJDA 1970, p. 232 ; comp. Cons. const. déc. 69-55, La "Protection des sites", GDCC n° 18.

(190) V. sur cette question F. Moderne, "Complémentarité et compatibilité des décisions du Conseil constitutionnel et des arrêts du Conseil d'État" in "Conseil constitutionnel et Conseil d'État", LGDJ, Montchrestien, Paris, 1988.

(191) F. Moderne, "La déclaration de conformité sous réserve" in "Le Conseil constitutionnel et les partis politiques" p. 93, coll. droit public positif, Economica-PUAM 1988.

décision ; ce phénomène s'accroissant dans les dernières années. Cela constitue le moyen pour le juge ordinaire de préserver sa liberté de manoeuvre. L'impact de cette manière d'agir est plus psychologique que théorique. Le juge constitutionnel a su rester prudent face à un problème lié au respect des compétences juridictionnelles. Ainsi la décision 89-254 DC (192), signalée précédemment, n'engendre pas de pénétration dans la compétence administrative (comme on pouvait le craindre), elle révèle, au contraire, la similitude des conditions émises par les deux juridictions en matière d'égalité devant les charges publiques. Et cette identité de standards, permet au juge constitutionnel de marquer son incompétence face à certains problèmes (il reste un juge objectif) et d'indiquer aux justiciables, le juge apte à les résoudre.

On aperçoit dans cette espèce, les effets concrets que recèle le principe d'égalité devant les charges publiques dans la jurisprudence constitutionnelle.

§ 2 - Les effets de procédure induits par la jurisprudence constitutionnelle relative au principe d'égalité devant les charges publiques

L'aspect concret des décisions constitutionnelles est souvent négligé, on se contente d'étudier les seules implications théoriques. Or la jurisprudence constitutionnelle assure le respect des compétences et des procédures. Quel intérêt concret représente donc l'interprétation de la jurisprudence constitutionnelle du principe d'égalité devant les charges publiques, pour les citoyens ? N'est-ce qu'un débat d'idées ou cela a-t-il des implications concrètes ? La jurisprudence constitutionnelle portant sur l'égalité devant les charges publiques possède un intérêt direct pour les justiciables.

En premier lieu, la similitude des standards utilisés pour ce contentieux, permet de connaître, à partir de la jurisprudence constitutionnelle, quel sera le juge ordinaire compétent. Cette désignation ne se trouve pas forcément de manière explicite dans les motifs de la décision, mais elle peut se déduire des termes utilisés par le juge. Cela présente l'avantage de prévenir les conflits de compétence. Le juge constitutionnel fait ici office de "pré-tribunal des conflits".

En second lieu, le principe d'égalité devant les charges publiques visé dans une jurisprudence constitutionnelle, devrait permettre de réduire les délais. Le juge constitutionnel ayant établi une présomption de rupture d'égalité, si les conditions ainsi désignées se réalisent, le juge ordinaire pourra être saisi et statuer plus rapidement. Enfin, les justiciables trouvent dans la jurisprudence constitutionnelle, les moyens de mieux argumenter leur requête. Le lien de causalité devient évident, dès lors qu'il a été envisagé préventivement dans la décision constitutionnelle.

Si certains de ces effets sont évidemment applicables pour d'autres jurisprudences constitutionnelles, le principe d'égalité devant les charges publiques, doit être plus spécialement invoqué par rapport aux autres ; il apparaît comme un principe qui prolonge ses effets dans toute la hiérarchie des normes. La "vie" de l'égalité devant les charges publiques commence avec l'interprétation formulée par le Conseil constitutionnel.

CONCLUSION

Au terme de cette étude certaines idées force peuvent être dégagées de l'application du principe d'égalité devant les charges publiques dans la jurisprudence constitutionnelle.

Ce principe trouve ses sources dans une diversité de textes, mais les références dans lesquelles le Conseil constitutionnel puise les "bases" de ses décisions, sont limitées. Il semble qu'il associe principalement l'égalité devant les charges publiques à l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, mais cette précision textuelle tend à s'atténuer. Aujourd'hui, le juge constitutionnel préfère adopter la notion générale ou, si la matière s'y prête, adapter le principe à celle-ci. Ainsi en matière fiscale, le juge constitutionnel vise l'article 13 de la Déclaration, mais surtout l'égalité de tous devant la loi fiscale.

Ce moyen lui permet de se référer au principe d'égalité devant les charges publiques dans une multitude de domaines. Cela ne signifie pas qu'il puisse être appliqué pour toutes les matières dans lesquelles le législateur intervient, mais compte tenu de l'interventionnisme étatique, le législateur lui-même élargit au principe d'égalité devant les charges publiques son domaine d'application. Le domaine de la responsabilité étatique, berceau de naissance du principe dans la jurisprudence administrative, est désormais envisagé au stade constitutionnel. Quant à la conception du droit de propriété, la théorie "propriétaire", qui fondait la jurisprudence au début des années quatre vingt, a connu une évolution significative par le biais de l'intervention du principe d'égalité devant les charges publiques dans les hypothèses concernant son évaluation ou son indemnisation.

L'élargissement de l'éventail des domaines d'intervention du principe, se présente alors comme un obstacle à une certaine conception du pouvoir discrétionnaire du législateur. C'est l'effet immédiat du principe d'égalité devant les charges publiques : contrôler l'exercice des pouvoirs du législateur. Cependant l'intervention du Conseil constitutionnel doit rester dans le cadre des attributions qui lui sont dévolues c'est à dire un contrôle juridique. Le juge constitutionnel doit alors indiquer au législateur les limites à ne pas franchir, mais en aucun cas il ne peut imposer sa propre conception (tout juste la lui suggérer).

Mais le principe d'égalité devant les charges publiques possède également en germe un effet médiat, qui est mis en oeuvre par le juge constitutionnel à l'encontre du juge ordinaire. Celui-ci permet au Conseil constitutionnel d'émettre, lors du contrôle de constitutionnalité d'une loi, une interprétation qui conditionne la validité de celle-ci. Cette "conformité sous réserve" apparaît alors comme un "mode d'emploi" auquel peut se référer le juge ordinaire. La subtilité de la démarche constitutionnelle se révèle par la simple suggestion qu'il adresse au juge ordinaire. Ce dernier, maître de l'orientation de sa jurisprudence, adopte fréquemment dans le contrôle des actes d'application d'une norme législative, la démarche soufflée par le juge constitutionnel. Il se réfère au contenu des décisions, comme cela lui est imposé par l'article 62 de la Constitution de 1958, mais également à la philosophie de l'ensemble de la jurisprudence portant sur l'égalité devant les charges publiques. Ce principe apparaît alors comme la norme révélant le mieux l'harmonie jurisprudentielle des deux juridictions. Il n'est jamais employé comme un principe-finaliste mais comme un principe-moyen : l'égalité devant les charges publiques n'impose pas une solution, elle ne fait que restreindre l'étendue des choix offerts à l'autorité chargée de le mettre en oeuvre.

Ces conclusions apparaissent à certains égards assez banales. Pourtant, à l'issue de ce travail, le sentiment initial selon lequel ce principe pourrait être autre

chose qu'une simple norme, mais aussi une arme de politique jurisprudentielle se confirme. Le principe d'égalité devant les charges publiques a réussi, sans faire de bruit, son accès à la "majorité" : il n'est plus l'apanage d'un juge qui y avait recours pour tenter de replâtrer les imperfections de la hiérarchie des normes. Il constitue, à l'échelon suprême, un élément de cette hiérarchie !

LISTE DES DÉCISIONS VISÉES

1- Décisions du Conseil constitutionnel :

- Décisions rendues sur examen de textes de forme législative :

62-18 L du 16 janvier 1962 "Loi d'orientation agricole", Rec. p. 31, GDCC 6 n° 13.

69-55 L du 26 juin 1969 "Protection des sites", Rec. p. 27, GDCC 6 n° 18.

- Décisions concernant la conformité à la Constitution :

71-44 DC du 16 juillet 1971 "Liberté d'association", Rec. p. 29, GDCC 6 n° 19.

73-51 DC du 27 décembre 1973 "Taxation d'office", Rec. p. 25, GDCC 6 n° 21.

74-54 DC du 15 janvier 1975 "I.V.G.", Rec. p. 19, GDCC 6 n° 23.

79-107 DC du 12 juillet 1979 "Ponts à péage", Rec. p. 31.

79-112 DC du 9 janvier 1980 "Aménagement de la fiscalité directe locale", Rec. p. 32.

81-132 DC du 16 janvier 1982 "Nationalisations I", Rec. p. 16, GDCC 6 n° 33.

81-133 DC du 30 décembre 1981 "Loi de finances pour 1982", Rec. p. 41.

81-134 DC du 5 janvier 1982 "Loi d'orientation sociale", Rec. p. 16.

81-136 DC du 31 décembre 1981 "Troisième loi de finances rectificative pour 1981", Rec. p. 48.

82-139 DC du 11 février 1982 "Nationalisations II", Rec. p. 31, GDCC 6 n° 33.

82-140 DC du 28 juin 1982 "Loi de finances rectificative pour 1982", Rec. p. 45.

82-144 DC du 22 octobre 1982 "Irresponsabilité pour fait de grève", Rec. p. 61.

82-152 DC du 14 janvier 1983 "Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité sociale", Rec. p. 31.

83-162 DC des 19 et 20 juillet 1983 "Démocratisation du secteur public", Rec. p. 49.

83-164 DC du 29 décembre 1983 "Perquisitions fiscales", Rec. p. 67, GDCC 6 n° 36.

84-182 DC du 19 janvier 1984 "Administrateurs judiciaires", Rec. p. 27.

84-183 DC du 18 janvier 1984 "Redressement et liquidation judiciaire des entreprises", Rec. p. 32.

84-184 DC du 29 décembre 1984 "Loi de finances pour 1985", Rec. p. 94.

84-186 DC du 29 décembre 1984 "Loi de finances rectificative pour 1984", Rec. p. 107.

85-198 DC du 13 décembre 1985 "Amendement Tour Eiffel", Rec. p. 78.

85-200 DC du 16 janvier 1986 "Cumul emploi-retraite", Rec. p. 9.

86-207 DC des 25 et 26 juin 1986 "Privatisations", Rec. p. 61, GDCC 6 n° 41.

86-209 DC du 3 juillet 1986 "Loi de finances rectificative pour 1986", Rec. p. 86.

86-217 DC du 18 septembre 1986 "Privatisation de T.F.1.", Rec. p. 141.

- 86-223 DC du 29 décembre 1986 "Loi de finances rectificative pour 1986", Rec. p. 184.
 86-225 DC du 23 janvier 1987 "Amendement Seguin", Rec. p. 13.
 87-232 DC du 7 janvier 1987 "Mutualisation de la caisse nationale du Crédit Agricole", Rec. p. 17.
 87-237 DC du 30 décembre 1987 "Loi de finances pour 1988", Rec. p. 63.
 88-244 DC du 20 juillet 1988 "Loi d'amnistie", Rec. p. 119.
 88-248 DC du 17 janvier 1989 "C.S.A.", Rec. p. 18, GDCC 6 n° 44.
 89-254 DC du 4 juillet 1989 "Noyautage des entreprises privatisées", Rec. p. 41
 89-256 DC du 25 juillet 1989 "T.G.V. Nord", Rec. p. 53.
 89-262 DC du 7 novembre 1989 "Immunité parlementaire", Rec. p. 90.
 89-267 DC du 22 janvier 1990 "Loi relative à l'adaptation de l'exploitation agricole à son environnement économique et social", Rec. p. 27.
 89-268 DC du 29 décembre 1989 "Loi de finances pour 1990", Rec. p. 110.
 90-283 DC du 8 janvier 1991 " ", Rec. p. 11.
 90-284 DC du 16 janvier 1991 "Conseiller du salarié", Rec. p. 20.
 90-285 DC du 28 décembre 1990 "Loi de finances pour 1991", Rec. p. 95.
 90-287 DC du 16 janvier 1991 "Loi portant diverses dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales", Rec. p. 24.
 91-298 DC du 24 juillet 1991 "Loi portant diverses dispositions économiques et sociales", Rec. p. 82.
 91-302 DC du 30 décembre 1991 "Loi de finances pour 1992", J.O. du 31 décembre 1991, p. 17434.

2 - Arrêts du Conseil d'État :

- CE 30 novembre 1923 "Coutéas", Leb. p.789, GAJA 9 n° 45, p. 247.
 CE Ass. 14 janvier 1938 "Société anonyme des produits laitiers "La Fleurette"", Leb. p. 25, GAJA 9 n° 58, p. 313.
 CE 2 juin 1954 "Fays", Leb. p. 45.
 CE Sect. 26 juin 1959 "Syndicat des ingénieurs- conseils", Leb. p. 394.
 CE 10 décembre 1962 "Société indochinoise de construction électrique et mécanique", Leb. p. 676.
 CE 29 novembre 1968 "Tallagrand", Leb. p. 607.
 CE Ass. 27 février 1970 "Commune de Bozas", Leb. p. 139
 CE Ass. 30 janvier 1980 "Ministre de l'intérieur c. société anonyme "Librairie Maspéro"", Leb. p. 53.
 CE Sect. 5 octobre 1984 "Commissaire de la République de l'Ariège", Leb. p. 315.
 CE Sect. 26 février 1986 "Commune de Gap-Romette", Leb. p.
 CE Ass. 2 février 1987 "Joxe et Bollon", Leb. p. 176.

3 - Décision de la Cour d'arbitrage Belge :

- CA 21/89, III. B. 4. 5. b
 CA 28 septembre 1989 III. B. 4. 8.

LE PRINCIPE DE LA CONFIANCE LÉGITIME DEVANT LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS

Par

Marie-Hélène PLANCHON
D.E.A. de relations juridiques et économiques internationales

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIÈRE PARTIE -

La notion de principe de confiance légitime

CHAPITRE I - La présentation du principe

Section 1 - La définition du principe et sa place dans l'ordre juridique communautaire

Section 2 - Le rôle du principe de confiance légitime

CHAPITRE II - Les domaines d'application du principe

Section 1 - La politique agricole commune

Section 2 - Les aides d'État

Section 3 - Les autres domaines

DEUXIÈME PARTIE -

La mise en oeuvre du principe de confiance légitime

CHAPITRE I - Les conditions tenant aux autorités communautaires

Section 1 - Le comportement des autorités communautaires

Section 2 - La période transitoire ou les mesures

CHAPITRE II - Les conditions tenant aux bénéficiaires du principe

Section 1 - La mesure doit être imprévisible

Section 2 - pour des opérateurs "prudents et avisés" et diligents ...

CONCLUSION

INTRODUCTION

Dès leurs premières décisions, les magistrats de la Cour de justice des communautés européennes ont dû faire appel à des principes de droit pour satisfaire aux exigences d'interprétation et de complément des traités. Ce recours a permis à l'ordre juridique communautaire de dégager son originalité, la Cour cherchant à travers eux l'édification d'un ordre juridique autonome différent de l'ordre juridique international mais indépendant et complémentaire des ordres nationaux. Certains principes strictement communautaires expriment la nature et l'économie de cet ordre juridique. D'autres sont inhérents à tout système juridique organisé et la Cour ne pouvait s'en passer. Il est remarquable de constater que les plaideurs invoquent ces principes généraux du droit très souvent, parfois même excessivement. Par exemple, dans un arrêt du 13 novembre 1990 (1) les demandeurs en ont invoqué quatre :

- le principe de sécurité juridique
- le principe de proportionnalité
- le principe d'égalité de traitement enfin,
- le principe de confiance légitime.

Mais aucun d'entre eux n'a été retenu par la Cour. L'analyse de ce dernier principe fait l'objet de cette étude car il présente un double intérêt.

En premier lieu, il est lui-même très représentatif du droit communautaire, droit essentiellement économique qui repose sur les traités constitutifs mais dont l'évolution et l'adaptation se font par l'intermédiaire du droit dérivé que sont les actes des institutions. Or, le principe de confiance légitime a pour fonction essentielle de réguler l'action normative des autorités dans le domaine économique. En effet, il autorise l'annulation du droit dérivé si les autorités en créant ce droit ne respectent pas les attentes légitimes des opérateurs qui comptent sur la stabilité de l'environnement juridique. La mission d'élaborer le droit des institutions est limitée par le respect de certaines conditions que le principe impose. Celui-ci est également très protecteur du droit originaire puisqu'à travers son utilisation la Cour veille constamment au respect des traités.

En second lieu, le principe de confiance légitime reste encore très méconnu. Très peu d'articles de doctrine lui sont consacrés. La plupart des articles concernent l'ensemble des principes généraux du droit utilisés par la Cour et ne parlent du principe de confiance légitime que de manière très générale. Quelques-uns consacrés à d'autres domaines, l'abordent de manière très superficielle, sans jamais analyser ses conditions de validité. Les quelques arrêts qui sont cités dans les articles le sont chronologiquement, sans analyse et il est impossible d'avoir une idée claire du concept.

Dans l'ordre juridique français, le principe est méconnu, beaucoup de magistrats ne le connaissent pas.

Il semblait donc intéressant de l'approfondir pour ces différentes raisons.

Face à la rareté de la doctrine sur ce sujet, la démarche utile consistait à étudier systématiquement la jurisprudence. L'aide de la banque de données "JURIDIAL" a été précieuse pour cela. A la fin du mois de janvier 1992, Juridial affichait une liste de 109 arrêts qui répondaient au mot-clé de "confiance légitime". L'écran de Juridial affichait pour chaque arrêt le numéro de l'affaire, la date, le nom des parties et un ou plusieurs extraits isolés de leur contexte mais contenant l'expression "confiance légitime". A partir de cette liste, il était plus facile de rechercher chaque litige dans les recueils de jurisprudence de la Cour des communautés

(1) Affaire 331/88 - Recueil 1990.10, page 4023.

avec, pour chacun d'entre eux, le rapport d'audience, les conclusions de l'avocat général et l'arrêt.

Ce travail repose donc presque exclusivement sur une analyse jurisprudentielle complétée par quelques articles qui figurent en bibliographie. Tous les arrêts utilisés figurent en annexe I. Cette liste n'est pas exactement la même que la liste initiale fournie par Juridial. Certains arrêts ont été éliminés pour être éloignés du sujet, d'autres ont été rajoutés, parce qu'ils apparaissaient au cours des lectures, indiqués essentiellement par les avocats généraux dans leurs conclusions. Ce sujet se révèle d'une extrême richesse. Il permet en même temps, à travers l'étude de cette jurisprudence, la connaissance et la compréhension du droit communautaire qui est aussi un droit jurisprudentiel.

Pour toutes ces raisons, il convient d'étudier ce principe de la protection de la confiance légitime et d'envisager pour cela dans deux parties distinctes la notion et ensuite la mise en oeuvre du principe de confiance légitime.

PREMIÈRE PARTIE - LA NOTION DE PRINCIPE DE CONFIANCE LÉGITIME

Cette notion suppose une présentation générale du principe puis l'étude de ses différents domaines d'application.

CHAPITRE I - LA PRÉSENTATION DU PRINCIPE DE CONFIANCE LÉGITIME

Des plaideurs allemands auraient introduit cette notion que la Cour aurait alors retenue et adaptée à l'ordre juridique communautaire (2). Pour M. Hubeau, il semble que ce soit dans l'arrêt du 13 juillet 1965, rendu dans l'affaire 111/63 (3) que la Cour de justice a utilisé pour la première fois le terme de *Vertravenschutz* admis en droit allemand où il a pour fonction de limiter le pouvoir du législateur, si l'inconvénient subi par l'intéressé du fait de sa confiance prime l'importance de l'objectif poursuivi. M. Darmon, avocat général, dans l'arrêt du 5 octobre 1988 (4) déclare que ce principe aurait été appliqué à l'égard d'actes législatifs rétroactifs et en particulier d'actes législatifs modifiant une réglementation spécifique ayant permis aux opérateurs de se garantir contre les effets des variations des modalités d'application de l'organisation commune des marchés agricoles. Il complète en cela une affirmation antérieure (5) dans laquelle il pensait que l'utilisation de ce principe de confiance légitime s'était d'abord développé à propos d'affaires qui mettaient en cause l'activité normative des institutions.

Il convient d'envisager dans une première section la définition du principe et sa place dans l'ordre juridique communautaire. Dans une deuxième section, quel est son rôle.

(2) Voir l'article de Fr. Hubeau - "Le principe de la protection de la confiance légitime dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes". Cahiers de droit européen, 1983 p. 143.

(3) Recueil 1965, p. 836.

(4) C 210/87 - Recueil 1988.9, p. 6177.

(5) Arrêt du 14 juin 1988. C 33/187. Recueil 1988.6, p. 2995.

Section 1 - La définition du principe de confiance légitime et sa place dans l'ordre juridique communautaire

Ce principe est actuellement solidement installé et reconnu dans l'ordre juridique communautaire. Néanmoins, en ce qui concerne la réglementation économique, les plaideurs le confondent parfois avec le principe de sécurité juridique en les invoquant tous les deux de manière confondue.

En ce qui concerne la fonction publique communautaire, c'est avec le principe de bonne administration et celui des droits acquis que les frontières sont parfois floues pour certains requérants. Or, les contours de ce principe se sont affirmés progressivement et sont actuellement nettement délimités. La Cour, quant à elle, ne s'y trompe pas et rectifie parfois l'erreur commise par les parties dans le choix des moyens (6).

I - La définition du principe de confiance légitime

C'est un principe qui implique que les autorités communautaires évitent de bouleverser brutalement une réglementation bien établie en vertu de laquelle les administrés ont adapté leurs situations individuelles.

A - Pour les opérateurs économiques

Ce principe est d'une grande importance car il protège leur droit à agir dans un contexte normatif stable pouvant leur garantir l'intangibilité de leurs contrats. Il protège leurs attentes dans le cas où les modifications normatives ont des incidences négatives sur l'exécution des contrats en cours.

Le principe du respect de la confiance légitime interdit aux institutions communautaires de modifier une réglementation brutalement, sans prévenir les agents économiques intéressés ou sans l'assortir de mesures transitoires effectives, à moins que l'intérêt public péremptoire ne s'oppose à de telles précautions.

Plusieurs définitions sont données dans quelques affaires à travers les rapports d'audience, les conclusions de l'avocat général ou la Cour elle-même. Voici, par exemple, la définition donnée par la Commission dans l'arrêt du 1er juillet 1982 (7) : "Il y aurait violation du principe de la protection de la confiance légitime lorsque, sans qu'existe un intérêt public impérieux, le législateur communautaire modifie une disposition, sans préavis et avec effet immédiat, dans un sens défavorable aux opérateurs sans adopter de mesures transitoires visant à sauvegarder les espérances légitimes de ces opérateurs".

Voici encore celle de la Cour elle-même dans un arrêt du 16 mai 1979.

"Attendu que, dans le cadre d'une réglementation économique telle que celle des organisations communes des marchés agricoles, le principe du respect de la confiance légitime interdit aux institutions communautaires de modifier cette réglementation sans l'assortir de mesures transitoires si un intérêt public péremptoire ne s'oppose pas à l'adoption de pareille mesure" (8).

En réalité, les diverses définitions utilisent toujours des éléments identiques qui sont :

(6) Par exemple dans l'arrêt du 27 octobre 1987, affaires 176 et 177/86. Alors que les parties invoquent la confiance légitime comme moyen subsidiaire pour avoir été induites en erreur sur l'existence d'un droit à une indemnité de logement, la Cour conclut à une faute de la Commission pour la condamner à verser des dommages-intérêts à la requérante.

(7) Affaire 1205/79 - Recueil 1982.7, p. 2438.

(8) Affaire 84/78 - Recueil 1979.5, p. 1815.

- l'interdiction de modifier une réglementation sans préavis ou mesures transitoires permettant aux opérateurs économiques de se garantir contre les nouvelles mesures

- sauf si un intérêt public décisif, impérieux, ne l'exige.

La reconnaissance par le juge de la violation du principe est une sanction à l'égard des autorités communautaires qui modifient sans précaution l'état du droit et dans des conditions qui surprennent les opérateurs économiques. Ces derniers placent leur confiance dans la stabilité de la règle communautaire.

Le champ d'application personnel du principe est cependant plus large que cela puisque tout particulier peut l'invoquer.

B - Pour tout particulier

Une autre définition peut être donnée : le principe s'applique à tout particulier qui se trouve dans une situation de laquelle il ressort que l'administration communautaire a fait naître dans son chef des espérances fondées (9). Il faut entendre par là autre chose que de simples espoirs ou croyances. Cela concerne plus particulièrement les fonctionnaires communautaires à l'égard desquels l'administration prend des engagements protégés juridiquement. Les fonctionnaires invoquent effectivement assez souvent que l'administration a pris des engagements à leurs égards. Mais cela concerne également tout particulier déçu dans ses attentes, issues là encore d'engagements communautaires.

Le principe implique alors que les autorités communautaires respectent leurs engagements lorsque ceux-ci ont fait naître des espérances justifiées à l'égard de certaines personnes.

II - La place du principe dans l'ordre juridique communautaire

Des questions se posent.

Il faut envisager la place du principe de confiance légitime dans la hiérarchie des normes communautaires et quelle est sa place par rapport aux ordres juridiques nationaux selon qu'ils possèdent, eux-mêmes, un principe de confiance légitime ou qu'ils n'en connaissent pas.

A - Sa place dans la hiérarchie des normes communautaires

Le principe fait incontestablement partie de l'ordre juridique communautaire. La formule a été reprise assez souvent par les avocats généraux qui rappellent que c'est un arrêt du 3 mai 1978 qui l'a admis pour la première fois (10). Pour M. Darmon, il a été "reconnu par la Cour comme un principe général de droit et en particulier comme une expression de sécurité juridique. Il ne trouverait pas son fondement dans une règle spécifique mais dans la structure générale de l'ordre juridique communautaire" (11). Il est tout à fait certain que le principe est issu de la spécificité des communautés. La Cour le considère également comme un principe

(9) Arrêt du 27 mars 1990. T 123/89 - Jean-Louis Chomel/Commission - Recueil 1990.3, p. II 131.

(10) Arrêt du 3 mai 1978. Aff. 112/77 - Recueil 205 à 215/82 - Recueil 1983.8, p. 2633.

Arrêt du 21 septembre 1983. Aff. 205 à 215/82 - Recueil 1983.8, p. 2633.

Arrêt du 19 septembre 1985. Aff. 63/84 et 147/84 - Recueil 1985.7, p. 2857.

(11) Arrêt du 5 octobre 1988. Aff. 210/87 - Rec. 1988.9. Conclusions p. 6182.

fondamental, par exemple dans l'arrêt du 16 mai 1979 et dans celui du 5 mai 1981 (12). La violation de ce principe équivaut à celle de la violation d'une règle supérieure de droit et les auteurs estiment généralement que ce principe, comme les autres, l'emporte sur l'ensemble des actes des institutions. Son autorité est égale à celle des traités constitutifs et il est placé au-dessus du droit dérivé qui lui est soumis. Ce principe permet à la Cour d'apprécier la régularité des actes des institutions et de les annuler en cas de contradiction avec le contenu du principe. Il permet au pouvoir judiciaire de sauvegarder les intérêts des particuliers face aux actes des institutions qui ne le respectent pas. Ce principe communautaire entretient forcément des rapports avec les législations nationales qu'il faut étudier.

B - Sa place dans les ordres juridiques nationaux

La confiance légitime joue un rôle très inégal selon les pays.

a) Les diverses situations

Elle occupe une place générale et importante dans le système de protection juridictionnelle en droit allemand comme ligne directrice d'interprétation pour le juge.

Le principe y est appliqué :

- au retrait d'actes administratifs qui ont créé un avantage en faveur de l'intéressé,
- à la modification d'une législation favorable aux administrés, aux promesses faites par l'administration au domaine de la garantie et de la planification étatique (13).

Les autres ordres juridiques des États membres n'ont pas un système aussi général et développé d'application du principe de confiance légitime. Ils peuvent arriver aux mêmes résultats avec des techniques différentes.

Toujours d'après M. Darmon, "on observe que la confiance légitime est ignorée au Royaume-Uni, en Espagne, au Portugal et en Italie, la Belgique compensant pour sa part l'absence d'une telle protection par une responsabilité des services fiscaux ou douaniers si l'erreur provient de leur faute" (14).

La Cour a eu à envisager les deux situations, celle dans laquelle un ordre juridique connaît le principe, celle dans laquelle un autre ordre ne le connaît pas.

b) La position de la Cour

La première situation a concerné la République Fédérale d'Allemagne qui invoquait son principe pour exclure une récupération d'aide d'État exigée par la Commission (15). Il est évident qu'un principe national peut ne pas avoir le même contenu que le principe communautaire du même nom.

Mais dans le cas où les deux principes ont le même sens, un principe national ne peut pas s'appliquer s'il est contraire à l'intérêt communautaire. Même si le droit communautaire n'empêche pas l'application d'un tel principe de droit national, ce dernier ne doit pas affecter la portée et l'efficacité du droit communautaire.

(12) Arrêt du 16 mai 1979 84/78 - Recueil 1979.5, p. 1801.

Arrêt du 5 mai 1981 112/80 - Recueil 1981.6, p. 1095.

(13) Cf. l'article précité de Fr. Hubeau.

(14) Arrêt du 5 octobre 1988 - C 210/87.

(15) Voir *Infra*. Première partie. Ch. 2, Section 2.

La deuxième situation a concerné l'Italie dans un arrêt du 5 octobre 1988 (16). Le litige concernait des droits communautaires insuffisamment perçus du fait d'une pratique constante et incontestée des autorités italiennes mais infirmée alors par la Cour de justice des Communautés. Un supplément de versement était exigé ultérieurement. La perception supplémentaire ne pouvait pas heurter une confiance légitime consacrée par le droit national puisque l'Italie ne connaît pas de principe de confiance légitime. Aussi les plaideurs demandaient l'application du principe communautaire. Une double question préjudicielle est alors formée par le Tribunal civil et pénal de Venise sur l'applicabilité du principe communautaire en l'absence d'un principe correspondant dans l'ordre juridique national et sur son applicabilité aux faits de l'espèce. La Cour sous-entend que le principe communautaire s'applique à l'ordre interne italien puisqu'elle répond que dans l'espèce, il n'oblige pas l'administration à s'abstenir de prélever a posteriori la somme supplémentaire non perçue initialement malgré la bonne foi des opérateurs.

Rien n'empêche que le principe de confiance légitime soit invoqué devant les juridictions nationales. Lors d'une allocution prononcée devant la Cour de Cassation, M. Darmon, Avocat général à la Cour de justice des Communautés européennes, a rappelé les nécessités de la prise en compte à la fois quotidienne et réfléchie de la dimension communautaire (17).

"Les cours d'appel ont le pouvoir de soulever d'office la question d'une éventuelle application du droit communautaire même si cette question n'a pas été examinée lors de la procédure suivie devant la juridiction de première instance".

Il rappelle encore aux juges que, s'ils sont tributaires de la propension plus ou moins grande des avocats à connaître le droit communautaire et de l'invoquer devant eux, rien ne leur interdit de : "soulever l'existence d'un principe ou d'une norme communautaire pertinente pour la solution du litige". Mais il faut constater que jusqu'à présent, le rôle du principe de confiance légitime est essentiellement communautaire.

Section 2 - Le rôle du principe de confiance légitime

Son rôle est essentiellement de protéger les administrés. Cependant la Cour permet que le principe protège aussi l'intérêt des Communautés par l'utilisation qu'elle en fait.

1 - La protection des administrés

Bien que les conditions exigées par la jurisprudence pour admettre la violation soient relativement nombreuses et strictement interprétées, les recours des administrés ne sont pas systématiquement voués à l'échec. La protection est effective parce que des recours aboutissent qui peuvent entraîner l'annulation pure et simple des actes des institutions communautaires.

(16) Affaire 210.87 - Recueil 1988.9, p. 6177.

(17) Bulletin d'information de la Cour de Cassation. 1er octobre 1991, p. 29.

A - Les recours effectifs

Parmi les arrêts étudiés, il y en a quatorze (18) dans lesquels la Cour a admis la violation du principe, ce qui représente dix cas de nature différente car certains arrêts répondent à des recours identiques.

- Trois arrêts ont admis la violation parce que la nouvelle réglementation prévoyait une période transitoire trop courte, ce qui a protégé les intéressés, en l'occurrence des fonctionnaires contre la variation brutale de leurs pensions à la baisse (19), cela pouvait entraîner pour eux des réductions de leurs niveaux de vie.

- Un arrêt a sanctionné l'absence totale de mesures transitoires (20) qui empêchait un opérateur économique d'importer des fruits d'Amérique du Sud alors que la cargaison était en cours d'acheminement et que l'importateur risquait de perdre la valeur de ces marchandises.

- Sept décisions de la Cour retiennent au sens large l'imprévisibilité des nouvelles mesures. Dans quatre cas (21) la Cour a protégé des producteurs de lait contre l'impossibilité de reprendre la commercialisation après avoir conclu avec les autorités communautaires un engagement de non commercialisation qui devait être limité dans le temps. La Cour a encore annulé une amende (22) pour dépassement de quota de production alors que ces dépassements étaient largement admis par une pratique communautaire. Elle a protégé le Royaume-Uni contre une forte réduction d'aides octroyées par le Fonds social européen (23) et des entreprises de transformation de fruits en conserves (24) contre des délais trop brefs qui ne pouvaient être respectés, ce qui les empêchait de bénéficier d'une aide.

- Enfin, dans trois arrêts (25) elle protège des particuliers contre l'inertie des autorités communautaires dont les services font preuve de peu de zèle :

- pour avoir délivré une information lacunaire sur les résultats d'un concours,
- pour avoir adopté des attitudes contradictoires qui ne permettaient pas à l'intéressé de connaître ses droits,
- pour avoir utilisé des délais de procédure trop longs lors d'une demande d'autorisation pour octroyer une aide à une entreprise.

(18) Liste des arrêts dans lesquels la Cour a admis la violation du principe.

Date	Aff.			
11 mars 1982	127/80	Annulation d'une décision	1982.3	869
11 mars 1982	164/80			
11 mars 1982	167/80			
14 juillet 1983	144/82	Annulation d'une décision	1982.3	931
14 juillet 1983	224/82	Annulation d'une décision d'un jury	1983.7	2421
1er octobre 1987	84/85	Annulation d'un article d'un règlement	1983.7	2539
12 novembre 1987	344/85	Annulation d'une décision	1987.9	3765
24 novembre 1987	223/85	Annulation d'une décision	1987.10	4435
28 avril 1988	120/86	Annulation d'une décision	1987.10	4617
28 avril 1988	170/86	Annulation d'un règlement	1988.4	2321
10 juin 1988	152/88	Annulation d'un règlement	1988.4	2355
12 juillet 1990	111/89	Annulation d'un règlement	1990.6	I 2477
11 février 1990	C 189/89	Annulation d'une décision	1990.7	II 429
11 février 1990	C 217/89	Annulation d'articles d'un règlement	1990.11	I 4539
		Annulation d'articles d'un règlement	1990.11	I 4585

(19) 127/80 - 164/80 - 167/80.

(20) 152/88.

(21) C 189/89 - C. 217/89 - C 210/89 - C 170/89.

(22) 344/85.

(23) 84/85.

(24) 224/82.

(25) 144/82 - 223/85 - 111/89.

Les sanctions prononcées par la Cour sont sévères puisqu'il s'agit de l'annulation des actes.

B - L'annulation des actes communautaires

Les recours qui ont abouti sont tous des recours en annulation. Aucun d'entre eux ne donne lieu à l'attribution de dommages-intérêts.

- Six décisions individuelles (26) sont ainsi annulées. Quatre d'entre elles sont des décisions de la Commission. Une décision annulée émane du Conseil, une autre est une décision d'un jury de concours.

- Des articles de règlements (27) qui émanent soit de la Commission, soit du Conseil sont annulés dans trois arrêts.

- Des règlements du Conseil ou de la Commission sont également annulés comme violant une règle supérieure de droit.

La Cour assure le respect du principe. Elle n'hésite pas à annuler l'acte le plus élevé dans la hiérarchie des instruments qui sont à la disposition des institutions. Mais elle se préoccupe aussi de l'intérêt des Communautés.

II - La protection des communautés

Elle intervient de deux manières :

D'abord par l'admission de la notion d'intérêt public péremptoire qui permet d'écarter le principe. Ensuite par la méthode d'interprétation de la Cour.

A - L'intérêt public péremptoire

Cette notion sera abordée plus en détail ultérieurement (28). Elle peut être considérée comme une "clause de sauvegarde" qui permet à la Cour d'écarter les exigences du principe lorsque l'intérêt des Communautés l'exige. Il faut un intérêt évident, fort, auquel on ne peut rien répliquer. La Cour l'admet lorsque les finalités des traités sont en danger. L'intérêt public péremptoire permet d'écarter l'application du principe. Cela va imposer au juge un contrôle de la situation pour s'assurer que les dangers sont réels.

Dans ces circonstances, les autorités n'ont rien à craindre des recours en annulation. Elles sont alors tout à fait en droit de prendre les mesures qui s'imposent sans avoir à respecter les mesures transitoires.

B - La méthode finaliste de la Cour

La Cour cherche toujours à interpréter le principe dans un sens favorable à la réalisation des objectifs des Communautés. Pour le juge, le principe est soumis au traité ou au statut de la Fonction publique qu'il doit respecter dans son application.

Par ailleurs, le mode de preuve qu'elle retient habituellement -la méthode des faisceaux d'indices- (29) est aussi protecteur des Communautés puisqu'en l'absence de preuve formelle cela permet de prouver par l'utilisation d'un ensemble d'éléments convergents que le requérant avait connaissance de la mesure.

Pour conclure cette présentation générale relative au principe de confiance légitime, il faut encore signaler que la Cour l'écarte systématiquement lorsqu'il est

(26) (127/80 - 164/80 - 167/80) - 84/85 - 344/85 - 223/85 - 111/89 - 144/82.

(27) 224/82 - C 189/89 - C 217/89.

(28) 2ème partie. III - Les exceptions - A. l'intérêt public péremptoire.

(29) Voir 2ème Partie - Ch. 1. I. S 1.

invoqué par "une entreprise qui s'est rendue coupable d'une violation manifeste de la réglementation économique" (30) et lorsque les opérateurs sont de mauvaise foi. Par exemple, lorsqu'un opérateur économique demande la suppression d'un prélèvement communautaire sur certaines marchandises qui ont déjà fait l'objet de restitutions dans un pays tiers et que le prélèvement a notamment pour objectif de neutraliser l'effet des restitutions (31).

Cette exigence permet de moraliser les relations entre les administrés et les autorités communautaires.

Après ces généralités sur le contenu du principe, il faut encore étudier ses domaines d'application.

CHAPITRE II - LES DOMAINES D'APPLICATION

Le principe de la confiance légitime est incontestablement très utilisé dans le domaine de la réglementation économique. La majorité des arrêts rendus concernent la mise en oeuvre de la politique agricole commune, à travers le problème déjà ancien des montants compensatoires monétaires et celui des organisations communes des marchés.

D'autres arrêts, moins nombreux, concernent des mesures de politique commerciale commune dans ses rapports avec le reste du monde lors de décisions tarifaires dans le cadre du tarif douanier commun ou lors de décisions de contingents dans certains secteurs comme celui des quotas pour l'acier.

La particularité de ce domaine est son instabilité car les modifications de la conjoncture obligent parfois, si ce n'est régulièrement, les pouvoirs publics à agir rapidement pour ne pas compromettre l'utilité et l'efficacité des mesures prises antérieurement. La position du juge est particulièrement délicate, parce qu'il lui faut trouver ici plus qu'ailleurs le juste équilibre entre les exigences de la légalité et les préoccupations d'équité. Il ne doit pas paralyser l'activité des autorités communautaires mais il lui faut protéger les opérateurs victimes des nouvelles mesures. Il faut donc que le juge fixe le cadre normal de l'activité normative et définisse les limites au-delà desquelles la responsabilité des Communautés sera retenue.

Un second domaine d'utilisation du principe est celui des restitutions d'aides d'État irrégulièrement octroyées. Lors des décisions de restitution, le problème se posait de savoir comment appliquer des dispositions nationales en conformité avec le droit communautaire. La jurisprudence de la Cour vient récemment d'évoluer pour cela. Enfin, les deux derniers domaines sont celui de la fonction publique communautaire, important par le nombre d'arrêts qui s'y rattachent et celui de la rétroactivité des actes communautaires que la Cour n'admet que si deux conditions sont réunies dont celle du respect de la confiance légitime des intéressés.

Section 1 - La politique agricole commune

L'agriculture est encore, à ce jour, le domaine principal dans lequel une véritable politique commune s'applique aux douze de la Communauté. L'une des règles de cette politique agricole commune est l'unité des prix agricoles dans le marché commun. Pour cela, des montants compensatoires monétaires ont été inventés. Bien que démantelés ils ont posé beaucoup de problèmes aux opérateurs économiques. Un autre domaine d'interventionnisme poussé des autorités est celui

(30) Arrêt du 12 décembre 1985. Aff. 67/84 - Recueil 1985.10, p. 3983.

(31) Arrêt du 9 janvier 1990. C 337/88 - Recueil 1990.1, p. I. 1.

des organisations communes des marchés. La Cour ayant la même attitude dans le domaine commercial, les deux domaines seront confondus dans l'étude.

I - Les montants compensatoires monétaires

Ils ont sans doute représenté le domaine essentiel d'utilisation du principe de confiance légitime, avant même l'instauration du système monétaire européen qui a amené une simplification de leur mode de calcul. Dans notre liste, le dernier arrêt qui les concerne et qui faisait référence au principe est celui du 24 avril 1988 (32). Il est nécessaire de comprendre leur fonctionnement avant d'envisager la position du juge.

A - Le fonctionnement des montants compensatoires monétaires

Ils concernent deux catégories de produits :

- les produits agricoles faisant l'objet de mécanismes permanents d'intervention,
- les produits transformés pour lesquels la valeur de la denrée agricole de base entre pour une part importante dans le coût de production.

Sur le plan géographique, ils concernent les échanges entre les pays de la C.E.E. -sauf pour les États du Bénélux- ainsi que les transactions avec les pays tiers.

A l'origine, des "taux représentatifs" ou "taux verts" ont été fixés à des niveaux proches de ceux du marché. Le montant compensatoire monétaire d'un produit s'obtenait en affectant le prix d'intervention exprimé en monnaie nationale du taux de surcote ou de dépréciation de la monnaie par rapport à son taux représentatif. Le taux n'était pas celui de la conclusion des contrats mais celui du jour de l'accomplissement des formalités douanières d'exportation ou de passage en douane des marchandises importées.

Les montants compensatoires changeaient très fréquemment puisque, dans les États où la monnaie flottait librement, ils étaient recalculés chaque semaine en fonction des taux de change constatés sur le marché. Ce calcul entraînait une modification des montants compensatoires monétaires s'il faisait apparaître une variation de la valeur de la monnaie flottante par rapport aux monnaies stables d'au moins 1 % par rapport à la dernière fixation.

Les contraintes des montants compensatoires monétaires sont décrites en détail dans les conclusions de M. Capotorti, avocat général dans l'affaire *British Beef Company* (33) dans laquelle un opérateur du Royaume Uni exportant de la viande bovine vers d'autres États membres s'oppose à l'Office britannique d'intervention pour les produits agricoles au sujet de la perception des montants compensatoires. Les conclusions de M. Capotorti sont extrêmement intéressantes. Il souligne que la réglementation de base en matière de montants compensatoires se caractérise par l'obligation faite à la Commission de "répercuter sur les montants compensatoires tout écart monétaire dépassant un pourcentage déterminé. Dans un contexte plus large, la Cour a parlé du "devoir des institutions communautaires", de modifier le système chaque fois que cela apparaît nécessaire pour garantir sa fonction correctrice (arrêt du 10 décembre 1975, *Coopératives agricoles de céréales/Commission*). Tout cela est parfaitement cohérent avec la "RATIO" du système. Rappelons, en effet, que celui-ci fut instauré non pour protéger les intérêts particuliers des opérateurs économiques mais pour obvier aux difficultés auxquelles peut se heurter le bon fonction-

(32) Affaire 338/85 - Recueil 1988.4 - p. 2041.

(33) Arrêt du 13 juin 1978. Recueil 1978.6 - p. 1343.

nement des organisations communes de marché du fait de l'instabilité monétaire, en vue donc de la protection d'un intérêt général".

Il est d'autant plus intéressant de lire ces conclusions, que M. Capotorti y fait l'historique de la jurisprudence sur le thème des montants compensatoires, historique antérieur mais charnière avec la période où commence cette étude puisqu'il termine sa liste avec l'affaire Luhrs, 78/77, non encore publiée à la date des conclusions (34).

B - La position de la Cour

La Cour suit parfaitement l'opinion de M. Capotorti selon laquelle les adaptations doivent se faire avec la plus grande célérité si l'on veut que le régime des montants compensatoires opère de manière efficace. Pour la Cour, les institutions communautaires sont en droit de modifier rapidement, fréquemment, les montants compensatoires sans qu'on puisse le leur reprocher. L'arrêt du 30 novembre 1978 (35) lui pose une question préjudicielle sur l'interprétation de certaines dispositions de la réglementation communautaire en matière d'organisation commune du marché vitivinicole et sur le régime des montants compensatoires dans le secteur du vin. La Cour conclut "hermétiquement" quant à l'utilisation du principe de la confiance légitime pour contester la validité d'un règlement que celui-ci ne saurait être contesté par ce moyen "étant donné que les modifications fréquentes des montants compensatoires en fonction des conditions des marchés sont inhérentes au système même". Pour aller plus loin, il est même inhérent au système des montants compensatoires que les opérateurs économiques doivent s'attendre à ce que toute modification notable de la situation monétaire entraîne, éventuellement, l'extension du régime à de nouvelles catégories de marchandises et la fixation de nouveaux montants (36). Elle a également toujours considéré que le régime des montants compensatoires ne saurait être considéré comme équivalent à une garantie contre les risques de change pour les opérateurs économiques (37).

Dans l'arrêt Merkur du 8 juin 1977, elle rappelle les objectifs du système : "Attendu que le régime des montants compensatoires vise notamment protéger le niveau des prix dans l'État membre concerné contre les perturbations qui pourraient résulter de l'instabilité monétaire et compromettre le développement normal de la conjoncture dans le domaine agricole, que, plus particulièrement, l'objet du régime des montants compensatoires est de parer aux difficultés que l'instabilité monétaire peut créer pour le bon fonctionnement des organisations communes des marchés, plutôt que de protéger les intérêts individuels des opérateurs économiques ... et qu'à cet effet l'article 6 du règlement n° 974/71... donne à la Commission le pouvoir de fixer, selon une procédure déterminée, non seulement les montants compensatoires, mais encore les modalités d'application nécessaires, y compris celles qui pourraient comporter d'autres dérogations aux règlements relatifs à la politique agricole commune".

La Cour fait le même raisonnement dans l'arrêt du 14 janvier 1987 qui concerne la modification des taux représentatifs.

Pour parer aux difficultés soulevées par les montants compensatoires monétaires, pour permettre au secteur agricole d'adhérer à la réalité économique, le Conseil avait adopté un règlement relatif au calcul et au démantèlement des montants compensatoires applicables à certains produits agricoles. Pour cela, il a réévalué les taux

(34) Conclusions de M. Capotorti. Voir Annexe n° 2.

(35) Aff. 88/78 - Rec. 1978.9, p. 2477.

(36) Arrêt du 25 janvier 1979 - Affaire 99/78 - Recueil 1979.1 p. 111 - Point 8.

(37) Arrêt du 12 avril 1984. 281/82 - Recueil 1984.4 - p. 1985.

représentatifs du mark allemand et du florin néerlandais à compter du 1er janvier 1985 en apportant certaines modifications aux calculs à effectuer pour cela. En Allemagne, les nouveaux taux de conversion avaient entraîné une baisse des prix de soutien des produits agricoles exprimés dans la monnaie nationale. La Cour constate que "toute modification des taux représentatifs affecte nécessairement les relations entre parties aux contrats conclus à long terme. Tel est notamment le cas dans des secteurs, comme ceux du sucre et de la féculé de pomme de terre, dans lesquels la réglementation communautaire suppose la conclusion de contrats entre producteurs agricoles et les fabricants pour l'ensemble d'une campagne lorsque la modification prend effet au cours de la campagne ou avant celle-ci mais à un moment où les contrats ont été conclus".

Dans ce genre de circonstances, les opérateurs ne peuvent prétendre que leur confiance légitime soit violée. La position de la Cour correspond ici à sa mission d'application du droit communautaire pour permettre la réalisation des buts de la Communauté parmi lesquels celui de construire une politique agricole commune. Elle protège une réglementation extrêmement changeante mais indispensable pour l'unité du marché contre des opérateurs gênés, mais pas surpris, par les variations monétaires.

De la même manière, la Cour n'avait pas considéré comme une atteinte à ce principe l'abrogation, avec effet immédiat et sans avertissement, de montants compensatoires monétaires lorsque leur introduction avait été dictée "par le souci de prévenir des perturbations dans les échanges et non par celui d'assurer aux producteurs une rémunération inchangée" (38).

Encore une fois, la Cour s'attache à la réalisation des objectifs économiques pour justifier l'absence de mesures transitoires dans une conjoncture troublée.

En revanche, lorsque la situation sur le marché est stable et que les montants compensatoires fonctionnent normalement, l'opérateur économique qui est en mesure de prévoir leur variation régulière, ne peut absolument pas s'attendre à ce qu'ils soient supprimés brutalement. Aussi la Cour a décidé qu'en l'absence d'urgence, dans un secteur déterminé, en n'assortissant pas le règlement "supprimant avec effet immédiat et sans avertissement, l'application des montants compensatoires, de mesures transitoires protégeant la confiance que l'opérateur pouvait légitimement avoir dans la réglementation communautaire, la Commission avait violé une règle supérieure de droit et engagé ainsi la responsabilité de la Communauté" (39).

Cet arrêt du 14 mai 1975 a marqué les esprits. Il est systématiquement cité dans les articles de doctrine alors qu'il n'est pas le premier dans lequel la Cour ait reconnu la violation du principe, et que d'autres sont intervenus depuis.

Dans la période indiquée, il n'y a aucune violation du principe de confiance légitime pour cause de montants compensatoires. Avec leur démantèlement puis le projet de monnaie unique, un des domaines d'utilisation du principe disparaît, mais le développement des activités normatives des institutions communautaires ne peut que se développer.

Le principe est encore exploité dans le domaine agricole pour les organisations communes des marchés.

(38) Arrêt du 17 mars 1976. 85/75. Lesieur Cotelle et Associés S.A. - Voir "La responsabilité extracontractuelle de la Communauté Européenne" - R.T.D.E. Octobre-Décembre 1989 - n° 4 - p. 59.

(39) Arrêt du 14 mai 1975 - 74/74 C.N.T.A. - Recueil p. 533 - Article précité - RIDE - Octobre-Décembre 1989. n° 4.

II - Les organisations communes des marchés

C'est le deuxième aspect de la politique agricole commune à soulever des recours relativement fréquents, dans lesquels le principe de la confiance légitime est soulevé. Une vingtaine d'arrêts (40) concernent ce domaine mais pour certaines affaires, les montants compensatoires et les organisations communes des marchés sont intimement liés. Les organisations des marchés les plus concernées sont celle du lait et des produits laitiers et celle des fruits et légumes. Dans ce domaine encore, le comportement des juges est protecteur des impératifs économiques. Pour des raisons d'efficacité et de réalisation des objectifs de la politique agricole, ils ne peuvent admettre trop facilement la responsabilité des autorités. Cette dernière ne sera engagée qu'en cas de méconnaissance grave et manifeste des limites du pouvoir d'appréciation dont disposent les autorités. Le juge communautaire a donc fixé le cadre dans lequel les autorités peuvent légiférer sans craindre l'illégalité de la norme ou la mise en cause de leur responsabilité, tout comme il l'avait fait pour les montants compensatoires.

Il faut rappeler que son attitude est exactement la même pour les mesures de politique commerciale commune.

A - Position de la Cour

La jurisprudence, qui est stable dans ce domaine, s'exprime à travers une formule usuelle (41) : "Il convient d'observer que selon une jurisprudence constante de la Cour, le champ d'application du principe de confiance légitime ne saurait être étendu jusqu'à empêcher, de façon générale, une réglementation nouvelle de s'appliquer aux effets futurs de situations nées sous l'empire de la réglementation ancienne et cela notamment dans un domaine comme celui des organisations communes des marchés dont l'objet comporte précisément une constante adaptation en fonction des variations de la situation économique dans les différents secteurs agricoles". Cette formule autorise le Conseil et la Commission à prendre toutes les mesures exigées pour l'adaptation des secteurs agricoles à la réalité du moment. Les opérateurs économiques ne peuvent être surpris par ces mesures nouvelles qui font partie des moyens d'action des autorités pour maintenir l'équilibre des marchés agricoles. Les opérateurs peuvent supporter certains effets préjudiciables engendrés par un acte normatif lorsqu'il découle des choix de politique économique. C'est la position que la Cour a adoptée dans l'arrêt du 20 septembre 1988 (42) pour décider qu'il en allait de même en ce qui concernait les règlements modifiant les quantités globales garanties de produits laitiers allouées à l'Espagne telles qu'elles avaient été fixées dans son acte d'adhésion.

Un autre exemple (43) pose le problème de la coordination avec les autorités nationales. Lorsqu'un plan de développement de la production laitière a été approuvé

(40) Arrêts des : 14 février 1978, Aff. 68/67 - 25 octobre 1978, Aff. 125/77 25 janvier 1979, Aff. 98/78 - 27 mars 1980, Aff. 133/79 - 12 juin 1980, Aff. 119 et 126/79 - 5 mai 1981, Aff. 112/80 - 5 décembre 1982, Aff. 5/82 - 14 juillet 1983, Aff. 224/82 - 6 décembre 1984, Aff. 59/83 - 17 avril 1986, Aff. 133/84 - 14 janvier 1987, Aff. 278/84 - 11 mars 1987, Aff. 265/85 - 26 avril 1988, Aff. 316/86 - 28 avril 1988, Aff. 120/86 28 avril 1988, Aff. 170/80 - Ordonnance du 10 juin 1988, Aff. 152.88 R Arrêts des : 20 septembre 1988, Aff. 203/86 - 15 juin 1989, Aff. 77/88 11 juillet 1989, Aff. 196/88 à 198/88 - 20 juin 1990, Aff. C. 152/88 11 décembre 1990, Aff. C 217/89 - 11 décembre 1990, Aff. C. 189/89 - 13 décembre 1990, Aff. C. 22/89 - 16 mai 1991, Aff. C 96/89.

(41) Arrêt du 16 mai 1979, Aff. 84/78 - Rec. 1979.5, p. 1801 - Arrêt du 5 mai 1981, Aff. 112/80 - Rec. 1986.1, p. 1095 - Arrêt du 14 janvier 1987, Aff. 278/84 - Rec. 1987.1, p. 1 - Arrêt du 20 septembre 1988, Aff. C 203/86 - Rec. 1988.8, p. 4563.

(42) Affaire C 203/86 - Recueil 1988.8, p. 4563.

(43) Arrêt du 11 juillet 1989, Aff. 196 à 198/88 Cornée/Copall - Rec. 1989.7, p. 2309.

par des autorités nationales compétentes, cela n'empêche pas son titulaire d'être soumis à d'éventuelles restrictions, même ultérieurement, si ces restrictions résultent de la réglementation communautaire. Cela notamment dans le cadre de la politique des marchés ou de la politique des structures.

La Cour s'attache, comme elle le fait habituellement, à la primauté de la réglementation européenne sans laquelle il ne pourrait y avoir de véritable politique commune si chaque organisme national prétendait lui-même à la gestion de la production.

Le respect du droit communautaire que la Cour défend ici participe à l'harmonisation exigée des différents droits nationaux. Si la Cour admet la violation du principe c'est parce que les mesures communautaires sont tout à fait imprévisibles pour les opérateurs, par exemple lorsque les autorités communautaires les ont incités à suspendre leur production provisoirement et qu'au terme de cet engagement, elles les empêchaient de reprendre leur livraison ou leur imposaient des contingents trop stricts (44).

Les mesures transitoires habituellement exigées peuvent même être exclues lorsque les circonstances économiques l'exigent, en particulier lorsque les autorités prennent des mesures de sauvegarde.

B - Les mesures de sauvegarde

Celles-ci interviennent lorsque le marché est gravement perturbé.

Dans l'arrêt du 5 mai 1981, l'avocat général, M. Reischl examine avec précision la protection de la confiance légitime dans de telles circonstances. Un règlement de la Commission avait prévu la suspension provisoire de la mise en libre pratique dans la Communauté de pommes de table originaires du Chili. La Société requérante soutient que la Commission aurait violé la confiance légitime du fait qu'elle aurait adopté la mesure de sauvegarde à une époque tardive après la conclusion par les importateurs intéressés des contrats d'affrètement et de livraison et sans prévoir de mesures transitoires.

Pour M. Reischl, la position de la Cour "comme le prévoit d'ailleurs, l'article XIII du GATT" voudrait que ne soient prises en considération que les marchandises déjà en cours d'acheminement. En se basant sur quelques arrêts, il estime que le principe de la protection de la confiance légitime "n'exclut la modification d'une réglementation, sauf dispositions transitoires particulières, que si les opérateurs économiques qui se fondent sur des contrats déjà conclus se trouvent engagés dans des relations juridiques particulières dans le cadre de la gestion du commerce extérieur (obtention de certificats d'importation - obligation d'effectuer certaines opérations d'importation) et cela au reste uniquement si l'octroi d'une telle protection n'est pas contraire à l'intérêt public péremptoire.

Eu égard notamment à l'exigence également posée dans l'arrêt 84/78, à savoir l'adaptation constante des règles du marché aux modifications de la situation économique, on ne peut en principe que souscrire à l'opinion de la Commission et considérer que, dans un tel cas d'espèce, on doit pouvoir exiger des importateurs -qui sont familiarisés avec les mécanismes de l'organisation des marchés et dont on peut attendre qu'ils suivent également l'évolution du marché- qu'ils se prémunissent contre les risques de mesures de sauvegarde par l'inclusion dans les contrats qu'ils concluent de clauses appropriées" (45).

(44) Voir *Infra* - 2ème partie.

(45) Arrêt du 5 mai 1981, Aff. 112/80 - Recueil 1981.6, p. 1136.

La Cour dans son arrêt rappelle dans un premier point la formule traditionnelle. Elle rappelle ensuite que les conditions qui justifient les mesures de sauvegarde sont tout à fait exceptionnelles et permettent à l'organisation commune de prévenir "la menace d'une perturbation grave susceptible de mettre en péril les objectifs de l'article 39 du traité" et elle admet que des mesures transitoires auraient enlevé toute efficacité à la mesure de sauvegarde. On retrouve encore ici la méthode finaliste habituelle de la Cour en vue du respect du traité. Cela lui permet de limiter la portée du principe de confiance légitime pour sauvegarder la construction communautaire.

La Cour a l'habitude d'utiliser une autre formule traditionnelle pour protéger la liberté de manoeuvre des institutions : "les autorités communautaires disposent d'une marge d'appréciation lors du choix des moyens nécessaires pour la réalisation de leur politique, les opérateurs économiques ne sont pas justifiés à placer leur confiance légitime dans le maintien d'une situation existante qui peut être modifiée par des décisions prises par ces institutions dans le cadre de leur pouvoir d'appréciation " (46).

Tel est le cas lorsqu'un règlement a suspendu les importations de conserves de champignons en provenance de Taiwan et de Corée du Sud et que les demandes de certificats d'importation pour de tels produits ont été refusées.

C'est également le cas lorsque les autorités communautaires décident de modifier la méthode qui leur permet de calculer la marge de dumping d'un produit, et que l'adoption de cette nouvelle méthode n'a pas d'effet rétroactif.

"Si les autorités communautaires disposent d'un large pouvoir d'appréciation suivant une jurisprudence constante, les intéressés ne doivent pas se fier au maintien du mode choisi à l'origine, lequel peut être modifié par les organes dans le cadre de leurs pouvoirs. L'exercice du pouvoir d'appréciation, en ce qui concerne une situation de fait (antérieure) ne constitue pas, en d'autres termes, un critère reconnu en droit pour protéger la confiance des opérateurs économiques. On peut noter, pour être complet, que cette jurisprudence n'est pas une particularité du droit antidumping mais repose sur un principe juridique général qui a sa place de la même manière dans le commerce extérieur et dans la politique agricole et qui a même déjà été mentionné dans le droit de la fonction publique". Voilà donc, exprimée par l'Avocat Général, mais reprise par la Cour, la marge d'appréciation qui est laissée aux institutions pour leurs actes qui impliquent des choix de politique économique. Il faut une méconnaissance de cette marge d'appréciation pour que la responsabilité de la Communauté soit engagée.

Section 2 - Les aides d'État

Il y a sept arrêts (47) concernant ce domaine et dans lesquels la confiance légitime est invoquée. L'argument tiré par les parties de ce principe ne concerne pas l'interprétation d'une décision de restitution prise par la Commission mais constitue un moyen relatif à la validité de celle-ci. Il ne peut être soulevé qu'à l'appui d'un

(46) Arrêts des : 15 juillet 1982, aff. 245/81 - 28 octobre 1982, aff. 52/81 7 mai 1987, aff. 260/84 - 7 mai 1987, aff. 258/84 - 7 mai 1987, aff. 256/84 - 7 mai 1991, aff. C 69/89.

(47) Arrêt du 21 septembre 1983, 205 à 215/82

Arrêt du 15 novembre 1983, 52/83

Arrêt du 24 février 1987, 310/85

Arrêt du 23 novembre 1987, 223/85

Arrêt du 2 août 1989, 94/87

Arrêt du 20 septembre 1990, 5/89

Arrêt du 21 mars 1991, 303/88.

recours en annulation, c'est ce que la Cour répond à la France poursuivie en manquement dans l'arrêt du 15 novembre 1983.

En effet les parties, États ou opérateurs économiques vont quelquefois utiliser ce principe pour obtenir l'annulation de la décision imposant la restitution. Dans ce domaine, l'attitude de la Cour a progressivement "verrouillé" les possibilités d'utilisation du principe. Ceci ne peut se comprendre qu'à la lumière des difficultés vécues par la Communauté pour obtenir le respect des articles 92 et 93. En essayant de ne pas sortir du sujet, il faut d'abord les rappeler succinctement, pour envisager ensuite le durcissement progressif de la jurisprudence.

I - Le renforcement des exigences de la Commission

A - La situation en matière de restitution

La Commission dispose de manière indiscutable du droit de décider que l'État doit supprimer ou modifier une aide octroyée en violation du traité, incompatible ou illicite. La Cour a admis que la suppression ou modification, pour avoir un effet utile, peut comporter l'obligation d'exiger le remboursement d'aides octroyées en violation du marché, de sorte qu'à défaut de mesures de récupération, la Commission peut en saisir la Cour qui constatera le manquement.

Or, le montant global des aides octroyées illégalement par les États membres et dont le remboursement a été demandé par la Commission n'a fait qu'augmenter. Il a été de l'ordre de 5 millions d'écus en 1985 (35 millions de francs) et de 11 millions d'écus en 1986 (77 millions de francs) et de 747 millions d'écus en 1987 (5229 millions de francs) (48).

Face à cette tendance croissante, la Commission a réagi et la Cour est devenue plus sévère.

B - Les actions entreprises

La Commission s'est alors souciée de veiller au respect des règles qui régissent les aides d'État, notamment l'obligation de notification (49).

Elle a d'abord publié une directive relative à la transparence des relations financières entre les États membres et leurs entreprises publiques.

Ensuite, une lettre du 31 juillet 1980 publiée au Journal Officiel précise que "tout signe d'une tendance à violer systématiquement ou de manière flagrante les obligations des États membres sera systématiquement poursuivi en vertu de l'article 169 du traité ou d'autres mesures envisagées par celui-ci".

Une communication du 31 mars 1983 publiée au Journal Officiel informait les bénéficiaires potentiels d'aides d'État du caractère précaire des aides qui leur seraient octroyées illégalement "en ce sens que tout bénéficiaire d'une aide octroyée illégalement c'est-à-dire sans que la Commission ait abouti à une décision définitive sur sa compatibilité, peut être amené à restituer l'aide".

Dans l'arrêt du 20 septembre 1990, la Cour rappelle cette communication à l'Allemagne poursuivie en manquement. "La Commission a informé les bénéficiaires potentiels d'aides d'État du caractère précaire des aides qui leur seraient octroyées illégalement, en ce sens qu'ils pourraient être amenés à les restituer". La Cour se sert de cette information pour écarter l'argument de la violation de la

(48) Mémento pratique F. Lefebvre. C.E.E. 1991 5208.

(49) Pour cette partie, Cf. "La récupération des aides octroyées par les États en violation du Traité C.E.E.". Sylviane Morson. op. cit.

confiance légitime de l'entreprise Bug Alutechnik. L'attitude du Juge communautaire est progressivement devenue plus rigoureuse quant aux contestations portant sur l'exécution des décisions de récupération.

II - Le durcissement de la jurisprudence

Il faut l'envisager, bien sûr, du point de vue du moyen tiré de la violation de la confiance légitime.

Le principe est utilisé dans deux directions : la première pour faire admettre que tel qu'il est compris en droit interne, il rendrait le remboursement impossible. La seconde, pour reprocher à la Commission ses délais trop longs de procédure.

A - Le renvoi au droit national

La République Fédérale d'Allemagne fait valoir son droit national face au retrait d'actes administratifs irréguliers puisque l'exécution d'une décision qui impose à un gouvernement de récupérer des aides octroyées illégalement suppose un retrait de l'acte administratif ayant accordé les aides litigieuses suivi d'une décision de recouvrement constitutive d'un titre de créance.

Mais la coexistence de deux ordres juridiques distincts soulève des difficultés liées aux rapports entre l'obligation de récupération et ses modalités d'application.

a) Première période

La République Fédérale d'Allemagne soulève l'article 48 (50) de la *Verwaltungsverfahrensgesetz* allemande dans l'affaire *Deutsche Milkontor* (51).

Il s'agit d'une question préjudicielle dans le cadre d'un litige qui oppose l'Office compétent en R.F.A. pour le paiement d'aides pour la transformation de lait écrémé en poudre à des entreprises de fabrication d'aliments composés pour animaux.

Le juge communautaire va dégager plusieurs principes :

1°/ - Le droit communautaire ne s'oppose pas à la prise en considération par la législation nationale concernée pour l'exclusion d'une répétition d'aides indûment versées, de critères tels que la protection de la confiance légitime.

2°/ - Les litiges concernant la récupération de montants indûment versés en vertu du droit communautaire doivent être tranchés par les juridictions nationales (52) ce qui permet aux entreprises qui s'estiment lésées par une décision étatique de recouvrement de la contester devant leur ordre juridique national.

Mais la Cour assortit aussitôt ces deux principes de quelques limites quant à l'application du droit national.

(50) Cet article dispose aux fins de prendre en considération la confiance légitime et la sécurité juridique :

- qu'un acte administratif irrégulier ayant accordé une prestation pécuniaire ne peut pas être retiré lorsque le destinataire s'est fié à la force juridique de l'acte, sa confiance est digne de protection,
- que le bénéficiaire d'une telle prestation peut se prévaloir de la disparition de l'enrichissement, conformément aux règles du droit civil à cet égard, à moins qu'il ait connu les circonstances qui ont été à l'origine d'irrégularité de l'octroi ou qu'il les ait ignorées par suite d'une négligence grave de sa part,
- que le retrait d'un acte administratif irrégulier doit être effectué dans un délai d'un an à partir du moment où l'administration a eu connaissance des circonstances en cause, à moins que l'acte administratif ait été obtenu par dol, contrainte ou corruption de la part du bénéficiaire,
- que la répétition de l'indu est exclue dès lors que l'administration savait qu'elle octroyait la prestation à tort ou qu'elle l'ignorait par suite d'une négligence grave de sa part.

(51) Arrêt du 21 septembre 1983 - Aff. 205 à 215/82 - 1983.8 - p. 2633.

(52) Point 19 de l'arrêt.

3°/ - L'application de la législation doit se faire de manière non discriminatoire par rapport aux procédés qui tranchent des litiges du même type, mais purement nationaux.

4°/ - Enfin l'intérêt de la Communauté doit être pleinement pris en compte lors de l'application d'une disposition qui "... soumet le retrait d'un acte administratif irrégulier à l'appréciation des différents intérêts en cause, à savoir, d'une part l'intérêt général au retrait de l'acte, d'autre part, le principe de confiance légitime".

A partir de ces principes, c'est donc le juge national qui conciliera l'intérêt de la Communauté et le principe de confiance légitime. La tâche est difficile.

Or, comme l'écrit Jean-Victor Louis (53), l'existence d'une faculté d'appréciation dans le chef des États est incompatible avec l'effet direct "qui signifie que les règles du droit communautaire doivent déployer la plénitude de leurs efforts d'une manière uniforme dans tous les États membres, à partir de leur entrée en vigueur et pendant toute la durée de leur validité". Cette autonomie procédurale des États peut aboutir à des solutions divergentes selon les pays dans l'application effective du droit communautaire.

Aussi, la Cour s'est efforcée par la suite, de réduire les limites et les modalités du recours à l'environnement national et elle a, pour cela, limité le domaine d'utilisation du principe de la confiance légitime.

b) Deuxième période

C'est sans doute sous l'effet des deux considérations précédentes, économiques et juridiques, que le juge a reconsidéré sa position dans l'arrêt du 2 février 1989 (54). Il s'agit d'un recours de la Commission visant à faire constater que la R.F.A. a manqué à ses obligations en ne se conformant pas à une décision ordonnant la récupération d'une aide accordée par le Land de Rheinland Pfalz à un producteur d'aluminium. Le gouvernement allemand fait encore valoir l'article 48 de la loi sur la procédure administrative pour prétendre que la possibilité de récupérer l'aide se heurterait au principe de confiance légitime.

La Cour est d'emblée plus ferme.

1. L'obligation de récupération de l'aide a un caractère définitif. L'obligation de récupération "est énoncée de façon inconditionnelle, en termes dépourvus de toute ambiguïté, non seulement dans la disposition précitée mais également dans la motivation de la décision (55)".

2. Le seul moyen susceptible d'être invoqué contre le recours en manquement est celui tiré d'une "impossibilité absolue d'exécuter correctement la décision".

L'examen semble exclure dorénavant tout moyen tiré de la protection de la confiance légitime.

A notre connaissance, la Cour n'a jusqu'à présent, jamais précisé la notion d'impossibilité absolue.

Elle l'a exclue :

- pour des difficultés subies par des exportateurs suite à la suppression de l'aide illégale.

- pour la situation gravement compromise d'une entreprise.

La Cour conclut que si le droit national est applicable à la récupération d'une aide illégale, ses dispositions ne doivent pas rendre impossible la récupération exigée par le droit communautaire prioritaire. Les juridictions nationales ne peuvent plus

(53) L'ordre juridique communautaire, p. 114.

(54) Aff. 94/87 - Recueil 1989.2 p. 189. Commission / R.F.A.

(55) Point 7. p. 191.

soulever les dispositions qui, dans leur droit interne, telle la confiance légitime en droit allemand, pouvaient exclure la restitution des aides ordonnées par la Commission. La solution de la Cour est en conformité avec la primauté et l'effet direct du droit européen. Dorénavant et sauf impossibilité absolue, les États devront exécuter la décision.

Mais la Cour est consciente des difficultés imprévues et des conséquences non envisagées que les États vont rencontrer dans l'application de la décision de restitution. Pour y remédier, elle leur propose de soumettre ces problèmes à l'appréciation de la Commission en proposant éventuellement des modifications à la décision.

Pour être tout à fait en conformité avec sa méthode d'interprétation habituelle, téléologique, de prise en considération de la finalité générale des traités, la Cour rappelle aux parties l'article 5 (56) du traité C.E.E., qui leur fait un devoir de collaborer de bonne foi "en vue de surmonter les difficultés dans le plein respect des dispositions du traité et notamment de celles relatives aux aides (57). Il est clair que dorénavant, l'obligation positive de l'article 5 impose aux États le respect prioritaire de la décision de restitution de la Commission. Par ailleurs, dans les deux arrêts qui sont chronologiquement les derniers, celui du 21 mars 1991 et celui du 20 septembre 1990, on constate la référence nouvelle au principe de l'effet utile avec l'expression suivante : "Admettre une telle possibilité reviendrait à priver les dispositions des articles 92 et 93 de tout effet utile dans la mesure où les autorités nationales pourraient ainsi se fonder sur leur propre comportement illégal ou négligence pour mettre en échec l'efficacité des décisions prises par la Commission en vertu de ces dispositions du traité" (58). La Cour remplit pleinement sa mission qui est d'assurer le respect du droit dans l'application des traités.

Il faut toutefois souligner que la Cour ne dispose pas des moyens pour faire exécuter son arrêt contre un État récalcitrant mais l'idée s'installe qu'il faudra prévoir des sanctions à l'avenir (59).

B - La longueur des délais de procédure

Dans ce domaine aussi, lorsqu'il y a notification par l'État de son projet d'accorder une aide, la Cour a une position plus ferme, rejetant la violation de la confiance légitime.

a) Première période

Dans un arrêt du 24 novembre 1987 (60), elle a admis que le principe de la confiance légitime et de la sécurité juridique s'opposait à ce que la Commission exige restitution d'une aide incompatible pour laquelle elle avait tardé à prendre position, un délai de 26 mois ayant été nécessaire pour sa réponse (61).

(56) Traité C.E.E. - Article 5.

"Les États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission. - Ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité".

(57) Point 9 - Arrêt p. 192.

(58) Arrêt du 21 mars 1991, point 13, p. I 1482.

Arrêt du 20 septembre 1990, point 17, p. I 3457.

(59) Jean-Victor Louis, ouvrage précité, § 25.

(60) Voir deuxième partie. Chap. 1. Sl. II - Aff. 223/85.

(61) Voir Chronique de Jurisprudence Communautaire - Marie-Chantal Boutard-Labarde. La Semaine Juridique. Éd. G. n° 49 p. 21145-21146.

b) Deuxième période

Dans cette deuxième affaire (62) la Cour a refusé d'interpréter le silence de la Commission comme une approbation ou comme pouvant fonder chez la requérante (la République Italienne) une confiance légitime de nature à faire obstacle à l'injonction de restitution.

Il y a bien sûr, dans le déroulement de la procédure, quelques différences entre les deux affaires. Le Gouvernement Italien semble avoir été plus négligent pour transmettre des informations à la Commission pour son enquête. En utilisant cet argument, en y ajoutant surtout celui de l'effet utile, la Cour rejette le moyen tiré de la violation de la confiance légitime.

Le seul recours possible reste dorénavant "l'impossibilité absolue" d'exécuter la décision sans trop savoir ce que la Cour entend par cette exception. La violation de la confiance légitime va devenir plus rare puisque dorénavant les opérateurs, les entreprises, ont une obligation de diligence leur imposant de s'assurer que l'aide qu'ils reçoivent est bien licite ou compatible (63).

Cependant, le moyen est encore utilisé dans d'autres domaines.

Section 3 - Les autres domaines

Il y en a deux. Le premier c'est la Fonction Publique communautaire, le second lorsque la réglementation est rétroactive.

I - La fonction publique communautaire

Le principe de la confiance légitime qui est né pour protéger les opérateurs économiques a été transposé progressivement dans la fonction publique. Le rapport d'audience concernant l'arrêt du 28 octobre 1980 (64) qui est, chronologiquement, le premier de notre liste sur le thème de la fonction publique est significatif à ce sujet puisqu'il dit : "le présent débat ne se prêterait pas à une discussion du principe de la confiance légitime trompée. Même à supposer que ce principe, consacré par la jurisprudence de la Cour dans des domaines étrangers à la fonction publique puisse être transposé à celui-ci ...".

On peut en déduire qu'à la fin de l'année 1980, le principe de confiance légitime n'était pas encore invoqué dans les recours des fonctionnaires et que c'est dans cet arrêt qu'il intervient pour la première fois. Actuellement, c'est devenu courant d'invoquer la confiance légitime dans ce domaine, confiance légitime que les fonctionnaires prétendent avoir dans leur administration.

Il faut envisager l'utilisation de ce principe par les parties avant d'analyser la position de la Cour.

A - L'utilisation du principe de confiance légitime

Les fonctionnaires l'invoquent pour des recours qui concernent tout le déroulement de leur carrière. Dès le début, il peut concerner le domaine des concours d'accès à la fonction. Par la suite, il peut servir à contester des décisions de promotion. Enfin, il permet de mettre en cause les niveaux de traitements ou pensions.

(62) Arrêt du 21 mars 1991. République Italienne c/Commission
Aff. C 303/88 - Recueil 1991.3 - p. I 1433.

(63) Voir II^o partie. Ch. 2. section 2.

(64) Aff. 2/80. Dautzenberg/Cour de Justice. Recueil 1980.7. p. 3114.

a) Le domaine des concours

L'invocation du principe de confiance légitime n'est pas exclusivement réservée aux fonctionnaires. En effet, un particulier avait posé sa candidature au poste de Chef de division d'expression grecque de la Direction Générale de l'Information et des Relations Publiques. Sa candidature ayant été rejetée, il demande alors l'annulation de la décision de rejet du jury du concours en invoquant la violation du principe de la confiance légitime dans la mesure où une procédure particulière du statut avait été appliquée sans indication préalable.

Le Parlement conteste que le principe de confiance légitime puisse être invoqué par un particulier ne faisant pas partie du personnel de l'institution et se portant candidat à un poste vacant. Contrairement à cela, la Cour déclare : "Contrairement à cette affirmation du Parlement, il y a lieu de dire que le droit de réclamer la protection de la confiance légitime ne se limite pas au personnel des institutions communautaires mais s'étend à tout particulier qui se trouve dans une situation de laquelle il ressort que l'administration a fait naître dans son chef des espérances fondées (65).

Dans cette même affaire, la Cour rappelle ses exigences en matière de recrutement et d'avis de concours (article 29 § 1 du statut). Cet avis doit informer les intéressés d'une manière aussi exacte que possible sur les conditions requises pour occuper le poste à pourvoir afin de les mettre en mesure d'apprécier pour eux s'il y a lieu de poser leur candidature. Dans ce domaine, l'Autorité investie du pouvoir de nomination est tenue de respecter le principe de la protection de la confiance légitime dont les candidats peuvent se prévaloir. Lorsque la procédure de recrutement déroge aux dispositions normales et omet de préciser certaines conditions, cela peut éventuellement entraîner l'allocation de dommages et intérêts à l'égard du candidat. Ce n'est pas le cas dans l'arrêt, le requérant n'ayant pas introduit de demande en ce sens.

Le principe peut également être invoqué pour contester la composition d'un jury de concours, mais seulement lorsque des "assurances" auraient été données par la Commission, ce qui ne s'est encore jamais rencontré.

Enfin, en ce qui concerne les résultats des concours, la Cour estime que les candidats doivent bénéficier d'une information formelle et précise sur les résultats de leurs épreuves, au risque de créer des certitudes ou des espoirs de carrière comme c'est le cas dans l'arrêt du 14 juillet 1983 envisagé plus en détail dans la deuxième partie.

b) Le domaine de la carrière

Ce sont des procédures d'avancement et de promotion que les fonctionnaires contestent beaucoup en utilisant la violation de leur confiance légitime. Ils se réfèrent toujours pour cela à des promesses écrites ou orales qui leur auraient été faites par leurs supérieurs hiérarchiques ou à des rapports concernant leur rendement, compétence professionnelle, qualification.

Certains fonctionnaires prétendent avoir des attentes légitimes à être nommés à des grades supérieurs. Par exemple,

- à un poste de la catégorie 3, dans l'arrêt du 28 octobre 1980 (66),
- en qualité de juriste réviseur dans l'arrêt du 13 février 1984 (67),

(65) Arrêt du 19 mai 1983. Vassilis Mavridis. Aff. 289/81. Rec. 1983.5. p. 1744.

(66) Aff. 2/80. Rec. 1990.7. p. 3107.

(67) Aff. 20 et 21/83. Rec. 1984.11. p. 4149.

- au grade D 1, en tant que chef de groupe pour un chauffeur dans l'arrêt du 20 juin 1985 (68),

- au grade LA 6 pour un interprète de la Cour dans l'arrêt du 23 octobre 1986 (69),

- au grade A3 pour une femme dont la candidature a été écartée à six reprises au profit d'hommes alors que la Commission a fait de nombreuses déclarations relatives à la nécessité de promouvoir la présence des femmes aux postes à responsabilité dans l'arrêt du 16 décembre 1987 (70),

- au grade LA 6 alors qu'inscrit au titre de l'exercice 1988, il n'a pourtant pas figuré sur la liste des fonctionnaires promus dans l'arrêt du 14 mai 1991 (71),

- à un poste de juriste réviseur dans l'arrêt du 27 juin 1991 (72).

La Cour, cependant, ne retient jamais que des assurances puissent justifier ces attentes. Elle fait une stricte application du statut qui détermine les conditions de déroulement des carrières et que les fonctionnaires sont censés connaître.

c) Le domaine des rémunérations

C'est un autre domaine de désaccord entre les fonctionnaires et leur administration quand ils s'attendent à un certain niveau de traitement ou au versement de certaines pensions ou indemnités.

Par exemple, dans l'arrêt du 27 mars 1990 (73), un fonctionnaire estimait avoir droit à l'indemnité de dépaysement étant donné que ses fonctions du moment relevaient de services effectués pour des organisations internationales.

Dans l'arrêt du 13 mars 1990 (74), un fonctionnaire demande l'annulation de la décision de la Commission qui supprime à son encontre le versement de l'allocation pour enfant à charge.

D'autres recours contestent une modification du calcul du traitement (75).

Et encore une demande d'annulation des bulletins de rémunération du mois de février 1982 contenant pour la première fois l'application d'un prélèvement de crise institué par un règlement (76).

Les fonctionnaires estimaient généralement que la situation juridique donnée était protégée et qu'ils étaient en droit de considérer que leur situation financière ne serait pas modifiée de manière imprévisible à leur désavantage.

B - La position de la Cour

La Cour, qui veille au respect du droit communautaire, continue sa mission en privilégiant le respect du statut. Mais là encore, elle admet que les institutions communautaires disposent d'un certain pouvoir d'appréciation.

(68) Aff. 228/84. Rec. 1985.5. p. 1969.

(69) Aff. 92/85. Rec. 1986.9. p. 3157.

(70) Aff. 111/86. Recueil 1987.11 - p. 5345.

(71) Aff. T 30/90. Recueil 1991.5. - p. II 207.

(72) Aff. T 156/89. Relativement long sur le problème de la confiance légitime. Recueil 1991.6 - p. II 207.

(73) Aff. T 123/89. Recueil 1990.III - p. II 31.

(74) Aff. T 34/89 et T 67/89. Recueil 1990.III - p. II 93.

(75) Affaires dites du "nettoyage de la grille". Arrêt du 19 janvier 1984. 219 à 225, 230 à 235, 237, 238, 240 à 242/80.

(76) Arrêt du 3 juillet 1985. Aff. 3/83. Recueil 1985.6 - p. 2004.

a) La priorité au respect du statut

Dans l'arrêt du 14 juin 1988 (77), l'Avocat Général, M. José Luis De Cruz Vilaca l'explique : "La confiance que le fonctionnaire peut placer dans une application erronée du statut ou dans sa violation ouverte n'est pas légitime".

Il n'y a violation de la confiance légitime que lorsque l'attente du fonctionnaire porte sur un intérêt digne de protection et lorsque cette attente n'est pas subjective. Il ne peut y avoir méconnaissance d'une disposition du statut car le fonctionnaire est censé le connaître du fait de sa publication au Journal Officiel.

Pour M. Darmon, dans l'arrêt du 16 décembre 1987 (78), un fonctionnaire ne saurait, en outre, invoquer la confiance légitime que lorsqu'il se trouve confronté "à une situation impliquant ce que l'on pourrait qualifier de rupture d'engagement". La Cour, totalement conforme à ces opinions, n'admet aucune violation du statut. Aucune promesse ne peut lui être supérieure, ce qui est tout à fait justifié.

Ainsi, elle a déclaré que : "les promesses qui ne tiendraient pas compte du statut ne sauraient créer une confiance légitime dans le chef du fonctionnaire" (79).

"Le requérant ne saurait se prévaloir d'une telle pratique contraire aux dispositions du statut, nul ne pouvant invoquer à son profit une illégalité commise en faveur d'autrui" (80).

Les articles du statut qu'il s'agit de respecter sont parfois cités : "toute promesse de le nommer aurait été contraire à l'article 45 du statut".

A travers le respect du statut c'est bien celui du droit communautaire qui est recherché, aucun fonctionnaire d'une institution communautaire ne pouvant valablement s'engager à ne pas appliquer le droit communautaire. Le juge reconnaît cependant les prérogatives de l'autorité administrative et lui reconnaît une marge d'appréciation dans l'organisation des services.

b) Le pouvoir d'appréciation des autorités

La jurisprudence admet que les institutions communautaires ont un large pouvoir d'appréciation dans l'organisation de leurs services en fonction des missions qui leur sont confiées et dans l'affectation en vue de celles-ci du personnel qui se trouve à leur disposition, à la condition cependant que cette affectation se fasse dans l'intérêt du service et dans le respect de l'équivalence des emplois (81).

Un tel pouvoir d'appréciation est indispensable en vue d'arriver à une organisation efficace des travaux et pour pouvoir adapter cette organisation à des besoins variables (82).

Le refus de la Cour d'empiéter sur les prérogatives des institutions communautaires dans le fonctionnement de leurs services est tout à fait normal. Ce serait paralyser leur fonctionnement si cela se faisait.

(77) Aff. 33/87 - Recueil 1988.6, p. 3008.

(78) Aff. 111/86 - Recueil 1987.II, p. 5354.

(79) Arrêt du 20 juin 1985, Aff. 228/84 - Recueil 1985.5, p. 1969

Arrêt du 6 février 1986, Aff. 162/84 - Recueil 1986.2, p. 481

Arrêt du 15 juin 1989, Aff. C 77/88 - Recueil 1989.6, p. 1755

Arrêt du 27 mars 1990, Aff. T 123/89 - Recueil 1990.3, p. II 131

Arrêt du 27 juin 1991 - Aff. T 156/89 - Recueil 1991.6 p. II 407.

(80) Arrêt du 9 octobre 1984, Aff. 188/83 - Recueil p. 3465. Point 15

Arrêt du 14 juillet 1985, Aff. 134/84 - Recueil p. 2225. Point 14

Arrêt du 14 mai 1991, Aff. T 30/90 - Recueil 1991.5, p. II 216.

(81) Arrêt di 21 juin 1984, Lux/Cour des Comptes, 69/83, Rec. p. 2447.

Arrêt du 23 mars 1988, Hecq/Commission, 19/87, Rec. p. 1697.

(82) Arrêt du 27 janvier 1983, List/Commission, 263/81, Rec; p. 103.

En revanche, on ne peut reprocher à la Cour sa rigueur à l'égard des assurances précises qui fait que finalement aucune promesse ne peut être retenue comme créant des droits en dehors des dispositions précises du statut, cette notion se heurtant fondamentalement à l'idée même de fonction publique soumise à un statut. Ce genre d'argument ne peut que disparaître.

Il reste à envisager le respect de la confiance légitime dans les actes communautaires rétroactifs.

II - La rétroactivité des actes communautaires

La législation communautaire doit être certaine et son application prévisible pour les intéressés. Les règlements entrent en application à la date qu'ils fixent ou deviennent obligatoires vingt jours après leur publication au Journal Officiel des Communautés. La non rétroactivité est la règle. Mais dans certaines circonstances, le droit communautaire n'exclut pas la rétroactivité. Lorsque la Cour est saisie d'un recours sur ce sujet, elle rappelle systématiquement la formule suivante (83) : "Le principe de la sécurité des situations juridiques s'oppose à ce que la portée dans le temps d'un acte communautaire voit son point de départ fixé à une date antérieure à sa publication. Il peut en être autrement, à titre exceptionnel, lorsque le but à atteindre l'exige et lorsque la confiance légitime des intéressés est dûment respectée".

a) La position de la Cour

Dans les arrêts, l'analyse des deux conditions est nettement identifiée. La méthode est classique et traditionnelle : la Cour recherche en premier lieu si la rétroactivité est une nécessité. Sans entrer dans des détails, on peut dire qu'elle l'admet dans des circonstances où règnent soit des risques de spéculation, soit des risques de perturbation du marché.

La Cour rappelle toujours la formule énumérée ci-dessus, analyse ensuite la première condition. L'analyse de la deuxième condition commence toujours par la formule suivante : "Pour déterminer si la seconde des conditions rappelée ci-dessus est également remplie" suivie de la démonstration.

La position de la Cour est claire et identique dans tous les cas : pour elle, il n'y a pas de violation de la confiance légitime dès lors que la possibilité d'une modification normative est raisonnablement prévisible par un opérateur prudent et avisé. L'expression de "raisonnablement prévisible" permet deux interprétations :

- soit les opérateurs savaient que la législation allait être changée rétroactivement, parce que les autorités l'avaient laissé entendre ou avaient manifesté leur intention. Ils devaient être informés.

- soit, en professionnels avertis, ils devaient comprendre que la rétroactivité était indispensable. Ils devaient s'attendre à ce qu'une modification intervienne.

La Cour, selon les arrêts, fait l'une ou l'autre de ces constatations, sinon les deux, en utilisant la méthode traditionnelle du faisceau d'indices.

(83) Arrêts concernant le problème de la rétroactivité - Arrêts des : 25 janvier 1979, aff. 99/78 - 25 janvier 1979, Aff. 98/78 - 19 mai 1982, Aff. 84/81 - 30 septembre 1982, Aff. 108/81 - 30 septembre 1982, Aff. 110/81 - 30 septembre 1982, Aff. 114/81 - 14 juillet 1983, Aff. 224/82 - 21 avril 1988, Aff. 338/85 - 9 janvier 1990, Aff. C 337/88 - 21 février 1991, Aff. jointes C 143/88 et C 92/89.

b) Les exemples

Dans les arrêts "Isoglucose", il y a une combinaison des deux méthodes pour démontrer que la mesure n'avait pu être prévisible pour des opérateurs.

A l'inverse, dans le domaine des montants compensatoires monétaires où la réglementation change fréquemment, les opérateurs économiques doivent s'attendre à ce que toute modification notable de la situation monétaire entraîne éventuellement l'applicabilité des montants compensatoires nouvellement fixés à des faits et actes qui se sont produits pendant une brève période précédant la publication du règlement qui les fixe au Journal Officiel.

Il faudrait donc que la mesure soit tout à fait imprévisible pour qu'il y ait violation de la confiance légitime dans les situations de rétroactivité.

La Cour l'a admis dans un arrêt du 14 juillet 1983 parce que les intéressés "ne pouvaient raisonnablement envisager se voir opposer rétroactivement le respect d'un délai de transmission de ces contrats dont la date limite coïncide avec la date limite de signature" (84).

D'une manière générale, il n'y a pas violation de la confiance légitime des intéressés lorsqu'ils sont en mesure de prévoir la nouvelle réglementation.

Pour développer cette notion, il faut envisager dans une deuxième partie la mise en oeuvre du principe par la Cour.

DEUXIÈME PARTIE - MISE EN OEUVRE DU PRINCIPE DE LA CONFIANCE LÉGITIME

Pour qu'il y ait atteinte à la Confiance Légitime des bénéficiaires du principe, la jurisprudence de la Cour a dégagé progressivement une série de conditions qui s'avèrent très restrictives.

La construction de ces conditions se met en place dans les années 1980.

Pour en comprendre l'évolution, il suffit de comparer une affaire déjà ancienne, par exemple l'arrêt du 31 mars 1977 (85) dans lequel l'argumentation des parties ne soulève aucune des conditions nécessaires.

La Commission, quant à elle, estime simplement que "la confiance légitime que les requérantes invoquent reviendrait à permettre une rémunération équitable, ce qui ne correspond pas à la portée communautaire ou nationale de ce principe" (86), sans préciser du reste quelle est la portée communautaire ou nationale du principe.

Le Conseil reste très lacunaire dans sa formulation : "... or, selon la jurisprudence de la Cour, on ne pourrait invoquer la Confiance légitime qu'en cas de modification impromptue de la réglementation communautaire ou d'incitation inutile de l'administration à le faire" (87).

L'Avocat Général, M. Reischl, y fait une allusion très rapide (88) pour réorienter l'argumentation sur la violation des règles mêmes posées par le traité ; quant à la Cour, elle en donne un très bref contenu : "qu'il n'a pas été démontré, non plus, que la Confiance légitime des intéressés ait été trompée alors qu'aucune mesure

(84) Aff. 224/82. Recueil 1983.7 - Page 2539.

Voir *Infra*, deuxième partie.

(85) Aff. jointes 54 à 60/76. Recueil 1977.2 - p. 645.

(86) p. 649.

(87) p. 651.

(88) p. 662.

communautaire ne laissait prévoir la mise en place de mécanismes autres que ceux fixés en 1967".

Ceci dit, dans l'arrêt du 8 juin 1977 (89), la Cour définit d'une manière assez complète les circonstances, précisant que la responsabilité de la Communauté ne pourrait être engagée "*que si*", à défaut d'un intérêt public péremptoire en sens contraire, la Commission supprimait ou modifiait avec effet immédiat et sans avertissement, en l'absence de mesures transitoires adéquates, des montants compensatoires dans un secteur déterminé, et si la suppression ou la modification de ces montants n'était pas prévisible pour un opérateur économique prudent".

Il s'ensuit une démonstration de chacun de ces points.

Néanmoins, il manque une condition qui semble être devenue essentielle par la suite : celle du comportement des autorités communautaires. La notion n'est pas nouvelle mais on la voit apparaître avec insistance et régularité par la suite.

Comme deuxième exemple on peut citer l'arrêt du 4 juin 1981 (90). Des fonctionnaires avaient effectué pendant des années le transfert à l'étranger d'une partie de leur rémunération sur la base de taux de change extrêmement avantageux. En 1978, le Conseil introduit des modifications qu'il n'assortit pas de dispositions transitoires.

Cet arrêt comporte des conclusions claires et détaillées de l'Avocat Général, avec rappel de la jurisprudence de la Cour, démontrant point par point que les fonctionnaires n'avaient pu être surpris par le nouveau système et qu'ils devaient s'y attendre.

"Pour M. Capotorti, la confiance légitime pour pouvoir être invoquée avec succès doit "s'appuyer sur des *assurances fournies*" par l'autre partie. Il faut rappeler que dans l'arrêt du 5 juin 1973 relatif à l'affaire 81/72, Commission/Conseil (Recueil 1975, p. 575) la Cour a reconnu qu'il y avait eu violation de la confiance légitime du personnel à l'égard de l'administration en ce que le Conseil, après s'être engagé à observer ... une méthode déterminée impliquant la prise en considération d'un ensemble de facteurs, avait ensuite agi sans respecter cette méthode. Il convient donc de vérifier si, dans notre cas, l'administration s'est comportée de manière à susciter l'attente légitime que les transferts de devises seraient toujours effectués selon le même régime..." (91).

Enfin, dans les affaires récentes, l'argumentation des parties, les conclusions des Avocats Généraux, l'arrêt de la Cour sont des démonstrations développées de la réalisation ou non des conditions qu'il faut évoquer.

Actuellement les conditions exigées sont nombreuses et très restrictives. Elles peuvent être classées en deux catégories estimant que certaines dépendent des autorités communautaires, d'autres étant liées aux bénéficiaires du principe.

Ces conditions sont alternativement utilisées par la Cour, mais le plus souvent, lorsqu'il s'agit d'écartier la violation du principe, la Cour s'attache à démontrer que plusieurs conditions -au moins deux- ne sont pas réunies.

CHAPITRE I - CONDITIONS TENANT AUX AUTORITÉS COMMUNAUTAIRES

Elles sont au nombre de deux.

La première condition est liée au *comportement* des institutions de la Communauté qui ne doit pas faire naître d'expectatives dans l'esprit des particuliers.

(89) Aff. 97/96. Recueil 1977.4 - p. 1078.

(90) Affaire 167/80 - Recueil 1981.5, p. 1495.

(91) Affaire 167/80 - p. 1551.

La deuxième condition exige qu'une nouvelle réglementation n'intervienne pas sans la mise en place d'un régime *transitoire* ou compensatoire, sauf circonstances exceptionnelles.

Section 1 - Le comportement des autorités communautaires

Selon une formule très fréquente, "il ressort d'une jurisprudence constante de la Cour que la possibilité de se prévaloir de la protection de la confiance légitime est ouverte à tout particulier dans le chef duquel une institution a fait naître :

- soit des *espérances fondées* pour les opérateurs économiques ;
- soit des *assurances précises* pour les fonctionnaires.

Ainsi, pour éviter l'engagement de leur responsabilité, le Conseil et la Commission ne doivent fournir aucun élément, aucun indice qui pourrait justifier la confiance dans le maintien sans modification d'une réglementation antérieure ou dans l'octroi de certains avantages.

Il faut envisager cette notion de comportement, après nous verrons sa mise en oeuvre par la Cour.

I - La notion de "comportement" des autorités communautaires

Les conséquences du comportement sont interprétées différemment selon qu'elles concernent des opérateurs économiques ou des fonctionnaires.

A - A l'égard des opérateurs économiques : espérances fondées

a) Exemples

La formule est reprise extrêmement souvent par les Avocats Généraux. En voici un exemple :

1 - Arrêt du 25 octobre 1978 (92)

"Au reste, on ne peut parler d'une violation de la confiance légitime dans une situation juridique donnée qu'au cas où tous les éléments déterminants et notamment le comportement des institutions communautaires inciteraient à la conviction qu'une situation juridique déterminée ne serait pas modifiée".

2 - Arrêt du 11 mars 1977 (93)

La Cour, elle-même, dans son arrêt, énonce que : "Il ressort d'une jurisprudence constante de la Cour que la possibilité de se prévaloir du principe de la protection de la confiance légitime est ouverte à tout opérateur économique dans le chef duquel une institution a fait naître des *espérances fondées*".

Elle ajoute que "en l'espèce", il n'a pas été établi que la Commission se serait engagée, avant l'adoption de la mesure litigieuse, à ne pas recourir à des actions de type "beurre de Noël".

3 - Arrêt du Tribunal du 27 mars 1990

Voir l'exemple infra - B - a.

(92) Affaire 125/77. Isoglucose. Recueil 1978-8 M. G. Reischl. p. 2033.

(93) Affaire 265/85. Recueil 1987-3 - p. 1181.

b) Signification

L'expression "d'espérances fondées" évoque l'aspect subjectif d'un sentiment de confiance dans la stabilité de la réglementation économique pour le maintien de l'équilibre des contrats.

Néanmoins, ce sentiment ou cette croyance devant être fondé, cela suppose qu'il soit établi solidement, et sérieusement motivé. Il ne peut naître que d'une attitude officielle ou fortement crédible des autorités communautaires.

Ainsi, n'ont pas été retenues comme pouvant instaurer la confiance légitime des opérateurs économiques, les comportements suivants :

- Une directive (94)

Un particulier, se fondant sur la confiance légitime s'était conformé aux dispositions d'une directive avant l'expiration du délai prévu pour son adaptation par l'État membre (délai de 24 mois).

La Cour répond : "attendu, enfin, qu'une directive n'imposant, de par sa nature, d'obligations qu'aux États membres, il n'est pas possible à un particulier d'invoquer le principe de "confiance légitime" avant l'expiration du délai prévu pour sa mise en oeuvre".

- Le comportement d'une autorité nationale (95)

"Quant à l'argument invoqué par S.R. Industries, selon lequel le comportement de l'Administration des douanes lui aurait fait croire qu'elle pouvait bénéficier des préférences, il suffit d'observer que le comportement d'une autorité nationale ne saurait avoir une incidence sur la validité d'un règlement arrêté par la Commission".

"Une pratique d'un État membre non conforme à la réglementation communautaire ne peut jamais donner lieu à des situations juridiques protégées par le droit communautaire, et cela même dans le cas où la Commission aurait omis de faire les démarches nécessaires pour obtenir, de la part de cet État, une application correcte de la réglementation communautaire" (96).

- Une Résolution du Parlement (97)

• Un commentaire inscrit au budget par l'autorité budgétaire "Contrairement à ce que prétendent les requérants, une résolution du Parlement ne revêt pas un caractère contraignant et ne peut pas faire naître une confiance légitime à ce que les institutions s'alignent sur celle-ci .

Quant au commentaire inscrit au budget pour l'exercice 1982, il ne peut ni créer des droits individuels pour les requérants, ni susciter une confiance légitime (voir ordonnance du 26 septembre 1984, les Verts/Commission et Conseil, 216/83, Rec. 1984, p. 3335).

- Une déclaration du Conseil (98)

D'après le Conseil, les commentaires et déclarations précités seraient de nature politique et à usage interne. Il est bien évident que ces "comportements" divers ne revêtent aucun élément contraignant pour le Conseil ou la Commission en tant qu'autorité législative. Aucun de ces exemples n'ayant d'effet juridique absolu en

(94) Arrêt du 5 avril 1979. Aff. 148/78. Recueil 1979-4, point 46, Arrêt p.1645.

(95) Arrêt du 8 octobre 1986. Aff. 385/85. Rec.1986-9. Point 10 de l'arrêt p. 2942.

(96) Arrêt du 15 décembre 1982. Aff. 5/82. Rec. 1982-11, Point 22, p. 4615.

(97) Arrêt du 11 juillet 1985. Aff. jointes 87, 130/77, 22/83,9 et 10/84, p. 2542.

(98) Arrêt précité du 11 juillet 1985.

droit communautaire à l'égard de la personne qui les invoque, la cour en déduit qu'en l'absence de force obligatoire ils ne peuvent engager les autorités communautaires.

B - A l'égard des fonctionnaires : Assurances précises

a) Exemples

Le Tribunal de Première Instance a clairement posé la distinction à faire entre espérances fondées et assurances précises dans son arrêt du 27 mars 1990 (99).

"Selon la jurisprudence de la Cour, le droit de réclamer la protection de la confiance légitime s'étend à tout particulier qui se trouve dans une situation de laquelle il ressort que l'administration communautaire a fait naître dans son chef des espérances fondées (arrêt du 19 mai 1983) - Mavridis c/Parlement, 289/81, Rec. 1983, p. 1731).

En revanche, aucun fonctionnaire ne peut invoquer une violation du principe de la confiance légitime en l'absence d'assurances précises que lui aurait fournies l'administration (conclusions de l'Avocat Général M. Capotorti dans l'arrêt du 1er octobre 1981 Guglielmi/Parlement, 268/80, Recueil 1981, p. 2295, 2307."

2ème exemple : l'Arrêt du 11 mars 1982 (100) avec d'autres conclusions de M. Capotorti.

"Dans nos conclusions du 14 mai dernier nous avons rappelé que suivant la jurisprudence de la Cour, la Confiance, pour pouvoir être invoquée avec succès, doit s'appuyer sur des assurances fournies par l'autre partie. Voir en particulier l'arrêt du 5 juin 1973, 81/72 Commission/Conseil Rec. 1973 p. 575".

Dans le même sens, l'arrêt du 19 janvier 1984, conclusions de Mme Rozes "De toute manière, les assurances précises fournies par l'Administration aux intéressés exigées par votre jurisprudence pour que la violation du principe de confiance légitime puisse être invoquée font ici défaut".

b) Signification

L'expression utilisée à l'égard des fonctionnaires communautaires est plus forte que la précédente.

L'attitude des autorités communautaires ne peut générer que des certitudes absolues. Les autorités judiciaires éliminent ici tout l'aspect subjectif qui pouvait entraîner l'espérance des opérateurs. Les assurances précises sont purement objectives, ne laissent place à aucun sentiment personnel, à aucune incertitude.

Les fonctionnaires étant les mieux placés pour connaître et comprendre les autorités communautaires, ils ne doivent rien déduire de leur comportement qui ne soit absolument certain.

Ainsi, ont été écartés les comportements suivants :

- Une lettre émanant de l'Autorité investie du pouvoir de nomination (AIPN) parce qu'elle n'avait qu'un caractère informatif et qu'elle ne pouvait donc engager l'AIPN à nommer le fonctionnaire au grade souhaité par lui (101).

- des promesses émanant de Directeurs des services (102). Or, il est de jurisprudence constante que les promesses qui ne tiendraient pas compte des

(99) T 123/90. Rec. 1990-3. Points 25 et 26 de l'arrêt p. II 139.

(100) Aff. 127/80. Recueil 1982-3 p. 901.

(101) Arrêt du 13 décembre 1984. Aff. jointes 20 et 21/83. Rec. 1984-11 p. 4164.

(102) Arrêt du 27 juin 1991 T 156/89. Recueil 1991.6 - p. II 40.

Arrêt du 20 octobre 1986 92/85. Recueil 1986.9 - p. 3174.

dispositions du statut ne sauraient créer une confiance légitime dans le chef d'un fonctionnaire (103). De plus, ces promesses données par les chefs de service ne lient absolument pas l'autorité investie du pouvoir de nomination elle-même.

Ceci est encore confirmé dans un arrêt du Tribunal de Première Instance du 15 mai 1991 (104).

"Le Tribunal relève, en ce qui concerne les assurances prétendument données en 1986 par le Directeur général du personnel aux nouveaux fonctionnaires et agents quant à la prise en considération, en vue d'une promotion ultérieure, de la date de leur recrutement ou de leur engagement, que de telles promesses, à les supposer établies, n'auraient pu créer une confiance légitime dans le chef des intéressés, étant donné qu'elles auraient été données sans tenir compte des dispositions statutaires (voir arrêt de la Cour du 6 février 1986, Vlachou/Cour des Comptes, point 6, 162/84, Rec. p. 481 et Arrêt du Tribunal du 27 mars 1990, Chomel/Commission, point 30, T 123/89, Rec. II-131".

• De simples déclarations de la Commission relatives à la nécessité de promouvoir la présence des femmes aux postes de responsabilité ne peuvent faire espérer une promotion pour une requérante, alors qu'elle n'a pas reçu, personnellement (105), d'assurances pouvant lui faire espérer qu'elle serait promue.

- *Des déclarations d'un ancien directeur de la traduction*
- *La circulaire d'un chef de division faisant fonction*
- *Divers actes de l'administration (106)*

ne sont susceptibles de faire naître dans le chef des requérants une espérance légitime d'être promus sans remplir les conditions prévues par le statut à cet effet.

• *Le silence (107) observé par la Commission à la suite de la demande de confirmation de ses droits par le requérant, "pour regrettable qu'il soit, ne saurait valoir confirmation de tels droits dans le chef du requérant, pas plus qu'il ne peut être considéré comme une assurance précise fournie par l'Administration. A supposer que le requérant ait obtenu des services de la Commission confirmation des droits qu'il revendiquait, un tel engagement n'aurait pu créer une situation de confiance légitime, aucun fonctionnaire d'une institution communautaire ne pouvait valablement s'engager à ne pas appliquer le droit communautaire (Arrêt du 16 novembre 1983 Thyssen/Commission)".*

Ainsi qu'il ressort d'une jurisprudence constante de la Cour, "la *communication d'une interprétation erronée* de la règle communautaire, n'aurait pu, d'ailleurs, engager la responsabilité de l'administration" (108).

• Ajoutons, pour terminer, que dans une affaire où le requérant, déçu dans ses espoirs de carrière, introduit un recours visant à l'annulation de la décision de la Commission nommant quelqu'un au poste qu'il ambitionnait, le Tribunal estime :

- "que le large pouvoir d'appréciation dont disposent les institutions des Communautés dans l'organisation de leurs services s'oppose à ce qu'une mesure de

(103) Voir les Arrêts de la Cour du 6 février 1986 Vlachou, du 20 juin 1985 Pauvert, TL du 27 mars 1990 Chomel T 123/89.

(104) T 30/90. Recueil 1991.5, point 25 de l'Arrêt - p. II 116.

Voir aussi dans ce sens T 18/90. 1991.5 - p. II 187. Arrêt du 7 mai 1991, points 23 et 24.

(105) Arrêt du 16 décembre 1987. Aff. III/86. Rec. 1987.11 - p. 5363.

(106) Arrêt du 27 juin 1991 T 156/89. Recueil 1991.6 - p. II 440.

(107) Arrêt du 27 mars 1990 T 123/89 - Recueil 1990 III - p. II 140.

(108) 28 mai 1970 Richz Parise / Commission. 23.69 - Recueil 1970 - p. 547 11 août 1990 Gill / Commission - 137/79 - Recueil 1980 - p. 2601.

réorganisation des dits services puisse être considérée, en soi, comme étant de nature à violer la confiance légitime des fonctionnaires concernés" (109).

Il s'agit, pour le Tribunal, d'une considération de principe ; il refuse en conséquence d'admettre les diverses circonstances avancées par le requérant.

Il faut rappeler que cette notion de pouvoir ou de marge d'appréciation laissée aux institutions est également utilisée par la Cour pour les mesures économiques prises dans le cadre de la politique commune agricole ou de la politique commerciale commune (Voir les conclusions de M. Lenz, 1ère partie, arrêt du 7 mai 1991).

II - Admission de comportements ayant créé une confiance légitime

La Cour, dans chaque affaire, recherche effectivement si le comportement des autorités communautaires a pu susciter des attentes dans l'esprit du requérant et elle l'a admis dans quelques cas.

A - A l'égard des opérateurs économiques

a) Un règlement communautaire (110)

Lorsqu'un opérateur économique a été incité par un acte de la Communauté à suspendre la commercialisation de sa production pour une période limitée, dans l'intérêt général et contre paiement d'une prime, il peut légitimement s'attendre à ne pas être soumis à la fin de son engagement à des restrictions spécifiques en raison précisément du fait qu'il avait fait usage des possibilités offertes par la réglementation communautaire.

En effet, un règlement de la Communauté ayant incité les producteurs de lait à cesser pour un temps limité la commercialisation, pouvait leur laisser penser que la reprise de cette commercialisation serait possible au terme de la période de restriction.

La Cour se prononce très clairement là-dessus : "En effet, ni les dispositions ni les considérants du règlement n° 1078/77 ne font apparaître que l'engagement de non-commercialisation pris au titre de ce règlement pourrait entraîner, à son expiration, l'impossibilité de reprendre l'activité en cause. Un tel effet porte donc atteinte à la confiance légitime que ces producteurs pouvaient avoir dans le caractère limité des effets du régime auquel ils se soumettaient.

Il s'ensuit que la réglementation en matière de prélèvement supplémentaire sur le lait a été arrêtée en violation du principe de confiance légitime" (111).

L'affaire ne s'arrête pas là puisqu'à la suite de ces arrêts, le Conseil a arrêté, le 20 mars 1989, un nouveau règlement n° 764/89 dont l'article 3 bis disposait en substance que les producteurs qui n'avaient pas livré de lait pendant l'année de référence, en exécution du règlement précédent n° 1078/77, obtenaient une quantité de référence égale à 60 % de la quantité de lait livrée par le producteur lors des 12 mois précédant le mois du dépôt de la demande de la prime de non commercialisation.

Mais la possibilité de se voir attribuer une quantité de référence était toutefois limitée à certains producteurs, en particulier ceux dont la période de non commercialisation expirait après une certaine date (31 décembre 1983) ou une autre (30 septembre 1983) selon l'État membre.

(109) Arrêt du 23 octobre 1990 - T 46/89 - Recueil 1990.9 - p. II 577.

(110) 28 avril 1988 170/86 Rec. 1988.4 p. 2355, 120/86 Rec. 1988-4 p. 2321.

(111) Arrêts du 28 avril 1988. Aff. 120/86 p. 2353 aff. 170/86 p. 2373.

La date limite excluait donc de l'attribution d'une quantité de référence spécifique certains producteurs. Là encore, la Cour se prononce clairement sur l'atteinte à la confiance légitime des producteurs de lait. "En revanche, le principe de la confiance légitime tel qu'interprété par la jurisprudence précitée, s'oppose à ce qu'une date limite de ce genre soit fixée dans des conditions telles qu'elle ait pour effet d'exclure également du bénéfice de l'article 3 des producteurs dont l'absence de livraisons de lait pendant tout ou partie de l'année de référence est la conséquence de l'exécution d'un engagement pris au titre du règlement n° 1078/77.

La réglementation en cause porte donc atteinte à la confiance légitime que les opérateurs concernés ont pu avoir dans le caractère limité de leurs engagements contractés antérieurement à l'entrée en vigueur du régime de prélèvement supplémentaire sur le lait" (112).

Et considérant ensuite que le taux d'abattement est excessif, la Cour déclare que le principe de la confiance légitime s'oppose à ce que le taux soit fixé à un tel niveau, ce qui reviendrait à une restriction qui affecterait toujours les producteurs qui avaient pris des engagements de non commercialisation en vertu du règlement 1078/77 (113).

b) Une pratique d'une autorité communautaire

Le 1er cas concerne des aides à l'emploi accordées au Royaume Uni par le Fonds Social européen (FSE) dans le cadre des mesures destinées aux jeunes de moins de 25 ans.

Sur la base d'un règlement du Conseil, la Commission avait déterminé, dans une décision publiée au Journal Officiel, le montant de concours du F.S.E. pour les dépenses d'aides à l'embauche et à la mise au travail pour l'exercice 84, par personne et par pays, soit 19,50 UKL pour le Royaume-Uni.

Par la suite, la Commission modifie la méthode de calcul ce qui entraîne des réductions appliquées aux emplois à temps partiel, et adresse aux États membres un récapitulatif des nouveaux montants. Le Royaume-Uni estime que la décision ayant modifié, avec effet rétroactif, les critères de concours du F.S.E., porte atteinte à sa confiance légitime.

La Cour commence par vérifier que le Royaume Uni ne pouvait pas avoir, au début de l'exercice 84, les moyens de savoir que, pour cet exercice, il serait procédé aux réductions en cause, et, considérant que la confiance légitime pouvait porter sur l'obtention du montant demandé, elle conclut : "Dès lors, force est de constater que le Royaume Uni pouvait légitimement placer sa confiance en ce que la pratique de la Commission ne soit pas changée en cours d'exercice avec effet pour ce même exercice" (114).

Le 2ème cas concerne l'annulation d'une décision individuelle infligeant une amende pour dépassement de quota de production d'acier pouvant être livré sur le marché commun. Le requérant prétendait que la vente avait été effectuée conformément à la pratique générale adoptée par la Commission pour les stocks existant les années précédentes. Selon cette pratique, qui n'aurait jamais été révoquée, l'écoulement de ces stocks en dépassement de quota de livraison aurait toujours été toléré. La Commission ayant reconnu cette pratique, aucune disposition n'y ayant mis fin, le requérant n'ayant pas été individuellement averti de la suppression de cette pratique, la Cour a estimé que la Commission "a ainsi porté atteinte à la confiance

(112) Arrêt du 11 décembre 1990 189/89. Recueil 1990-11 p. I 4579.

(113) Arrêt du 11 décembre 1990 217/89. Recueil 1990-11 p. I 4602.

(114) Arrêt du 1er octobre 1987. Aff. 84/85. Recueil 1987-9 p. 3798.

que la Société requérante avait pu, légitimement, placer dans le maintien de la tolérance admise pendant deux ans" (115).

c) Un avis favorable au titre de l'article 54 du Traité

En vertu de l'article 54 al. 4 du traité, la Commission formule un avis motivé sur les programmes d'investissements des entreprises "dans le cadre des objectifs généraux permis à l'article 46".

Il s'ensuit que la formulation d'un tel avis fait partie du rôle d'orientation dont le traité a chargé la Commission. Dans un arrêt du 10 décembre 1957 (116), la Cour a souligné que ces avis ont le caractère de simples conseils donnés aux entreprises qui restent libres d'en tenir compte ou non, et que la liberté de décision et la responsabilité des entreprises, comme celles de la Commission demeurent entières.

Un arrêt ultérieur de 1985 (117) fait apparaître le caractère équivoque de l'avis lorsqu'il est favorable.

"Ce caractère de l'avis favorable n'exclut certainement pas que soient suscitées, auprès de l'entreprise, certaines expectatives concernant la rentabilité de l'investissement".

On peut en déduire que dans certaines circonstances, un avis favorable au titre de l'article 54 peut fonder une confiance légitime, mais ce n'est pas le cas dans l'espèce car, à la date de l'avis favorable, il était difficile de prévoir que l'aggravation toujours croissante de la crise de l'acier allait entraîner l'introduction du régime des quotas.

d) Attitude négligente des autorités communautaires

La Cour ne pardonne pas à la Commission certaines longueurs dans ses procédures pouvant créer des espérances pour les parties, comme dans cette affaire d'aides d'État (118).

Pour soutenir le secteur de la grande construction navale et de la grande construction off-shore, le gouvernement néerlandais octroie une nouvelle fois une aide à l'entreprise R.S.V., les précédentes ayant été approuvées par la Commission. Cette aide fut versée avant sa notification à la Commission. Vingt six mois après, celle-ci décidait (décision 85/351 du 19 décembre 1984) que l'aide était incompatible avec le marché commun et devait être supprimée. D'après le requérant, ce retard aurait amené R.S.V. ainsi que ses actionnaires et créanciers à croire que les sommes allouées au titre de l'aide en cause lui appartenaient en toute légalité.

La Cour observe que la Commission n'a donné aucune justification valable du long délai à rendre sa décision alors qu'elle connaissait la situation et n'avait alors aucune recherche approfondie à effectuer.

Elle conclut que le retard pris par la Commission pour rendre la décision attaquée pouvait fonder chez R.S.V. une confiance légitime "de nature à empêcher la Commission d'enjoindre aux autorités néerlandaises d'ordonner la restitution de l'aide", et la décision de la Commission est en conséquence annulée malgré l'avis contraire exprimé par l'Avocat Général.

(115) Arrêt du 12 novembre 1987 Aff. 344/85 - Recueil 1987-10 p. 4450.

(116) Aff. jointes 1 et 14/57. Recueil p.201. Société des usines à tubes de la Sarre contre Haute Autorité.

(117) Arrêt du 19 septembre 1985. Aff. jointes 63 et 147/84. Rec. 1985-7, points 20 et 21, page 2881.

(118) Arrêt du 24 novembre 1987. Aff. 223/85. Recueil 1987-10 - p. 4617.

B - A l'égard des fonctionnaires

Rappelons ici l'exigence renforcée de comportement ayant créé des assurances précises. Les fonctionnaires, plus que toute autre personne, sont considérés comme informés et conscients de leurs droits et devoirs, ainsi que des pouvoirs et prérogatives des institutions auxquelles ils appartiennent. Ils sont le mieux placés pour évaluer la force obligatoire ou pas des diverses déclarations, promesses, lettres ... qu'ils peuvent recevoir dans le cadre de leur fonction, et donc, c'est plus difficilement que la Cour admettra que puisse naître chez eux une quelconque expectative. La Cour l'a cependant admis dans un arrêt du 14 août 1983.

Une secrétaire fonctionnaire ayant participé à un concours, il lui manquait un demi-point pour être admise sur la liste d'aptitude du concours pour la carrière de sténodactylographe de sorte qu'elle n'a été admise que sur la liste des dactylographes. Or, l'administration de la Cour l'informe, par lettre du 27 janvier 1981, qu'elle était inscrite sur la liste de réserve du concours sans précision sur le résultat, sans préciser si elle était inscrite en qualité de sténodactylographe ou de dactylographe. La requérante fait alors valoir qu'en ne l'ayant pas informée précisément de sa non admission sur la liste de sténographes, l'administration aurait créé des certitudes et espoirs de carrière dont il devrait être tenu compte en vertu du principe de confiance légitime. La Cour admet (119) que la requérante n'ayant jamais été informée du résultat effectif de son épreuve "de sorte qu'elle pouvait croire, surtout en se fondant sur la lettre du directeur de l'administration de la Cour du 27 janvier 1981, qu'elle avait également réussi dans l'épreuve de sténographie", ce qui entraîne l'annulation de la décision du jury qui refusait à la requérante son inscription sur la liste de réserve de recrutement de secrétaires sténodactylographes.

Dans le domaine des résultats aux concours de la fonction publique communautaire, l'information doit être précise et complète; la négligence de l'administration de la Cour est ainsi sanctionnée pour n'avoir transmis que des résultats incomplets laissant intacts les espoirs du candidat.

Section 2 - La période transitoire ou les mesures

C'est la deuxième condition que les autorités communautaires se doivent de respecter lorsqu'elles édictent une nouvelle réglementation. En effet, la mesure nouvelle ne doit pas être d'application immédiate. Les opérateurs économiques, tout comme les fonctionnaires, sont en droit d'attendre des communautés que des mesures transitoires s'appliquent provisoirement pendant un temps limité pour leur permettre d'adapter leur comportement à la nouvelle réglementation. L'absence de mesures transitoires peut donc permettre l'argument de la violation du principe de la confiance légitime. Si cette condition est invoquée quelquefois par les parties (120) elle est cependant rarement retenue par la Cour car elle souffre d'exceptions assez nombreuses qui laissent une importante manœuvre aux autorités communautaires.

I - Les domaines d'utilisation de l'argument

A - Dans les échanges extérieurs

Les requérants invoquent l'absence de mesures transitoires essentiellement dans le *domaine des échanges extérieurs* et plus précisément pour la réglementation

(119) Affaire 144/82 - Recueil 1983.7 - Point 31 de l'arrêt, p. 2437.

(120) cf. Annexe n° 3, les arrêts concernés.

concernant les montants compensatoires monétaires, lorsque le coût des contrats à l'importation ou à l'exportation se trouve relevé.

Dans l'arrêt du 31 janvier 1979 (121), il s'agissait de l'application de montants compensatoires monétaires à certains produits du secteur de la viande bovine, tel que celui de la viande assaisonnée.

Dans l'arrêt du 8 juin 1977 (122), un règlement n° 1497/76 de la Commission modifie les montants compensatoires monétaires. Un recours est introduit pour faire condamner la C.E.E. au paiement de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi.

La Cour démontre (123) que "le règlement critiqué n'est pas entré en vigueur de manière immédiate et sans avertissement, sa prise d'effet ayant été fixée au 15ème jour après celui de sa publication au Journal Officiel des Communautés Européennes... Attendu qu'on ne saurait non plus lui faire grief de ne pas avoir assorti l'entrée en vigueur du règlement critiqué de mesures transitoires adéquates permettant aux intéressés, notamment à la requérante, d'éviter le risque d'une modification imprévisible des montants compensatoires" (124).

Autre exemple : dans l'arrêt du 29 septembre 1982 (125), les opérateurs "EXIM" auraient pu légitimement escompter que des mesures transitoires seraient prises.

L'argument est également utilisé dans le domaine du Commerce extérieur lors de l'instauration ou modification de taxes diverses :

- l'instauration, par exemple, d'un droit antidumping alors que des fils de coton en provenance de Turquie sont en cours d'importation (126), ou lors de l'instauration de mesures de sauvegarde dans certains secteurs excluant l'importation de certains produits et suspendant la délivrance de certificats d'importation alors que les marchandises sont en cours d'acheminement (127).

B - Dans la fonction publique

Les fonctionnaires invoquent également l'absence de mesures transitoires lorsqu'une nouvelle réglementation modifie leurs traitements ou les primes qu'ils percevaient jusque-là.

Ainsi le recours de "Michel Advenier et 291 autres fonctionnaires" (128) contre la décision de la Commission de calculer différemment leurs bulletins de rémunération sur la base d'un règlement du Conseil qui modifiait le statut des fonctionnaires des Communautés. Et la cour vérifie qu'effectivement, le règlement modifiant les rémunérations prévoit bien des mesures transitoires qui visent à résorber les distorsions sans provoquer une diminution des montants perçus.

II - La mise en oeuvre de la condition

La violation de la confiance légitime a été admise pour non respect des mesures transitoires dans des affaires concernant respectivement les deux domaines d'application précédemment décrits

(121) 127/78 - Recueil 1979.1 - p. 171.

(122) 97/76 - Recueil 1977.4 - p. 1063.

(123) p. 1078.

(124) Point 7 de l'arrêt.

(125) 26/81 - 1982.8 - p. 3057.

(126) 12 mai 1989 - 246/87 - Recueil 1989.9 - p. 1151.

(127) 26 juin 1990 - 152/88 - Recueil 1990.6 - p. I 2477.

(128) 19 janvier 1984 - 211/80. 1984-1 . p. 137.

19 janvier 1984 - 260/80. 1984-1. p. 192.

A - Dans les échanges extérieurs

L'exemple est celui de l'entreprise Sofrimport (129), SARL qui importait des pommes de table originaires du Chili. Les contrats étaient en cours d'exécution et les marchandises en voie d'embarquement sur les navires lorsque la Commission décide de prendre un règlement dans le secteur concerné des fruits et légumes par lequel elle instaure des mesures de sauvegarde arrêtant totalement l'importation des pommes de table. Le recours de la Société est fondé juridiquement sur l'article 3, § 3 d'un règlement n° 2707/72. Ce dernier précisait que les mesures de sauvegarde dans le secteur des fruits et légumes devaient tenir compte de la situation particulière des produits en cours d'acheminement vers la Communauté. Et la Cour admet que cet article a pour effet de permettre à un importateur dont les marchandises se trouvent dans cette situation de se prévaloir d'une confiance légitime excluant l'application à son égard des mesures de suspension. En vertu de cela, la Cour admet qu'il y a eu "violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit supérieure dans le fait pour la Commission de prendre dans le secteur des fruits et légumes des mesures de sauvegarde en omettant complètement au mépris de la confiance légitime créée par l'article 3, § 3 du règlement 2707/72, de prendre en considération la situation des opérateurs dont les marchandises se trouvent en cours d'acheminement".

En conséquence, la Cour annule les règlements de la Commission suspendant la délivrance de certificats d'importation.

En réalité, ce n'est pas "directement" que l'absence de mesures transitoires est sanctionnée dans cette affaire, mais c'est par l'intermédiaire de l'article 3 du règlement n° 2707/72 qui n'est pas respecté. Cet article permettait à l'opérateur de se prévaloir de la confiance légitime que la situation resterait inchangée ou tout au moins qu'il y aurait des mesures provisoires. La Cour aurait-elle admis la violation du principe sans le règlement ? On peut en douter quand on va envisager, par la suite, l'importance des exceptions à cette condition.

B - Dans la fonction publique communautaire

Le moyen retenu par la Cour est ici celui de la brièveté de la période transitoire, trop courte à son avis pour permettre la régularisation d'une situation qui s'était prolongée assez longtemps. Voici l'affaire. Elle est intéressante car la Cour y critique fortement l'inertie et les hésitations du Conseil, qui avaient permis l'établissement de situations extrêmement avantageuses pour certains fonctionnaires, mais très injustifiées.

Des règlements du Conseil (n° 3085/78 et n° 3086/78 du 21 décembre 1978) ont modifié les parités monétaires à utiliser pour l'application du statut ainsi que les coefficients correcteurs applicables aux rémunérations et aux pensions des fonctionnaires et autres agents des Communautés. C'est ainsi qu'ils ont eu des effets négatifs sur le niveau d'une partie des pensions et plus précisément sur celles qui étaient payées en francs belges aux fonctionnaires établis dans des États à monnaie faible. Cela entraîne trois recours (130) identiques.

Dans chaque affaire, le requérant fait valoir qu'il pouvait s'attendre au paiement continu des prestations qui lui avaient été octroyées et dont le niveau

(129) Arrêt du 26 juin 1990 152 88. Recueil 1990-6. P. I 2477.

(130) 11 mars 1982 - 127/80 - Recueil 1982.3 - p. 869 ; 11 mars 1982 - 164/80 - Recueil 1982.3 - p. 909 ; 11 mars 1982 - 167/80 - Recueil 1982.3 - p. 931.

l'avait guidé quand il a choisi le mode de vie qui serait le sien pendant ses années de retraite (131).

Après rejet du moyen du requérant concernant l'introduction du nouveau régime, la Cour admet la violation de la confiance légitime pour application de la nouvelle mesure après une période trop brève.

Plusieurs raisons confortent la Cour dans sa position :

- l'inaction, les hésitations du Conseil à modifier la réglementation.

- l'augmentation des pensions s'est étalée sur une période de 7 ans.

- le fait que cette situation n'était nullement imputable au comportement des pensionnés.

Elle déclare ainsi que "si cette inaction du Conseil peut, de quelque façon s'expliquer, on ne saurait pour autant méconnaître que les pensionnés bénéficiant de cette inaction pouvaient s'attendre à ce que le Conseil tienne compte de la situation dans laquelle l'application prolongée du régime provisoire les avait placés....

Il s'ensuit que le Conseil ne pouvait pas sans violer la confiance légitime des pensionnés, après une période d'inaction s'étendant sur plusieurs années, fixer une période transitoire pour la réduction progressive des montants payés qui ne connaît que 10 mois. Une période d'au moins le double aurait dû être envisagée pour cette opération" (132).

En conséquence la Cour annule une décision de la Commission portant réduction de la pension du requérant. La Cour ne se contente pas de constater l'existence de la période transitoire, elle va jusqu'à en apprécier l'étendue de telle sorte que les autorités ne soient pas tentées, pour se prémunir contre tout recours, d'instaurer des mesures ou des périodes transitoires fictives, qui ne serviraient à rien.

III - Exceptions

L'intérêt public péremptoire est clairement énoncé par la Cour comme exception à l'exigence des mesures transitoires. Mais la Cour admet d'autres exceptions dans des circonstances diverses rendant l'exigence de mesures transitoires plus rares.

A - L'intérêt public péremptoire

La poursuite de l'intérêt général est de nature à primer sur les intérêts pécuniaires des requérants et peut justifier le sacrifice de leurs attentes.

Le Conseil et la Commission l'invoquent quelquefois dans leurs prétentions (133) et cela concerne l'ordre public économique. D'après la Commission, un tel intérêt serait atteint par la mise en cause d'un système complet d'organisation commune, fruit d'un choix économique qui revient licitement au législateur communautaire. Ceci suppose une menace grave à l'équilibre des marchés et à leur bon fonctionnement justifiant l'urgence dans l'application des mesures. L'intérêt public péremptoire, autrement dit renforcé, exige la désorganisation dans un secteur économique. La Cour l'a admis dans l'arrêt du 1er février 1978 (134) relatif au secteur des pommes de terre. Ce secteur connaît alors une forte instabilité liée à une régression importante de la production par suite des conditions atmosphériques défavorables et de la diminution des surfaces cultivées. Il en découle des difficultés d'approvisionnement et des augmentations de prix considérables créant des risques de pénurie. A cela

(131) Point 27, p. 833 du 1er arrêt précité.

(132) Point 34, p. 885.

(133) Arrêt du 19 mai 1972 - 84/81 - Recueil 1982.5 - p. 1763 Arrêt du 31 mars 1977 - 54 à 60/76 - Recueil 1977-2. P. 654.

(134) Aff. 78/77. Recueil 1978-2.

s'ajoute un début de spéculation d'opérateurs économiques peu scrupuleux disposés à profiter de la situation car la tendance à la hausse des prix et les exportations anormales vers les pays tiers se stimulaient réciproquement. Le Conseil doit alors prendre des mesures de toute urgence.

La situation est la même dans l'arrêt du 31 janvier 1979 concernant le secteur de la viande assaisonnée où la Cour déclare que "dans ces conditions, l'instauration d'une période transitoire aurait probablement incité les opérateurs à importer des quantités importantes de viande assaisonnée ce qui aurait contrarié l'efficacité de la mesure prise par la Commission" (135).

L'intérêt public péremptoire est aussi admis dans le secteur des pommes de table où la Commission suspend les importations provisoirement sans mesures transitoires "des mesures transitoires excluant de cette suspension les contrats conclus auraient enlevé tout effet pratique à la mesure de sauvegarde en ouvrant le marché des pommes de table de la Communauté à un volume d'importations susceptible de mettre en péril ce marché" (136).

Mais même en l'absence d'intérêt public péremptoire, d'autres circonstances sont invoquées par la Cour pour exclure l'obligation de prévoir des mesures transitoires.

B - Autres exceptions

Les autres exceptions sont liées à la qualité des opérateurs.

a) Premier cas : les opérateurs EXIM

Dans le secteur de l'huile d'olive, en matière d'échanges avec les pays tiers, il existe un régime spécifique de restitutions dit "EXIM" institué par un règlement n° 171/67 du Conseil du 27 juin 1967. Dans ce régime, et sous certaines conditions, la restitution à l'exportation d'huile d'olive est accordée sous la forme d'une autorisation à importer en franchise de prélèvement une quantité d'huile d'olive correspondant à la quantité d'huile d'olive exportée. Les opérateurs qui le veulent, optent pour ce régime et dans l'arrêt du 29 septembre 1982 la Cour a admis le fait que pour ce type d'opérateurs aucune mesure transitoire n'ait été prise.

"L'opérateur "EXIM", au contraire, accepterait de prendre un tel risque en se livrant à une spéculation fondée sur la renonciation à un avantage dont il escompterait qu'il serait supérieur" (137). Cette différence par rapport à l'opérateur ordinaire a justifié l'absence de mesures transitoires à son égard. Ainsi la Cour ne se sent pas d'obligation pour protéger les opérateurs ayant choisi des procédures extraordinaires, plus spéculatives que celles qui sont normalement utilisées.

b) Deuxième cas : les opérateurs prudents et avisés

Cette exception est extrêmement large. L'opérateur, individu prudent et avisé, doit anticiper la législation nouvelle. Les mesures transitoires ne sont donc pas indispensables. La notion mérite plus de développement, aussi, il faut l'aborder dans le chapitre suivant.

(135) Aff. 127/88. Recueil 1979-1 - Point 9 de l'arrêt p. 180.

(136) Aff. 112/80 - 5 mai 1981.

(137) Arrêt du 29 septembre 1982 - 26/81 - Recueil 1982.8 - p. 3057.

CHAPITRE II - CONDITIONS TENANT AUX BÉNÉFICIAIRES DU PRINCIPE

D'après la démonstration précédente, la violation du principe de la confiance légitime suppose :

- qu'une mesure soit adoptée en contradiction d'un comportement des autorités communautaires,
- ou que ces mêmes autorités à cette occasion omettent d'instaurer une période transitoire d'adaptation.

Mais cela n'est pas suffisant pour l'analyse. De toute manière, il n'y aura pas violation de la confiance légitime si la nouvelle mesure avait été connue ou simplement prévue par les opérateurs économiques qui sont considérés à priori comme des individus prudents et avisés. La condition vaut également pour les fonctionnaires. De plus, à cette condition d'opérateurs prudents et avisés, la Cour ajoute quelquefois celle de "diligents".

Dans un premier point, il faut analyser la signification précise que revêt la "mesure imprévisible". Puis la notion d'opérateurs "prudents et avisés" et diligents.

Section 1 - La mesure doit être imprévisible

Il ressort là encore d'une jurisprudence constante de la Cour que lorsqu'un opérateur prudent et avisé est en mesure de prévoir l'adoption d'une mesure communautaire de nature à affecter ses intérêts il ne saurait invoquer le bénéfice du principe de la confiance légitime lorsque cette mesure est mise en oeuvre (138). Elle doit intervenir comme un "coup de tonnerre dans un ciel serein" a déclaré l'avocat général M. Mayras dans une affaire déjà ancienne (139). Elle doit être une surprise totale pour les opérateurs qui ne peuvent s'y attendre. Il est intéressant de souligner dans les différentes affaires les efforts mis en oeuvre par le Conseil ou la Commission pour démontrer qu'en aucun cas le requérant ne pouvait ignorer la mesure nouvelle.

I - Notion

L'opérateur informé peut l'être de deux façons : officiellement ou officieusement. Mais dans le dispositif de la Cour la violation du principe est écartée le plus souvent en combinant ces deux sources. La Cour fait une application stricte du principe selon lequel "nul n'est censé ignorer la loi" et elle essaie de le prouver par un maximum d'indices.

A - Les informations internes

Les sources les plus sûres invoquées dans les arrêts sont celles qui émanent directement des Communautés.

a) Le Journal officiel des Communautés (J.O.C.E)

Les décisions générales et les règlements du Conseil et de la Commission y sont publiés et entrent en vigueur soit à la date qu'ils fixent ou à défaut le vingtième jour suivant leur publication, (art. 191 du traité). Dans une affaire où le requérant, la Société Faust, se plaignait des conséquences des mesures de sauvegarde ayant interdit

(138) Voir annexe n° 3 - Liste des arrêts concernés.

(139) 44/77 à 51/77 - Recueil 1978, p. 57.

presque totalement les importations de champignons en provenance de Taiwan, la Cour estime que "la violation du principe de la confiance légitime pouvait d'autant moins être admise que l'accord commercial conclu le 3 avril 1978 entre la Communauté et la république populaire de Chine et publié au Journal officiel du 11 mai 1978 (Journal officiel L 123, p. 2) était de nature à avertir les opérateurs économiques d'une imminente réorientation de la politique commerciale de la Communauté...." (140).

De la même manière la Cour invoque le Journal officiel comme source d'information à l'égard de certains fonctionnaires qui contestent une nouvelle méthode d'adaptation de leur rémunération avec prise en compte de différents facteurs pour l'examen annuel des niveaux de rémunération.

"A cet égard, il y a lieu de rappeler que l'intention du Conseil de modifier la méthode d'adaptation en vigueur depuis 1976 avait été exprimée déjà en 1980 lors de l'adoption du règlement n° 161/80 du Conseil du 21 janvier 1980 (Journal officiel L 20, p. 5) portant adaptation des rémunérations" (141).

b) La réglementation antérieure

Les requérants doivent connaître la loi communautaire. L'exemple qui précède vient de le montrer pour les règlements. La réglementation antérieure est considérée comme une source d'information pour les administrés qui doivent en connaître l'historique et en déduire l'esprit. C'est ce qui est démontré dans un arrêt du 19 mai 1982 (142).

c) La jurisprudence

Les arrêts de la Cour de justice n'ont pas valeur de précédent obligatoire. Ils ne constituent en aucune façon des arrêts "de règlement". Ils ne statuent que pour l'espèce et sont marqués de l'autorité relative de la chose jugée. Cependant, la Cour qui a le souci d'une jurisprudence cohérente s'inspire elle-même pour la solution des affaires pendantes devant elle des solutions qu'elle a déjà retenues dans des affaires précédemment jugées. Elle fait référence assez souvent à sa jurisprudence antérieure et dans certaines affaires la rappelle aux requérants. C'est le cas dans un recours en annulation d'un règlement du Conseil formé par la Société britannique Tunnel Refineries (143). Ce texte rétablissait avec effet rétroactif le régime des quotas pour l'isoglucose.

La Cour précise "qu'il n'a pu échapper à la requérante" que les arrêts rendus le 29 octobre 1980 avaient rejeté les moyens des sociétés requérantes (Société Roquette et Société Maïzena) qui contestaient le bien-fondé de ce règlement. Le règlement a été annulé mais pour défaut d'avis du Parlement. Et la Cour rappelle encore à la Société Tunnel que les arrêts du 29 octobre 1980 avaient eu soin de préciser que cette annulation ne portait pas atteinte "au pouvoir du Conseil de prendre toute mesure appropriée, conformément à l'article 176, al. 1 du Traité".

Chargé des conclusions sur cette affaire, M. Reischl utilise également la référence à l'arrêt précédent. Mais il va plus loin. Il ajoute à la jurisprudence d'autres sources d'information qui démontrent que la société requérante n'a pu être surprise par l'instauration des quotas. Il complète sa démonstration par une déclaration de la

(140) Arrêt du 28 octobre 1982. 52/81 - Recueil 1982.9, p. 3762.

(141) Arrêt du 3 juillet 1985 - 3/83 - Recueil 1985.6, p. 2010.

(142) Affaire 84/81 - Recueil 1982.5, p. 1763. Voir Infra B. Les informations externes.

(143) Arrêt 30 septembre 1982. 114/81 - Recueil 1982.8. Point 14, p. 3208.

Commission "dont les groupes économiques intéressés ont sans nul doute eu connaissance" (144), et par une proposition publiée.

d) Les déclarations - Propositions - Notes interprétatives

Dans l'affaire précitée, M. Reischl rappelle à la Société qu'elle avait eu connaissance de l'intention des institutions communautaires par un ensemble de sources dont une proposition publiée en 1980 "qui constitue selon la jurisprudence tant communautaire que nationale un instrument de référence pertinent au regard de la question de la protection de la confiance légitime. Contrairement à l'opinion des requérants, qui ne veulent considérer à cet égard qu'une décision formelle du législateur compétent".

Dans l'affaire déjà citée (145) de contestation par les Pays-Bas de la date à laquelle le contrôle du beurre avait été effectué lors de la période probatoire de stockage de deux mois, la Cour précise que le royaume des Pays-Bas "était dûment informé à la suite des *déclarations* faites par la Commission à propos de l'interprétation de l'article 6, paragraphe 1 du règlement n° 685/69, précité, lors de la 726ème réunion du Comité de gestion du lait et des produits laitiers en date du 16 août 1985", ainsi que d'une note *interprétative* du 18 mars 1986 relative à l'article 6, paragraphe 2, du même règlement de ce que la qualité de conservation du beurre ne peut être établie avant l'expiration de la période probatoire.

Enfin, dans quelques arrêts, la Cour retient comme moyen d'information des requérants des propositions que la Commission a présentées au Conseil (146).

B - Les informations externes.

Celles qui sont à chercher à l'extérieur des services communautaires. En l'absence d'informations issues des communautés ce n'est pas pour autant que le requérant pourra prétendre à l'imprévisibilité de la nouvelle mesure. Dans certaines circonstances il aurait dû la deviner. Ces circonstances sont toujours liées à la situation économique que l'opérateur doit être capable d'appréhender et en vertu de cela de deviner la future réglementation. Revenons pour l'exemple à l'arrêt précédent du 19 mai 1982. Il s'agit d'une question préjudicielle posée par la High Court of Justice relative à l'interprétation et à la validité de certains règlements concernant pour le Royaume Uni la suppression des montants compensatoires monétaires dans certains secteurs et leur introduction dans d'autres. La Cour affirme "que la situation existant à l'époque ne permettait pas aux opérateurs concernés de s'attendre à ce que le système de franchises soit supprimé....". Elle ajoute que, "au contraire, l'historique de la réglementation en cause, de même que sa portée et le but poursuivi étaient de nature à conduire les opérateurs à conclure que la franchise, qui constituait depuis des années une caractéristique bien établie du système des montants compensatoires monétaires, serait maintenue pendant une période prolongée" (147).

Cette connaissance supposée de l'état du marché est liée au fait que les opérateurs économiques sont considérés comme prudents et avisés (148).

(144) Affaire 108/81. Recueil 1982.8, p. 3049.

(145) Arrêt du 13 décembre 1990. Aff. C 22/90, Rec. 90.11, p. I 4814.

(146) Arrêt du 19 mai 1982. Affaire 84/81 - Rec.1982.5, p. 1778.

(147) Arrêt 19 mai 1982 - Recueil 1982.5, p. 1778.

(148) Voir *Infra*. Section 2.

C - Méthode du faisceau de sources d'information

En pratique, le plus souvent la Cour retient plusieurs sources d'informations qui prouvent que le requérant était au courant du projet de la nouvelle réglementation. Deux exemples ont été retenus :

a) Premier exemple : cas Isoglucose

La Cour retient quatre indices qu'elle développe en les isolant les uns des autres (149).

En premier lieu, elle énonce que les opérateurs concernés sont peu nombreux, conscients de l'interdépendance du marché du sucre et de celui de l'isoglucose, de la situation du marché des édulcorants.

En second lieu, elle constate par référence à des règlements du Conseil que celui-ci a manifesté sans ambiguïté sa volonté de réglementation dans le secteur communautaire des édulcorants, en imposant des restrictions.

En troisième lieu, c'est la référence déjà mentionnée à la jurisprudence de la Cour qui n'a pu échapper à la requérante.

Enfin, elle relève la publication au Journal officiel des communautés européennes de la proposition que la Commission avait présentée en vue de rétablir un régime de quotas et de cotisations.

b) Deuxième exemple : Arrêt du 21 février 1991

Il s'agit d'une question préjudicielle introduite par le Finanzgericht Dusseldorf. La juridiction de renvoi pose la question de savoir si le règlement (C.E.E.) n° 1914/87 instaurant une cotisation de résorption spéciale dans le secteur du sucre pour la campagne de 1986/1987 est valide. Pour la Cour les parties en litige ne sont pas fondées à invoquer une confiance légitime digne de protection et elle développe ici encore trois idées qui correspondent à trois sources d'information (150) qui font obstacle à l'imprévisibilité du nouveau règlement.

En premier lieu, les producteurs de sucre ont été informés des charges qui pèsent sur eux par le onzième considérant du règlement de base.

En second lieu, un bilan faisant clairement apparaître un déficit pour la campagne 1986/1987 avait été publié par la Commission.

En troisième lieu, avant la fin de la campagne, les producteurs de sucre ont su que la Commission avait présenté au Conseil une proposition de règlement instaurant une cotisation spéciale, cette proposition ayant été publiée au Journal officiel du 3 avril 1987 (J.O. C 89 p. 18).

Ainsi la Cour n'hésite pas à s'appuyer sur des sources diverses. Il faut encore signaler que dans un recours de fonctionnaires, elle leur a rappelé qu'ils avaient eu connaissance de la future mesure par leurs organisations syndicales qui avaient participé étroitement aux travaux ayant abouti à la mise en vigueur d'une nouvelle méthode d'adaptation (151).

Cette méthode du faisceau d'indices est tout à fait traditionnelle. La Cour des Communautés l'utilise constamment en droit de la concurrence.

(149) Affaire 125/77 - Recueil 1978.8, p. 1991, respectivement points 12, 13, 14 15 de l'arrêt.

(150) C 143/88 et C 92/89. 1991.2 - Points 57, 58, 59, p. 1 549.

(151) Arrêt du 13 juillet 1985. 3/83 - Recueil 1985.6, p. 2010.

En France, le Conseil de la Concurrence et la Cour d'Appel de Paris l'utilisent également comme moyen de preuve en cas d'entente illicite, en l'absence de preuve formelle.

II - Admission

A - L'arrêt du 14 juillet 1973 (152)

L'entreprise Meiko qui transforme des cerises en conserves a conclu pour cela des contrats de livraison avec des producteurs de cerises le 21 juillet 1980. Un avenant à ces contrats est signé le 31 juillet 1980. Les cerises sont livrées entre le 23 et le 31 juillet et immédiatement transformées. Comme des aides sont octroyées pour cette activité, Meiko dépose sa demande mais celle-ci est rejetée. Il résulte des dispositions de la réglementation communautaire que le transformateur ne peut prétendre au versement de l'aide que

1°/ - si les contrats et leurs avenants ont été signés.

2°/ - et s'ils ont été transmis aux organismes nationaux chargés de gérer le régime d'aide, cela dans des délais fixés par la Commission.

En raison des retards intervenus dans la récolte des cerises en 1980 liés à des conditions météorologiques difficiles, les contrats et avenants n'ont pu être signés à temps. Un premier règlement de la Commission n° 1964/80 du 24 juillet a reporté les délais de signature des contrats et avenants respectivement au 31 juillet et au 15 août 1980. En raison des circonstances particulières, un nouveau règlement n° 2546/80 du 2 octobre disposait que : "toutefois, pour la campagne 1980-1981, les contrats conclus pour les cerises peuvent être transmis, même après leur date de prise d'effet, à l'organisme précité le 31 juillet 1980 au plus tard".

Le Bundesamt ayant reçu la notification des contrats et avenants de Meiko les 7 et 19 août 1980, celui-ci rejette la demande d'aide.

La Cour tranche en s'appuyant sur le principe de sécurité juridique puisqu'il s'agit de la contestation d'un règlement rétroactif, et elle rappelle que les actes communautaires peuvent exceptionnellement être rétroactifs

- lorsque le but à atteindre l'exige

et - lorsque la confiance légitime des intéressés est dûment respectée. En l'espèce elle a estimé que la dernière condition n'était pas remplie.

- "Force est de constater que les transformateurs qui, pour signer leur contrat, ont attendu légalement la date limite du 31 juillet 1980, ne pouvaient avoir transmis les documents ce même jour, conformément à l'exigence nouvelle posée par le règlement n° 2546/80 du 2 octobre 1980".

"... la Commission a violé le principe de la confiance légitime des intéressés qui, compte tenu des dispositions en vigueur au moment de la conclusion des contrats, ne pouvaient raisonnablement envisager se voir opposer rétroactivement le respect d'un délai de transmission de ces contrats dont la date limite coïncide avec la date limite de leur signature".

Les entreprises ne pouvaient pas imaginer que l'octroi de l'aide tiendrait au fait que la notification des contrats intervienne avant le 31 juillet 1980.

B - Rapprochement avec les arrêts du 28 avril 1988

On le sent bien, cette solution ressemble à celle des arrêts précédemment évoqués. Dans tous ces cas, deux conditions sont intimement liées.

• *Première condition :*

Le comportement des autorités communautaires qui, par un règlement, avaient chaque fois fixé des dates aux opérateurs auxquelles ceux-ci pouvaient légitimement se fier. C'est à dire :

- la date ultime de signature des contrats dans un cas
- la date de fin de période de non commercialisation dans l'autre.

• *Deuxième condition :*

Une nouvelle mesure tout à fait imprévisible.

En vertu de leur confiance dans ces dates, les opérateurs ne pouvaient envisager que de nouvelles mesures viendraient contredire les précédentes.

Dans de telles affaires, la confiance légitime des opérateurs est doublement violée.

Section 2 - Pour des opérateurs "prudents et avisés" et diligents

Tout ce qui est raisonnablement prévisible par les opérateurs ne peut susciter la violation de la confiance légitime, cela vient d'être démontré. Ces qualificatifs de "prudents et avisés" sont très souvent rappelés par la Cour aux parties. Les opérateurs sont considérés a priori comme des professionnels avertis qui ne doivent agir qu'après mûre réflexion. Ils doivent être circonspects dans leurs décisions et prudents dans les choix dont ils doivent évaluer les risques.

La Cour leur demande quelquefois d'être diligents, d'agir avec zèle.

D'une certaine manière, la Cour a les mêmes exigences avec les fonctionnaires.

I - A l'égard des opérateurs économiques

A - "Prudents et avisés"

"Lorsqu'un opérateur économique "prudent et avisé" est en mesure de prévoir l'adoption d'une mesure communautaire de nature à affecter ses intérêts, il ne saurait invoquer le bénéfice d'un tel principe lorsque cette mesure est adoptée". Cet extrait d'un arrêt de 1987 fait lui-même référence à l'affaire Lurhs, arrêt du 1er février 1978 dans lequel la Cour déclarait déjà "que les opérateurs économiques prudents et avisés devaient prévoir l'adoption de mesures plus rigoureuses de sorte, qu'en l'espèce, ils ne sauraient se prévaloir d'une confiance légitime".

Il faut noter que dans ces deux exemples, la Cour n'utilise pas cette condition de manière isolée pour refuser la violation du principe. Si elle estime, souvent, que les opérateurs "prudents et avisés" sont en mesure de prévoir l'avenir, c'est parce qu'elle développe au préalable des éléments ou des indices qui ont pu aider les opérateurs dans leur prévision tels que ceux précédemment décrits. Il s'agit par exemple, des informations internes ou externes ou des comportements des autorités. Elle se contente rarement de ces simples qualités dans son dispositif. C'est pourtant le cas dans un arrêt du 20 mai 1981 (153) concernant les sociétés Debayser, Sucre Union et Jean Lion. Le gouvernement français ayant décidé, le 15 mars 1976, de laisser flotter le franc, des montants compensatoires monétaires ont été institués à partir du 25 mars 1976. Ces montants ont subi plusieurs majorations. Face à l'établissement de ce système les sociétés requérantes ont demandé au Fonds d'Intervention et de

Régularisation du Sucre le bénéficie d'un règlement d'exonération qui leur est refusé par l'organisme.

Réponse de la Cour : "Face à la décision d'un État membre de laisser flotter sa monnaie nationale et à la dépréciation de cette monnaie, il relève incontestablement de la gestion d'un opérateur économique prudent de reconsidérer, à partir du moment où le mécanisme des montants compensatoires monétaires est instauré, les conditions de conclusion des contrats destinés à être réalisés au cours de la période de fluctuation monétaire". Aux opérateurs prudents et avisés d'agir en conformité avec les conditions connues ou prévisibles du marché. Mais il ne faut pas oublier que les variations sont inhérentes aux montants compensatoires monétaires. De même dans l'arrêt du 12 mai 1989 (154), relatif aux droits antidumping, la Cour estime que puisqu'une procédure antidumping était en cours, un opérateur prudent et avisé devait se douter de l'institution prochaine de ce droit et pouvait, dès lors, "tenir compte de cette possibilité en signant des contrats avec ses fournisseurs".

On peut citer encore l'arrêt du 28 octobre 1982 (155), dans lequel l'absence de toute obligation de la Communauté d'accorder l'égalité de traitement aux pays tiers empêchait tout opérateur avisé d'escompter qu'on respecte les courants d'échanges en vigueur au moment de l'adoption des mesures de sauvegarde. L'opérateur avisé doit avoir une connaissance minimum des droits et obligations de la Communauté.

B - Opérateurs diligents

L'adjectif est nettement moins fréquent que les précédents. Il est plus récent dans son utilisation par la Cour.

L'Avocat général M. Verloren Van Theemat soutient dans ses conclusions sur l'arrêt du 29 septembre 1982 que "la Société Olmesa n'a certainement pas agi comme on peut l'attendre d'un opérateur diligent", mais l'arrêt ne fait référence qu'à la notion d'exportateur avisé (156).

La Cour utilise l'expression dans un arrêt du 20 septembre 1990 Commission/Allemagne, relatif au délicat problème des restitutions d'aides nationales contraires au droit communautaire.

Le Land Baden-Wurtemberg octroie une aide de deux millions de D.M. à la firme Bug-Alutechnik, entreprise fabriquant des produits semi-finis et finis en aluminium. L'aide en cause n'a pas été notifiée à la Commission qui l'apprend par ailleurs. Sur sa demande, le gouvernement fédéral confirme l'octroi de cette aide. Par lettre du 22 décembre 1987, la Commission notifie à la R.F.A. que l'aide est illégale car octroyée en violation de l'article 93 paragraphe 3 du traité C.E.E. mais la R.F.A. ne prend aucune mesure en vue d'obtenir la restitution.

C'est en se basant sur cette qualité d'opérateur diligent que la Cour va pouvoir imposer la restitution malgré les arguments du gouvernement allemand.

Elle rappelle d'abord le caractère impératif du contrôle des aides étatiques que la Commission opère au titre de l'article 93 du traité. Ensuite elle décide que les entreprises bénéficiant d'une aide, ne sauraient avoir, en principe, une confiance légitime dans la régularité de l'aide que si celle-ci a été accordée dans le respect de la procédure.

"En effet, un opérateur économique diligent doit normalement être en mesure de s'assurer que cette procédure a été respectée".

(154) Affaire 246/87.

(155) Affaire 52/81 - Recueil 1982.9, p. 3745.

(156) Affaire 26/81 - Recueil 1982.8, p. 3079, point 22.

Il faut préciser que la Cour rappelle aux opérateurs que la Commission a informé les bénéficiaires potentiels d'aides d'État du caractère précaire des aides octroyées illégalement, l'information ayant été publiée au Journal officiel.

Voilà donc une charge supplémentaire pour les opérateurs économiques. Le "Paravent" de l'État qui leur accorde l'aide n'est pas suffisant, il leur faut donc vérifier que l'article 93 a été respecté et l'aide autorisée par la Commission. L'avenir dira si cette exigence est nouvelle et vouée à l'extension dans la jurisprudence européenne ou au contraire propre à ce cas d'espèce, puisqu'il s'agissait d'imposer aux États le respect du traité dans ce domaine.

II - A l'égard des fonctionnaires communautaires

Les fonctionnaires n'ont pas besoin d'être "prudents et avisés". La formule n'est pas employée pour eux. Elle ne présente pas d'utilité dans ce domaine, les fonctionnaires n'ayant pas de choix économique à faire aux conséquences incertaines pouvant entraîner des préjudices. Mais la Cour a des exigences à leur égard puisqu'ils sont bien placés pour connaître le bien-fondé de leurs revendications. C'est également en matière de restitution d'une somme d'argent que la Cour a eu à se prononcer, dans deux affaires dont les solutions ont divergé en raison justement du fait que dans la première, le fonctionnaire avait manqué de diligence, alors que dans la seconde, il avait pris toutes les précautions pour qu'on ne puisse rien lui reprocher. La qualité de "diligent" n'est pas employée par la Cour mais elle est sous-jacente.

A - Premier exemple : l'arrêt du 13 mars 1990

M. Costacurta, fonctionnaire de la Commission affecté à Luxembourg, obtient une allocation scolaire pour sa fille Nadia qui poursuit ses études universitaires à Paris cela pour l'année 1986/1987. Pendant l'année, Nadia suit les cours à Paris I en vue de l'obtention d'un diplôme de droit international.

Entre temps, du 16 mars 1987 au 31 août 1987, Nadia fait un stage dans les services de la Commission à Bruxelles. Elle se voit ensuite offrir un emploi d'agent auxiliaire pour six mois et fait savoir à la division "carrières" qu'elle pouvait prendre ses fonctions le 1er septembre 1987. Un contrat d'engagement d'agent auxiliaire est signé pour cela.

Mais elle est alors lauréate d'un concours général à la suite duquel elle est nommée fonctionnaire de la Commission, affectée à Bruxelles. Par lettre du 10 septembre 1987, le requérant informe la division du Personnel de la Commission à Luxembourg que sa fille n'était plus à sa charge étant donné qu'elle venait d'être engagée comme agent auxiliaire. Le chef de la division du personnel l'informe alors que l'allocation scolaire était supprimée à compter du 31 mars 1987 date à laquelle sa fille avait cessé de suivre les cours. Les allocations versées ont alors donné lieu à répétition. En réalité, l'affaire est plus complexe parce que deux types d'allocations se superposaient : une allocation pour enfant à charge et une allocation scolaire. Dans les deux cas la répétition a eu lieu mais à des dates différentes.

Le requérant fait valoir que la restitution des allocations constitue une atteinte au principe de la confiance légitime et que la décision prise un an après le versement était tardive.

La Cour rappelle la condition requise à l'article 85 du statut pour procéder à la répétition de sommes versées indûment, à savoir que l'irrégularité du versement ait été si évidente que le requérant n'ait pu manquer d'en avoir connaissance. Et elle décide qu'en l'espèce le requérant n'a pas fourni tout l'effort de réflexion et de contrôle

qu'il aurait dû. Certes, le requérant "ne se prévaut pas d'un manque de connaissance de la réglementation pertinente..."

Mais il devait "être amené à constater que son interprétation personnelle ... était à tout le moins douteuse et qu'il y avait lieu de procéder à une vérification auprès des autorités compétentes. Or, le requérant s'est contenté de se fonder sur son interprétation erronée de la réglementation sans avoir signalé au service compétent la modification intervenue dans sa situation familiale" (157).

Ainsi le fonctionnaire qui manque à l'obligation qui lui incombait en vertu de dispositions pertinentes voit son recours rejeté. La décision de la Cour est tout à fait logique. Le fonctionnaire qui omet de signaler la modification intervenue dans sa situation familiale fait preuve de négligence et l'administration n'est pas responsable des versements qu'elle continue à faire. Rien dans cette espèce ne pouvait justifier la conservation des sommes par le fonctionnaire.

B - Deuxième exemple : l'arrêt du 12 juillet 1990 (Tribunal de Première Instance)

Le thème est le même puisqu'il s'agit d'un problème de répétition de l'indu avec application de l'article 85 du statut des fonctionnaires communautaires. M. Scheiber est un ancien fonctionnaire du Conseil des Communautés qui a été réglementairement délogé des cadres. Par la suite, il est recruté par l'Association Européenne pour la Coopération. Il cesse ses fonctions le 19 septembre 1987.

En tant qu'ancien fonctionnaire, il perçoit une pension d'ancienneté mais pour des raisons personnelles il demande la suspension de cette pension à compter du 1er novembre 1983 avec blocage sur un compte d'attente. Il sollicite la reprise du paiement à partir de juillet 1986 (158).

A ce moment-là le service "pensions" est informé que M. Scheiber est également "délégué de la Commission" ce qui lui vaut un traitement à charge du budget de la Communauté. Le problème du cumul des deux rémunérations se pose aux services communautaires qui vont avoir des positions divergentes.

La confiance légitime est invoquée pour s'opposer au remboursement des arrérages de pension et pour obtenir le déblocage des montants retenus. C'est toujours autour de l'article 85 qui protège la confiance légitime des fonctionnaires que tourne la solution : "toute somme indûment versée donne lieu à répétition si le bénéficiaire a eu connaissance de l'irrégularité du versement ou si celle-ci était si évidente qu'il ne pouvait manquer d'en avoir connaissance".

Or, l'irrégularité en cause n'a pu apparaître avec évidence au requérant, malgré le grade élevé qu'il avait occupé au sein du Conseil et malgré son ancienneté de service.

On ne pouvait rien reprocher au requérant qui n'avait rien caché sur sa situation et qui a, au contraire, cherché à connaître ses droits : "aucun élément du dossier ne permet d'établir que le requérant possède, en raison de sa formation ou de ses activités, des connaissances particulières sur la question litigieuse. Il ressort des pièces du dossier que l'irrégularité en cause est loin d'être évidente".

- Une fois de plus la Cour fait des reproches aux institutions communautaires qui ont formulé des avis juridiques contradictoires "exprimés par deux institutions des communautés, disposant de services ayant des connaissances approfondies en la matière".

(157) Affaires jointes T- 34/89 et T -- 67/89, Recueil 1990.3, point 40, p. 106.

(158) Affaire T. 111/89 - Recueil 1990.7, p. II 440.

- De plus, l'administration a mis plus de huit ans à déceler "fortuitement" le cumul par le requérant d'un traitement de délégué avec sa pension d'ancienneté.

- Elle a également contribué à servir au requérant la dite pension.

- et elle l'a informé, expressément, par lettre, que suite à l'avis du service juridique du Conseil, elle continuerait à lui payer sa pension.

Diligence sous-jacente du requérant, négligence des autorités communautaires, M. Scheiber pouvait ainsi avoir une confiance légitime dans le versement cumulé des deux traitements.

La Cour, qui est exigeante pour les administrés l'est également à l'égard des autorités communautaires dont les erreurs, l'inertie, la négligence ou la légèreté peuvent créer des espérances dans certaines situations surtout lorsqu'elles durent assez longtemps. On l'a vu dans deux exemples. Si les autorités ne font pas preuve, elles aussi, de diligence pour mettre fin à ces situations anormales ou illégales, les administrés obtiennent la protection de leur confiance légitime. De la même façon, la Cour exige des autorités que les informations qu'elles donnent sur les concours et leurs résultats soient très complètes et précises. Ce comportement protège les intéressés face à l'arbitraire des autorités lorsqu'elles décident enfin de réagir. Il incitera l'administration à plus de rigueur dans son comportement. La Cour a trouvé un juste équilibre entre la protection des fonctionnaires et le fonctionnement des services administratifs.

La connaissance de cette jurisprudence devrait permettre de mieux argumenter les recours par une meilleure compréhension des obligations de chaque partie.

CONCLUSION

Le principe de confiance légitime a donc sa place dans l'ordre juridique communautaire où ses contours semblent clairement définis. Les domaines d'application de ce principe ne peuvent que se multiplier face à l'extension de l'activité normative du Conseil et de la Commission dans le cadre de la nouvelle Union Européenne.

En droit français il ne correspond à aucune théorie de droit public. Les notions d'espérances fondées et d'assurances précises y sont inconnues et ni la théorie de l'imprévision ni celle de la responsabilité de l'état législateur ne ressemblent à la confiance légitime. En droit français encore, il n'y a aucun fil conducteur entre les deux principaux domaines d'application que sont la fonction publique et la réglementation économique. Il y a là, peut-être, un vide juridique.

On peut, ensuite, approfondir l'analyse en droit comparé pour se demander quelle est l'originalité du principe communautaire par rapport au droit allemand dans lequel il a été puisé.

Son identité est-elle différente et si c'est le cas quelles sont les adaptations et les transformations subies ?

Une interrogation subsiste également sur la méthode utilisée par le juge pour former sa conviction. En effet, il interprète très largement la notion d'opérateur avisé en admettant pratiquement tout document comme source d'information pouvant écarter l'effet de surprise face à des règlements nouveaux. Des documents sans force obligatoire, émanant de syndicats ou d'organisations professionnelles peuvent être retenus par la Cour, ce qui paraît contestable. L'acceptation de ce moyen de preuve n'est-il pas excessif surtout lorsque cela permet d'admettre la rétroactivité d'un acte communautaire ?

Enfin, il faut relever la notion d'intérêt public péremptoire et l'incertitude de ses frontières. Quelles circonstances permettent au juge de la retenir ?

Même s'il relève souvent le risque de spéculation comment évalue-t-il les probabilités et degrés de réalisation de ce risque ?

Face à ces interrogations, il semble qu'il y ait une constante dans le comportement de la Cour. Celle-ci sanctionne généralement les autorités communautaires lorsque la confiance est née de leurs erreurs, omissions et retards. Mais cela semble valable pour l'utilisation d'autres principes généraux du droit communautaire, ce qui déborde largement de cette étude.

ANNEXES

ANNEXE 1 : Liste des arrêts dans lesquels la confiance légitime est invoquée

ANNEXE 2 : Conclusions de M. Capotorti dans l'arrêt du 13 juin

ANNEXE 3 : Liste des arrêts soulevant l'argument de l'absence de mesures transitoires

ANNEXE 4 : Arrêts évoquant l'imprévisibilité de la mesure

ANNEXE I

RD : Recours Direct
 OP : Question préjudicielle
 OCM : Organisation commune de Marchés
 PAC : Politique Agricole Commune
 PCM : Montants Compensatoires Monétaires.

DATE	N° de l'AFFAIRE	INDICATION DES PARTIES	NATURE DU RECOURS	OBJET	RECUEIL	PAGE
27.06.91	T 156/89	INIGO VALVERDE / C.I.C.E.	RD	Fonctionnaire	1991.6	II 407
16.5.91	C 96/89	COMMISSION / PAYS BAS	RD	O.C.M.	1991.5	II 2461
14.05.91	T 30/90	WOLFDIETRICH / PARLEMENT	RD	Fonctionnaire	1991.5	II 207
07.05.91	C 69/89	NAKASIMA / CONSEIL	RD	Politique Commerciale	1991.5	I 2069
07.05.91	T 18/90	EGIDIUS JONGEN / COMMISSION	RD	Fonctionnaire	1991.5	II 187
21.03.91	C 303/88	ITALIE / COMMISSION	RD	Aides d'Etat	1991.3	I 1433
21.02.91	C 143/88 92/89	ZUKERFABRIK	OP	Égalité du règlement	1991.2	I 415
13.12.90	C 22/89	PAYS BAS / COMMISSION	RD	O.C.M.	1990.11	I 4799
12.12.90	C 172/89	VANDERNOORTELE / COMMISSION	RD	Agriculture - PAC	1990.11	I 4677
11.12.90	C 217/89	Josef PASTÄTTER	OP	O.C.M.	1990.11	I 4585
11.12.90	C 189/89	Karl SPAGL	OP	O.C.M.	1990.11	I 4539
13.11.90	C 331/88	MINISTER OF AGRICULTURE	OP	Agriculture-Harmonisation	1990.10	I 4023
23.10.90	T 46/89	ANTONIO PITRONE / COMMISSION	RD	Fonctionnaires	1990.9	II 577
20.09.90	C 5/89	COMMISSION / R.F.A.	RD	Aides d'Etat	1990.8	I 3437
20.09.90	T 37/89	Jack HANNING / PARLEMENT	RD	Fonctionnaires	1990.8	II 463
12.07.90	T 111/89	Robert SCHEIBER / CONSEIL	RD	Fonctionnaires	1990.7	II 429
12.07.90	C 16/89	G. SPONK	OP	O.C.M.	1990.7	I 3185
26.06.90	C 152/88	SOFRIMPORT / COMMISSION	RD	O.C.M. Mesures de sauvegarde	1990.6	I 2477
22.06.90	T 32 39/89	Georges MARCOPOULOS/ C.I.C.E.	RD	Fonctionnaires	1990.6	II 281

ANNEXE 1 (suite)

DATE	N° de l'AFFAIRE	INDICATION DES PARTIES	NATURE DU RECOURS	OBJET	RECUEIL	PAGE
14.06.90	C 37/89	Michel WEISER	QP	Fonctionnaires	1990.6	I 2395
27.01.90	T 123/89	Jean-Louis CHOMEL	RD	Fonctionnaires	1990.3	II 131
13.03.90	T 34/89 67	Mario COSTACURTI	RD	Fonctionnaires	1990.3	II 93
22.02.90	C 221/88	C E C A	QP	Interprétation d'une recommandation	1990.2	I 495
14.02.90	C 350/88	DEJACRE / COMMISSION	RD	O.C.M. - Lait - beurre	1990.2	I 395
09.01.90	C 337/88	SOCIETA AGRICOLA PATRIOTA	QP	Validité d'un règlement comm.	1990.1	I 1
11.07.89	C 196/197 198/88	Daniel CORNEE C/COOPERATIVE	QP	O.C.M. Lait-produits laitiers	1989.7	2309
15.06.89	C 77/88	STUITE NAHRUNGSMITTELWENKE	QP	O.C.M. Fruits et légumes	1989.6	1755
12.05.89	C 246/87	CONTINENTALE PRODUKTIER	QP	Politique Commerciale	1989.5	1151
02.02.89	C 94/87	COMMISSION / R.F.A.	RD	Aides d'Etat	1989.2	175
05.10.88	C 210/87	Remo PADOVANI	QP	applicabilité du P.C.L.	1988.9	6177
20.09.88	203/86	ESPAGNE / CONSEIL	RD	O.C.M. Lait	1988.8	4563
29.06.88	C 124/87	Giovanna GRITZMANN / COMMISSION	RD	Fonctionnaires	1988.6	3491
14.06.88	C 33/87	WASSILY CHRISTIANIS / CICE	RD	Fonctionnaires	1988.6	2995
10.06.88	152/88 R	SOFRIMFORT	Référé	O.C.M. Fruits et légumes	1988.6	2931
31.05.88	253/86	AGRO- DECUARI c/CONSEIL	RD	Structures Viti-Vinicoles	1988.5	2725
28.04.88	170/86	Georg Von DEETZEN	QP	O.C.M. Lait-produits laitiers	1988.4	2355
28.04.88	120/86	J. MULDER	QP	O.C.M. Lait-produits laitiers	1988.4	2321
26.04.88	316/86	HAAPSOLAMP	QP	O.C.M. restitution à l'export.	1988.4	2213

ANNEXE I (suite)

DATE	N° de l'AFFAIRE	INDICATION DES PARTIES	NATURE DU RECOURS	OBJET	RECUEIL	PAGE
21.04.88	338/85	FRATELLI PARDINI	QP	M.C.M.	1988.4	2041
23.02.88	68/86	G.B. et IRLANDE c/ CONSEIL	RD	Politique agricole	1988.2	855
16.12.87	111/86	Evelyne DELAUCHE / COMMISSION	RD	Fonctionnaires	1987.11	5345
24.11.87	223/85	R.S.V. / COMMISSION	RD	Aides d'Etat	1987.10	4617
12.11.87	344/85	FERRIERE SAN CARLO / COMMISSION	RD	CECA. QUOTA D'ACIER; AMENDE	1987.10	4435
27.10.87	176/86 177	Ariette HOYOUX...c/ COMMISSION	RD	Fonctionnaires	1987.9	4333
01.10.87	84/85	ROYAUME UNI c/ COMMISSION	RD	Aides pour l'emploi	1987.9	3765
16.06.87	40/86	Georges KIVAS c/ COMMISSION	RD	Fonctionnaires	1987.6	2643
07.05.87	256/84	KOYO SEIKO c/ CONSEIL	RD	Droits anti dumping	1987.5	1899
07.05.87	258/84	NIPPON SEIKO c/ CONSEIL	RD	Droits anti dumping	1987.5	1923
07.05.87	260/84	MINEABA c/ CONSEIL	RD	Droits anti dumping	1987.5	1975
11.03.87	265/85	VAN DEN BERGH	RD	O.C.M. Lait-produits laitiers	1987.3	1155
24.02.87	310/85	DEUFIL / COMMISSION	RD	Aides d'Etat	1987.2	901
14.01.87	278/84	R.F.A. / COMMISSION	RD	O.C.M. Mesures monétaires	1987.1	1
23.10.86	92/85	M. HAMAT / CJCE	RD	Fonctionnaires	1986.9	3157
23.10.86	142/85	HARMUT SCHWIERING/COUR DES COMPTES	RD	Fonctionnaires	1986.9	3177
08.10.86	305/85	S.R. Industries	QP	Tarif douanier communautaire	1986.9	2929
12.06.86	229/84	Maria SOMMERLATE / COMMISSION	RD	Fonctionnaires	1986.6	1805
17.04.86	133/84	ROYAUME UNI / COMMISSION	RD	O.C.M. Aide à la production	1986.4	1259

ANNEXE 1 (suite)

DATE	N° de l'AFFAIRE	INDICATION DES PARTIES	NATURE (ou) RECOURS	OBJET	RECUEIL	PAGE
11.03.86	293/84	VINCENDO SORANI / Commission	RD	Fonctionnaires	1986.3	967
11.03.86	294/84	HERMANUS ADAM c/ COMMISSION	RD	Fonctionnaires	1986.3	977
06.02.86	162/84	ANDRONIKI VLACION/COUR DES COMPTES	RD	Fonctionnaires	1986.2	481
23.01.86	173/84	LARS BORANUSSEN / COMMISSION	RD	Fonctionnaires	1986.1	197
12.12.85	165/84	John Friedrich KROIN	QP	Interprétation règlement Con. TDC	1985.10	3997
12.12.85	67/84	SIDERADRIA SPA / COMMISSION	RD	CECA - PRODUCTION - AMENDE	1985.10	3983
19.09.85	⁶³ 147 /84	FINSINDER / COMMISSION	RD	CECA. QUOTAS DE PRODUCTION	1985.7	2857
11.07.85	9 et 10/84 22/83	Vittorio SALERNO / COMMISSION	RD	Fonctionnaires	1985.6	2523
03.07.85	3/83	Roland ABRIAS / COMMISSION	RD	Fonctionnaires	1985.6	1995
20.06.85	228/84	Maurice PAUVERT / COUR DES COMPTES	RD	Fonctionnaires	1985.5	1969
13.12.84	²⁰ 21	Aristide VLACIOS / CJCE	RD	Fonctionnaires	1984.11	4149
06.12.84	59/83	BIOVILAC/ C.E.E.	RD	OCM. Lait-Produits laitiers	1984.11	4057
12.04.84	281/82	SARLUNIFREX / COMMISSION	RD	OCM - Responsabilité	1984.4	1969
19.01.84	211/80	Michel ADVENIER/ COMMISSION	RD	Fonctionnaires	1984.1	131
19.01.84	219..242/80	Maurice ANDRE / COMMISSION	RD	Fonctionnaires	1984.1	165
19.01.84	260/80	Ivar ANDERSEN / CONSEIL	RD	Fonctionnaires	1984.1	177
19.01.84	262/80	KIRSTEN ANDERSEN / PARLEMENT	RD	Fonctionnaires	1984.1	195
15.11.83	52/83	COMMISSION / FRANCE	RD	Aides d'Etat	1983.10	3707
08.11.83	96..110/82	I A Z INTERNATIONAL / COMMISSION	RD	Concurrence marque	1983.10	3369

ANNEXE I (SUITE)

DATE	N° de l'AFFAIRE	INDICATION DES PARTIES	NATURE (OU RECOURS)	OBJET	RECUEIL	PAGE
21.09.83	205 à 215/82	DEUTSCHE MILCHKONTOR	QP	Aides d'Etat	1983.8	2633
14.07.83	144/82	Armelle DENTI / CJCE	RD	Fonctionnaires	1983.7	2421
14.07.83	223/82	METKO KONSERVENFABRIK	QP	Validité d'un règlement	1983.7	2539
06.07.83	285/81	J.J. GETST / COMMISSION	RD	Fonctionnaires	1983.7	2217
19.05.83	289/81	VASSILIS MAVRIDIS / PARLEMENT	RD	Fonctionnaires	1983.7	1731
15.12.82	5/82	HAUPTZOLLAMT	QP	Restitution à la production	1982.11	4601
28.10.82	52/81	OFFENE c/ COMMISSION	RD	O.C.M. Fruits et légumes	1982.9	3745
30.09.82	114/81	TUNNEL REFINERTICS / CONSEIL	RD	Politique Agricole. Quota.	1982.8	3213
30.09.82	110/81	SA ROQUETTE / COMMISSION	RD	Politique Agricole. Quota	1982.8	3159
30.09.82	108/81	AMYLIUM / CONSEIL	RD	Politique Agricole. Quota.	1982.8	3107
29.09.82	26/81	OLEICT / C.E.E.	RD	O.C.M. Matières grasses	1982.8	3057
15.07.82	245/81	EDEKA ZENTRALE	QP	Politique Commerciale	1982.7	2745
01.07.82	1205/79	Robert ADAM / COMMISSION	RD	Fonctionnaires	1982.7	2431
19.05.82	84/81	STAPLE DAIRY PRODUCTS	QP	Agriculture M.C.M.	1982.5	1763
01.04.82	11/81	FIRMA DURBECK / COMMISSION	RD	Mesures de sauvegarde	1982.4	1251
11.03.82	127/80	Vincent GROGNAN / COMMISSION	RD	Fonctionnaires	1982.3	869
11.03.82	164/80	Luigi DE PASCALE / COMMISSION	RD	Fonctionnaires	1982.3	909
11.03.82	167/80	DUSTAN CURPTS / COMMISSION	RD	Fonctionnaires	1982.3	931
03.03.82	111/81	ALMA STEEL / COMMISSION	RD	Production acier. Quotas.	1982.3	785

ANNEXE 1 (suite)

DATE	N° de l'AFFAIRE	INDICATION DES PARTIES	NATURE (R) RECOURS	OBJET	RECUEIL	PAGE
04.02.82	817/79	Roger BUYL	RD	Fonctionnaires	1982.2	245
12.11.81	212 à 217/80	AMMINISTRAZIONE DELLE FINANZE	QP	Droits Import-Export	1981.8	2735
16.07.81	154/79	Stephen BILLER	RD	Fonctionnaires	1981.6	2125
14.07.81	186/80	Benoit SUSS / COMMISSION	RD	Fonctionnaires	1981.6	2041
04.06.81	167/80	DUSTAN CURTIS / COMMISSION	RD	Fonctionnaires	1981.5	1499
20.05.81	152/80	DEPAYSER S.A.	QP	M.C.M. Sucre	1981.4	1291
05.05.81	112/80	FIRMA DUBRECK	QP	Mesure de sauvegarde	1981.6	1095
28.10.80	2/80	Hubert DAUTZENBERG / CJCE	RD	Fonctionnaires	1980.7	3107
12.06.80	119 et 126/79	LIPPISCHE	QP	Primes de dénaturation	1980.5	1863
27.03.80	133/79	SUCRIMEX / COMMISSION	RD	O.C.M. Certificats export.	1980.3	1299
16.05.79	84/78	DITTA ANGELO TOMADINI	QP	M.C.M.	1979.5	1801
05.04.79	148/78	MINISTERE PUBLIC / TULLIO RATTI	QP	Préparations dangereuses	1979.4	1629
05.04.79	95/78	DULCIORA SPA	QP	M.C.M.	1979.4	1549
31.01.79	127/78	HANS SPITTA	QP	M.C.M.	1979.1	171
25.01.79	99/78	WEINGUT GUSTAN DECKER	QP	Publication de règlements	1979.1	101
25.01.79	98/78	A. RACKE	QP	M.C.M.	1979.1	69
30.11.78	88/78	HAUPTZOLLAMT	QP	M.C.M. Vin	1978.9	2477
25.10.78	125/77	KONINKLIJKE	QP	O.C.M. Isoglucose	1978.8	1991
13.06.78	146/77	BRITISH BEEF COMPANY	QP	M.C.M.	1978.6	1347

ANNEXE 1 (suite)

DATE	N° de l'AFFAIRE	INDICATION DES PARTIES	NATURE (A) RECOURS	OBJET	RECUEIL	PAGE
14.02.78	68/77	I.F.G. / COMMISSION	RD	O.C.M. Viande bovine	1978.2	353
01.02.78	78/77	Johann LURIS	QP	P.A.C. Pommes de terre	1978.2	169
08.06.77	97/76	MERKUR / COMMISSION	RD	O.C.M. - M.C.M.	1977.4	1063
31.03.77	54 à 60/76	Comité de LOHEAC	RD	Sucre. Fixation du prix	1977.2	645

ANNEXE N° 2

**EXTRAIT DES CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M.
CAPORTORI DANS L'ARRÊT DU 13 JUIN 1978**

4. Passons maintenant au problème envisagé dans la seconde question. Il s'agit d'établir si le règlement dont s'agit, du fait qu'il n'a pas exempté de l'augmentation des montants compensatoires les exportateurs qui avaient stipulé des contrats de vente antérieurement à la date à laquelle il a été publié, est contraire au principe général du droit, selon lequel les institutions communautaires doivent protéger la confiance légitime des intéressés dans toute la mesure compatible avec la protection des exigences supérieures de l'intérêt public.

La Cour a consenti à faire application de ce principe en faveur de celui qui l'invoquait dans trois cas où la législation en vigueur avait été modifiée ; rappelons l'arrêt du 5 juin 1973 dans l'affaire 81/72, Commission/Conseil (Recueil 1973, p. 575 et suivantes) ; l'arrêt du 14 mai 1975 dans l'affaire 74/74, CNTA/Commission (Recueil 1975, p. 533 et suivantes) ; l'arrêt du 25 juin 1975 déjà cité dans l'affaire 78/74, Deuka (Recueil 1975, p. 759 et suivantes).

Toutefois, les cas dans lesquels la Cour, appelée à se prononcer sur le même problème, a tranché dans un sens contraire aux conclusions d'entreprises qui invoquaient le principe de la protection de la confiance légitime sont beaucoup plus nombreux. Rappelons l'arrêt du 4 juillet 1973 dans l'affaire 1/73, Westzucher (déjà citée) ; l'arrêt du 27 mai 1975 dans l'affaire 2/75, Mackprang (Recueil 1975, p. 607) ; l'arrêt du 10 décembre 1975 dans les affaires jointes 95 à 98/74, 15 et 100/75, Coopératives agricoles de céréales/Commission-Conseil (Recueil 1975, p. 1615) ; du 17 mars 1976 dans les affaires jointes 67 à 85/75, Lesieur Cotelle/Commission (Recueil 1976, p. 391) ; l'arrêt du 31 mars 1977 dans les affaires jointes 54 à 60/76, Compagnie industrielle et agricole du Comté de Loheac/Commission-Conseil (Recueil 1977, p. 645) ; l'arrêt du 26 janvier 1978 dans les affaires jointes 44 à 51/77, Union Malt et autres/Commission et l'arrêt du 1er février 1978 dans l'affaire 78/77, Lührs, tous deux non encore publiés.

Ce qui importe, en tout état de cause, c'est le critère général qui se dégage de cette abondante jurisprudence. Il nous semble qu'il peut être exprimé dans les termes suivants : on ne saurait admettre qu'il y a confiance légitime quant à la continuité d'une réglementation ni, par conséquent, qu'on puisse prétendre à la protection de cette confiance, lorsqu'au moment de souscrire à une obligation contractuelle dont on voudrait ensuite soustraire l'exécution à la modification de la réglementation survenue "in peius", il était raisonnablement possible de prévoir que cette réglementation risquait d'être modifiée.

Cela dit, il devient essentiel d'établir si, dans une hypothèse réunissant les caractéristiques décrites par la juridiction demanderesse, les opérateurs économiques seraient en mesure ou non de prévoir l'adoption d'une disposition du genre qui a induit la demanderesse au principal à demander la protection de la confiance légitime.

5. Nous avons déjà souligné que la réglementation de base en matière de montants compensatoires (règlement du Conseil n° 974/71, article 3) se caractérise par l'obligation faite à la Commission de répercuter sur les montants compensatoires tout écart monétaire dépassant un pourcentage déterminé.

ANNEXE N° 3LISTE DES ARRETS SOULEVANT L'ARGUMENT DE L'ABSENCE
DE MESURES TRANSITOIRES.

<u>D A T E S</u>	<u>N°</u>	<u>T H E M E</u>	<u>CONFIANCE LEGITIME.</u>
08.06.77	97/86	Montants Compensatoires monétaires	
01.02.78	78/77	Taxes à l'exportation	
14.02.78	68/77	Organisation commune de marchés viande bovine	
31.01.78	127/78	Montants compensatoires monétaires	
16.05.79	84/78	Montants compensatoires monétaires	
20.05.81	152/80	Montants compensatoires monétaires	
11.03.82	164/80	Fonctionnaires. Droits à pension	Violation
11.03.82	167/80	Fonctionnaires. Droits à pension	Violation
11.03.82	127/80	Fonctionnaires. Droit à pension	Violation
29.09.82	26/81	Organisation Commune de marchés	
19.01.84	211/80	Fonctionnaires. Grille	
19.01.84	260/80	Fonctionnaires. Grille	
19.01.84	262/80	Fonctionnaires. Grille	
15.05.89	246/87	Droits anti-dumping	
26.06.90	152/88	Certificat d'exportation	Violation

ANNEXE n° 4ARRETS EVOQUANT L'IMPREVISIBILITE POUR DES
OPERATEURS PRUDENTS ET AVISES

D A T E S	N°	P A R T I E S
08.06.77	97/76	MERKUR AUSSENHANDEL c/ COMMISSION
01.02.78	78/77	Johan LUHRS c/ HAUPTZOLLAMT - HAMBURG-JONAS
03.01.79	127/78	Hans SPITTA and Co c/ HAUPTZOLLAMT - FRANKFURT
20.05.81	152/80	DEBAYSER c/ F.I.R.S.
19.05.82	84/81	STAPLE DAIRY c/ INTERVENTION BOARD
15.07.82	245/81	EDEKA ZENTRALE C/ R.F.A.
30.09.82	108/81	G.R. AMYLUM c/ CONSEIL DES COMMUNAUTES
30.09.82	110/81	S.A. ROQUETTE c/ CONSEIL DES COMMUNAUTES
30.09.82	114/81	TUNNEL REFINERIES c/ CONSEIL DES COMMUNAUTES
28.10.82	52/81	OFFENE HANDELGESELLSCHAFT c/ COMMISSION
19.05.83	289/81	VASSILIS MAURIDIS c/ PARLEMENT EUROPEEN
14.07.83	224/82	MEIKO-KONSERVENFABRIK c/ R.F.A.
19.01.84	Arr. J. 219 à 242/83	Maurice ANDRE et AUTRES c/ COMMISSION
19.01.84	211/80	Michel ADVENIER et AUTRES c/ COMMISSION
03.07.85	3/83	Roland ABRIAS et AUTRES c/ COMMISSION
20.06.85	228/84	Maurice PAUVERT c/COUR DES COMPTES DES COMMUNAUTES
08.10.86	385/85	S.R. INDUSTRIES c/ ADMINISTRATION DES DOUANES
11.03.87	265/85	VAN DEN BERGH... c/ COMMISSION
27.10.87	176 et 177/86	Arlette HOYOLX ... c/ COMMISSION
28.04.88	120/86	J. MUDLER c/ MINISTERE DE L'AGRICULTURE
28.04.88	170/86	Georg VON DEETZEN c/ HAUPTZOLLAMT - HAMBURG
31.05.88	253/86	SOCIEDADE AGRO PESCARI c/ CONSEIL
12.05.89	246/87	CONTINENTALE PRODUKTEN ... c/ HAUPTZOLLAMT
14.02.90	350/88	DELACRE c/ COMMISSION
13.03.90	T 34 et 67/89	Mario COSTACURTA c/ COMMISSION
12.07.90	T III/89	Robert SCHEIBER c/ CONSEIL DES COMMUNAUTES
20.09.90	C 5/89	COMMISSION c/ R.F.A.
13.12.90	C 22/89	ROYAUME DES PAYS-BAS c/ COMMISSION
21.02.91	143/88 et 92/89	ZUKERFABRIK c/ HAUPTZOLLAMT PADERBORN

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GÉNÉRAUX

G. ISAAC - Droit communautaire général. Masson.

M.C. BERGERES - Contentieux communautaire 1991. Collection fondamentale. Presses universitaires de France.

J. BOULOUIS - Droit institutionnel des Communautés européennes. 2ème édition 1990.

F. JACOB, R. KOVAR - La Cour de justice des Communautés européennes et les États membres. Association belge pour le droit européen. Institut d'études européennes 1981. Éditions de l'Université de Bruxelles.

MÉMENTO F. LEFEBVRE - Mémento pratique C.E.E. 1991 juridique, fiscal, douane, social, comptable.

J. SCHAPIRA, G. LE TALLEC, J.B. BLAISE - Droit européen des affaires. Presses Universitaires de France.

L.J. VICTOR - L'ordre juridique communautaire. 5ème édition. Commission des Communautés européennes. Perspectives européennes.

PUBLICATIONS ET ARTICLES

Les Recueils de Jurisprudence de la Cour.

Les Recueils de Jurisprudence de la Cour et du Tribunal de Première Instance. De 1976-10 à 1991-6. Cour de Justice des Communautés européennes. Luxembourg.

J. AMPHOUX - Chronique de jurisprudence. Cour de justice des communautés européennes. Cahiers de droit européen. 1988 - n° 5.6 pages 520 à 704. 1990 - n° 1.2 pages 75 à 210.

M.C. BOUTARD-LABARDE Chronique de jurisprudence communautaire. La Semaine juridique. EdG. n° 49 21145 - 21146.

M. DARMON - Allocution prononcée devant la Cour de Cassation. Bulletin de la Cour de Cassation. 1er octobre 1991.

F. DUMON - La responsabilité extracontractuelle des communautés européennes et de leurs agents. Cahiers de droit européen. 1969 p. 37 et s

M.A. HERMITTE - De la non rétroactivité des lois à la confiance légitime. Revue Trimestrielle de droit européen. 1984 p. 455.

- F. HUBEAU - Le principe de la protection de la confiance légitime dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes. Cahiers de droit européen. 1983 p. 143.**
- R. KOVAR - Ordre juridique communautaire Jurisclasseur 1990 - Fasc. 411 Éditions techniques.**
- S. MORSON - La récupération des aides octroyées par les États en violation du traité C.E.E. Revue Trimestrielle de droit européen n° 3 Juillet-Septembre 1990, p. 409.**
- H. RASMUSSEN - La Cour de justice. Trente ans de droit communautaire. Commission des communautés européennes. Perspectives européennes, p. 159.**
- F. SCHOCKWEILLER - Le régime de la responsabilité extracontractuelle du fait d'actes juridiques dans les communautés européennes.**
Revue Trimestrielle de droit européen n° 4. octobre-décembre 1984. p. 54.
- Me SPITZER - Les principes généraux de droit communautaire dégagés par la Cour de justice des communautés européennes. La Gazette du Palais 1986 (2ème semestre).**

LA JURISPRUDENCE DE LA COMMISSION ET DE LA COUR EUROPÉENNES DES DROITS DE L'HOMME EN MATIÈRE DE TERRORISME

Par

Patrice JEAN

Maître de Conférences à l'Université d'Aix-Marseille III

L'éventuel lecteur *lambda*, d'abord et légitimement soucieux de sa sécurité, s'estimerait sans doute insuffisamment rassuré par ce bref aperçu de jurisprudence. Il n'est pas dans les attributions de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'Homme de sanctionner directement le terrorisme, a fortiori de le prévenir. Les principaux pays soutenant le terrorisme international (1) n'étant pas Parties à la Convention du 4 novembre 1950 ne peuvent être condamnés par ses instances. Le mécanisme de protection, très ouvert quant au requérant individuel (2), est fermé quant à l'État responsable (3). La Libye (4) ne sera pas traduite en cette justice. C'est le Conseil de sécurité de l'O.N.U. qui a exigé de l'Irak qu'il renonce au terrorisme (5). La Cour européenne des droits de l'Homme n'est pas une Cour d'assises, encore moins une Cour de sûreté de l'État. Sa compétence est limitée par le principe de subsidiarité.

Mais les sentences des juges de la rue René Cassin ont, et font autorité. Obligatoires en Droit (6), respectées en fait, elles sont sans doute la meilleure jurisprudence au monde en matière de Droit international des droits de l'Homme.

(1) Liste contenue dans le rapport annuel sur le terrorisme du département d'État des U.S.A : celui publié le 30 avril 1991 comprenait : Corée du Nord, Cuba, Irak, Iran, Libye, Syrie.

(2) Art. 25 de la Convention, qui ne précise aucune nationalité de la victime prétendue ("... toute personne...").

(3) "... violation par l'une des Hautes Parties Contractantes..." (art. 25).

(4) On sait que cet État est généralement considéré comme plaque tournante du terrorisme international. Cette citation ne préjuge pas, toutefois, d'une éventuelle responsabilité libyenne dans les attentats des avions Pan Am (1988) et UTA (1989) qui ne semble pas indiscutablement établie à ce jour, malgré, pour le moins, de concordantes présomptions, et la résolution 731 du C.S. ONU.

(5) Résolution 687, §32 : "Exige de l'Irak qu'il informe le Conseil qu'il ne commettra ni ne facilitera aucun acte de terrorisme international et ne permettra à aucune organisation ayant pour but de perpétrer de tels actes d'opérer sur son territoire...".

(6) Art. 53 de la Convention, notamment.

La gravité du défi est à la hauteur du prestige de l'institution. Le terrorisme, quelles qu'en soient les justifications, est un des plus redoutables ennemis (7) de nos démocraties. Il viole à l'évidence des droits fondamentaux, et il serait surprenant que la Commission et la Cour n'en aient été saisies, dans le cadre de la Convention si restreint soit-il. Quelques affaires ont ainsi, en quelque sorte, dépassé l'État.

Encore faut-il, délimitation du sujet oblige, recourir à une définition acceptable, faute d'être indiscutable, du terrorisme. La question n'est ni nouvelle ni réglée. La notion "... n'est claire, ni pour les juristes, ni pour les politistes. Aucune définition satisfaisante n'a pu être donnée du terrorisme ni en droit international, ni en droit interne" (8). C'est un concept "juridiquement incertain" (9), que la distinction interne-international n'éclaircit guère (10). D'autant qu'il est tentant de s'interdire de généraliser en constatant qu'il "... n'existe pas un seul terrorisme, mais des terrorismes". (11).

L'abondance doctrinale (12), assurément favorisée par la gravité et la complexité du phénomène, contraste avec la quasi-impossibilité de s'entendre sur des critères opératoires. Il est vrai que les trois éléments constitutifs le plus souvent invoqués, sinon toujours associés, se prêtent mal à systématisation.

L'élément premier, étymologiquement et tautologiquement, du terrorisme est la terreur qu'il inspire. Certes, la crainte de chacun d'être physiquement atteint n'est pas propre à ce type d'épreuve, mais l'extrême indétermination du moment, du lieu, des personnes visées ou non, peut porter l'inquiétude d'une population à un degré que d'autres formes de conflits armés n'atteignent pas nécessairement. Face au "langage de la terreur" (13), l'État de droit peut devenir "l'État de peur" (14). Il reste que cet élément psychique est essentiellement subjectif, l'angoisse peu mesurable. On ne pourra donc que présumer, sans trop restreindre a priori le champ de recherche, que telle menace est génératrice ou non de frayeur collective.

Le second élément, la violence, est étroitement lié au premier (15). De formes très diverses (16), les attentats ont en commun l'effet d'intimidation ; celle-ci dépend de la gravité, objective et subjective, des actes commis, et une menace sans passage à l'acte devient avec le temps de moins en moins crédible. Mais il ne faut sans doute pas exclure a priori les hypothèses de chantage non accompli mais assez dissuasif pour donner les résultats escomptés par leurs auteurs.

(7) "... le terrorisme menace l'ordre constitutionnel et la stabilité démocratique de l'État..." (Assemblée du Conseil de l'Europe, recommandation 852, 31.1.1979, §4).

(8) G. Soulier, in "Lutte contre le terrorisme et droits de l'homme, De la Convention à la Cour européenne des droits de l'homme", RSCDPC 1987, p. 663.

(9) In exposé des motifs du projet de loi n° 155 (Ass. Nat. française 1985-1986, loi du 9.9.1986).

(10) "Les choses paraissent plus complexes si l'on envisage ce que l'on peut appeler, faute de mieux, le terrorisme interne, pour le distinguer du terrorisme international..." (G. Soulier, op. cit., p. 664).

(11) R. Ottenhof, in "Le droit pénal français à l'épreuve du terrorisme", RSCDPC 1987, p. 612.

(12) "Ce qui frappe d'emblée concernant l'élaboration d'une définition de "terrorisme", c'est la surabondance doctrinale..." (J. Eigner, in "Les aspects juridiques de la répression du terrorisme en Europe", mémoire Strasbourg 1985, multigr., p. 8). "... l'analyse du phénomène, faussée par l'absence d'approche globale du terrorisme. Rares sont les formes de criminalité ayant suscité autant d'études. Cependant, force est de constater que celle-là n'a donné lieu, le plus souvent, qu'à des études monodisciplinaires consacrées à telle ou telle forme de terrorisme, sans opérer de véritable synthèse" (R. Ottenhof, op. cit., p. 608).

(13) R. Ottenhof, op. cit., p. 607.

(14) J.M. Varaut, "L'État de droit contre l'État de peur, terrorisme et démocratie", Congrès de la confédération syndicale des avocats, Montpellier, mai 1986, Gaz. pal. 10.7.1986, cité par R. Ottenhof, op. cit., p. 608.

(15) R.A. Friedlander, "Terror violence, aspects of social control", Oceaner Publications, New York 1983, cité par R. Ottenhof, op. cit., p. 612.

(16) Par ex. : conventions sur la piraterie aérienne (La Haye 16.12.1970, Montréal 23.9.1971), la prise d'otages (18.12.1979),...

Le troisième élément est le but politique, «... objectif lié au "pouvoir"... dans son sens le plus large et dans ses diverses manifestations...» (17). Il doit permettre de distinguer les terroristes des criminels de droit commun. Ce n'est pas toujours facile (18) ; mais écarter cet élément finaliste pour élargir le champ d'investigation, ce qui serait méthodologiquement plus sûr, dépasserait notre modeste ambition. Il faut alors se résoudre à lire la Convention européenne pour la répression du terrorisme (19) entre les lignes : pour les besoins de l'extradition, et dans le respect de la doctrine dominante, elle dépolitise l'infraction (20)... mais ne définit pas le phénomène. L'intérêt de recourir à la notion dégagée par le "Prévention of terrorism Act" est d'autant plus intact qu'elle est simple : "... recours à la violence à des fins politiques, ce qui comprend tout recours à la violence dans le but d'effrayer le public ou une fraction de celui-ci" (21).

On peut se demander si d'autres éléments participent à la constitution de l'infraction terroriste. Des réserves à la convention du 27 janvier 1977, s'inspirant de la Résolution (74) 3 du Comité des ministres (22), confèrent une particulière gravité aux actes (23) qui "... atteignent des personnes innocentes étrangères aux mobiles qui les ont inspirés ; ..." (24). La distinction sous-jacente se rapproche de celle entre combattants et civils en droit international humanitaire (25). Traditionnelle et fondamentale, elle est consacrée par le droit de Genève y compris pour les conflits internes (26). Mais en raison de la variété de situations des personnes atteintes, elle est parfois difficile à appliquer (27). Dans le doute, il semble préférable de n'écarter ici que les hypothèses d'attaques contre des personnes participant directement à la lutte anti-terroriste (28) ; c'est-à-dire, par exemple, que l'attentat contre des ouvriers travaillant pour les forces de sécurité en Irlande du Nord ne serait pas considéré, a priori, comme acte de guerre (29). Quant à la disproportion entre petits moyens et grands résultats, elle n'est guère utilisable.

(17) Ch. Bassiouni, "Perspectives en matière de terrorisme", in Mélanges Bouzat, Paris, Pédone, 1980, p. 471.

(18) Des terroristes pouvant à la fois attendre une satisfaction politique et pécuniaire de leurs actes.

(19) Convention de Strasbourg, du 27.1.1977, dont on sait qu'elle est en fait peu appliquée en matière d'extradition, au bénéfice des conventions bilatérales.

(20) Art. 1, al. 1 de cette convention : "Pour les besoins de l'extradition entre États contractants, aucune des infractions mentionnées ci-après ne sera considérée comme une infraction politique, comme une infraction connexe à une infraction politique ou comme une infraction inspirée par des mobiles politiques : ...". Une telle dépolitisation, eu égard aux mobiles politiques du terrorisme, est contestable en principe. Il est vrai qu'il est difficile, contraire à la tradition pénale, d'envisager d'appliquer des sanctions plus fortes à des criminels tenus pour moins responsables, même si l'on peut le regretter.

(21) A l'origine, "Prevention of terrorism (temporary provisions) Act 1974" (entré en vigueur le 29.11.1974), loi reconduite tous les 6 mois, puis tous les ans (dès 1976), avant une législation permanente.

(22) Résolution "sur le terrorisme international", du 24.1.1974 ; réserves, en particulier, de : Belgique, Italie, Norvège, Suisse.

(23) Ainsi qu'aux actes qui "... créent un danger collectif pour la vie, la liberté ou la sécurité humaine... - lorsque des moyens cruels ou perfides sont utilisés pour leur réalisation" (§1).

(24) §1 de la Résolution (74) 3.

(25) On sait que la 4^e Convention de Genève du 12.8.1949 est spécialement consacrée aux personnes civiles en temps de guerre ; et l'art. 48 du Protocole I (10.6.1977) précise que "... les Parties au conflit "(armé international)" doivent en tout temps faire la distinction entre la population civile et les combattants...".

(26) Le Protocole II (10.6.1977) comprend un titre IV : "population civile" ; même si l'obligation de distinction combattants-civils, concernant ici les conflits armés non internationaux, ne s'y retrouve pas.

(27) Même si "... en cas de doute, ladite personne sera considérée comme civile" (art. 50, §1, du Protocole I).

(28) Encore qu'il soit discutable de ne pas considérer comme terroriste un attentat contre des militaires, par exemple en caserne et affectés à d'autres tâches.

(29) Attentat du 17 janvier 1982, ayant coûté la vie à sept ouvriers protestants. On voit l'intérêt juridique de la distinction civils-combattants, en particulier dans l'art. 13 §2 du Protocole II (conflits internes) : "Sont interdits les actes ou menaces de violence dont le but principal est de répandre la terreur parmi la population civile".

Le sujet, ainsi esquissé, reste vaste. Il touche à de nombreux droits et de nombreux articles de la Convention européenne des droits de l'Homme. Mais la jurisprudence de la Commission et de la Cour ne semble pas, si l'on s'en tient à une observation superficielle, à la hauteur de l'enjeu : relativement peu abondante, ne fait-elle pas, de plus, la part belle aux terroristes ? La plupart des requêtes individuelles en la matière émanent d'eux - quand ils sont pris - ; leurs plaintes contre l'autorité policière, pénitentiaire, judiciaire, sont souvent retenues et parfois satisfaites.

Cependant, si le déséquilibre entre la place faite aux criminels et à la société est quantitativement réel, il est en partie trompeur. Ce système juridictionnel veut que l'État soit généralement défendeur ; c'est-à-dire accusé par ceux qu'il se donne pour mission de combattre. Comme si à la fin d'hostilités, le vaincu avait un recours contre le vainqueur. Une lecture un peu plus attentive du contentieux fait apparaître un autre aspect de la réalité : sont reconnus à l'État, dans le cadre de la Convention, d'importants moyens juridiques de prévention et répression. Quant au sort des victimes et ayant-droits, la rareté des requêtes - sans doute en partie due à ce qu'alliés objectifs de l'État ils répugnent à le traduire en justice à Strasbourg - en fait apparaître l'insuffisante prise en compte (I).

La protection des droits essentiels des terroristes arrêtés est nécessaire, sans quoi ils ont gagné. Amener les gouvernements à s'abandonner à une contre-violence excessive est un piège. Ne pas y tomber, c'est, à terme, renforcer un régime de liberté. Le dilemme peut être dramatique. Peut-on torturer le poseur de bombe pour la désamorcer à temps ? La réponse - principalement négative - à cette question illustre, de façon réductrice il est vrai, tant la qualité que la fragilité de la démocratie européenne (II).

I - LA PROTECTION CONTRE LE TERRORISME

Il ne s'agit pas ici (30) de porter un jugement de valeur (31) sur le terrorisme, mais de décrire brièvement l'application de la Convention européenne des droits de l'Homme à ces circonstances difficiles. En l'occurrence, la protection des personnes passe par le renforcement, si nécessaire, des pouvoirs de l'État.

A - L'AFFIRMATION DES DROITS DE L'ÉTAT

Pour certains, la problématique terrorisme-droits de l'Homme se résume à la question des dérogations (32) ; même si le sujet nous paraît plus large, elles en sont sans doute l'essentiel.

1 - Le droit de dérogation

Expressément prévu par l'article 15 de la Convention (33), ce droit n'est pas de recourir à l'arbitraire. Mais la possibilité de suspendre l'exercice de la plupart des

(30) Pas plus que dans le point II, infra.

(31) Tel, par exemple, celui d'I. Shamir, justifiant le terrorisme juif lors de la création d'Israël et condamnant le terrorisme palestinien (Le Monde du 6.9.1991)... ou l'inverse, de la part de l'O.L.P.

(32) Ainsi G. Soulier divise-t-il son étude ("Lutte contre le terrorisme et droits de l'homme. De la Convention à la Cour européenne des droits de l'homme", op. cit.) en "Dérogations légitimées" et "Dérogations inadmissibles".

(33) Art. 15 (§1) : "En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie Contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international".

droits protégés est une concession majeure à la souveraineté. "S'il est bien un domaine où le contrôle juridictionnel ou politique s'avère le plus délicat, c'est bien celui des circonstances exceptionnelles" (34). L'État a donc à sa disposition, s'il respecte le sens et les conditions d'exercice de l'article 15, un large éventail de mesures à la fois attentatoires à des libertés publiques et respectueuses du droit.

a) Signification de l'article 15

La jurisprudence des organes de la Convention n'est faite que de six affaires de dérogation, dont trois seulement concernent principalement le terrorisme (35). Celles-ci permettent cependant, avec le recours à quelques autres et à quelques rappels de doctrine, de mieux appréhender l'esprit et la lettre de l'article 15.

La clause de dérogation, à l'origine amendement du Royaume-Uni (36), doit être rapprochée des "... institutions correspondantes des droits internes des États parties dont elle constitue le prolongement dans le système de la Convention..." (37). Le but est comparable : suspendre temporairement et partiellement l'État de droit pour lui permettre de survivre. Les garde-fous peuvent néanmoins être très divers. Les affaires *Lawless* (38) et *Irlande c. Royaume-Uni* (39) permettaient déjà de distinguer la clause échappatoire de, par exemple, la théorie française des circonstances exceptionnelles (40), et a fortiori notre article 16 (41). Dans ces deux dernières hypothèses, le principe d'interprétation restrictive des limitations aux droits fondamentaux est d'application délicate (42) ; alors que, notamment, la Commission dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni* (43) précise qu'on ne peut déroger... à l'article 15, aux conditions de fond et de forme qu'il impose à l'État qui s'en prévaut. Ce qui signifie que la généralité de l'expression "... dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention..." est réduite : des dispositions, et surtout celle-ci, sont intouchables.

(34) R. Ergéc, "Les droits de l'Homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles, étude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme", Bruxelles 1987, p. 4.

(35) A ce jour, 1ère : *Grèce c. R-U*, ou 1ère affaire de Chypre, terminée en 1959 par un règlement politique. 2e : *Lawless*, première affaire devant la Cour... et première affaire de terrorisme ; dans son arrêt au fond du 1.7.1961, la Cour admet le recours à l'article 15. 3e : *Affaire grecque* (contre Danemark, Suède, Norvège, Pays-Bas), à l'occasion de laquelle le régime des colonels fut désavoué par la Commission, dont le rapport du 5.11.1969 concluait à la violation de l'art. 15. 4e : *Irlande c. R-U*, 2e affaire de terrorisme de l'I.R.A. : là encore, la Cour, dans son arrêt du 18.1.1978, justifie le recours à l'art. 15... mais condamne le R-U au titre de l'art. 3. 5e : *Affaire turque* (contre France, Danemark, Norvège, Pays-Bas, Suède), qui s'est terminée par un règlement amiable en 1985, après que la Commission ait déclaré les requêtes recevables le 6.12.1983 ; la validité de la dérogation n'a donc pas été appréciée - rappelons que s'agissant de requêtes interétatiques la Commission n'examine pas le fond au stade de la recevabilité - ; l'affaire reste cependant intéressante dans la mesure où l'état de siège proclamé par les militaires turcs en 1980 faisait suite à une vague de terrorisme dramatique : 25 morts par jour en moyenne début 1980... 6e : *Brannigan et Mc Bride c. R-U*, arrêt du 26.5.1993, encore affaire de terrorisme de l'I.R.A., et encore justification du recours à l'art. 15, lequel n'inclut pas, dans sa liste des droits non "dérogables", l'art. 5 (absence de violation).

(36) Pour éviter des dérogations incontrôlables ; raison justifiée par M. Merle "... pour permettre aux autorités de faire face aux manoeuvres des groupes, qui à l'abri du réseau des libertés démocratiques, pourraient chercher à s'emparer du pouvoir pour renverser l'ordre établi sur le principe de la liberté politique. Le spectre des régimes totalitaires a plané incontestablement sur les travaux de Strasbourg" ("La Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales", R.D.P 1951, p. 714). Plus précisément, l'amendement était destiné à éviter la suspension d'un traité par la guerre.

(37) R. Ergéc, op. cit., p. 101.

(38) Cf. supra note 35.

(39) Cf. supra note 35.

(40) Permettant à l'autorité exécutive d'exercer, par exception, des pouvoirs législatifs, juridictionnels.

(41) Dont une particularité est que le Président est seul juge des mesures qu'il prend dans le domaine législatif.

(42) Constat d'évidence concernant l'art. 16 ; quant aux lois d'exception de notre construction jurisprudentielle, elles ne sont pas vouées à l'interprétation restrictive (par ex., C.E. 6.8.1915, Delmotte).

(43) Rapport du 25.1.1976, p. 92.

Si l'on se réfère au projet de la C.D.I. sur la responsabilité des États pour faits internationalement illicites, l'état de nécessité (44) est la circonstance excluant l'illicéité la plus proche de l'article 15. La Cour, dans les affaires *Lawless, Irlande c. Royaume-Uni* et *Brannigan et Mc Bride c. R.-U.*, a raisonné suivant cette logique, en deux temps : d'abord en constatant l'illicéité de certaines mesures anti-terroristes, puis en l'excluant par acceptation de la clause de dérogation (45). Elle a donc consacré le droit de l'État d'accomplir délibérément, par nécessité et proportionnalité, des actes transgressant des règles fondamentales.

Enfin, l'article peut paradoxalement être éclairé par une affaire, consécutive à un contrôle anti-terroriste, sans invocation de dérogation : la Commission, pour justifier des ingérences apparemment excessives, s'est appuyée, en l'espèce *Mc Veigh et autres*, sur le fait que le terrorisme organisé est devenu une "... caractéristique de la vie moderne..." (que les États) "doivent juguler..." (46).

Voilà qui nuance, même indirectement, l'interprétation restrictive de l'article 15.

b) Conditions de fond

- "En cas de guerre..."

C'est-à-dire de "danger public menaçant la vie de la nation" par confrontation maximale. Dans l'affaire *Lawless*, un commissaire souhaitait cantonner l'hypothèse aux seuls conflits majeurs, quand "... les opérations militaires... représentent un réel danger pour l'existence d'un État". (47). Surtout, le terme "guerre", employé isolément - par opposition à guerre civile - s'applique généralement à un conflit international d'une ampleur que le terrorisme n'atteint pas.

- "... ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation..."

Quatre affaires peuvent être citées à propos de ce type de circonstances, dont trois concernent notre sujet (48).

G.R. Lawless avait saisi la Commission pour violation de la Convention du fait de sa détention sans jugement pendant environ cinq mois en 1957. Soupçonné d'activités terroristes, il avait été arrêté en application d'une loi n° 2 de 1940 confiant des pouvoirs exceptionnels aux ministres d'État de la République d'Irlande. Le gouvernement de ce pays alléguait l'existence d'un "danger public menaçant la vie de la nation" du fait des actions armées de l'I.R.A. (49). La Commission, puis la Cour

(44) Art. 33 du projet d'articles de la C.D.I.

(45) Arrêt *Lawless*, 1.7.1961 (fond), série A, n° 3, §15 (p. 53), et §48 (p. 63) ; arrêt *Irlande c. R.-U.*, 18.1.1978, série A, n° 25, §200 (p. 77), et §224 (p. 85) ; arrêt *Brannigan et Mc Bride c. R.-U.*, 26.5.1993, série A, n° 258-B, § 37 et § 74. Sur l'assimilation de l'art. 15 à une clause de nécessité, v. R. Ergec, op. cit., p. 45 s.

(46) "... la Commission... se bornera à étudier si les mesures prises à l'encontre des requérants ont enfreint leurs droits prévus par les articles 5, 8 ou 10... Il reste qu'en examinant cette question, la Commission ne doit pas moins prendre en compte le contexte général de l'affaire... Il est bien établi dans la jurisprudence de la Cour que la Convention doit être interprétée et appliquée à la lumière des conditions d'aujourd'hui... L'existence d'un terrorisme organisé est une caractéristique de la vie moderne ; on ne saurait ignorer qu'il a surgi depuis la rédaction de la Convention... Il place les États démocratiques devant le problème d'une criminalité grave et organisée qu'ils doivent juguler pour préserver les droits fondamentaux de leurs citoyens" (Aff. *Mc Veigh et autres*, Commission, rapport du 18.3.1981, D.R. 25, p. 77-78).

(47) Commissaire Süsterhenn, in rapport de la Commission du 19.12.1959, Cour série B, n° 4, p. 94, dont la position est apparue très minoritaire.

(48) L'affaire grecque ne sera pas examinée ici, car ne concernant pas vraiment le terrorisme, mais plutôt une crise politique et d'ordre public.

(49) L'I.R.A s'est constituée dès la création de l'État irlandais en 1921, contre le maintien britannique en Irlande du Nord ; au début de 1957, les violences se propagèrent à la République d'Irlande, ici défendeur.

ont admis l'existence d'un tel danger justifiant le recours à l'article 15, pour trois raisons principales.

En premier lieu, l'I.R.A., organisation clandestine, militairement structurée, représentait alors "... une menace sérieuse pour les principes et les institutions démocratiques à l'intérieur de l'État..." irlandais (50).

En second lieu, si la violence réelle n'était pas d'une ampleur suffisante (51) pour satisfaire à l'exigence du "... danger public menaçant la vie de la nation...", "... l'aggravation progressive et alarmante des activités terroristes depuis l'automne 1956 et pendant tout le cours du premier semestre de l'année 1957..." (52) devait être prise en compte.

En dernier lieu, le droit international imposait à la République d'Irlande de ne pas laisser son territoire servir de point de départ à des actions armées visant un État étranger, en l'occurrence le Royaume-Uni.

Si ce troisième argument paraît juridiquement convaincant, il n'exclut pas de rechercher si la menace sur la vie de la nation, telle que définie par l'article 15, est bien démontrée dans le pays qui se prévaut du droit de dérogation, ici l'État défendeur. Sauf à présupposer que l'Ulster britannique fait partie de la République d'Irlande, la plupart des actes de l'I.R.A. concernaient non le sol de celle-ci, mais de son voisin. On peut donc penser que "... la situation que les organes de la Convention ont qualifiée de danger public s'analysait en un danger purement éventuel, latent ou virtuel... soucieux de ne pas laisser créer une situation irréversible... justification qui, reléguant au second plan l'imminence du danger, favorise les recours abusifs au droit exceptionnel de dérogation... démarche pour des motifs vraisemblablement politiques : ... éviter, dès la première affaire, d'exercer un contrôle trop strict qui eut pu éveiller la méfiance des États contractants... ne pas condamner un État traditionnellement respectueux des droits de l'homme et qui faisait face à une situation particulièrement difficile" (53). La définition retenue reste adaptable (54).

Dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, celle-là n'est plus accusée, mais accusatrice. Paradoxalement et logiquement à la fois, l'existence du danger justifiant le recours à l'article 15 par le Royaume-Uni était constatée au point de n'être pas débattue : le gouvernement demandeur ne niait pas que le Royaume-Uni fût confronté en Irlande du Nord à des troubles d'une gravité exceptionnelle, à un terrorisme organisé et terriblement efficace, situation proche d'une guerre civile. Les forces de l'ordre étaient souvent débordées, la population divisée, le nombre de victimes élevé, les institutions ébranlées. La Cour l'a aisément admis (55).

P. Brannigan et P. Mc Bride ne contestaient pas au fond l'existence, à l'époque de leur garde à vue en janvier 1989, d'un danger public menaçant la vie de la nation du fait de l'I.R.A.. Mais, selon eux, le droit de l'État de recourir à la dérogation doit s'exercer dans le respect d'une marge d'appréciation "... d'autant plus

(50) Commission, rapport 19.12.1959, Cour EDH, série B, n° 1, p. 87.

(51) Il s'agissait alors surtout d'actes de violence isolés, mais parfois inquiétants pour l'avenir (vols de munitions), efficaces (intimidation de témoins)...

(52) Arrêt du 1.7.1961, série A, n° 3, §29, p. 56 : la Cour a particulièrement relevé la gravité d'une embuscade le 3.7.1957, peu avant la date critique, pour raisons historiques et tenant aux manifestations prévues, du 12 juillet.

(53) E. Ergec, op. cit., p. 157, qui distingue la bonne foi de l'Irlande de "... l'absence totale de bonne foi de l'État dérogant qui caractérise au contraire l'affaire grecque..."

(54) "... dans le contexte général de l'article 15 de la Convention, le sens normal et habituel des mots "en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation" est suffisamment clair ; qu'ils désignent en effet une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'État" (arrêt op. cit., §28, p. 56).

(55) "dit, à l'unanimité, qu'il existait à l'époque en Irlande du Nord un danger public menaçant la vie de la nation, au sens de l'article 15§1" (arrêt p. 95).

étroite que le danger devient permanent" (56). Surtout quand "... il s'agit de déroger à des garanties reconnues comme indispensables pour protéger des droits non susceptibles de dérogation, tels ceux des articles 2 et 3" (57). La Commission et la Cour ne les ont pas suivis, en laissant le gouvernement britannique juge de l'opportunité : "Dès lors qu'il jugeait impossible d'instaurer un contrôle judiciaire compatible avec l'article 5, § 3, en raison des difficultés particulières inhérentes à l'instruction et à la répression de la criminalité terroriste, une dérogation devenait inévitable" (58).

c) Conditions de forme

L'article 15 §3 (59) impose la publicité des mesures et des motifs de l'acte de dérogation, la jurisprudence y ajoute une condition de délai. La portée de cette obligation d'informer peut être diversement interprétée. La Commission y voit une "... importance capitale" (60). La Cour soulève d'office la question du respect de devoir de notification (61). Mais il ne semble pas que toute violation, même mineure, puisse invalider l'acte de dérogation ; effet que produirait sans doute la communication de renseignements inexacts et plus généralement la mauvaise foi (62).

Premièrement, le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe doit recevoir communication des textes des mesures prises. La Commission attache moins d'importance à la référence faite par l'État aux dispositions de la Convention auxquelles il entend déroger (63). Il est évidemment souhaitable que l'avis de dérogation soit le plus complet possible (64).

Deuxièmement, les motifs des mesures doivent être indiqués. Mais, en la matière, comme si la lutte contre le terrorisme était explicite, quelques arguments élémentaires ont suffi (65).

Troisièmement, la Commission a, malgré le silence du texte, demandé que la notification intervienne "... dans les plus brefs délais" (66), douze jours, dans l'affaire *Lawless*, ne lui paraissant pas excessifs.

(56) Arrêt, op. cit., n° 42.

(57) Arrêt, op. cit., n° 41 ; ce qui tiendrait à faire admettre l'existence d'une catégorie intermédiaire entre droits non dérogeables et dérogeables, soit dérogeables sous réserve d'une marge d'appréciation strictement contrôlée nonobstant les nécessités de la lutte anti-terroriste... éventualité rejetée ici.

(58) Arrêt, op. cit., n° 51.

(59) article 15 §3 : "Toute Haute Partie Contractante qui exerce ce droit de dérogation tient le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées. Elle doit également informer le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe de la date à laquelle ces mesures ont cessé d'être en vigueur et les dispositions de la Convention reçoivent de nouveau pleine application".

(60) Aff. *Lawless*, Commission, rapport du 19.12.1959, Cour EDH série B, n° 1, p. 7.

(61) Arrêt *Irlande c. Royaume-Uni*, 18.1.1978, série A, n° 25, § 223, p. 84.

(62) V. en partic. la déclaration de Sir H. Waldock devant la Cour dans l'affaire *Lawless* (série B, n° 1, p. 389).

(63) L'article 15 §3 "... n'oblige pas un gouvernement à indiquer expressément les articles de la Convention auxquels il déroge" (Rapport du 25.1.1976, *Irlande c. Royaume-Uni*, op. cit., p. 96).

(64) Par ex. l'avis français dérogeant à la Convention en Nouvelle-Calédonie, du 7.2.1985 (Conseil de l'Europe, doc. DH (85) 1, ann. IX, p. 27).

(65) Dans l'affaire *Lawless*, l'avis du gouvernement irlandais était peu argumenté ; en particulier, il n'expliquait pas pourquoi le droit commun était, selon lui, insuffisant pour surmonter le danger terroriste (Commission, rapport op. cit., p. 68, 73 ; Cour, arrêt, op. cit., §47, p. 62). En comparaison, la Commission, dans l'affaire *grecque*, laquelle ne concernait pas vraiment le terrorisme, ne s'est pas contentée des communications, partielles, du gouvernement hellénique (rapport de la Commission du 5.11.1969, vol. I, 1ère partie, §81, p. 42).

(66) Rapport Commission, op. cit., p. 73.

d) Les mesures

Doivent être limitées "à la stricte mesure où la situation l'exige" (a. 15 §1). Le principe général de proportionnalité est ici rigoureusement formulé. Mais son application se fait in concreto, par recherche d'adéquation objectifs - moyens. Ce qui conduit les instances de Strasbourg à se garder de tout dogmatisme, et à reconnaître que l'État confronté à une menace majeure est a priori d'autant mieux placé pour opérer les choix. Dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, un argument du gouvernement requérant était pourtant séduisant : des mesures privatives de libertés, prises par le Royaume-Uni, s'étaient révélées inefficaces ; ce qui démontrerait a posteriori leur non-nécessité. La Cour n'a pas suivi ce raisonnement, en reconnaissant au défendeur une large marge d'appréciation, expression de la subsidiarité du mécanisme de sauvegarde européen (67). L'État a droit à l'erreur. Le jugement porté sur les mesures prises dépend des prévisions raisonnables sur leur efficacité plus que de leur efficacité constatée ; il ne sera négatif "... que dans des cas extrêmes dénotant tout manque de lien entre les faits caractérisant le danger public et les mesures choisies pour y faire face..." (68).

Les limites à la liberté de l'État (voir infra, II) sont donc essentiellement variables. Elle ne sauraient toutefois, dans une société démocratique, dépasser l'exigence de garanties individuelles minimales normalement assurées selon la séparation des pouvoirs (69). La meilleure protection contre des abus de l'Exécutif est celle du contrôle juridictionnel (70) ; à défaut, contrôle parlementaire... voire administratif sont indispensables (71).

La proportionnalité des mesures ne se confond pas avec leur caractère éventuellement discriminatoire. L'article 14 de la Convention (72) ajoute aux

(67) Arrêt du 18.1.1978, op. cit., §214, p. 82 : "... Il ne lui (la Cour) appartient certes pas de substituer à celle du gouvernement britannique une quelconque appréciation de ce que pouvait être la plus sage ou la plus opportune des politiques de lutte contre le terrorisme. Elle doit se borner à contrôler la régularité, au regard de la Convention, des mesures adoptées par lui à compter du 9 août 1971. Pour ce faire, il lui faut statuer à la lumière non d'un examen purement rétrospectif de l'efficacité des dites mesures, mais des circonstances et conditions dans lesquelles elles ont été prises à l'origine et appliquées par la suite. De ce point de vue qui s'impose à elle, la Cour admet qu'en estimant nécessaires, d'août 1971 à mars 1975, des privations "extrajudiciaires" de liberté le Royaume-Uni n'a pas excédé les limites de la marge d'appréciation laissée aux États contractants par l'article 15 §1".

(68) R. Ergéc, op. cit., p. 190, qui cite le rapport de la Commission dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, Cour EDH, série B, n° 23-1, p. 119.

(69) Cette exigence jurisprudentielle éclaire, a posteriori, la réserve française à l'art. 15 §1 devant permettre la confusion temporaire des pouvoirs par le Président en temps de crise : "... pour l'interprétation et l'application de l'article 16 de la Constitution de la République, les termes "dans la stricte mesure où la situation l'exige", ne sauraient limiter le pouvoir du Président de la République de prendre "les mesures exigées par les circonstances". (Sur cette réserve, v. Coussirat-Coustère, "La réserve française à l'article 15 de la Convention européenne des Droits de l'Homme", Clunet, 1975.

(70) "... la prééminence du droit... implique... un contrôle efficace que doit normalement assurer, au moins en dernier ressort, le pouvoir judiciaire, car il offre les meilleures garanties d'indépendance, d'impartialité et de procédure régulière". (arrêt *Klass*, 6.9.1978, s. A, n° 28, §55, p. 25). Toutefois, dans l'affaire *Brannigan et Mc Bride c. R.-U.*, "... la Cour note que d'après les divers rapports consacrés au jeu de la législation sur la prévention du terrorisme, les difficultés inhérentes aux enquêtes et poursuites dans le domaine de la criminalité terroriste commandent d'étendre la période de garde à vue soustraite à tout contrôle judiciaire... Elle les a du reste reconnues dans son arrêt *Brogan*... (arrêt, op. cit., § 58).

(71) V. arrêt *Lawless*, op. cit., §37, p. 58 ; arrêt *Irlande c. Royaume-Uni*, op. cit., § 217 s., p. 83. Dans l'affaire *Lawless*, comme dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, les personnes ayant fait l'objet d'un internement administratif avaient quelque possibilité de contester la décision de mise en détention. Notamment, la Commission relevait que, en plus du contrôle parlementaire sur l'application de la loi n° 2 de 1940, la Commission de détention devant laquelle avait comparu *G.R. Lawless* pouvait être saisie par tout détenu et que son avis, s'il était favorable à la libération, s'imposait au gouvernement (Rapport du 19.12.1959, Cour EDH, série B, n° 1, p. 122 s.).

(72) Art. 14 : "La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation".

limitations de l'article 15 la non-discrimination (73). L'Irlande reprochait au Royaume-Uni d'avoir arrêté beaucoup plus de terroristes de l'I.R.A. que de terroristes protestants, mais la Commission et la Cour n'ont pas suivi le requérant (74), admettant implicitement que l'État peut être fondé à privilégier, en ces circonstances, la lutte contre un danger plutôt qu'un autre.

Notons que, concernant l'article 17 (75) combiné avec l'article 15, le terrorisme semble bénéficier d'un traitement jurisprudentiel moins défavorable que le communisme. Alors que la Commission avait considéré le but du Parti Communiste ouest-allemand comme incompatible avec la Convention et particulièrement l'article 15 (76), elle a ensuite réduit la portée de celui-ci : "... cette disposition, qui a une portée négative, ne saurait être interprétée a contrario comme privant une personne physique des droits individuels fondamentaux garantis aux articles 5 et 6 de la Convention ; qu'en l'espèce *Lawless* ne se prévaut pas de la Convention en vue de justifier ou d'accomplir des actes contraires aux libertés reconnues, mais qu'il a porté plainte pour avoir été privé des garanties accordées par les articles 5 et 6... par conséquent la Cour ne peut retenir sur ce chef les conclusions du gouvernement" (77). Il reste que l'impact de cette reconnaissance des droits du requérant d'invoquer les articles 5 et 6 est réduit, en raison de la possibilité pour l'État d'y déroger (78).

La deuxième condition tenant aux mesures est, dans l'article 15 §1, que celles-ci "... ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international". Une protection complémentaire pourrait donc être apportée par l'applicabilité d'autres instruments internationaux. Toutefois, la Commission, dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, a considéré que l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 n'était "... par directement applicable ici..." (79). Quoiqu'il en soit, dans cette affaire - comme dans l'affaire *Lawless* - la Cour n'a qualifié aucune mesure prise par les gouvernements de contraire au droit international extérieur à la Convention. Notons une nouveauté dans les requêtes *Brannigan et Mc Bride c. R.-U.* qui invoquent l'article 4 du Pacte de 1966 relatif aux droits civils et politiques, lequel subordonne la validité d'une dérogation à un acte officiel de proclamation du danger public. Mais, là encore, la Cour n'a retenu aucune contradiction, la déclaration du ministre de l'Intérieur devant la Chambre des Communes, du 22.12.1988, valant proclamation officielle (80).

On relève enfin, concernant le droit de dérogation, que celui-ci n'est évidemment pas une obligation : il peut n'être pas exercé, éventuellement de bonne foi par un État prenant des mesures qu'il suppose conformes à la Convention. L'article 15 et ses garde-fous ne sont alors pas applicables (81).

(73) Selon la Commission, l'exigence de proportionnalité de l'article 15 "... n'exclut pas... la possibilité que les pouvoirs aient pu être exercés en fait de manière discriminatoire en sorte qu'il y aurait eu violation de l'article 5 en liaison avec l'article 14" (*Irlande c. R.-U.*, rapport, op. cit., p. 203).

(74) Selon la Cour, les mesures extra-judiciaires de détention "... pouvaient être raisonnablement considérées... comme strictement requises pour la sauvegarde de la sécurité publique, et... sous l'angle de l'article 15, leur nécessité intrinsèque, une fois reconnue, ne pouvait dépendre de la limitation de leur champ d'application" (Arrêt op. cit., § 213, p. 81).

(75) Article 17 : "Aucune disposition de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention".

(76) Affaire *P.C. allemand c. RFA*, décision de la Commission du 20.7.1957, Ann. I, p. 225.

(77) Arrêt du 1.7.1961, série A, n° 1, 2, 3, Annuaire 4, p. 430.

(78) Les articles 5 et 6 ne faisant pas partie du §2 de l'art. 15 consacré aux droits non dérogeables.

(79) Rapport du 25.1.1976, op. cit., p. 379.

(80) Arrêt, op. cit., § 68 à 73.

(81) Position du délégué principal de la Commission, M. Sperduti, cité par R. Ergéc, op. cit., p. 314 ; ce dernier évoquant un décret-loi italien du 15.12.1979 qui déroge à l'art. 5 de la Convention, sans qu'il y ait eu d'avis de dérogation.

2 - Le droit de restriction

La possibilité pour l'État de réduire en certains cas le degré de protection individuelle ne fait pas l'objet d'un article spécial, et notre expression "droit de restriction" est inhabituelle. Il est vrai que la Convention s'attache heureusement en priorité aux droits de l'Homme et aux devoirs de l'État. Ce dernier n'en jouit pas moins, généralement, d'une assez grande liberté pour enserrer l'autonomie personnelle dans un réseau plus ou moins dense d'obligations. La différence majeure entre dérogations et restrictions (82) semble simple : alors que les premières sont de véritables mises à l'écart des droits concernés, les secondes sont des ingérences rendant l'exercice de ceux-ci plus difficile... mais non impossible : ils sont restreints, mais subsistent. Cette faculté des gouvernements de limiter sans exclure est prévue par la Convention aux §2 de certains articles (83) mais peut aussi être entendue de façon plus large.

- Un groupe de trois principales et cumulatives conditions constitue la justification de la mesure restrictive, laquelle doit à la fois être prévue par la loi, poursuivre un but légitime, et être nécessaire dans une société démocratique... sans compter l'exigence de proportionnalité entre la deuxième et la troisième condition. La lutte anti-terroriste devait, à l'évidence, conduire des États à tenter de satisfaire à ces conditions de la clause d'ordre public.

L'article 8 de la Convention protège la vie privée et familiale, le domicile et la correspondance (84). Dans l'affaire *Mc Veigh*, la Commission (85) n'avait pas, bien que là encore dans le contexte d'Irlande du Nord, à apprécier le respect de l'article 15 non invoqué par le Royaume-Uni. Les trois requérants, soupçonnés d'appartenance à l'I.R.A., avaient été détenus quelques 45 heures. Sur le terrain de l'article 8, la Commission admettait que certaines mesures (86) avaient pu porter entrave au respect de la vie privée. Mais elles les justifiait aussitôt, car prévues par la loi (87) et nécessaires dans une société démocratique à la prévention des infractions pénales. La "conservation ultérieure des documents pertinents", c'est-à-dire dans des fichiers, a cependant fait l'objet de plus longs développements, en raison de la volonté d'adapter la jurisprudence à la gravité des circonstances : contrairement à une affaire précédente (88), "... aucune procédure pénale n'a été engagée contre les requérants et, de surcroît, il n'est pas établi qu'il y eut "des raisons plausibles de soupçonner" qu'ils auraient commis telle ou telle infraction... Cependant la Commission admet que la conservation des fichiers en question a pour but spécifique la prévention du terrorisme... songeant aussi à la grave menace que le terrorisme organisé fait peser sur la sûreté publique au Royaume-Uni, la

(82) Cette différence n'apparaît pas toujours aussi nettement. Par exemple, l'excellent ouvrage de J. Velu et R. Ergéc présente l'expression "restrictions particulières", par opposition aux "restrictions générales" comprenant les dérogations ; les premières sont prévues par des "... clauses (qui) autorisent des restrictions pour divers motifs qu'on peut ramener à l'ordre public au sens large" (J. Velu, R. Ergéc, "La Convention EDH", Bruxelles, 1990, p. 147).

(83) Articles 8, 9, 10, 11, paragraphes 2 ; Protocole n° 4, art. 2, §3 et 4 ; Protocole n° 7, art. 1, §2. (Ainsi que les articles 16 et 18, autres types de restrictions).

(84) Art. 8, §2 : "Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui".

(85) Rapport du 18.3.1981, DR 25, p. 15 s. (*Mc Veigh et autres c. Royaume-Uni*).

(86) La Commission ne précise pas exactement lesquelles, parmi : fouille, interrogatoire, prise d'empreintes et photos.

(87) De 1976 sur la prévention du terrorisme (dispositions provisoires) ; rapport op. cit., pp. 93-94.

(88) *X c. RFA*, DR 9, p. 53.

Commission estime que la conservation, pour le moment, de documents... peut à juste titre être considérée comme nécessaire à la sûreté publique ou à la prévention des infractions pénales" (89).

Mc Feeley et autres (90) sont tous des détenus condamnés pour des infractions "de type terroriste" (91) à la loi de 1978 sur l'état d'urgence en Irlande du Nord. Par l'article 8, certains se plaignent de fouilles approfondies ; la Commission admet qu'elles constituent une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée, mais sont en l'espèce justifiées (92). L'argumentation est comparable quant à l'interdiction de contacts avec d'autres détenus : si "... cet élément du concept de vie privée s'étend au domaine de la détention..." (93), elle est ici admissible comme sanction disciplinaire, nécessaire à la défense de l'ordre, de même que la limitation des visites familiales à une par mois (94).

Le caractère exceptionnellement dangereux de la "bande à Baader-Meinhof" explique en grande partie la rigueur des conditions de détention et sa justification par la Commission (95). A. Baader avait auparavant été libéré par la violence ; W. Grundmann était soupçonné d'avoir tué un policier lors de son arrestation ; U. Meinhof avait été prise transportant une bombe et un document prévoyant une prise d'otages pour la libération de ses complices... "Ces différents éléments prouvent que les requérants sont dangereux... ils permettent de constater la nécessité de mesures de garde destinées à prévenir les tentatives d'évasion..." (96). Les restrictions aux droits garantis par l'article 8 furent donc autorisées, d'autant que les contacts, visites, correspondances, avaient peu à peu bénéficié d'assouplissements.

Dans le même sens a été considérée comme manifestement mal fondée la requête d'un détenu allemand contestant l'interception d'une de ses lettres dans laquelle il se félicitait d'une action terroriste : "... ingérence nécessaire pour le maintien de l'ordre en prison, peut-être même pour la prévention des infractions pénales (*X c. Suisse* (97)).

L'affaire *Klass et autres* est célèbre car, non seulement elle est montée jusqu'à la Cour, mais surtout elle exprime l'acceptation, en l'espèce, d'un système d'écoutes téléphoniques et de surveillance de la correspondance pourtant "... caractéristique d'un État policier..." (98). Si la qualité de victimes des requérants a été admise, malgré leur impossibilité compréhensible de démontrer qu'ils avaient été effectivement surveillés (99), leurs prétentions principales n'ont pas été satisfaites. L'article 8 n'a pas été violé. "... La cour ne peut que constater... le développement du terrorisme en Europe ces dernières années... Les sociétés démocratiques se trouvent menacées... l'État doit être capable... de surveiller en secret les éléments subversifs opérant sur son territoire... l'existence de dispositions législatives accordant des pouvoirs de

(89) Rapport, op. cit., p. 95.

(90) Commission, décision du 15.5.1980, DR 20, p. 44 s.

(91) Décision op. cit., p. 103.

(92) "... comme étant prévues par la loi (c'est-à-dire le Règlement pénitentiaire) et, "dans une société démocratique... nécessaire(s)... à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales", au sens de l'article 8 §2" (p. 147).

(93) Décision, op. cit., p. 148.

(94) Décision, op. cit., p. 148-149.

(95) *Baader et autres c. R.F.A.*, Commission, décision du 30.5.1975, DR 2, p. 58 s.

(96) Décision, op. cit., p. 67.

(97) Commission, décision du 9.5.1977, DR 9, p. 206 s. X avait été détenu en Suisse (où sa correspondance avait été interceptée), était détenu en R.F.A. au moment de l'introduction de la requête. La citation est à la page 208.

(98) Arrêt, série A, n° 28, §50, p. 21 (6.9.1978).

(99) Preuve évidemment difficile à apporter ; c'était donc les modifications législatives et constitutionnelles de 1968 qui étaient contestées par les avocats allemands requérants.

surveillance secrète de la correspondance, des envois postaux et des télécommunications est, devant une situation exceptionnelle, nécessaire..." (100).

Le pouvoir de l'État d'enregistrer les conversations téléphoniques a été considéré comme compatible avec la Convention, s'agissant même de journalistes ayant eu l'imprudence - déontologiquement normale - de communiquer avec un cabinet d'avocat soupçonné de favoriser le terrorisme. L'argumentation de la Commission, dans cette affaire *A, B, C et D c. R.F.A.* (101) peut être ainsi soulignée : "...quelque regrettable qu'il soit, le fait que d'une manière générale, les autorités chargées de l'écoute téléphonique n'aient pas pleinement respecté (102) les instructions qui leur avaient été données, ne constitue pas en soi une violation de la Convention... les mesures incriminées ne paraissent nullement avoir restreint ou lésé l'exercice des activités professionnelles des requérants. On ne saurait donc en conclure qu'elles étaient disproportionnées aux objectifs légitimes qu'elles visaient" (103).

L'article 9 de la Convention n'apparaît guère en la matière. La lutte antiterroriste a été peu contestée au plan de la liberté de pensée, de conscience et de religion. La Commission a néanmoins dû préciser que cette disposition n'impliquait pas, pour les détenus *Mc Feeley et autres* (104) qui considéraient l'obligation de porter l'uniforme de la prison et de travailler comme attentatoire à leur liberté de conscience, de droit à un statut spécial de détenu politique.

L'article 10 (liberté d'expression) n'a pas non plus été violé, selon la Commission, dans la même affaire. Tout d'abord car s'agissant de la "...transmission d'information ou d'idées par voie de correspondance, l'article 8 est *lex specialis* par rapport à l'article 10" (105). Ensuite par la justification de restrictions d'accès aux moyens de communication de masse (106) comme sanctions à l'encontre de détenus difficiles. On retrouve un raisonnement similaire dans l'affaire *Baader-Meinhof* (107).

L'article 11 (liberté de réunion, d'association), comme les deux précédents, ne touche pas à l'essentiel du sujet et se retrouve rarement dans la jurisprudence de Strasbourg. On remarque brièvement que *Mc Feeley* (v. supra) et ses co-détenus n'ont pu faire déduire de cette disposition un droit à avoir des contacts avec d'autres prisonniers (108).

- Les articles 3, 5 et 6 (109) de la Convention ne comportent pas de clause générale d'ordre public (paragraphe 2). L'État peut cependant, dans ces domaines de grande importance, apporter des restrictions - *lato sensu* - aux droits individuels protégés.

L'article 3 a été invoqué par des détenus soumis à régime carcéral rigoureux en raison de leur "dangerosité". Le cas de *G. Ensslin, A. Baader, J. Raspe c. R.F.A.* (110) est d'autant plus dramatique, et, cyniquement parlant, significatif, que la

(100) Arrêt op. cit., §48, p. 23. On note que la Cour justifie aussi ces mesures par les nécessités de la lutte contre l'espionnage.

(101) Décision du 13.12.1979, DR 18, p. 176 s.

(102) La Commission relève "... que tous les appels téléphoniques arrivant au cabinet juridique de G. étaient automatiquement enregistrés sur bandes et que rien n'en était effacé... cette pratique était manifestement en contradiction avec les instructions données par le juge d'instruction..." (p. 184).

(103) Décision, op. cit., pp. 184, 185, 186.

(104) V. supra, (90). Décision, pp. 133-134.

(105) Décision p. 46.

(106) Les requérants se plaignaient de n'avoir ni lecture, ni radio, ni télévision, et pas d'ouvrages religieux (décision, p. 153).

(107) Décision de la Commission du 30.5.1975, op. cit., p. 67.

(108) Décision de la Commission du 15.5.1980, op. cit., p. 155.

(109) Art. 3 : interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants. Art. 5 : droit à la liberté et à la sûreté. Art. 6 : droit à un procès équitable. (Intitulés de V. Berger, in "Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", Sirey, 3^e éd., 1991, pp. 7, 25, 83).

(110) Décision de la Commission du 8.7.1978, DR 14, p. 64 s.

décision de la Commission est intervenue après la mort en cellule des requérants (111). Ceux-ci, condamnés le 28 avril 1977 à la réclusion perpétuelle, avaient été soumis, depuis leur arrestation en 1972, à un isolement social, sinon sensoriel, parfois quasi-absolu. Leur état physique et psychique était mauvais. Pourtant, la Commission a justifié le "... régime exceptionnel de détention... convaincue qu'il existait en l'espèce des raisons impérieuses de soumettre les requérants à un régime plus directement fondé sur des mesures de sécurité... (qui) n'avait donc pas le caractère d'un traitement inhumain ou dégradant" (112).

L'affaire *G. Kröcher et C. Möller c. Suisse* (113) va dans le même sens. Les deux allemands, arrêtés à la frontière franco-suisse en 1977 (114), ont subi en prison un isolement assez poussé (115) dans un quartier de sécurité. La Commission, pourtant à certains égards "... sérieusement préoccupée..." (116), considéra que le minimum de gravité constitutif d'une violation de l'article 3 n'avait pas été atteint (117).

L'article 5 a fait l'objet, en la matière, de quelques affaires dont une, parmi celles qui reconnaissent un large pouvoir à l'État (118), retient notre attention. La décision de la Commission *L. Ferrari-Bravo c. Italie* (119) est une suite de l'assassinat (le 2 mai 1978) d'Aldo Moro revendiqué par les "Brigades Rouges". Le requérant, professeur d'Université, soupçonné d'avoir organisé et dirigé une organisation terroriste, a été arrêté et maintenu en détention préventive plus de 4 ans (120). Sur l'article 5, §1 c, il se plaint d'un manque de raisons plausibles de le soupçonner (121). Mais la Commission rappelle qu'il n'est pas exigible que "... la réalité et la nature des infractions dont l'intéressé est inculpé soient établies..." (122). Sur l'article 5, §3 (123), la motivation fait apparaître deux éléments, attachés à l'espèce mais peut-être généralisables. Premièrement "... le juge d'instruction d'abord et la Cour d'assises ensuite se sont heurtés à des difficultés exceptionnelles... qui tiennent à l'objet des poursuites, aux structures des différentes organisations subversives et à la multiplicité des formes que la stratégie a revêtues (actes de terrorisme et support idéologique et de liaison)" (124). Deuxièmement, "... le danger de fuite est un élément inhérent à la nature même des infractions pénales du genre de celles qui sont reprochées au requérant, infractions qui s'inscrivent dans le cadre d'une

(111) Le 18.10.1977. Les requêtes ont été maintenues au rôle par le voeu des ayant-droits, aux noms des décédés comme en leurs noms propres (intérêt suffisant). On note que, les circonstances de la mort étant discutées, deux délégués de la Commission se rendirent à la prison de Stuttgart-Stammheim (19-20.10.1977). Rien ne permit de contester valablement la thèse du suicide...

(112) Décision, op. cit., pp. 84 et 86.

(113) Commission, rapport du 16.12.1982, DR 34, p. 24 s.

(114) Le 20.12.77. Gabrielle Kröcher était soupçonnée d'avoir pris part aux événements de Vienne de 1976 lors de la Conférence de l'OPEP.

(115) Pour des détails, v. rapport, pp. 35 à 39.

(116) Rapport p. 39.

(117) Rapport pp. 39-40.

(118) Par ex. : *X et Y c. Suède*, décision 7.10.1976, DR 7, p. 123 s. ; *X c. Autriche*, décision 18.5.1977, DR 9, p. 210 s. ; *G. c. R.F.A.*, décision 6.7.1983, DR 25, p. 5 s. ; *S. c. R.F.A.*, décision 16.12.1983, DR 35, p. 213 s. (Commission).

(119) Décision de la Commission du 14.3.1984, DR 37, p. 15 s.

(120) D'avril 1979 à juillet 1983.

(121) Art. 5, §1 c : "(§1 : ... Nul ne peut être privé de liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales : ...) c) : s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ; ...". Le requérant affirme que les accusations reposent seulement sur ses écrits et déclarations.

(122) Décision, op. cit., p. 24.

(123) Art. 5, §3 : "Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au §1 c du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure..." (Première phrase).

(124) Décision, op. cit., p. 26.

stratégie visant à provoquer la guerre civile et l'insurrection armée contre les pouvoirs de l'État" (125)... La Commission conclut que le sacrifice qui a été infligé au requérant n'a pas été disproportionné, compte tenu à la fois de la gravité des accusations et de la peine à encourir et de la nature de ces mêmes accusations" (126).

Dans l'affaire *Brannigan et Mc Bride c. R.-U.* (127), l'absence de violation de l'article 5, § 3 et § 5, n'a été admise que par l'effet de la validation par la Cour de la dérogation britannique (v. supra, I, A, 1, b).

L'article 6 (128) n'a pas permis aux ayant-droits de *G. Esslin, A. Baader et J. Raspe* (129) de démontrer que le procès n'avait pas été équitable. La Commission, qui pourtant avait admis antérieurement que la puissance des médias pouvait influencer la justice (130), "... observe toutefois que l'on ne saurait attendre de la presse, voire des autorités responsables de la politique criminelle, qu'elles s'abstiennent de toute déclaration non sur la culpabilité des accusés mais sur leur caractère dangereux..." (131). Sur l'article 6, § 3 b et c (132), si la Commission reconnaît que "... le refus d'agréer un défenseur ou son exclusion paraît plus délicat..." (133) - des avocats ayant été exclus -, elle rappelle que le droit au défenseur de son choix est limité par le droit de l'État de réglementer la comparution des avocats devant les juridictions ; de même l'article 6, § 3 c, ne garantit-il pas le droit d'un accusé d'être présent personnellement : "... Pour apprécier en l'espèce si la poursuite du procès en l'absence des accusés, non leur exclusion, a pu porter atteinte au droit garanti par l'article 6, § 1, il y a lieu toutefois de tenir compte des circonstances particulières de la cause..." (134). Là encore, on constate l'existence d'un lien de proportionnalité entre le degré de gravité du danger terroriste et la marge d'appréciation de l'État.

B - L'INDIGENCE DES DROITS DES VICTIMES

La jurisprudence est en la matière consternante et explicable. Consternante par la relative rareté des espèces eu égard à la gravité des préjudices, et l'extrême rareté des satisfactions accordées. Explicable car dans sa lutte anti-terroriste l'État a plutôt tendance à en faire trop que pas assez, et que les victimes ou ayant-droits en sont en principe les alliés objectifs. Ce qui fait, sans doute, que la Convention n'a, jusqu'à présent, que peu bénéficié à la catégorie de personnes qui aurait peut-être le plus mérité.

La notion de victime peut être entendue très largement. Extensivement, on pourrait y inclure les proches des terroristes emprisonnés ou décédés. Nous nous attacherons prioritairement au sens commun, c'est-à-dire aux cas de ceux qui ont pâti de la violence engendrée par les terroristes et non de leur mise hors d'état de nuire.

(125) Décision, op. cit., p. 17. En l'espèce, ce danger était on ne peut plus réel : Le professeur M. Negri (représenté devant la Commission par son frère, G. Ferrari-Bravo), libéré en juil. 1983 après son élection à la Chambre des Députés, sous le coup d'un nouveau mandat d'arrêt après que la Chambre ait levé son immunité,.... s'est enfui (sept. 1983).

(126) Décision, p. 25. Pour une solution inverse, v. infra, II, affaire *Tomasi*.

(127) Arrêt, op. cit., n° 74.

(128) Art. 6 (début al. 1) : "... Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi..."

(129) Commission, décision du 8.7.1978, v. supra (110).

(130) Commission, décisions n° 1476/62 c. *Autriche* (Rec. 11, p. 31) et n° 3444/67 c. *Norvège* (Ann. 13, p. 302).

(131) Décision, op. cit., pp. 87-88.

(132) Art. 6, § 3 b ("Tout accusé a droit notamment à...) : b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ; c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ;"....

(133) Décision op. cit., p. 89.

(134) Décision op. cit., p. 90.

1 - Les droits en cause

On peut penser que la Convention recèle, en la matière, des virtualités non ou peu utilisées (135). Dans la réalité du contentieux n'apparaît principalement que le droit à la vie, accessoirement à la vie familiale.

- Le droit à la vie.

L'article 2 de la Convention fait partie de la liste des droits et libertés non encore traités par la Cour (136). Il est paradoxal de constater qu'en ce domaine la gravité du dommage est inversement proportionnelle à l'efficacité juridictionnelle. Il s'agit pourtant du droit des droits ; le seul dont la violation soit irréversible. De surcroît, cette violation par acte terroriste revêt un caractère extraordinairement injuste par l'"innocence", par définition, des victimes.

Les victimes directes peuvent évidemment, si elles ont survécu, requérir rue René Cassin contre l'État qui les aurait insuffisamment protégées ou indemnisées. Mais s'agit-il alors bien de l'article 2, si la vie n'a pas été supprimée, mais menacée ? Protéger ce droit dans la seule hypothèse de la mort serait tragiquement dérisoire. Et l'article 3, sans doute adaptable (137) aux situations de rescapés blessés, n'est généralement pas interprété en ce sens (138).

La plupart des quelques affaires relevées ont été introduites par des victimes indirectes, personnes étroitement liées aux victimes proprement dites et ayant intérêt à agir... dont les conditions d'accès au prétoire ont été éclaircies, de manière générale, par des cas concernant notre sujet.

La requête de *Mme W. c. Royaume-Uni* (139) est celle d'une habitante d'Irlande du Nord dont le mari et le frère ont été assassinés, sans doute (140) par l'I.R.A.. La Commission a estimé que Mme W. n'était pas représentante de victime directe, mais victime elle-même au sens de l'article 25 car plus proche parent affecté - son frère (141) était célibataire -. Elle reconnaît que "... le grief de la requérante, qui concerne l'assassinat de son mari par des terroristes, pose la question de la responsabilité de l'État dans la protection du droit à la vie..." (142), mais déclare l'irrecevabilité (143).

(135) D'autres articles que le 2 pouvant avoir quelque intérêt en la matière : par ex. les art. 3 (torture, traitements inhumains ou dégradants), 5 (dont la privation de liberté), 6 (procès équitable, en cas de "procès" d'otages), 7 (même hypothèse que précédemment), 8 (v. infra), 14 (non-discrimination), Prot. 1, art. 1 (biens), Prot. 4, art. 2 (libre circulation), Prot. 6 (interdiction de la peine de mort).

(136) V. Vincent Berger, "La jurisprudence de la CEDH", 3^e éd., op. cit., p. 390. Art. 2 :

1. "Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi.

2. La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans le cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire : a) pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale ; b) pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue ; c) pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection."

(137) Art. 3 : "Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants".

(138) "... selon la jurisprudence de la Commission, l'extradition... peut, dans des circonstances exceptionnelles, faire naître un problème au regard de l'article 3... Dans la plupart des affaires... la menace de mauvais traitements provenait des autorités de l'État d'arrivée et non d'individus ou de factions privées..." (Commission, *X c. R-U*, DR 29, p. 59 ; v. infra).

(139) Commission, décision 28.2.1983, DR 32, p. 190 s.

(140) L'attentat contre le mari a été revendiqué par l'I.R.A. provisoire (p. 201).

(141) Le mari ayant été tué en République d'Irlande, la Commission était incompétente *rationae loci*.

(142) Décision, op. cit., p. 208. La question est moins nettement posée concernant le frère (p. 209).

(143) V. infra, II.

La fille (puis le mari) de *Mme H., c. Royaume-Uni et Irlande* (144) a été assassinée, par trois de leurs voisins, terroristes. La Commission admit l'absence de recours interne effectif à épuiser, mais refusa la prétention de violation continue : le délai de 6 mois (article 26), commençant alors à courir à la date du décès, était en l'espèce dépassé.

La qualité de victime potentielle, bien qu'admise par ailleurs (écoutes non prouvées, par ex., affaires *Klass et autres*, v. supra), n'a pas, dans notre sujet (145), été reconnue quant au droit à la vie. Selon *X, c. Royaume-Uni* (146), turc détenu à Londres lors de l'introduction de sa requête et en attente d'expulsion vers son pays d'origine, "... sa vie est mise en danger par les activités terroristes du parti turc Halk Kurtukus Ordu (T.H.K.O.) (147). La Commission n'a pas jugé nécessaire de décider s'il fallait "... tenir compte d'un prétendu danger provenant non pas d'autorités publiques, mais de groupements autonomes car le requérant n'a produit aucun élément... ses divers récits sont dépourvus de franchise et (il) est demeuré en Turquie longtemps après le début des activités terroristes dont il se plaint" (148).

- Le droit à la vie familiale.

Ce droit, qui pourrait être invoqué par les victimes indirectes, voire directes (149), se retrouve surtout dans les requêtes de proches de détenus soupçonnés ou condamnés pour activités terroristes. Le respect de l'article 8 de la Convention ne peut bien entendu faire libérer des criminels pour protéger l'harmonie du couple. Mais il est vrai que "... la surveillance rapprochée des visites à un détenu par son épouse et ses enfants est une ingérence dans l'exercice de leur droit au respect de leur vie privée et familiale" (150) ; cependant, "... la condamnation... était liée aux activités de l'I.R.A.... la détention de personnes associées à ce genre d'organisations terroristes peut manifestement impliquer des risques exceptionnels pour la sécurité... les mesures appliquées lors des visites... étaient nécessaires (151).

2 - Les obligations positives de l'État

On sait que, si la Convention contient essentiellement des droits civils et politiques, ceux-ci ont éventuellement des prolongements économiques et sociaux tendant à leur effectivité. L'affaire précitée *Mme W. c. Royaume-Uni* est à cet égard significative d'un prolongement envisageable en matière d'ordre public. La requérante prétend que le Royaume-Uni n'a "... pas réagi de manière adéquate et proportionnée à la campagne terroriste..." (152) ; "... que l'article 2, première phrase,... oblige le Royaume-Uni, dans la situation de danger public régnant en Irlande du Nord, à protéger le droit à la vie non seulement en poursuivant au pénal les criminels, mais aussi en prenant des mesures préventives telles que le déploiement de ses forces armées comme il paraît nécessaire pour protéger les personnes considérées comme menacées par des attaques terroristes" (153). La Commission, tout en admettant que "... l'article 2... peut... imposer à l'État des obligations positives..." (154), décide

(144) Commission, décision du 7.3.1985, DR 42, p. 53 s.

(145) A notre connaissance.

(146) Commission, décision du 6.3.1980, DR 29, p. 48 s.

(147) Commission, décision du 6.3.1980, DR 29, p. 58.

(148) Commission, décision du 6.3.1980, DR 29, p. 62.

(149) Par ex., par des personnes ayant subi des atteintes physiques, psychiques, susceptibles de troubler gravement, de briser, leur vie familiale. Rappelons que l'art. 8 protège aussi le domicile, et l'art. 1 du Prot. 1 les biens.

(150) Commission, *X. c. R-U*, décision du 3.5.1978, DR, p. 246 s.

(151) Commission, *X. c. R-U*, décision du 3.5.1978, DR, p. 251.

(152) Décision du 28.2.1983, op. cit., p. 207.

(153) Décision du 28.2.1983, op. cit., p. 209.

(154) Décision du 28.2.1983, op. cit., p. 210.

l'irrecevabilité, cette obligation ne pouvant être d'empêcher toute possibilité de violence.

Si l'on va jusqu'à assimiler à une obligation positive celle d'éviter des effets négatifs de la lutte anti-terroriste, on peut évoquer les cas de victimes indirectes ayant perdu un proche du fait accidentel de la répression, situations sans doute moins défavorables quant à l'indemnisation (155).

II - LA PROTECTION DES TERRORISTES

Un effet du remarquable système mis en place par les auteurs de la Convention n'est sans doute pas de ceux qu'ils appelaient de leurs vœux : le contrôle semble moins adapté à la protection de la collectivité et des victimes qu'à celle des terroristes. L'État ne peut, par le mécanisme de Strasbourg, requérir contre ses redoutables ennemis, alors que l'inverse est la règle. Dans la plupart des cas, la question première posée aux juges est celle de la violation de la Convention par des excès de prévention et de répression. Certes, on a vu que l'apparence est relativement trompeuse, Commission et Cour reconnaissant fréquemment aux autorités nationales une large marge d'appréciation des moyens de lutte.

Il reste qu'à travers quelques affaires la définition d'un minimum humanitaire s'est affinée. Elle est d'autant plus intéressante que grande est la tentation de l'État, compte tenu des circonstances, de suspendre des garanties fondamentales. L'irréductibilité juridictionnelle, au moins partielle, de celles-ci est donc en soi très significative. On respectera ici, sans prétention à l'exhaustivité, l'ordre de la Convention.

A - L'INTERDICTION DE LA TORTURE, DES TRAITEMENTS INHUMAINS OU DÉGRADANTS

L'importance de l'article 3 est évidente pour le détenu en général (156), primordiale pour le terroriste ou supposé tel. Celui-ci, plus que d'autres, risque d'être soumis à des procédés d'extorsion d'aveux dans l'intérêt invoqué de la collectivité. Or, "... norme de jus cogens, la prohibition de l'article 3 est absolue..." (157), interdite de dérogation par l'article 15 - même en cas de guerre, a fortiori de terrorisme -. De plus, l'article 3 ne prévoit aucune restriction.

L'affaire *Irlande c. Royaume-Uni* (précitée) est la référence en la matière ; c'était la première, et à ce jour la seule (158), déférée à la Cour sur allégations de torture. Le Royaume-Uni a été condamné pour recours à cinq techniques de désorientation ou privation sensorielle, qualifiées de traitements inhumains et

(155) Ex : rapport de la Commission, *O. Farrel c. R-U*, 2.10.1984, DR 38, p. 44 s., cité par M. de Salvia "Il terrorismo e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo", *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, g.-a. 1989, p. 24. La requérante, dont la requête avait été déclarée recevable, se plaignait surtout des circonstances de la mort de son mari, tué par une patrouille qui, selon le gouvernement, avait cru à tort qu'il allait commettre une attaque terroriste contre une banque (règlement amiable, avec indemnisation).

(156) L'interdiction de l'art. 3 sous-tend l'"Ensemble des règles minima pour le traitement des détenus" ((Résol. (73) 5 du Comité des ministres du C.E. (19.1.1973)), sa Recommandation n° R (82) 17 "relative à la détention et au traitement des détenus dangereux", la Recommandation 971 (1983) de l'Assemblée parlementaire du C.E. "relative à la protection des personnes privées de liberté contre la torture et les traitements ou peines cruels, inhumains ou dégradants", et surtout la "convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants", du 26.11.1987 (C.E., doc. H. (87) 4), instituant un mécanisme sans précédent, préventif, non judiciaire, par visites sur simple notification.

(157) R. Ergec, op. cit., p. 249.

(158) S'agissant de l'affaire *J. Soering c. R-U* (arrêt du 7.7.1989, série A, n° 161), le dépassement, reconnu par la Cour contre l'avis de la Commission, du seuil de l'art. 3 (syndrome du "couloir de la mort" aux U.S.A.), n'est sans doute pas constitutif d'une véritable torture (l'élément intentionnel, en particulier, est discutable). Dans l'affaire *Tomasi c. France*, la torture n'est pas alléguée (v. infra).

dégradants (159). La Cour n'est pas allée jusqu'à la qualification maximale : "... quoique les cinq techniques, utilisées cumulativement, ... aient eu pour but d'arracher des aveux, dénonciations ou renseignements et aient été appliquées de manière systématique, elles n'ont pas causé des souffrances de l'intensité et de la cruauté particulières qu'implique le mot torture ainsi entendu" (160).

La distinction d'école entre "torture" et "traitements inhumains" semble donc "... moins de nature que de degré... La torture s'analyse en un traitement inhumain qui traduit une infamie spéciale..." (161), provoquant "... de fort graves et cruelles souffrances..." (162). Ce délicat critère d'intensité est complété par la prise en compte des circonstances : "... plus la menace à l'ordre social démocratique est grande, plus le seuil de déclenchement de l'article 3 sera élevé. Tel est le cas lorsque les victimes sont de dangereux terroristes dont la détention exigeait des mesures de sûreté draconiennes qui, *prima facie*, sont difficilement compatibles avec l'article 3" (163). Il reste qu'une limite de grande importance est fixée, non sans débat : la Commission entend l'article 3 comme prohibant, hypothèse extrême, la torture du poseur de bombe de manière préventive pour sauver des vies humaines (164) (sans interdire toutefois aux autorités administratives et judiciaires nationales d'accorder, en la circonstance, des circonstances atténuantes aux auteurs de ce type de torture condamnable mais à but louable (165)).

L'affaire *Tomasi c. France* (166) réaffirme et prolonge la précédente. Dans le cadre de la lutte anti-terroriste en Corse, le requérant s'est plaint d'une garde à vue particulièrement traumatisante (167). La Cour, en se référant à "... l'intensité et... la multiplicité des coups portés..." (168), établit une présomption de causalité entre les mauvais traitements allégués et les lésions constatées. Celles-ci, selon la Commission, "... représenteraient des manifestations de l'usage de la force physique sur une personne privée de liberté et donc en état d'infériorité ; ..." (169). L'article 3 est donc bien un butoir solide contre ce type d'excès sécuritaire. "Les nécessités de l'enquête et les indéniables difficultés de la lutte contre la criminalité, notamment en matière de terrorisme, ne sauraient conduire à limiter la protection due à l'intégrité physique de la personne" (170). La qualification de "... traitement (à) caractère inhumain et dégradant..." (171) ne semble pas exclure, à l'avenir, le recours à la notion extrême de torture pour des cas encore plus graves (172).

En toile de fond de l'interrogatoire, le traitement des détenus peut contrevenir à l'article 3. Certes, le personnel pénitentiaire bénéficie d'une large tolérance quant au choix des moyens de surveillance et de discipline, surtout s'agissant de prisonniers dangereux. Mais même ceux-ci ont droit à ce que leurs conditions de vie ne dépassent pas la limite du supportable.

(159) Cumul de : station debout contre un mur ; encapuchonnement ; bruit (sifflement) ; privation de sommeil ; privation de nourriture (pas totale) solide et liquide (arrêt op. cit., n° 163, p. 65).

(160) Arrêt, n° 167, p. 66.

(161) R. Ergec, op. cit., p. 251.

(162) Arrêt op. cit., n° 167, p. 66.

(163) R. Ergec, op. cit., p. 254.

(164) Rapport de la Commission, *Irlande c. R-U*, 25.1.1976, série B, p. 387 ; v. cependant, l'opinion séparée du juge Fitzmaurice (arrêt op. cit., p. 129, note 19).

(165) Rapport, p. 387 ; circonstances atténuantes, non admission d'une pratique.

(166) Arrêt du 27.8.1992, A, n° 241.

(167) V. partic. l'arrêt § 52 et s.

(168) Arrêt, § 115.

(169) Citée dans l'arrêt, § 113.

(170) Arrêt, § 115.

(171) Arrêt, § 115.

(172) V. l'opinion concordante de M. le juge De Meyer, dont : "A l'égard d'une personne privée de sa liberté, tout usage de la force physique qui n'est pas rendu strictement nécessaire par son propre comportement... doit... être considéré comme une violation du droit garanti par l'article 3... La gravité des traitements est tout au plus pertinente pour déterminer, le cas échéant, s'il y a eu torture".

Les bornes à ne pas franchir sont clairement posées dans la décision de la Commission *G. Ensslin, A. Baader et J. Raspe c. R.F.A.* (173). "... Sans doute un isolement sensoriel doublé d'un isolement social absolu peut-il aboutir à une destruction de la personnalité ; il constitue ainsi une forme de traitement inhumain que ne sauraient justifier les exigences de sécurité, l'interdiction de torture ou de traitement inhumain inscrite à l'article 3... ayant un caractère absolu" (174).

Les terroristes allemands *Kröcher et Möller, c. Suisse* (175), ont été soumis à des conditions sévères de détention. Il est vrai que la Suisse, pour la première fois confrontée directement avec ce genre de criminels, craignait, entre autres risques, l'effet contagieux de la fin de *G. Ensslin, A. Baader et J. Raspe* deux mois auparavant. Assoupli par la suite, le traitement qui leur a été infligé le premier mois de leur emprisonnement consistait en un isolement rigoureux : en particulier (176), quasi-suppression des contacts avec l'extérieur, aucun entre eux, suppression de radio, T.V., journaux, tabac, fenêtres aveuglées, éclairage permanent, surveillance constante de *G. Kröcher* par T.V. interne... et visites d'avocats interdites ; "... Ils se trouvaient dans des conditions de secret absolu..." (177). On a vu supra (178) que la Commission n'avait pu, en l'espèce, établir la violation de l'article 3. Mais le constat que des aménagements aient été assez rapidement apportés au régime spécial a été, de l'avis même de la Commission (179), de nature à faire pencher la balance. Et l'on retrouve le critère développé dans le cas de la "bande à Baader", par le fait que les requérants se soient trouvés, "... durant plusieurs mois, dans une situation d'isolement sensoriel et social soulevant un problème au regard de l'article 3..." (180).

B - LE DROIT À LA LIBERTÉ ET À LA SÛRETÉ (181)

Cette protection contre l'arrestation et la détention arbitraires, objet du long article 5, a plusieurs aspects.

Le paragraphe 1 de l'article 5, qui énumère six cas de mise en détention justifiée, n'a pas été, jusqu'à présent, très utile aux terroristes. *M. Guzzardi*, dont on peut se demander s'il entre dans la catégorie de ceux-ci (182), ne l'avait pas invoqué initialement ; la Commission, qui l'a soulevé d'office, puis la Cour, ont jugé que la seule assignation à résidence sur l'Île d'Asinara, strictement limitée, constituait une privation de liberté non justifiée par l'alinéa e) du § 1 : si ce dernier permet l'emprisonnement des vagabonds, "... il n'en résulte pas qu'il permette implicitement celle des personnes plus dangereuses" (183). Est ainsi confirmée la règle d'interprétation étroite du paragraphe 1, liste exhaustive (arrêt Engel, 8 juin 1976).

Dans l'affaire *B. Fox, M. Campbell, S. Hartley c. R-U* (184), les requérants avaient été arrêtés et détenus en vertu du Northern Ireland (Emergency Provisions)

(173) Bien que non dépassées en l'espèce, selon la Commission (cf. supra (110)).

(174) Décision du 8.7.1978, op. cit., p. 85.

(175) Affaire précitée, décision du 9.7.1981, rapport du 16.12.1982 (cf. supra (113)).

(176) Sur l'ensemble des mesures d'isolement, v. décision de la Commission du 9.7.1981, pp. 25 s.

(177) Décision p. 27.

(178) V. supra, I, A), 2-.

(179) Rapport du 16.12.1982, op. cit., § 76, p. 39.

(180) Décision du 9.7.1981, op. cit., p. 35.

(181) Ou simplement droit à la sûreté, selon l'expression notamment de *J. Rivero* ("Les libertés publiques", *Thémis*, II, 1977, p. 21), "protection avancée de toutes les libertés". Nous respectons ici le libellé de l'article 6.

(182) *M. Guzzardi c. Italie*, Commission, rapport du 7.12.1978 ; Cour, arrêt du 6.11.1980 ; v. *V. Berger*, op. cit., p. 30 s. Il s'agissait d'une affaire d'enlèvement, avec obtention d'une rançon, dans le cadre de la mafia.

(183) *V. Berger*, op. cit., 3^e éd., p. 32.

(184) Commission, rapport du 5.5.1989, 21.062-062 (multigr.) ; Cour, arrêt du 30.9.1990, série A, n° 182.

Act 1978 pour suspicion de terrorisme, sans motif précis ; la Commission et la Cour ont conclu à la violation, en particulier, du paragraphe 1 c) (nécessité de "... raisons plausibles de soupçonner..."), au motif que l'exigence de soupçon raisonnable crée une règle objective qui dépasse en l'espèce l'appréciation subjective du policier ayant procédé à l'interpellation (185).

L'article 5, §3 limite le délai de garde à vue en permettant au suspect d'être "aussitôt" ("promptly") traduit devant un juge ou autre magistrat habilité. L'affaire *Brogan et autres c. Royaume-Uni* (186) ressemble quelque peu à la précédente (bien que les requérants n'aient pas, deux ans avant, eu satisfaction sur le terrain du paragraphe 1). Dans le cadre de la législation d'exception en Irlande du Nord, quatre britanniques avaient été gardés à vue quelques jours, ce qui a donné l'occasion à la Commission et la Cour d'interpréter "aussitôt" et "promptly", termes faisant également foi, "... d'une manière qui les concilie dans la mesure du possible et soit la plus propre à atteindre le but et réaliser l'objet..." (187) de la Convention. La version française a compté : "... même la plus brève des quatre périodes litigieuses, à savoir les quatre jours et six heures... va au-delà des strictes limites de temps permises par la première partie de l'article 5, §3. On élargirait de manière inacceptable le sens manifeste d'"aussitôt"... on aboutirait à des conséquences contraires à la substance même du droit protégé... le fait incontesté que les privations de liberté incriminées s'inspiraient d'un but légitime, prémunir la collectivité dans son ensemble contre le terrorisme, ne suffit pas pour assurer le respect des exigences précises de l'article 5, §3" (188). Dès lors, la garde à vue est limitée, même en période d'exception, par un délai-butoir relativement bref devant y mettre fin en l'absence de comparution devant un magistrat ou d'élargissement.

L'affaire *Brannigan et Mc Bride c. R.-U.* (189) est en quelque sorte une retombée de l'affaire *Brogan*, dans un même contexte terroriste en Irlande du Nord. La durée de garde à vue de chacun des deux requérants avait dépassé (190) la plus brève période jugée contraire à l'article 5 § 3. Le gouvernement britannique adoptait une position à la fois inhabituelle et cohérente, en admettant (191) la violation de cette disposition (et en conséquence de l'article 5 § 5), ce qui pouvait justifier le recours au droit de dérogation (192). On sait que ce dernier a été, une fois de plus, validé par la Cour ; mais elle avait auparavant constaté qu'"eu égard à son arrêt *Brogan et autres*... il y a eu inobservation de l'article 5 §§ 3 et 5..." (193).

S'agissant du droit d'être jugé dans un délai raisonnable (art. 5, §3, suite), les cinq ans et sept mois de détention "provisoire" de *F. Tomasi* - de son arrestation à...

(185) "The only relevant question to be answered is whether the constable in his own mind suspected the person concerned and whether this was an honest opinion. The Commission cannot find that this subjective test is sufficient to satisfy the requirements of article 5, § 1, c)..." (Comm. rapport op. cit., p. 11).

(186) Commission, rapport du 14.5.1987 (13.113-06.2) ; Cour, arrêt du 29.11.1988, série A, n° 145.

(187) Arrêt, op. cit., p. 17.

(188) Arrêt, op. cit., p. 19.

(189) Arrêt du 26.5.1993, v. supra.

(190) Respectivement 6 jours, 14 h., 30 m., et 4 jours, 6 h., 25 m.. P. Mc Bride, libéré le 9.1.1989, a été tué le 4.2.1992 par un policier apparemment devenu fou furieux qui avait attaqué le quartier général du Sinn Féin à Belfast (arrêt, § 11).

(191) Arrêt, § 37.

(192) V. supra, I, A, 1, b.

(193) Arrêt, § 37. On note l'opinion dissidente du juge français, M. Pettiti (à rapprocher du mémoire d'Amnesty International, admis dans la Cour à présenter ses observations : "L'État a le devoir de mettre en oeuvre les mécanismes respectant les exigences de l'arrêt *Brogan* et permettant d'y satisfaire autrement que par la dérogation... Les États membres du Conseil de l'Europe qui ont connu des périodes graves de terrorisme (par exemple l'Italie) ont affronté le terrorisme tout en gardant l'intervention du juge en matière de détention prolongée en garde à vue." (alinéas 11 et 20 de l'opinion dissidente - publication 5/1992/350/423-424 -).

son acquittement (194) - conduisent la Cour à constater que "... les juridictions françaises n'agirent pas en l'espèce avec la promptitude nécessaire" (195). La gravité des faits reprochés (196) ne peut justifier indéfiniment le détestable cumul absence de liberté - absence de jugement. La notion de durée est à la base de l'argumentation : "... un trouble à l'ordre public existait au début, mais il dut se dissiper au bout d'un certain temps..." (197)... un risque réel de pressions sur les témoins a existé dès le commencement. Il s'atténua peu à peu... (198)... En résumé, certains des motifs de rejet des demandes de M. Tomasi étaient à la fois pertinents et suffisants, mais ils perdirent en grande partie ces caractères au fil du temps..." (199).

Une violation de l'article 5, §4 n'a pas été exclue par la Commission dans sa décision *A. Ruga c. Italie* (200). Le requérant, arrêté et inculpé à l'occasion d'une opération contre la Mafia, se prévalait du "... droit d'introduire un recours devant un tribunal afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention..." (art. 5, §4). N'était pas manifestement mal fondé le grief d'avoir été, en cellule, isolé au point de ne pouvoir exercer de recours. De même ce recours, une fois introduit et rejeté seulement 14 jours après, a-t-il été considéré comme "posant des problèmes" quant au "bref délai" à ne pas dépasser.

C'est non seulement le paragraphe 3, mais aussi le paragraphe 5 de l'article 5 qui a été violé dans le chef des quatre requérants de l'affaire *Brogan et autres précitée*. Le droit à réparation, obligation de l'État, leur a donc été reconnu (201) ; la même solution, constat de nécessité de dédommagement en cas d'arrestation ou de détention contraire(s) à telle(s) disposition(s) de l'article 5, est contenue dans le rapport et l'arrêt *B. Fox, M. Campbell et Hartley c. Royaume-Uni précité*.

C - LE DROIT À UN PROCÈS ÉQUITABLE

La première affaire espagnole est peut-être la plus intéressante des affaires de terrorisme concernant l'article 6 de la Convention. Elle est de surcroît dramatique, tant par les conditions de la mort de la victime que par les doutes pesant sur la culpabilité des requérants. Les faits et les procédures peuvent être brièvement rappelés.

En 1977, un homme d'affaires catalan de 77 ans fut agressé, chez des parents, par un groupe d'hommes qui fixèrent sur sa poitrine une bombe qu'ils ne désamorceraient qu'au versement d'une forte rançon dans les vingt-cinq jours. Ils le relâchèrent, mais le soir même l'engin explosa. Quelques semaines après, quatre personnes furent arrêtées, dont une reconnue par des témoins ; membres de l'E.P.O.C.A. (armée populaire catalane), ils furent inculpés, en particulier, d'assassinat et d'acte de terrorisme. Cependant, l'Audiencia Nacional, juridiction compétente en la matière, leur appliquant une loi d'amnistie, les fit libérer... ils n'ont pas reparu. Cette décision ayant été cassée par le Tribunal suprême, l'enquête reprit, qui aboutit à d'autres arres-

(194) Du 23.3.1983 au 22.10.1988, acquittement par la Cour d'assises de la Gironde (V. l'arrêt du 27.8.1992, § 82).

(195) Arrêt, § 102.

(196) "... l'attentat contre le centre de repos de la Légion étrangère constituait un acte prémédité de terrorisme, revendiqué par une organisation clandestine qui se réclamait de la lutte armée" (arrêt, § 91).

(197) Arrêt, § 91.

(198) Arrêt, § 95.

(199) Arrêt, § 99. La Cour en conclut évidemment la violation de l'article 5, § 3.

(200) Commission, rapport du 10.3.1988 (16.598-06.2), contenant la décision sur la recevabilité (10990/84). (Radiation du rôle).

(201) Arrêt, op. cit., p. 20. Art. 5, § 5 : "Toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention dans des conditions contraires aux dispositions de cet article a droit à réparation". Même solution dans l'affaire *Brannigan et Mc Bride c. R.-U.*, précité... sauf la validation par recours à l'article 15.

tations. Une personne gardée à vue après mise au secret total, conformément à la législation anti-terroriste, désigna deux des trois requérants (*Barberà, Messegué et Jabardo* (202)) comme indépendantistes catalans, et les deux premiers comme ceux qui avaient fixé la bombe ; mais elle se rétracta par la suite avec, cette fois, l'assistance d'un avocat. Cet accusateur fût toutefois absent au procès des requérants, car sa condamnation s'étant confondue avec sa détention préventive, libéré, il n'a pas reparu. Ceux-ci, eux aussi, avouèrent, puis se rétractèrent.

La Commission, et la Cour, constatèrent un ensemble de violations de l'article 6, §1 (203).

Le président de l'Audiencia Nacional, le jour de l'audience, dût être remplacé (pour cause de maladie d'un beau-frère), ainsi qu'un autre magistrat ; ni les requérants ni leurs avocats n'avaient été avertis. Le nouveau président ne connaissait guère, semble-t-il, un dossier complexe de 1600 pages... et il fallait statuer dans les trois jours... ce qui fut fait après une audience ouverte le 12 janvier au matin et close le soir. Les accusés avaient été transférés dans la capitale par 600 km de route dans la nuit ; un seul des témoins cités par l'accusation déposa, et n'en reconnut aucun. Le dossier de l'instruction ne fut pas lu en séance (il est vrai avec l'accord de la défense), même pas les éléments de preuves avancés. La Cour européenne relève que les aveux, "... obtenus de surcroît pendant une longue garde à vue au secret... appellent des réserves..." (204). Le juge central d'instruction n'essaya pas d'entendre le "dénonciateur" qui, libéré, n'avait pas été vraiment recherché. Enfin, "... La Cour note... que le juge central d'instruction de Madrid n'entendit jamais personnellement les accusés, malgré les contradictions manifestes entre leurs déclarations successives et même après le transfert temporaire de l'un d'eux dans la capitale...; il procéda par commission rogatoire". On ne s'étonne donc aucunement que la Cour conclue "... que la procédure en cause, considérée dans son ensemble, n'a(it) pas répondu aux exigences d'un procès équitable et public..." (205) en violation de l'article 6, §1.

La notion de délai raisonnable de la procédure, contenue dans le même paragraphe de l'article 6, est généralement entendue comme s'opposant à une durée excessivement longue ; encore que le cas précédent incite à l'interpréter en sens inverse, le risque de jugements expéditifs étant grand en la matière. L'affaire *R. Kofler c. Italie* (206) a tout de même permis à la Commission de déclarer recevable la requête d'un italien arrêté en octobre 1966 et jugé définitivement en cassation en décembre 1977. Il lui était reproché, avant d'être acquitté de ce chef (207), d'avoir fait sauter une caserne pour la cause de patriotes du Tyrol du Sud, avec des victimes. Le bâtiment contenait des munitions et la question se posait de savoir si l'explosion avait été criminelle ou accidentelle. La Commission reconstitua minutieusement les étapes ubuesques de la réalisation d'une expertise décidée en octobre 1971 et terminée en... juin 1975. Il faut préciser que les experts, laborieusement réunis, avaient partiellement reconstitué la caserne pour la détruire à nouveau, ce qui n'avait pas manqué de provoquer de nombreuses difficultés quant aux autorisations et à la fourniture d'explosifs (208).

(202) Cour, arrêt du 6.12.1988 (24/1986/122/171-173 ; série A, n° 146).

(203) Art. 6, § 1 (début) : "Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi..."

(204) Arrêt, op. cit., p. 30.

(205) Arrêt, op. cit., p. 31.

(206) Commission, décision du 8.7.1981, DR 25, p. 157 s.

(207) Faute de preuve, en mars 1969, par la Cour d'assises de Milan qui le condamna tout de même à deux ans et quatre mois de prison pour conspiration politique.

(208) Commission, décision op. cit., p. 174 s.

M. Félix Tomasi invoquait aussi l'art. 6, § 1. L'examen de sa plainte contre X, avec constitution de partie civile, pour sévices subis en garde à vue, n'a été achevé qu'après... cinq ans et dix mois (209). La Cour jugea que l'attitude du requérant n'avait pas vraiment retardé la procédure, et que l'affaire ne présentait aucune complexité particulière. La violation de la règle du délai raisonnable était bien le fait des autorités judiciaires sur lesquelles "... pèse pour l'essentiel... la responsabilité des lenteurs..." (210).

L'article 6, §3, b) et c), impliquant le libre accès à un défenseur, sous-tend la recevabilité de la requête d'un prêtre catholique condamné pour activités importantes au sein de l'I.R.A. (*P. Fell c. Royaume-Uni* (211)). La Commission a pu estimer, à cette occasion, que la gravité des faits reprochés ne justifiaient pas nécessairement l'interdiction faite au détenu de communiquer sans témoin avec un avocat, associant ainsi l'article 6 à l'article 8.

D - LE DROIT À UN MINIMUM DE CONTACTS ET DE CORRESPONDANCE

L'expression n'est pas dans la Convention. L'article 8 consacre le "... respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance". Mais s'agissant très généralement de terroristes (ou soupçonnés tels) détenus, on peut se demander si les trois premières notions de l'article 8 ne sont pas vidées de leur substance par nécessité carcérale. Reste alors le droit de correspondre avec l'extérieur, dont la protection doit être renforcée quant au lien, essentiel pour le prisonnier, avec un défenseur (ombinaison avec l'article 6 évoquée ci-dessus).

Les contacts avec la famille sont, même pour de dangereux criminels, en principe possibles, sauf certaines périodes à risques tolérées par la jurisprudence (v. supra, A). Il est cependant un moment crucial de la privation de liberté : celui qui suit l'arrestation. La Commission, dans l'affaire *Mc Veigh et autres* précitée (212), a considéré l'impossibilité pour un suspect qui vient d'être interpellé de contacter son épouse ou concubine comme violation de l'article 8. Le gouvernement défendeur développait pourtant un argument de poids, en soutenant "... que si l'on autorise immédiatement un personne soupçonnée de terrorisme à faire connaître son arrestation à l'extérieur, il en résulte ou peut résulter que des complices soient avertis et prennent la fuite, détruisent ou suppriment des éléments de preuve ou commettent des infractions" (213). La Commission n'a admis ces arguments qu'à la condition que ces craintes soient fondées : "... si le gouvernement parle en termes généraux de la nature des risques qui peuvent surgir si l'on autorise une telle divulgation, la Commission ne dispose d'aucun élément de preuve donnant à penser qu'il existait des raisons spécifiques de ne pas indiquer en l'espèce aux épouses des deux requérants le lieu où ils se trouvaient" (214). En la circonstance, le droit du détenu de donner des informations sur son sort mérite d'autant plus d'être pris en considération qu'il conditionne, évidemment, celui des proches à les obtenir.

(209) ... et quelques jours : du 29.3.1983 au 6.2.1989 (v. arrêt, op. cit., § 124).

(210) Arrêt, op. cit., § 125. La Cour relève que le Procureur de Bastia n'avait saisi qu'après un an et demi la Cour de cassation pour désigner une juridiction d'instruction, et que le juge d'instruction de Bordeaux n'entendit qu'une fois M. Tomasi...

(211) Commission, décision du 19.3.1981, DR 23, p. 102 s.

(212) *I. A.*, 2-, supra.

(213) Commission, rapport du 18.3.1981, DR 25, p. 15 s.

(214) Commission, op. cit., p. 98.

E - LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

La dernière affaire évoquée ici est un cas-limite. On comprend que les États prohibent l'apologie du terrorisme. De même doit-on accorder une gravité moindre, par exemple, à la censure d'un agitateur qu'à la torture d'un détenu. Enfin, l'espèce *Castells c. Espagne* (215) concerne sans doute non un terroriste mais un sympathisant ; elle peut cependant être brièvement évoquée car significative. M. Miguel Castells, avocat, était au moment des faits sénateur élu sur une liste prônant l'indépendance du pays basque. Il avait en 1979 publié un article dénonçant l'impunité de groupes anti-terroristes, soutenus par le gouvernement, qui seraient coupables de nombreux assassinats, "... associations fascistes... (pratiquant)... la chasse expéditive du dissident basque et son élimination physique" (216). L'auteur dressait une longue liste de victimes dont il proposa à plusieurs reprises d'établir la véracité. La Cour considère qu' "... il exposait ainsi des faits d'un grand intérêt pour l'opinion publique..." (217). Au-delà de l'argumentation des organes de la rue René Cassin, on peut penser à une sorte de noyau dur interne à la liberté d'expression, s'agissant de la révélation d'atteintes au droit à la vie qui si elles étaient démontrées seraient manifestement contraires, au moins, à l'article 2. De plus, la qualité du requérant parlementaire de l'opposition, commande à la Cour "... de se livrer à un contrôle des plus stricts" (218) ; et "... les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard du gouvernement que d'un simple particulier, ou même d'un homme politique" (219).

Le choix par l'État des moyens de la lutte anti-terroriste ne va évidemment pas jusqu'au meurtre. Il est heureux qu'il ne puisse empêcher de le faire savoir.

De nombreux aspects du sujet, des articles de la convention (220), n'ont pas été évoqués. La question de la spécificité éventuelle du traitement jurisprudentiel du terrorisme, abordée, n'est pas ici résolue. Le constat d'une sévérité accrue ne semble pas impliquer l'existence d'un contentieux distinct par nature. D'autres études pourraient confirmer ou infirmer cette hypothèse, notamment dans le secteur, très voisin, du trafic de stupéfiants.

Quoiqu'il en soit, la qualité de la recherche, par la Commission et la Cour, d'un difficile équilibre entre la protection de la société et de ceux qui l'affrontent, enrichit notre Droit. Face à un défi planétaire, l'Europe des droits de l'Homme apporte des éléments de réponse, préserve et construit son avenir.

(215) Du 23.4.1992, arrêt, A, vol. 236.

(216) Article reproduit dans l'arrêt, § 7.

(217) Arrêt, § 45.

(218) Arrêt, § 42.

(219) Arrêt, § 46.

(220) En partic., articles 7, 13, 14, sauf quelques évocations.

**DU CODE CIVIL DU BAS-CANADA
AU NOUVEAU CODE CIVIL
DU QUÉBEC :
L'INFLUENCE DE LA CODIFICATION
FRANÇAISE**

Par

Louise LANGEVIN
*Professeure à la Faculté de droit de l'Université Laval
et membre du Barreau du Québec*

et

Denise PRATTE
*Professeure agrégée à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke
et membre du Barreau du Québec*

Introduction

- I - L'évolution des objectifs, du processus d'élaboration législative des codes civils et du concept de codification**
 - A - Les objectifs et le processus d'élaboration législative des codes civils**
 - 1 - Du Code civil du Bas-Canada au Projet de Code civil de l'O.R.C.C.
 - 2 - De l'étatisation de la réforme au nouveau Code civil du Québec
 - B - Le concept de codification**
 - 1 - Les caractères des codes civils
 - 2 - Le rôle des codes civils

- II - L'évolution du contenu et de la technique de rédaction des codes civils**
 - A - Le contenu des codes civils**
 - 1 - Les champs couverts par les codes et leur organisation
 - 2 - Le caractère général des codes et l'intégration des lois particulières
 - B - La technique de rédaction des codes civils**
 - 1 - Le Code civil du Bas-Canada
 - 2 - Le Projet de Code civil de l'O.R.C.C.
 - 3 - Les avant-projets et projets de loi rédigés par l'État

Conclusion

INTRODUCTION

En 1904, lors du centenaire du Code civil français, Pierre-Basile Mignault, invité à traiter de l'influence de ce dernier sur le Code civil du Bas-Canada, concluait que les ressemblances entre les deux codes excédaient les différences et que le Code civil du Bas-Canada faisait partie de la "famille française" (1). Aujourd'hui, face à l'entrée en vigueur du nouveau Code civil du Québec, après plus de 35 ans de travaux, nous avons cru opportun de traiter de l'influence de la codification française, mais cette fois sur le Code civil du Québec (2).

Depuis son adoption en 1866, le premier code civil québécois, le Code civil du Bas-Canada, a subi de nombreux changements. Ce dernier a d'abord connu plusieurs modifications à la pièce, sans qu'aucune révision globale ne soit envisagée. Ce n'est qu'en 1955 que l'on vota une loi visant le réexamen général du Code civil du Bas-Canada (3). Quelques années plus tard, l'Office de révision du Code civil (O.R.C.C.) vit le jour et entreprit des travaux qui menèrent à la présentation d'un Projet de code civil en 1977 (4). Par la suite, le gouvernement mit en veilleuse l'idée d'une réforme globale du code et présenta plusieurs avant-projets et projets de loi visant la création d'un nouveau code civil par étapes et par sujets. Depuis l'entrée en vigueur de la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille* (5) en 1981, le Québec a donc vécu avec deux codes : le Code civil du Bas-Canada et le Code civil du Québec. Seul le droit de la famille a été inséré globalement à ce dernier. En 1990, le législateur revenait à la réforme en une seule étape des codes civils du Québec, avec la présentation du Projet de loi 125, adopté en 1991 et entré en vigueur en 1994.

Quelle a été l'influence de la codification française dans le cheminement et dans les résultats obtenus par le Québec dans sa marche vers un nouveau code civil ? Comme le sujet est très vaste, nous avons choisi d'en traiter dans une perspective évolutive et générale. Cette étude ne se veut donc pas une comparaison entre le droit positif québécois et français. Nous avons plutôt choisi d'analyser l'évolution de trois aspects que nous jugeons fondamentaux dans la tradition civiliste de codification : les objectifs, le processus d'élaboration législative des codes et le concept même de codification. Nous démontrerons que cette évolution, tant française que québécoise, se reflétera sur le contenu et la technique de rédaction du nouveau Code civil du Québec.

Dans la première partie, le premier point est consacré à l'évolution des objectifs et du processus d'élaboration législative des codes civils du Québec, en comparaison avec l'évolution qu'a connue le Code civil français. Le Code civil du Bas-Canada de 1866 et le Code civil français de 1804 partageaient-ils les mêmes objectifs et le même processus d'élaboration législative ? Qu'en est-il des projets de réforme présentés au Québec et en France ? Peut-on parler d'influence de la codification française sur celle du Québec ? Dans le deuxième point de cette partie, nous retraçons l'évolution du concept même de codification. Quels caractères et quel rôle avaient les codes classiques ? Qu'en est-il pour les codes contemporains ? Quelle

(1) P.-B. Mignault, "Le Code civil au Canada" dans *Le Code civil, 1804-1904, Livre du centenaire*, t. 2, Paris, Rousseau Ed., 1904, 725.

(2) *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64. Le Code civil du Québec a été adopté par l'Assemblée nationale du Québec le 18 décembre 1991. Il est entré en vigueur le 1er janvier 1994. Le présent texte porte sur la version adoptée en 1991. Lors de sa présentation, le Code civil du Québec était le Projet de loi 125, 1ère sess., 34e Lég. Qué., 1990 [ci-après projet de loi 125].

(3) *Loi concernant la révision du Code civil*, S.Q. 1954-1955, c. 47 [ci-après *Loi de révision de 1955*].

(4) Québec, Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec : Projet de Code civil*, vol. 1, Québec, Éditeur officiel, 1978 [ci-après *Projet de Code civil de l'O.R.C.C.*].

(5) L.Q. 1980, c. 39.

conception de codification a influencé l'élaboration du nouveau Code civil du Québec ?

Après avoir examiné ces notions fondamentales, nous nous penchons, dans une deuxième partie, sur l'évolution du contenu et de la technique de rédaction des codes civils. Dans la partie sur le contenu, nous nous limitons, d'une part, à l'examen des questions relatives aux champs couverts par les codes et leur organisation et, d'autre part, au caractère général des codes et l'intégration des lois particulières. Quant à la technique de rédaction, nous portons notre attention sur le style et le langage utilisés dans le Code civil du Bas-Canada, dans le Projet de Code civil de l'O.R.C.C. et dans les avant-projets et projets de loi rédigés par l'État.

I - L'ÉVOLUTION DES OBJECTIFS, DU PROCESSUS D'ÉLABORATION LÉGISLATIVE DES CODES CIVILS ET DU CONCEPT DE CODIFICATION

A - LES OBJECTIFS ET LE PROCESSUS D'ÉLABORATION LÉGISLATIVE DES CODES CIVILS

Tout d'abord, il semble nécessaire de décrire l'évolution des objectifs et du processus d'élaboration législative des différentes codifications françaises et québécoises du droit civil. Tantôt se ressemblant, tantôt se différenciant, ceux-ci ont influencé les aspects de la codification que nous allons aborder par la suite. En effet, le contenu du code civil et son style de rédaction reflètent les objectifs adoptés et le processus d'élaboration retenu. Notre étude couvre deux périodes : de la rédaction du Code civil du Bas-Canada de 1866 au Projet de Code civil de l'O.R.C.C. de 1977, et de l'étatisation de la réforme en 1978 à l'adoption du nouveau Code civil du Québec en 1991. La prise en charge de la réforme par l'État distingue ces deux périodes.

1 - Du Code civil du Bas-Canada au Projet de Code civil de l'O.R.C.C.

Considérons d'abord l'évolution des objectifs des différentes commissions tant françaises que québécoises chargées de la rédaction d'un projet de code civil. Le Code civil français de 1804 et le Code civil du Bas-Canada de 1866 partageaient l'objectif commun d'unifier les sources du droit privé. Toutefois, l'entreprise française de codification se distinguait de celle du Bas-Canada en ce qu'elle consolidait les conquêtes de la Révolution et abrogeait, par son article 7, toutes les dispositions de l'ancien droit dans les matières traitées par le code civil. Tel n'était pas le mandat des commissaires chargés de la codification du droit privé du Bas-Canada. Ils devaient plutôt "réduire en un code" le droit civil en vigueur afin de le rendre plus accessible (6). D'ailleurs, l'article 2613 du Code civil du Bas-Canada (7) prévoyait que le droit antérieur à la codification demeurerait en vigueur, sauf si les articles du code l'abrogeaient.

Contrairement aux objectifs de la codification de 1866 qui ne visaient donc pas la réforme des institutions, mais plutôt la codification du droit privé en vigueur au Bas-Canada, l'O.R.C.C. s'était fixé comme objectif fondamental la transformation des institutions du droit privé du Québec afin de faire du code civil le reflet de la société québécoise. En effet, à la différence de la *Loi de codification de 1857*, qui précisait clairement les objectifs de l'entreprise et laissait, somme toute, peu d'initia-

(6) Art. 4, *Acte pour pourvoir à la codification des lois du Bas-Canada, qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure*, S.C. 1857, c. 43 [ci-après désignée *Loi de codification de 1857*].

(7) Maintenant art. 2617 C.c.B.-C.

tive aux trois commissaires (8), la *Loi de révision de 1955* était plutôt laconique sur les grandes orientations du nouveau code civil (9) et donnait toute latitude à l'O.R.C.C. dans ce domaine (10). D'ailleurs, il semblait alors exister un consensus sur la nécessité de procéder à une réforme en profondeur du code civil (11). À cet objectif fondamental s'ajoutaient la résolution des conflits d'interprétation, l'intégration de certaines lois dans le code civil afin que celui-ci redevienne le véritable droit commun du Québec et finalement, le souci de rendre le code accessible (12).

En décidant de procéder à une réforme en profondeur du Code civil du Bas-Canada, et non pas à des "changements de quelques poutres ou quelques ardoises" (13), l'O.R.C.C. semble avoir suivi l'exemple de la France qui s'était dotée, en 1945, d'une commission de réforme du code civil (14). Estimant qu'elle était chargée d'entreprendre une véritable réforme, cette commission s'était aussi vu confier la tâche de proposer les grandes orientations de ce nouveau code civil, quoiqu'elle eût préféré recevoir des directives claires du gouvernement (15). Cette commission avait comme objectifs de repenser les institutions du droit privé, d'intégrer des lois dans le code civil, de tenir compte des interprétations jurisprudentielles, bref de redonner au code civil sa place (16). Les deux commissions s'étaient donc fixé des objectifs identiques. Retrouve-t-on une similitude quant à l'évolution du processus d'élaboration législative des codes civils ?

Pour la rédaction du Code civil français, Napoléon 1er avait formé une commission. Le législateur du Bas-Canada avait aussi choisi cette façon de faire. Peut-on y voir une influence française ? On ne peut nier que les codificateurs du Bas-Canada se soient inspirés de l'expérience française, surtout à la lecture de la *Loi de codification de 1857* (17). Il est intéressant de noter que les quatre juristes chargés par Bonaparte de la rédaction d'un projet de code civil étaient des praticiens, tout comme les trois commissaires chargés de la codification du droit privé du Bas-Canada qui occupaient des fonctions de juge, d'où le caractère pratique des deux codes. Les commissaires du Bas-Canada étaient d'ailleurs très conscients de ce caractère, comme en font foi les mentions sur ce sujet dans leur premier rapport (18). Contrairement aux quatre magistrats français qui ne disposaient que de

(8) Art. 4, 6, 7, *Loi de codification de 1857, supra*, note 6.

(9) Art. 1, *Loi de révision de 1955, supra*, note 3.

(10) P.-A. Crépeau, "Préface" dans Québec, Office de révision du Code civil, *supra*, note 4, XXV à la p. XXV.

(11) J.-L. Baudouin, "Le Code civil du Québec : crise de croissance ou crise de vieillesse" (1966) 44 R. du B. can. 391 ; P.-A. Crépeau, "Préface - La renaissance du droit civil canadien" dans J. Boucher et A. Morel, dir., *Livre du centenaire du Code civil*, t. 1, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1970, xiii ; M. Caron, "De la physiologie, de l'évolution et de l'avenir du Code civil" dans J. Boucher et A. Morel, dir., *Livre du centenaire du Code civil*, t. 1, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1970, 3.

(12) P.-A. Crépeau, "La révision du Code civil" (1977) C. P. du N. 335 ; P.-A. Crépeau, *supra*, note 10 ; P.-A. Crépeau, "Les enjeux de la révision du Code civil" dans A. Poupart, dir., *Les enjeux de la révision du Code civil*, Montréal, Faculté de l'Éducation permanente, 1979, 11.

(13) M. Planiol, "Inutilité d'une révision générale du Code civil" dans *Le Code civil, 1804-1904, Livre du Centenaire*, t. 2, Paris, Rousseau Éd., 1904, 955 à la p. 963.

(14) *Décret n° 45 - 1194 du 7 juin 1945 portant création d'une commission de réforme du Code civil*, J.O., 8 juin 1945, 3320.

(15) R. Houin, "La réforme du Code civil" D. 1948. Chron. XXVIII ; R. Houin, "Les travaux de la commission de réforme du Code civil" (1951) 49 Rev. trim. dr. civ. 34 ; R. Houin, "La technique de la réforme des codes français de droit privé" (1956) 8 Rev. intern. dr. comp. 9 ; *Encyclopédie juridique Dalloz : Répertoire de droit civil*, 2e éd., "Codes civils", par M. Vanel, n° 161 et s. ; G. Cornu, "La lettre du code à l'épreuve du temps" dans *Mélanges Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, 157 à la p. 176.

(16) L. Julliot de la Morandière, *Rapport à Monsieur le Garde des Sceaux, ministre de la Justice*, avant-projet de code civil, première partie, commission de réforme du code civil, Paris, Sirey, 1953.

(17) *Supra*, note 6.

(18) Voir les mentions sur le peu d'utilité pratique des définitions, p. 11, et sur les règles d'interprétation des contrats, p. 13 du *Premier rapport des commissaires pour la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles*, Québec, G.F. Desbarats, 1865.

quatre mois pour la rédaction de leur projet - il est vrai qu'ils profitaient des projets antérieurs de code civil - les commissaires du Bas-Canada, s'inspirant surtout des ouvrages d'auteurs français et de l'expérience française et louisianaise de la codification, ont travaillé pendant cinq ans à rédiger individuellement des parties du projet de code civil qu'ils soumettaient aux autres commissaires (19). D'ailleurs, dans leur premier rapport, les commissaires expliquèrent le temps considérable qu'exigeait leur tâche (20). De plus, contrairement au projet français de Code de l'an VIII, qui avait fait face à une grande opposition politique du Tribunal, les élus et la communauté juridique du Bas-Canada de l'époque se sont montrés plutôt silencieux devant le travail des commissaires, quoique la *Loi de codification de 1857* prévît la participation des juges par leurs commentaires (21).

Comme les objectifs des commissaires de 1866 et ceux de l'O.R.C.C. étaient très différents, leur méthode de travail se distinguait également (22). Malgré que la *Loi de révision de 1955* confiât officiellement la tâche de réviser le code civil à "un juriste" (23) et non à une commission de réforme comme en France, le Projet de code civil et l'exposé des motifs soumis par l'O.R.C.C. au gouvernement québécois en 1978 représentaient le travail de plus de 150 juristes venant de tous les milieux. Peut-on voir une influence française dans le recours à une commission plutôt qu'à un seul rédacteur ? Quoique les documents que nous ayons consultés au sujet de l'O.R.C.C. ne le précisent pas, l'expérience française ne peut avoir été ignorée. La décision française de confier la rédaction du projet de code civil à une commission formée de magistrats, de professeurs, de fonctionnaires et de praticiens, plutôt qu'à une seule personne était basée à la fois sur la tradition et sur l'importance de la tâche (24). Quant à la décision québécoise, elle semble aussi avoir été basée sur l'importance de la tâche. Comme le souligne le professeur Paul-André Crépeau, alors président de l'O.R.C.C., l'atteinte des objectifs de l'Office commandait l'expertise de plusieurs juristes (25) et une vaste opération de consultation (26).

Après avoir examiné les objectifs et les processus d'élaboration législative des codes civils et de leurs projets de réforme provenant de commissions, il convient de regarder ceux de l'État, qui par la suite prit en main la réforme.

2 - De l'étatisation de la réforme au nouveau Code civil du Québec

À une vingtaine d'années d'intervalle, les commissions françaises et québécoises de réforme du code civil ont partagé le même sort : l'État prit la relève, mais pour des motifs différents. L'une est arrivée à bon port : elle a remis au gouvernement un projet complet de code civil. L'autre fut rescapée par l'État.

En 1964, le ministre français de la Justice prit en main la réforme et décida d'adopter une nouvelle approche en procédant à la révision complète du code civil mais par fragments, tout en conservant cependant le Code de 1804 comme base de la

(19) Quoiqu'ils furent nommés en février 1859, ils ne commencèrent pas leurs travaux avant le 20 mai 1859. Ils remirent leur dernier rapport le 21 novembre 1864. J.E.C. Brierley, "Quebec's Civil Law Codification : Viewed and Reviewed" (1968) 14 McGill L.J. 521, aux pp. 581 à 589.

(20) Premier rapport des commissaires, *supra*, note 18 à la p. 142.

(21) Art. 9, *Loi de codification de 1857*, *supra*, note 6. Voir A. Morel, "La codification devant l'opinion publique de l'époque" dans J. Boucher et A. Morel, dir., *Livre du centenaire*, *supra*, note 11 à la p. 27. Un seul juge a commenté le projet de code civil.

(22) M. Caron, *supra*, note 11 aux pp. 21-22.

(23) Art. 1, *Loi de révision de 1955*, *supra*, note 3.

(24) L. Julliot de la Morandière, *supra*, note 16 aux pp. 15-16.

(25) P.-A. Crépeau, *supra*, note 12 à la p. 353. Sur l'approche multidisciplinaire nécessaire à la rédaction du code civil, voir M. Caron, *supra*, note 11 aux pp. 22-23.

(26) G. Guilbault, "Paul-André Crépeau : sans comparaison!" (1991) 3 :1 *Maîtres* 29 aux pp. 33-34.

réforme (27). L'objectif demeurerait le même : adapter le code civil à la société française. Il semble que l'absence de volonté politique (28) jointe à la durée des travaux de la commission de réforme (29) aient été à l'origine du changement d'orientation (30). À partir de ce moment, les projets de réforme du Code civil français furent rédigés par une seule personne, guidée par un comité d'orientation.

Au Québec, contrairement à ce qui avait été prévu (31), le dépôt du *Projet de Code civil de l'O.R.C.C.* par le ministre de la Justice à l'Assemblée nationale le 20 juin 1978 ne connut pas de suite, c'est-à-dire que le rapport ne fut pas soumis à une commission du gouvernement, puis à l'Assemblée nationale pour adoption. Le gouvernement québécois invoqua l'ampleur des réformes proposées par le projet de l'O.R.C.C., leurs coûts, les études nécessaires devant être entreprises, l'absence de droit transitoire dans ce projet, pour prendre en main la réforme du code civil, afin de procéder à une réévaluation politique, sociale, juridique et administrative du *Projet de Code civil de l'O.R.C.C.* (32). L'État semble cependant avoir conservé les mêmes objectifs que ceux de l'O.R.C.C. Il nomma deux juristes pour procéder à une première analyse de ce projet (33). En plus de lui permettre de décider des grands principes philosophiques de la révision, la prise en charge de la réforme du code civil par l'État engendra deux conséquences importantes : la décision d'entreprendre une réforme globale, mais mise en vigueur par étapes (34), décision par ailleurs très critiquée (35), et la poursuite d'études (36). Les raisons véritables, entendre les motifs politiques, pour la réévaluation du *Projet de Code civil de l'O.R.C.C.* sont demeurées inconnues (37). Pourquoi l'État n'a-t-il pas continué à collaborer avec l'O.R.C.C. ? Comme le suggérait le juge Jean-Louis Baudouin, peut-être est-ce la

(27) B. Audit, "Recent Revisions of the French Civil Code" (1978) 38 Louisiana L. Rev. 747.

(28) Sur le manque de volonté politique, voir L. Julliot de la Morandière, *Rapport à Monsieur le Garde des Sceaux, ministre de la Justice, avant-projet de code civil, deuxième partie, commission de réforme du code civil*, Paris, Sirey, 1962 à la p. 11.

(29) La commission de réforme a déposé son premier rapport en 1953, puis le second en 1961. Dans ces deux rapports, le président Julliot de la Morandière s'explique longuement sur ces retards.

(30) B. Audit, *supra*, note 27 à la p. 755. Dans le deuxième rapport de la commission française de réforme du code civil, son président Julliot de la Morandière annonce que les méthodes de travail de la commission devront être modifiées, entre autres, à cause de la formation de la C.E.E. et de la possibilité de l'unification du droit privé. L. Julliot de la Morandière, *supra*, note 28 à la p. 15. Ce problème d'opportunité de la révision du code civil face à la formation de la C.E.E. est repris par G. Cornu, *supra*, note 15 à la p. 176.

(31) Art. 4, *Loi modifiant la Loi concernant la révision du Code civil*, S.Q. 1959-60, c. 97.

(32) Voir M.-J. Longtin, "Une expérience de révision générale du droit privé, le Code civil du Québec" dans *La codification et l'évolution du droit*, XVIII^e Congrès de l'Institut international du droit d'expression française, Louisiane, 3 - 9 novembre 1985, 532 à la p. 542. Voir le discours de P.-M. Johnson, ministre de la Justice, sur le *Projet de loi 20*, Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats* aux p. 2232 et s. (12 mars 1985).

(33) G. Rémillard, *Mémoire au conseil des ministres*, partie accessible au public, Québec, 15 octobre 1990, p. 1.

(34) *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, *supra*, note 5, qui prévoit "l'étapisme" de la réforme du code civil dans son préambule, en raison de l'ampleur des réformes proposées et des études qu'elles requièrent.

(35) P.-A. Crépeau, "Les lendemains de la réforme du Code civil" (1981) 59 R. du B. Can. 625 à la p. 628 ; J.-L. Baudouin, "Codification : méthode législative" dans *Codification : langage et valeurs, Actes du Colloque international de droit civil comparé de 1981*, Québec, Service des communications du Conseil de la langue française, 1985, 52 à la p. 62 ; J.-N. Mazon, "Codification : langue et interprétation" dans *Codification : langage et valeurs, Actes du Colloque international de droit civil comparé de 1981*, Québec, Service des communications du Conseil de la langue française, 1985, 111 à la p. 116 ; E. Caparros, "Overview of an Uncompleted Journey : From the Civil Code of Lower Canada to the Civil Code of Quebec" dans E. Caparros et R.-A. Landry, dir., *Essays on the Civil Codes of Quebec and St. Lucia*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1984, 15.

(36) M. Guy, "Un code civil à bâtir" (1981-82) 12 R.D.U.S. 471 à la p. 472.

(37) Voir l'entrevue de P.-A. Crépeau accordée à G. Guibault, *supra*, note 26, où, au sujet des suites du projet de code de l'O.R.C.C., le professeur Crépeau, alors président de l'O.R.C.C., affirme ne pas avoir "été appelé à participer aux phases ultérieures de la réforme". Voir aussi sur le même sujet C. Masse, "Une atteinte inacceptable au débat démocratique" *La Presse* [de Montréal] (27 février 1991).

volonté politique qui a fait défaut à ce moment-là (38) ou encore est-ce la lourdeur de la tâche qui a empêché l'aboutissement du projet. Pierre-Marc Johnson, ministre de la Justice lors de la mise en vigueur du nouveau droit de la famille, a par la suite déclaré qu'un ministre chargé de la réforme du code civil aurait dû être nommé, justement à cause de l'importance et de la lourdeur de la tâche (39). D'ailleurs, ne dit-on pas que la participation personnelle de Bonaparte a été essentielle à l'adoption du Code civil de 1804 ?

Néanmoins, les travaux préparatoires des deux commissions ne demeurèrent pas lettre morte, mais servirent de base aux réformes ultérieures. Tout comme en France, le droit de la famille fut la première partie du nouveau Code civil du Québec à être mise en vigueur en 1981. Par la suite, de 1982 à 1990, plusieurs avant-projets et projets de loi furent déposés (40). Pendant cette période, le gouvernement procéda à de nombreuses consultations publiques, au cours desquelles les chambres professionnelles, entre autres, eurent l'occasion de se faire entendre. Entre-temps, en 1986, il fut décidé de mettre de côté l'approche par étapes et de procéder à une mise en vigueur en bloc du nouveau code civil (41). Un comité d'experts fut mis sur pied pour préparer une version finale du code (42). Puis, le 18 décembre 1990, le ministre de la Justice déposa devant l'Assemblée nationale le Projet de loi 125, qui proposait le nouveau Code civil du Québec. Les objectifs de ce projet de loi semblent s'inscrire dans la même ligne de pensée que ceux des projets antérieurs de réforme du code civil (43). Le projet fut sanctionné en 1991, après avoir reçu pas moins de 1 000 amendements lors de son étude en commission parlementaire. Ce faisant, le gouvernement mettait en veilleuse plusieurs points controversés de la réforme, par exemple la création de l'hypothèque mobilière des particuliers et l'affaiblissement des garanties des travailleurs de la construction. De plus, plusieurs reculs avaient déjà été faits lors de l'étude des avant-projets de loi, notamment, le retrait du principe de la lésion entre majeurs. Face à cela, on parle toujours d'une réforme globale, mais superficielle sur plusieurs points.

Si les premières codifications de 1804 et de 1866 ne visaient pas les mêmes objectifs, nous remarquons des points communs dans les objectifs et le processus d'élaboration législative des nouveaux codes civils français et québécois. D'une commission de réforme indépendante de l'État qui proposait une réforme en profondeur, l'entreprise tant française que québécoise est passée entre les mains de l'État qui a préféré une réforme par étapes. À la différence du gouvernement français qui a conservé le Code civil de 1804 comme base, le gouvernement québécois a décidé de mettre de côté le Code civil du Bas-Canada et de bâtir un nouveau code civil. Toutefois, pour certains, celui-ci ne semble qu'un pastiche du premier (44).

Peut-on parler d'influence française sur la réforme québécoise ? À notre avis, les points communs entre la réforme française et québécoise du code civil ne sont pas dus à une influence française directe ou consciente, mais plutôt à l'évolution du

(38) J.-L. Baudouin, "La réforme du droit des obligations - Réflexions sur le processus de recodification du Code civil" (1989) 30 C. de D. 817 à la p. 824. Voir le commentaire de M.-J.-Longtin, *supra*, note 32 à la p. 543.

(39) L. Bédard, "En direct - Premier ministre, médecin ... et avocat" (1989) 1 :5 *Maîtres* 37 aux pp. 41-42.

(40) Pour un historique de la réforme du code civil, voir entre autres G. Rémillard, *supra*, note 33 ; J. Beaulne, "Le point sur la réforme du Code civil" (1987) C. P. du N. 385.

(41) "Le ministre Marx promet un nouveau Code civil "en bloc" pour 1989" (1986) 18 : 5 *Barreau* 15.

(42) J.-L. Baudouin, "Quelques perspectives historiques et politiques sur le processus de codification", dans *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec, Actes des journées louisianaises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures 1991*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1992, p. 16

(43) J. Chamberland, "Le discours inaugural du sous-ministre de la Justice", *supra*, note 42, 1.

(44) M. Tancelin, "Le nouveau Code civil, un danger pour la société distincte, un débat fondamental qui est en train de passer complètement inaperçu" *Le Devoir* [de Montréal] (1er novembre 1991) Cahier B à la p. 8.

droit dans une société de plus en plus complexe. Face à l'importance de la tâche qui pesait sur l'organisme chargé de la réforme et des sommes d'argent investies, face à la nécessité de consulter la communauté pour obtenir un consensus sur les changements proposés, il fut inévitable que les échéances aient été reportées et que le gouvernement se soit impatienté. Croyant être davantage en mesure de mener le projet à terme, l'État prit en main la réforme. Mais, il rencontra les mêmes écueils et décida de procéder par étapes. Devant la durée des travaux, la volonté politique faiblit. Il est vrai que la réforme d'un code civil ne figure pas nécessairement très haut sur la liste des priorités d'un gouvernement. C'est donc la difficulté de l'entreprise qui explique le long processus d'élaboration législative des nouveaux codes civils.

À la suite de cette première partie, qui a servi à mettre en place les éléments du décor devant lesquels se sont joués les différents actes de l'histoire de la codification et de sa réforme, nous aborderons l'évolution du concept même de codification, qui n'est pas sans relation avec les objectifs et le processus d'élaboration législative retenus pour les codes civils.

B - LE CONCEPT DE CODIFICATION

Le concept de codification (45) a évolué à travers les siècles. Les codes civils de la première génération, comme le Code civil français de 1804 et le Code civil du Bas-Canada de 1866, possédaient des caractères qui leur étaient propres. De même, on leur attribuait un rôle précis, suivant les attentes de ces époques. À l'heure actuelle, est-ce que les codes civils doivent posséder les mêmes caractéristiques et remplir le même rôle ? À la suite de la réforme de leur code civil, la France et le Québec se dirigent-ils vers une même conception de la codification ? Nous verrons que les nouveaux codes civils doivent s'adapter à leur temps. C'est ainsi qu'on parle de codes d'une seconde génération. Les nouveaux attributs de ceux-ci ne manquent pas d'influencer le contenu du code et sa technique de rédaction, ce dont nous traiterons en deuxième partie.

1 - Les caractères des codes civils

Dans son étude, *Le concept de code en Europe occidentale du XIIIe au XIXe siècle, Essai de définition* (46), le professeur Vanderlinden attribue trois caractères essentiels à un code. Premièrement, il doit être un ensemble, c'est-à-dire le résultat de parties en un tout ; deuxièmement, il doit représenter l'ensemble ou une partie importante du droit ayant la force obligatoire de la loi et, finalement, il doit permettre une meilleure connaissance du droit (47). Les codes civils français et québécois de la première génération comportaient évidemment ces attributs. Doit-il encore obligatoirement en être ainsi pour les codes civils contemporains ?

Bien qu'il n'y ait pas unanimité sur les caractères des codes, la doctrine française et québécoise s'accorde généralement pour admettre comme essentiels les trois

(45) Sur la notion controversée de codification au sens large, voir entre autres : N. Kasirer, "Canada's Criminal Law Codification Viewed and Reviewed" (1990) 35 McGill L.J. 841 aux pp. 867-868 ; J.-L. Bergel, "Principal Features and Methods of Codification" (1988) 48 Louisiana L. Rev. 1073 ; A. Bisson, "A Comparison between Statutory Law and a Civil Code" dans Caparros et Landry, dir., *supra*, note 35, 225. Dans la présente étude, nous ne traiterons que des codes que J.-L. Bergel qualifiait de "vrais codes", par opposition aux codifications formelles n'opérant qu'un regroupement administratif.

(46) J. Vanderlinden, *Le concept de code en Europe occidentale du XIIIe au XIXe siècle, Essai de définition*, Bruxelles, Ed. de l'Institut de sociologie, Université Libre de Bruxelles, 1967.

(47) *Ibid.* aux pp. 15-16.

attributs exposés ci-haut (48). Ainsi, on reconnaît que les codes civils contemporains doivent constituer "un tout, un ensemble coordonné, logique ; une construction intellectuelle dont la cohérence interne, l'abstraction et la généralité le distinguent de la plupart des autres modes d'expression législative" (49). Le professeur Cornu considère la codification comme l'urbanisme de la législation (50). Quant au deuxième caractère, soit celui de comporter l'ensemble ou une partie importante du droit civil, il ne doit pas être interprété comme signifiant que le code civil doit être complet. En effet, même à l'époque des codes classiques, Portalis et les codificateurs québécois admettaient l'impossibilité de tout prévoir dans un code (51). De nos jours, avec le développement du droit privé à l'extérieur du code tant en France qu'au Québec, avoir un code complet serait illusoire (52). Toutefois, on admet encore que le code est une oeuvre de regroupement et qu'il faut éviter, dans la mesure du possible, l'éparpillement des règles (53). Finalement, même les codes contemporains doivent se donner une vocation visant à permettre une meilleure connaissance du droit. Cornu attribue à nos sociétés un grand besoin de communication sociale, ainsi un code devient la meilleure façon de "faire savoir" le droit (54).

Nous pouvons conclure que les caractères de base généralement attribués aux codes civils sont demeurés les mêmes à travers le temps. Donc, en théorie, nous devrions les retrouver dans le nouveau Code civil du Québec. En est-il vraiment ainsi ? Si nous nous référons à la partie précédente de cette étude, nous constatons que les objectifs fixés par les responsables de la révision du Code civil du Bas-Canada, tout comme ceux de la Commission française de réforme, sont strictement en conformité avec les caractères essentiels d'un code. Par contre, le processus d'élaboration législative du nouveau Code civil du Québec n'a pas toujours amené la concrétisation de ces attributs. Ainsi, le fait d'avoir rédigé et étudié par étapes des avant-projets de loi et des projets de loi modifiant le code civil nuit au caractère voulant que le code soit un ensemble et à sa vocation de faire connaître le droit. Devant une panoplie de législateurs, il est à prévoir que la cohérence globale du code soit affectée. De plus, même si les objectifs de la réforme visaient l'intégration des lois particulières et une meilleure connaissance du droit, nous verrons, ci-après, que les résultats obtenus dans le nouveau Code civil du Québec ne sont pas toujours à la hauteur des visées doctrinales. Bref, théoriquement, le nouveau code civil reste fidèle aux caractéristiques dictées par la tradition civiliste française. Pratiquement, tout comme en France, des écarts existent entre l'idéal visé et les résultats concrets.

Outre ces attributs de base, on a longtemps conféré aux codes de la première génération les caractères d'immuabilité et d'universalité, allant jusqu'à considérer le code comme une bible (55), un monument ou un musée (56). Ainsi, le Code

(48) G. Cornu, "Codification contemporaine : valeurs et langage" dans *Codification : langage et valeurs, Actes du Colloque international de droit civil comparé de 1981*, supra, note 35, 31 aux pp. 39 et s. ; J.-L. Baudouin, "La codification, mode dépassé de législation ?" dans *XIe Congrès international de droit comparé*, Caracas, 1982, 1 ; A. Bisson, supra, note 45.

(49) J.-L. Baudouin, supra, note 38 à la p. 818. Sur les caractères cohérent et général du code, voir la deuxième partie.

(50) G. Cornu, supra, note 48 à la p. 40.

(51) F. Ewald, *Naissance du Code Civil*, Paris, Gallimard, 1989 aux pp. 39-42 ; *Premier rapport des commissaires pour la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles*, supra, note 18 à la p. 33.

(52) A. Tunc, "La méthode du droit civil : analyse des conceptions françaises" (1975) 27 *Rev. intern. Dr Comp.* 817 à la p. 819 ; J.-L. Baudouin, supra, note 11 aux pp. 400-401.

(53) J.-L. Baudouin, supra, note 48 aux pp. 4 et 9 et s. Sur le caractère général du code et l'intégration des lois particulières, voir la deuxième partie.

(54) G. Cornu, supra, note 48 à la p. 42. Nous aborderons la question de la technique de rédaction en deuxième partie.

(55) R. David, "The Civil Code in France To-Day" (1974) 34 *Louisiana L. Rev.* 907.

(56) C. De Lorimier, *La bibliothèque du Code civil de la province de Québec*, Montréal, Cadieux-Derome, 1871-1890 à la p. 3 ; J.-L. Baudouin, supra, note 11 à la p. 396.

Napoléon fut considéré comme la formulation vraie et définitive du droit civil, puisqu'il découlait directement du droit naturel (57). Il en fut de même du Code Civil du Bas-Canada de 1866 (58).

Quoique cette conception ait la vie dure et que certains auteurs parlaient encore, il n'y a pas si longtemps, de la codification en ces termes (59), l'évolution du droit et de la société ont forcé un nouveau regard sur le concept de code. En 1981, le professeur Cornu disait que le XXe siècle était celui de la rénovation des codes ou celui de leur deuxième génération (60). Dans ce contexte, on a abandonné les qualificatifs de sacré, d'immuable et d'universel. L'expérience a démontré qu'un code ne peut prétendre à la pérennité (61), ce qui faisait dire à la professeure Camille Jauffret Spinosi : "l'idée du caractère intemporel des règles posées, de leur vocation à l'éternité ne peut plus avoir cours. La phrase de d'Aguesseau selon laquelle «il n'est point de codes qui ne renferment le voeu de la perpétuité» est bien révolue" (62). Pour les codes contemporains, le caractère permanent a remplacé l'immuabilité. Contrairement aux lois particulières, qui sont appelées à varier au gré des changements politiques et économiques, certains auteurs attribuent au code un degré de stabilité supérieur à celles-ci (63).

Bien entendu, le nouveau Code civil du Québec s'inscrit dans la tendance des codes civils contemporains. En 1981, le professeur Crépeau, qui parlait des travaux de l'Office de révision du Code civil, disait :

"[...] le Code civil ne peut plus être conçu, ainsi qu'à la suite de Bonaparte on l'a si longtemps cru, comme l'affirmation de la Justice éternelle ou l'incarnation de la Raison naturelle, mais bien, plus humblement et plus justement, comme l'expression d'une certaine conception de la justice, notion alors temporelle, relative, variable, qui consacre, dans le concret des réalités sociales, une certaine façon de penser, une certaine manière de vivre à une époque précise de l'histoire d'un peuple. (64) "

En 1990, le Projet de loi 125, visant à instituer un nouveau code civil, adoptait la même perspective. Le ministre de la Justice, Gil Rémillard, déclarait à cet effet :

"[...] la conception que l'on peut avoir d'un Code civil peut varier suivant les contextes sociaux, les attentes exprimées et la conception même qu'une société se fait du droit. [...] le projet de code qui sera présenté, s'il continue de s'appuyer sur les mêmes principes juridiques que le droit actuel, reflète aussi des préoccupations contemporaines et se veut une structure d'accueil du droit privé pour le XXIe siècle. (65) "

Cette nouvelle réalité a eu des répercussions sur l'élaboration législative du nouveau code. Comme nous l'avons vu précédemment, on ne légifère plus seul ou en petit groupe, mais on fait appel à plusieurs experts et on consulte largement le grand public. Obtenir le pouls de la société constitue un processus long et coûteux,

(57) Voir entre autres : F. Ewald, *supra*, note 51 à la p. 9 et, par exemple, aux pp. 85 et s. où il rapporte le Discours préliminaire de Portalis ; R. David, *Le droit français*, t. 1, Paris, L.G.D.J., 1960 aux pp. 12 et 13.

(58) S. Normand, "Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec : la sauvegarde de l'intégrité du droit civil" (1987) 32 McGill L. J. 559 à la p. 585.

(59) G. Cornu, *supra*, note 15 aux pp. 166-167 ; R. Nadeau, "La réforme du droit des obligations - Le point de vue du Barreau du Québec" (1989) 30 C. de D. 647 à la p. 649.

(60) G. Cornu, *supra*, note 48 à la p. 31.

(61) *Encyclopédie juridique Dalloz : répertoire de droit civil*, *supra*, note 15 au n° 29.

(62) C. Jauffret Spinosi, "La réforme du droit des obligations - Une perspective de droit comparé" (1989) 30 C. de D. 657 à la p. 660.

(63) Voir entre autres : G. Cornu, *supra*, note 48 à la p. 37 ; J.-L. Baudouin, *supra*, note 48 à la p. 8.

(64) P.-A. Crépeau, *supra*, note 35 aux pp. 626-627.

(65) G. Rémillard, *supra*, note 33 à la p. 8 ; voir aussi les propos du ministre de la Justice, Pierre-Marc Johnson, *supra*, note 32 aux pp. 2333-2334.

mais l'évolution de la société, sa démocratisation et la scolarisation des citoyens ne permettent plus d'invoquer le droit naturel comme source du droit codifié.

Face à cette nouvelle conception de la codification au Québec, que doit-on penser de l'influence française sur celle-ci ? Nous pouvons conclure que l'influence de la conception classique de codification, concernant les caractères d'immuabilité et d'universalité, qui prévalait lors de l'adoption du Code civil français de 1804 et du Code civil du Bas-Canada, est révolue. La société et le droit québécois, tout comme ceux de la France, ont évolué et l'élaboration législative des codes en a été affectée (66). On ne peut plus définir le code comme étant immuable et universel. Toutefois, nous avons vu que les caractères de base des codifications classiques restent encore de mise. En cela, l'influence française se fait toujours sentir et le nouveau Code civil du Québec s'inscrit dans la longue tradition civiliste que René David décrivait comme un style. Malgré les problèmes contemporains de codification, le Québec et la France marquent leur attachement à ce concept (67).

Après avoir exposé les caractères des codes civils, il convient d'établir le rôle qu'ils sont appelés à jouer.

2 - Le rôle des codes civils

Le nouveau code civil sera-t-il le droit commun au Québec, comme le furent les codes de la première génération ? En effet, à l'époque de leur proclamation, le Code civil français de 1804 et le Code civil du Bas-Canada de 1866 pouvaient facilement être considérés comme le droit commun en matière civile, puisqu'ils contenaient pratiquement l'ensemble des règles en ce domaine (68). À la suite du phénomène de décodification, les codes civils français et québécois ont perdu peu à peu leur place primordiale. Une dissociation s'est opérée entre les codes et le droit et on a assisté au déclin des codes civils. Ce déclin peut être attribué à plusieurs causes : l'inflation législative, la publicisation et la complexification du droit, l'avènement des chartes, l'entrée en scène d'autres sources du droit et le partage constitutionnel des compétences (69). Peu importe les causes, face à cette réalité, il convenait de faire des choix. Quels furent ceux du Québec et de la France ?

Dans la préface des *Rapports sur le Code civil du Québec* (70), Paul-André Crépeau signale que l'O.R.C.C. s'était donné, entre autres, comme objectif de maintenir vivant le système civiliste et de lui redonner son unité organique. Pourtant, cette volonté ne se concrétisa pas par l'insertion d'une disposition préliminaire à son projet de code civil, établissant le rôle de celui-ci. C'est en 1982, dans le Projet de loi 106 (71), que l'introduction d'une disposition préliminaire au code civil fut proposée. Celle-ci a connu diverses modifications, pour apparaître dans sa dernière version au nouveau Code civil du Québec en ces termes :

"Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les

(66) B. Audit, *supra*, note 27 aux pp. 777 et s.

(67) B. Oppetit, "L'expérience française de codification en matière commerciale" D.S.1990.Chron.1 à la p. 4.

(68) Entre autres : *Encyclopédie juridique Dalloz : répertoire de droit civil*, *supra*, note 15 au n° 33 ; A.F. Bisson, "Effet de codification et interprétation" (1986) 17 R.G.D. 359 à la p. 361.

(69) G. Cornu, *supra*, note 15 aux pp. 164-166 ; *Encyclopédie juridique Dalloz : répertoire de droit civil*, *supra*, note 15 aux nos 135-160 ; M.A. Tancelin, "Introduction" dans F.-P. Walton, *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*, Toronto, Butterworths, 1980 aux pp. 6-9 ; H. Kotz, "Taking Civil Codes Less Seriously" (1987) 50 Modern L. R. 1 aux pp. 10-13 ; B. Oppetit, *supra*, note 67 aux pp. 2-4.

(70) Québec, Office de révision du code civil, *supra*, note 4 à la p. XXX.

(71) *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes*, 3e sess., 32e Lég. Qué., 1982.

rapports entre les personnes, ainsi que les biens. Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger."

Pourquoi insérer au code une telle disposition ? Est-ce là dans la tradition civiliste ? En France, on s'est élevé contre ce genre de dispositions. Ainsi, en 1945, lors des travaux de l'Association Henri-Capitant, on tint une séance de discussion sur l'opportunité d'insérer au code une partie générale. Le professeur Boulanger, qui discutait de certaines dispositions du Code civil suisse sur l'application de la loi par les juges, mit sérieusement en doute la nécessité de telles règles. Il les considérait comme de simples conseils, donc oeuvre doctrinale, qui ne doivent pas s'élever au niveau de la loi (72). Des discussions similaires portèrent sur les dispositions préliminaires du Code civil de Louisiane (73). En France, s'il va de soi que le code civil demeure le droit commun, au Québec la nécessité d'un tel article semble fort reconnue, puisqu'il exprime clairement le rôle du nouveau code. Il "refait l'unité du droit privé, droit commun codifié et lois particulières y ajoutant ou dérogeant, ensemble qu'a fait éclater, en régime de droit mixte, un usage souvent impertinent et intempérant de méthodes réductrices dans l'interprétation de la législation d'exception de droit privé" (74).

Que doit-on en conclure ? Le Québec, en se dissociant de la France sur cette position, s'éloigne-t-il de la pure tradition civiliste ? Nous ne le croyons pas. Au contraire, si on considère les facteurs sociologiques du Québec, il devenait impérieux de réaffirmer l'attachement au caractère civiliste du code. Comme le mentionnait le ministre Rémillard :

"Le Code civil exprime le droit privé commun du Québec et, en ces matières, il fonde les autres lois [...]. Il est donc essentiel d'assurer que le caractère fondamental de cette législation soit maintenu. La codification du droit privé sous-tend plusieurs choses, dont une approche ou une conception dite civiliste du droit [...] (75)."

Donc, en principe, le Québec veut faire de son code civil le droit commun. Toutefois, le contenu sera-t-il à la hauteur de ce souhait ? Nous reviendrons sur cette question ultérieurement.

Dans cette première partie, nous nous sommes penchées sur l'évolution de trois aspects fondamentaux de la codification civiliste tant française que québécoise : l'évolution des objectifs, du processus d'élaboration législative des codes civils et du concept de codification. Fruit de l'évolution d'une société complexe plutôt que de l'influence française directe, les codifications française et québécoise partagent les mêmes objectifs et elles ont connu un processus d'élaboration similaire. Quant au concept de codification, il a évolué tant en France qu'au Québec. Toutefois, les codes contemporains conservent les caractères de base des codes de la première génération. Ils ont cependant mis de côté leur prétention à l'universalité et à l'immuabilité. Ils conservent leur rôle de droit commun.

(72) M. Boulanger, *Travaux de l'Association Henri-Capitant pour la culture juridique française*, Paris, Dalloz, 1945, 73 aux pp. 79-81.

(73) Voir entre autres : L. Baudouin, "The Influence of the Code Napoleon" (1958-59) 33 *Tulane L.R.* 21 à la p. 24 ; S. Herman et D. Hoskins, "Perspectives on Code Structure : Historical Experience, Modern Formats, and Policy Considerations" (1980) 54 *Tulane L.R.* 987 aux pp. 1042-1043.

(74) A.F. Bisson, *supra*, note 68 à la p. 369 ; voir également : M.A. Tancelin, *supra*, note 69 à la p. 33 ; L. Perret, "L'évolution du Code civil du Bas-Canada ou d'une codification à l'autre : réflexion sur le Code civil et son effet de codification" (1989) 20 *R.G.D.* 719 à la p. 734 ; M. Guy, "Interprétation et effet temporel du nouveau code civil" (1988) 19 *R.D.U.S.* 39 à la p. 44.

(75) G. Rémillard, *supra*, note 33 à la p. 8. Voir également : P.-M. Johnson, *supra*, note 32 aux pp. 2333 et 2336.

Le nouveau Code civil du Québec peut-il prétendre posséder les caractéristiques d'un code et être le nouveau droit commun au Québec ? Les objectifs de la réforme ainsi que la disposition préliminaire du Code civil du Québec démontrent qu'on le souhaite. Toutefois, le processus d'élaboration législative de la réforme du Code civil n'a pas toujours permis ce résultat. C'est ce que nous démontrerons plus explicitement dans la deuxième partie.

II - L'ÉVOLUTION DU CONTENU ET DE LA TECHNIQUE DE RÉDACTION DES CODES CIVILS

Après avoir examiné l'évolution des objectifs, du processus d'élaboration législative des codes civils et du concept de codification, il convient d'étudier l'évolution du contenu des codes et de leur technique de rédaction, deux points qui seront influencés par les trois aspects fondamentaux que nous avons abordés en première partie.

A - LE CONTENU DES CODES CIVILS

Dans cette partie, nous ne tenterons évidemment pas de décrire en quelques lignes le futur droit positif du Québec en matière civile. Nous avons plutôt choisi de nous pencher sur deux points, soit les champs couverts par les codes et leur organisation, ainsi que le caractère général des codes et l'intégration des lois particulières. Cette étude s'est faite dans l'optique de découvrir les influences subies par le nouveau code.

1 - Les champs couverts par les codes et leur organisation

Nous avons vu, d'une part, que les codes civils contemporains ne sauraient prétendre être complets, d'autre part, nous avons établi que le nouveau code constituerait le droit commun au Québec. Face à ces affirmations, il convient de s'interroger. Quels champs du droit civil inclut-on dans ce code ? Quel plan adopte-t-on pour organiser ces matières ?

Le contenu du nouveau code civil est directement relié à l'étendue que l'on attribue au droit civil. En 1804 et en 1866, lors des premières codifications française et québécoise, la question ne se posait pas, puisque pratiquement tout l'ensemble du droit civil était inclus dans les codes. Toutefois, le Code civil du Bas-Canada s'est distingué du Code civil français en comportant un quatrième livre sur les matières commerciales. Cette digression à la tradition française était dictée par l'article 4 de la *Loi de codification de 1857*, qui imposait aux commissaires de codifier le droit commercial. Le professeur Louis Baudouin y vit "une politique de défense du Droit civil des obligations en tant que celui-ci s'applique aux opérations commerciales" contre la common law (76).

La complexification du droit et l'intervention accrue des pouvoirs publics sur les relations privées des personnes firent en sorte que la frontière entre le droit civil, le droit commercial et le droit public devint de plus en plus difficile à tracer. Ainsi, lors de la réforme, on aurait pu être tenté de remettre en question les matières contenues dans le code. Par exemple, on aurait pu choisir de créer plusieurs codes spécialisés distincts, comme un code de commerce ou un code de la famille. Inversement, on aurait pu rapatrier des matières civiles dans le code, tel le droit du

(76) L. Baudouin, *Le droit civil de la province de Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1953, à la p. 70.

travail. Pourtant, comme le démontrent les tables des matières du Projet de Code civil de l'O.R.C.C. et du nouveau Code civil du Québec, les champs couverts par ces derniers sont pratiquement les mêmes qu'en 1866. Les sujets traditionnellement traités dans les codes civils, tels les personnes, la famille, les successions, les biens, les obligations, les contrats nommés, les priorités et les hypothèques, la preuve, la prescription, la publicité et le droit international privé, sont couverts. Les matières commerciales traitées en 1866 au quatrième livre apparaissent encore dans le code, bien que déplacées. Nous pouvons conclure que l'influence traditionnelle du Code civil du Bas-Canada et, par le fait même, celle du Code civil français a été totale quant aux champs couverts par le nouveau Code civil du Québec.

Si l'innovation ne porte pas sur les matières retenues, elle s'est manifestée dans l'organisation de celles-ci. C'est un plan innovateur qui est présenté pour le nouveau code civil. On se souviendra que le plan en trois livres du Code civil français a été considéré par certains comme découlant de la nature des choses (77). Il a été utilisé comme modèle par les codificateurs en 1866, qui ont repris les trois livres traditionnels, en y ajoutant un quatrième livre relatif à certaines institutions commerciales. Ils s'en expliquèrent, dans leur septième rapport, en disant "qu'il reste une classe de sujets qui appartiennent si exclusivement au Droit commercial qu'il a fallu réunir ces règles [...]" (78). De plus, ils ne voulaient pas dissocier ces règles des autres livres du code civil, qui constituaient le droit commun même en matière commerciale.

Par la suite, le plan traditionnel fut sévèrement critiqué, certaines personnes le qualifiaient même de pur accident (79). Après une vaste étude sur la structure des codes civils, les professeurs Herman et Hoskins concluaient qu'il n'y a pas de nombre sacro-saint de livres dans la tradition civiliste (80). Dans cette ligne de pensée, les responsables de la réforme du code civil québécois n'hésitèrent pas à procéder à un véritable réexamen du plan. En 1978, l'O.R.C.C. proposa le Projet de Code civil divisé en neuf livres, privilégiant une présentation autonome des institutions fondamentales du droit privé, qui facilite ainsi leur amendement, et un regroupement plus rationnel des matières (81). Le Projet de loi 125 de 1990 et le nouveau Code civil du Québec adopté en 1991 continuent sur cette lancée, en proposant un code divisé en dix livres, soit en extrayant du livre des biens, proposé par l'O.R.C.C., la matière relative aux priorités et aux hypothèques.

Nous concluons que cette évolution du plan du code civil québécois a suivi l'évolution des sociétés et des codes contemporains. Le résultat est-il moins civiliste ? Nous ne le croyons pas. Au contraire, en améliorant la cohérence et la clarté du code, par une présentation plus logique, le Code civil du Québec réaffirme son attachement au style civiliste. Contrairement à la France, qui a décidé de conserver le Code civil de 1804 comme base de la réforme, le Québec, en faisant le saut vers une nouvelle codification, s'est débarrassé de ce carcan décrié par plusieurs, le plan en trois parties.

(77) S. Herman et D. Hoskins, *supra*, note 73 aux pp. 992-993.

(78) *Septième rapport des commissaires pour la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles*, *supra*, note 18 à la p. 215.

(79) J. Ray, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1926 aux pp. 206-208 ; S. Herman et D. Hoskins, *supra*, note 73 à la p. 993 ; J.-L. Bergel, *supra*, note 45 aux pp. 1084-1086. Voir aussi L. Julliot de la Morandière, *supra*, note 16 à la p. 20.

(80) S. Herman et D. Hoskins, *supra*, note 73 à la p. 991.

(81) P.-A. Crépeau, "Les enjeux de la révision du Code civil", *supra*, note 12 aux pp. 18-20 ; R.-A. MacDonald, "Civil Law - Quebec - New Draft Code in Perspective" (1980) 58 R. du B. Can. 185 aux pp. 196-197 ; S. Herman et D. Hoskins, *supra*, note 73 aux pp. 1025-1027.

2 - Le caractère général des codes et l'intégration des lois particulières

Après avoir examiné les champs couverts par le nouveau code et son organisation, d'autres questions se posent relativement au contenu de celui-ci. Quel degré de généralité doit conserver le code pour demeurer fidèle à la tradition civiliste ? Quelles lois particulières doivent y être rapatriées, afin que le code puisse être considéré comme le droit commun au Québec ? Dans la conception classique des codes, le caractère général semble essentiel. Portalis, dans son fameux Discours préliminaire, disait : "L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière" (82). Le Code civil du Bas-Canada s'est conformé à cette tradition, puisque l'article 7 de sa loi constitutive le prévoyait (83). Ces codes s'assurèrent donc une certaine pérennité par leur souplesse.

Avec l'évolution du droit, la généralité des codes a été remise en question. La quantité de détails insérés dans les codes contemporains varient selon les circonstances politiques, historiques et sociologiques de chaque pays (84). Relativement à ce choix, se pose la question connexe de l'intégration des lois particulières. Le professeur Oppetit exposait dernièrement le problème en ces termes :

"s'il semble en effet indispensable de maintenir l'unicité de code (...), en revanche on peut hésiter à concevoir aujourd'hui un code comme le rassemblement exhaustif de toutes les réglementations, dans toutes leurs modalités techniques : peut-être serait-il préférable de n'y faire figurer que les principes généraux gouvernant la matière (85)."

Plusieurs auteurs semblent d'accord avec cette tendance vers l'équilibre entre la trop grande généralité, qui provoque des problèmes d'insécurité dans la pratique, et la rigidité causée par une législation trop détaillée, diminuant les chances de permanence des dispositions et l'effort de systématisation du législateur. En France, on opte pour la non-intégration au code civil des lois qui touchent des sujets trop particuliers ou fortement imprégnés de droit public, des lois qui ne visent pas l'ensemble des personnes, des lois de détails ou des lois à caractère temporaire ou changeant (86).

Au Québec, en 1978, l'O.R.C.C. se donnait, entre autres, comme objectif l'intégration au code civil des lois particulières de nature civile. Toutefois, on admettait volontiers qu'on ne saurait prétendre couvrir dans le code l'ensemble du droit civil. Des critères similaires à ceux invoqués par les auteurs français furent retenus. Ainsi, des règles concernant des sujets tels l'adoption et la protection de l'enfant seraient intégrées et celles touchant des sujets tel le contrôle des prix et la fixation des loyers en temps de guerre seraient laissées à l'extérieur du code (87). Cet objectif a été réaffirmé tout au long du processus de réforme (88). Ainsi, ont été intégrées au Code civil du Québec des législations particulières touchant, entre

(82) F. Ewald, *supra*, note 51 aux pp. 41-42.

(83) J.E.C. Brierty, *supra*, note 19 aux pp. 562-565.

(84) H. Kotz, *supra*, note 69 aux pp. 7-10.

(85) B. Oppetit, *supra*, note 67 à la p. 5.

(86) *Ibid.* à la p. 5 ; R. Houin, "La technique de la réforme des codes français de droit privé", *supra*, note 15 aux pp. 16-21 ; A. Tunc, *supra*, note 52 aux pp. 819-820 ; F. Terré, "Codification : insertion du droit nouveau", dans *Codification : langage et valeurs*, *supra*, note 35 aux pp. 377-381.

(87) P.-A. Crépeau, *supra*, note 12 à la p. 17 ; R.-A. MacDonald, *supra*, note 81 aux pp. 189 et 195 ; J.-L. Baudouin, *supra*, note 48 aux pp. 5-6 et 10-11.

(88) P.-M. Johnson, *supra*, note 32 à la p. 2336 ; G. Rémillard, *supra*, note 33 à la p. 8.

autres, le changement de nom, les constituts et les pouvoirs spéciaux des corporations. D'autres domaines, telle l'adoption, avaient déjà fait leur entrée au code avant la réforme globale. S'il fut facile de s'entendre sur le principe de renforcer l'intégralité du code et sur l'incorporation des sujets précités, l'insertion de la *Loi sur la protection du consommateur* (89) fit couler beaucoup d'encre (90). Les partisans de l'intégration invoquaient des arguments tels la remise en question de l'opportunité de limiter les codes contemporains à des règles générales et inaltérables, la nécessité de redonner au code sa valeur de droit commun et une interprétation mieux intégrée de la législation sur la consommation. Les opposants soulevaient des arguments relatifs aux caractères particulier et non permanent de ces règles, à leur style de droit administratif et pénal et à la dispersion inutile, dans plusieurs lois, des règles relatives à la consommation.

En 1978, l'O.R.C.C. s'abstint de proposer l'intégration de cette loi dans son projet de code civil. En 1987, l'avant-projet de loi portant sur les obligations (91) proposait de consacrer un titre complet aux règles particulières sur le contrat de consommation. En 1990, devant la controverse, le législateur fit marche arrière et fit disparaître du Projet de loi 125 le titre sur les contrats de consommation. Le ministre Rémillard s'en explique en ces termes :

"L'intégration des règles du droit de la consommation suscite des difficultés réelles, au plan conceptuel et sur celui de la cohérence de la législation en matière de consommation. Par ailleurs, même si l'intégration des principes généraux serait la solution la plus cohérente sur le plan intellectuel, elle obligerait à un découpage néfaste de la loi particulière (92)."

Le Code civil du Québec n'intègre donc pas les règles touchant le contrat de consommation. Toutefois, il réaffirme son rôle de droit commun en se référant aux "lois relatives à la protection du consommateur" pour définir, à l'article 1384, le contrat de consommation. Il fait siennes aussi des règles élaborées par le droit de la consommation. Par exemple, selon l'article 1432 C.c.Q., le contrat doit s'interpréter en faveur de l'adhérent ou du consommateur. Les articles 1435, 1436 et 1437 C.c.Q. réglementent les abus causés par les clauses externes, illisibles ou incompréhensibles, ou abusives apparaissant dans les contrats de consommation. Par l'article 1468 C.c.Q., il étend au droit commun la protection accordée au consommateur pour le défaut de sécurité du bien manufacturé, tout comme l'article 1442 C.c.Q. protège l'acquéreur subséquent d'un bien vicié, comme le fait l'article 53 de la *Loi sur la protection du consommateur*.

De la question relative à l'intégration des lois particulières, nous pouvons conclure que l'influence de la conception française d'un code à caractère général sort gagnante de cette controverse. Toutefois, ce choix amène l'affaiblissement du caractère complet du code et de son rôle de droit commun. La crise de la loi, comme l'a qualifiée le professeur Terré, menace toujours le contenu et le caractère général des codes civils. Elle a aussi influencé la technique de rédaction de ceux-ci.

(89) L.R.Q. c. P-40-1.

(90) Voir entre autres : C. Jauffret Spinosi, *supra*, note 62 aux pp. 660-663 ; P.-G. Jobin, "La réforme du droit des obligations - Prospective générale" (1989) 30 C. de D. 557 aux pp. 562-565 ; N. L'Heureux, "La réforme du droit des obligations - La protection du consommateur" (1988) 29 C. de D. 1083 aux pp. 1086-1087 ; C. Masse, "La réforme du droit des obligations - L'Avant-projet de loi et la protection des consommateurs" (1989) 30 C. de D. 827 aux pp. 832-834 ; S. Normand, "La réforme du droit des obligations - Le Code et la protection du consommateur" (1988) 29 C. de D. 1063 aux pp. 1078-1080 ; L. Perret, *supra*, note 74, aux pp. 733 et 736.

(91) Avant-projet de loi, *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*, 1ère sess., 33e Lég. Qué., 1987, art. 2717-2878.

(92) G. Rémillard, *supra*, note 33 à la p. 40.

B - LA TECHNIQUE DE RÉDACTION DES CODES CIVILS

On dit que Stendhal aimait lire le Code Napoléon afin de perfectionner son style. Aurait-il apprécié le style du Code civil du Bas-Canada de 1866, du Projet de Code civil de l'O.R.C.C. de 1978, des avant-projets et projets de loi portant réforme au code rédigés par le gouvernement québécois au cours de la décennie 80 ? Sans présumer de la réponse de Stendhal, nous nous pencherons sur l'influence de la technique de rédaction napoléonienne sur le Code civil du Bas-Canada, le Projet de Code civil de l'O.R.C.C., et les avant-projets et projets de loi rédigés par l'État.

1 - Le Code civil du Bas-Canada

La technique de rédaction du Code civil du Bas-Canada de 1866, code rédigé en français et en anglais, est résolument inspirée par celle du Code civil français de 1804, quoique la situation linguistique et juridique du Québec l'ait quelque peu modifiée. Comme le prévoyait la *Loi de codification de 1857*, les commissaires devaient codifier le droit privé en vigueur au Bas-Canada, tout en suivant le plan général des codes français (93). Bien que cette loi ne fasse pas mention explicite du style et du langage à adopter dans la rédaction, les codificateurs ont été fortement influencés par le style et le langage du Code civil français (94). D'ailleurs, les commissaires se sentaient autorisés par les termes mêmes de l'article 7 de la *Loi de codification de 1857* de s'inspirer du style du Code civil français, comme en fait foi le *Mémoire sur le mode à suivre* rédigé par les commissaires. Ce document de travail prévoyait que le Code civil français serait "le canevas sur lequel il faut travailler ; il faudra en suivre le plan et les divisions, et comme règle générale en adopter, même quant à la rédaction, tous les articles qui nous conviennent (95)." De plus, leur méthode de travail les incitait à reprendre la formulation des articles pertinents du code français. En effet, dans leurs "cahiers", les commissaires avaient juxtaposé pour chaque projet d'article quatre colonnes : l'état du droit au Bas-Canada, l'article correspondant du Code civil français, les modifications proposées, et des remarques et observations (96). Cependant, très préoccupés par la qualité du style et du langage comme en témoignent les nombreuses mentions dans leurs rapports (97), contrairement à Portalis qui ne fait aucune mention sur le style et le langage dans son Discours préliminaire, les commissaires ne copiaient pas servilement les articles du code français, lorsqu'ils jugeaient que la rédaction pouvait en être améliorée.

"Cette grande oeuvre [le Code civil français de 1804], avec tous ses mérites, n'est pas toujours heureuse dans la classification des matières, et parfois elle nous offre une rédaction incertaine, qui donne lieu à des interprétations différentes et qui, quelquefois, semblent contradictoires (98)."

Le style napoléonien fut donc repris dans le Code civil du Bas-Canada, malgré certaines différences terminologiques créées par le contexte linguistique et juridique spécifique de l'époque, comme le notait Louis Baudouin (99). En effet, afin de rendre

(93) Art. 6 et 7, *Loi de codification de 1857*, *supra*, note 6.

(94) P.-B. Mignault, *supra*, note 1 à la p. 727 ; P.-B. Mignault, "Le Code civil de la province de Québec et son interprétation" (1935) 1 U. of T.L.J. 104 à la p. 106 ; L. Baudouin, *supra*, note 76 à la p. 74 ; J.E.C. Brierley, *supra*, note 19 à la p. 563.

(95) *Mémoire sur le mode à suivre*, 10 juin 1859, cité dans J.E.C. Brierley, *supra*, note 19 à la p. 558.

(96) J.E.C. Brierley, *supra*, note 19 à la p. 563.

(97) *Premier rapport des commissaires*, *supra*, note 18.

(98) *Ibid.* à la p. 8.

(99) Par exemple, l'emploi du mot "procureur" dans le sens de représentant (art. 87 C.c.B.-C.), "arbitrage du tribunal" dans le sens de pouvoir discrétionnaire du tribunal (art. 190 C.c.B.-C., abrogé par L.Q. 1980, c. 39), "considération" reprenant la notion juridique de common law (art. 982 et s.

le code plus accessible, les codificateurs devaient rédiger le projet de code en français et en anglais (100). Ce bilinguisme ne semble pas les avoir éloignés de leurs objectifs de clarté et de concision. Lors des modifications ultérieures du code, le contexte linguistique et juridique particulier a continué d'influencer la technique de rédaction du code, mais cette fois en ne respectant pas toujours la clarté et la concision de la codification napoléonienne (101). D'ailleurs, les modifications au Code civil français ont aussi porté ombrage à son style réputé pour sa clarté et sa précision (102).

2 - Le Projet de Code civil de l'O.R.C.C.

La technique de rédaction napoléonienne a aussi influencé le Projet de Code civil de l'O.R.C.C. Tout comme la commission française de réforme du code civil (103), l'O.R.C.C. voulait rédiger un code civil accessible en évitant un vocabulaire trop technique (104).

"[Le projet] doit dans toute la mesure du possible éviter le jargon professionnel ; il doit parler avec concision et clarté. A cet égard, un effort considérable a été fait à tous les stades de la rédaction du projet, non pas en vue de procurer des satisfactions littéraires à quelque nouveau Stendhal du vingtième siècle, mais pour atteindre à cet idéal qu'incarnait le *Code civil de 1804*. (105)"

L'article 94 du Projet de Code civil de l'O.R.C.C., remplaçant l'article 1053 C.c.B.-C. qui porte sur la responsabilité civile extracontractuelle, et correspondant aux articles 1382 et 1383 du Code civil français, semble représentatif de la concision et de la clarté que tentaient d'atteindre les rédacteurs de l'O.R.C.C.

"Toute personne, douée de discernement, est tenue de se comporter à l'égard d'autrui avec la prudence et la diligence d'une personne raisonnable."

Cette recherche de la concision et de la clarté, qualités qui avaient fait la renommée du Code civil français et qui avaient été oubliées lors des modifications du Code civil du Bas-Canada, était peut-être plus facile à atteindre pour les rédacteurs de l'O.R.C.C. que pour le doyen Carbonnier, seul rédacteur de la réforme du Code civil français. En choisissant d'entreprendre une réforme en profondeur, et non une réforme à l'intérieur des cadres du code civil existant, l'O.R.C.C. évitait un problème que le doyen Carbonnier avait rencontré : l'unité de style entre le Code de 1804 et les modifications ultérieures. En effet, comment imiter un style (106) ? L'O.R.C.C. n'avait pas à imiter un style existant, mais plutôt à adapter le style napoléonien à

C.c.B.-C.). L. Baudouin, *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec*, Paris, Dalloz, 1967 aux pp. 41 et ss.

(100) Voir le préambule de la *Loi de codification de 1857* qui soulève le problème de la langue, son art. 15 qui prévoit le bilinguisme du Code civil du Bas-Canada, son art. 1 qui prévoit le bilinguisme des deux secrétaires de la commission. J.E.C. Brierley, *supra*, note 19 à la p. 537.

(101) Par exemple, l'art. 1569 a) et s. C.c.B.-C. (la vente en bloc), l'art. 1571 a) et s. C.c.B.-C. (la vente de créances). P.-A. Crépeau, "La révision du Code civil", *supra*, note 12 ; P.-A. Crépeau, *supra*, note 11 ; P.-A. Crépeau, *supra*, note 10 à la p. XXVIII ; V. Morin, "L'anglicisation de notre droit civil" (1937-38) 40 R. du N. 145.

(102) Voir entre autres L. Julliot de la Morandière, *Rapport à Monsieur le garde des Sceaux, ministre de la Justice*, *supra*, note 16 à la p. 9.

(103) R. Houin, "La technique de la réforme des codes français de droit privé", *supra*, note 15 à la p. 25 ; R. Houin, "Reform of the French Civil Code and the Code of Commerce" (1955) 4 Am. J. Comp. Law 485 à la p. 488.

(104) Sur l'accessibilité du langage du code, voir J.-N. Mazen, *supra*, note 35 à la p. 111.

(105) P.-A. Crépeau, "La révision du Code civil", *supra*, note 12 à la p. 345 ; voir la même idée dans P.-A. Crépeau, "Les enjeux de la révision du Code civil", *supra*, note 12 à la p. 31.

(106) G. Cornu, *supra*, note 15 à la p. 171.

une terminologie plus actuelle (107). Cependant, l'O.R.C.C. faisait face à un autre genre de problème d'uniformisation. Comme plusieurs comités avaient participé à la rédaction du projet de code civil, un comité de coordination a assuré l'uniformisation du style et de la terminologie. Si l'on peut affirmer que le style du Projet de code civil de l'O.R.C.C. respectait la tradition civiliste, on ne peut pas en dire autant des projets gouvernementaux qui l'ont remplacé.

3 - Les avant-projets et projets de loi rédigés par l'État

Comme en fait foi l'expérience de la commission française de réforme du Code civil, les délais et leurs conséquences constituent l'un des pièges des grandes réformes législatives. Avec les années, la volonté politique s'atténue, les orientations changent, les priorités sont modifiées. Lorsque cette réforme est prise en charge par l'État, un autre problème s'ajoute aux délais : les équipes chargées du projet se transforment. Alors, dans le cours du processus, les techniques, les styles législatifs changent, d'où un manque de cohérence. Dans ce contexte, peut-on encore parler de rédacteurs du code civil ? Le gouvernement actuel considère qu'on ne peut identifier aujourd'hui de codificateurs du code civil, comme il était possible de le faire pour le code de 1866 (108). Le résultat est encore plus désastreux lorsqu'il s'agit de réforme par étapes (109), sort qu'ont connu les projets de loi rédigés par l'État québécois. Le style et le vocabulaire particuliers à la codification napoléonienne ont été remplacés par un style législatif "aligné sur la common law", ainsi que l'a qualifié le Barreau du Québec à propos de l'Avant-projet de loi portant réforme au droit des obligations de 1987 (110). Les articles courts ne contenant qu'une idée ont fait place à des articles trop longs avec des phrases trop longues, remplies de détails et d'exemples (111). Ce projet était donc loin d'être simplificateur et anti-inflationniste, qualités d'une vraie codification, comme le précisait Gérard Cornu (112).

En plus de s'éloigner de la clarté et de la concision généralement attribuées à la tradition civiliste, les légistes ont fait appel inutilement à des concepts inconnus de la culture juridique québécoise. On pense, par exemple, à l'utilisation du mot "gêne" à l'article 1666 de l'avant-projet. La garantie contre l'éviction de l'article 1508 C.c.B.-C. était remplacée à l'article 1770 de l'avant-projet par la garantie du droit de propriété. La garantie contre les vices cachés de l'article 1522 C.c.B.-C. était remplacée à l'article 1774 de l'avant-projet par la garantie de qualité. Pourtant, ces deux concepts ne présentaient aucun problème d'interprétation (113). Les légistes ont aussi imposé un autre sens à des concepts juridiques déjà connus, ouvrant ainsi la porte à un travail d'interprétation par les tribunaux qui aurait pu être évité. On pense à l'utilisation du concept de "professionnel" à l'article 2717 de l'avant-projet en remplacement de la notion de "commerçant". Dans le Projet de loi 125, le "professionnel" est remplacé à l'article 1381 par la notion d'"entreprise" (114).

(107) La livre sterling, les piastres et les centins de l'art. 17 (20) C.c.B.-C. sont disparus. Les domestiques et ouvriers de l'art. 1054, al. 7 C.c.B.-C. sont remplacés par des proposés.

(108) G. Rémillard, *supra*, note 33 à la p. 6.

(109) Sur les conséquences fâcheuses des délais, voir P.-A. Crépeau, *supra*, note 35 à la p. 628 ; M. Guy, *supra*, note 36 ; J.-L. Baudouin, *supra*, note 35 à la p. 62.

(110) Avant-projet de loi, *supra*, note 91. R. Nadeau, *supra*, note 59. Pour le même commentaire, voir P. Legrand jr., "La réforme du droit des obligations - Consolidation et rupture : les ambiguïtés de la réforme des contrats nommés" (1989) 30 C. de D. 867 à la p. 888.

(111) Pour des critiques sur le style de l'avant-projet de loi portant réforme au droit des obligations, voir P.-G. Jobin, *supra*, note 90 ; P. Legrand, *supra*, note 110 à la p. 888 et s. ; R. Nadeau, "Les obligations", *Actes du colloque du Barreau du Québec*, Montréal, juin 1991 à la p. 28.

(112) *Supra*, note 48 à la p. 41.

(113) Ces deux dernières modifications sont maintenues dans le nouveau Code civil du Québec, voir art. 1716.

(114) C. Masse, *supra*, note 90 à la p. 834. Voir art. 1384 et 1525, al. 3 C.C.Q.

Face à de telles critiques sur le style et le langage de ce projet de réforme, le gouvernement n'avait d'autres choix que de le remettre sur le métier (115), surtout que l'un des objectifs du Projet de loi 125 visait à reprendre le type de codification napoléonienne et son style (116). Le Barreau du Québec a semblé satisfait des modifications qui ont été apportées (117). Toutefois, quelques défauts de style pouvaient encore être reprochés au Projet de loi 125 (118).

Qu'en est-il pour le Code civil du Québec ? Reprend-il la précision et la clarté du style napoléonien ?

D'abord, on remarque que les dispositions du Code civil du Québec sont ordonnées en dispositions générales et particulières, comme dans le Code civil français (119), rendant l'organisation interne plus logique, ce qui est propre à la codification civiliste. On note aussi le recours aux définitions, technique qui avait été jugée peu pratique par les commissaires du Code civil du Bas-Canada (120). Les légistes se sont servis de ce moyen pour éviter des controverses et rendre le code plus accessible (121).

Ensuite, malgré la complexité du droit actuel et l'étendue du droit civil, le Code civil du Québec n'est pas pour autant plus volumineux que le Code civil français (122). Selon les domaines, on note que certains articles du Code civil du Québec sont plus nombreux que ceux du Code civil français. Dans des secteurs, l'inflation législative est le fruit des développements scientifiques, comme pour la création médicalement assistée. Dans d'autres secteurs, les articles sont plus nombreux, car ils reflètent les valeurs actuelles, par exemple en matière des droits de la personnalité. On se souviendra que le Code Napoléon et le Code civil du Bas-Canada ont été qualifiés de codes de propriétaires, compte tenu du nombre important d'articles régissant la propriété, reflétant ainsi les valeurs de l'époque. Certains ajouts viennent combler des lacunes du Code civil du Bas-Canada. Ainsi, le Code civil du Bas-Canada, tout comme le Code civil français, ne réglementait pas l'offre et l'acceptation. Le Code civil du Québec le fait en dix articles.

Quant à la longueur des articles, loin de reproduire les courtes maximes faciles à retenir du Code Napoléon, ceux du Code civil du Québec sont généralement plus longs que ceux du Code civil français, car souvent ils regroupent deux idées. Par exemple, l'article 1396 C.c.Q. donne une définition de la promesse de contracter et traite aussi de ses effets. L'article 1457 C.c.Q. regroupe en un seul article les règles de base en matière de responsabilité civile extracontractuelle, couvrant ainsi le domaine des articles 1382, 1383 et 1384, alinéa 1 C.c.f. Cependant, certains articles tentent de trop prévoir, même l'évidence. L'article 1394 C.c.Q. dispose que "le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la volonté des parties, de la loi ou de circonstances particulières, tels les usages ou les relations

(115) G. Rémillard, *supra*, note 33 à la p. 4.

(116) Voir l'affirmation du sous-ministre de la Justice Chamberland tel que rapporté dans D. Audet, "À bord du P.-L. 125 : la croisière s'amuse!", (1991) 23 :3 *Barreau* 1.

(117) R. Nadeau, "Les obligations", *supra*, la note 111 à la p. 30 ; J. Boileau, "Les avocats sont satisfaits, les notaires ont plus de réserves" *Le Devoir* [Montréal] (le 7 août 1991) Cahier 1 à la p. 11.

(118) Y. Boisvert, "Le nouveau Code civil : des solutions, mais beaucoup de questions" *La Presse* [Montréal] (15 avril 1991).

(119) Voir le chapitre premier, titre troisième, Des contrats ou des obligations conventionnelles en général.

(120) Voir *supra*, note 18.

(121) Voir les art. 1373 C.c.Q. (objet de l'obligation), art. 1378 C.c.Q. (définition du contrat), art. 1379 à 1384 C.c.Q. (espèces de contrats), art. 1388 C.c.Q. (définition de l'offre de contracter), art. 1396 C.c.Q. (définition de la promesse de contracter), art. 1708 C.c.Q. (définition du contrat de vente).

(122) Le Code civil du Québec contient 3 168 articles. Le Code civil français contient 2 283 articles, mais plusieurs articles contiennent eux-mêmes des sous-articles. Voir, par exemple, l'art. 1873-1 à 1873-18 C.c.f.

d'affaires antérieures". Comme le Code civil est de nature supplétive (123), il n'était pas nécessaire de mentionner que les usages ou la loi peuvent modifier la situation. De plus, l'article 1426 C.c.Q. réfère aux usages pour interpréter un contrat. D'ailleurs, la Disposition préliminaire du Code civil du Québec prévoit que les principes généraux régissent le Code civil du Québec. S'agirait-il d'une certaine influence de la méthode de rédaction législative de common law ? On ne peut cependant pas affirmer que la peur qu'éprouvaient certains de voir le Code rédiger comme une loi "statutaire" se soit confirmée.

Le Code civil du Québec se distingue aussi du Code civil français par son nouveau vocabulaire. Les archaïsmes ont évidemment été remplacés. Avec l'apparition de nouveaux concepts, certains termes ont fait place à d'autres. Ainsi, comme la nouvelle terminologie pour désigner les sources des obligations ne retient plus la notion de "quasi-contrat" (124), cette notion est remplacée par celle de "certaines autres sources de l'obligation", qui regroupe les trois "quasi-contrats" déjà connus, dont l'enrichissement injustifié (125). Il en est de même des "délits et quasi-délits", qui n'apparaissent plus comme source d'obligation, et qui sont remplacés par la notion de responsabilité civile extracontractuelle (126). D'ailleurs, toute personne est maintenant responsable du préjudice, et non du dommage, qu'elle cause à autrui par sa faute (127). La chose déterminée est devenue le bien individualisé (128). La fraude et le dol sont devenus l'erreur provoquée par le dol, distinguant ainsi la cause de l'effet (129).

Cependant, le recours à une nouvelle terminologie est plus critiquable, lorsque le concept demeure le même. Par exemple, la garantie de la qualité que doit accorder le vendeur à l'acheteur remplace la garantie contre les vices cachés, alors qu'il s'agit du même concept et que cette dernière appellation ne créait pas de problème (130). Une certaine prévisibilité du droit suggère, entre autres, de conserver les mêmes termes, lorsqu'ils ne sont pas source de controverses.

Le vocabulaire qui sert à décrire les nouveaux concepts peut aussi créer des ambiguïtés, lorsque plusieurs termes semblent référer à la même notion. Ainsi, la lésion entre majeurs n'est admise comme motif de nullité que dans certains cas exceptionnels, comme le mentionne l'article 1405 C.c.Q. La lésion dans l'octroi d'un prêt d'argent constitue un exemple (131). Cependant, des articles traitent de nullité pour cause de préjudice ou de préjudice sérieux (132). S'agit-il de lésion selon la définition de l'article 1406 C.c.Q. ? La rigueur terminologique exigerait l'identité des termes, lorsqu'il y a identité des concepts.

Outre ces quelques problèmes de style, le Code civil du Québec a assez bien rempli son objectif de reprendre le style de la codification napoléonienne, tout en modernisant ses institutions et son langage.

Tous les codes civils et les projets de code civil du Québec ont repris à leur façon la technique de rédaction napoléonienne. Évidemment, comme les fondements idéologiques d'un code civil élaboré à l'aube du XXI^e siècle diffèrent de ceux du Code

(123) Art. 9 C.c.Q.

(124) Art. 1373 C.c.Q.

(125) Voir art. 1370, 1371 à 1381 C.c.f. qui traitent de la notion de quasi-contrat.

(126) Art. 1457 C.c.Q. Voir art. 1370, 1382 à 1386 C.c.f. qui traitent de la responsabilité civile extracontractuelle.

(127) L'art. 1382 C.c.f. emploie le terme "dommage".

(128) Art. 1453 C.c.Q.

(129) Art. 1402 C.c.Q.

(130) Art. 1706 C.c.Q.

(131) Art. 2332 C.c.Q.

(132) Voir les articles 1436 C.c.Q. (clause illisible ou incompréhensible), 1609 C.c.Q. (quittance en cas de préjudice corporel ou moral), 1793 C.c.Q. (vente d'un immeuble à usage d'habitation) et 294 C.c.Q. (majeur avec conseiller).

civil de 1866, son style législatif, tout en voulant être clair et concis, ne peut être identique au style du Code civil français de 1804, reconnu pour ses "formules frappées comme des médailles antiques" (133), tant prisé par Stendhal (134).

CONCLUSION

Si en 1904, en comparant le Code civil du Bas-Canada et le Code civil français, Pierre-Basile Mignault concluait que le Code civil du Bas-Canada, par ses nombreux points communs avec le code français, faisait partie de la "famille française" (135), nous pouvons aujourd'hui conclure que l'influence de la codification française, directe ou indirecte, se fait encore sentir dans le nouveau Code civil du Québec.

Tant en France qu'au Québec, face au phénomène de la décodification et de la complexification du droit, tour à tour, les organismes chargés de la réforme du code et le législateur se sont fixé comme objectif de redonner au code civil son rôle de droit commun, caractéristique de base de la codification napoléonienne. Comme le prouve l'expérience française et québécoise de la réforme du code, il ne s'agit cependant pas d'une mince tâche. Peu importe le processus d'élaboration choisi, bâtir un nouveau code comme au Québec ou procéder à des réaménagements à l'intérieur du code existant comme en France, les écueils sont grands.

Malgré des problèmes contemporains de codification, le Code civil du Québec redevient le droit commun, ce que précise sa disposition préliminaire, et il marque ainsi son attachement au concept de codification. Il est demeuré fidèle aux caractéristiques dictées par la tradition civiliste française de codification : il forme un tout, cohérent et logique, mais il a su s'adapter aux nouvelles réalités. Ainsi, il n'aspire ni à la pérennité, ni à englober tout le droit civil. Quoiqu'il traite de sujets traditionnellement abordés dans un code civil, il présente une nouvelle organisation des concepts. Quant au style, le Code civil du Québec a tenté d'être clair et précis dans un vocabulaire contemporain.

Le nouveau Code civil du Québec fait certes partie de la famille française tout comme le Code civil du Bas-Canada, mais il fait aussi partie d'une famille plus vaste, la famille civiliste. En effet, par l'effort de réflexion entrepris sur la recodification, la réforme du Code civil du Bas-Canada a fait évoluer le concept français traditionnel de codification en proposant un modèle original à l'aube du XXI^e siècle. Le Québec devra maintenant éviter les erreurs du passé et permettre à ce nouveau Code civil de progresser.

(133) L. Julliot de la Morandière, *supra*, note 16 à la p. 9.

(134) J. Pineau, "La réforme du droit des obligations - Les grands objectifs et les lignes de force de la réforme" (1989) 30 C. de D. 587 aux pp. 596-597.

(135) P.-B. Mignault, *supra*, note 1.

**LE "DÉPEÇAGE" DE
L'ADMINISTRATION -
UN NOUVEAU PAS :
LA TENTATIVE D'AUTONOMISER
LA BANQUE DE FRANCE**

Par

Patrice COLLAS
Docteur d'État en Science politique

SOMMAIRE

INTRODUCTION

**PREMIÈRE PARTIE -
LA LIMITATION DU POUVOIR - DE L'ÉTAT AUX
COLLECTIVITÉS TERRITORIALES**

I - LA DIVISION DU POUVOIR POLITIQUE

- A - Un concept riche en contenu
- B - Rapports entre les pouvoirs et régimes politiques

**II - LA DÉCENTRALISATION : PAS DE "LOCAL GOVERN-
MENT" MAIS UN SACRE DES NOTABLES**

- A - La méthode "Defferre" de décentralisation
- B - Les objectifs et les ingrédients de la réforme
- C - Les résultats : désordre et concentration du pouvoir

DEUXIÈME PARTIE - DES ENTITÉS SOUSTRAITES AU POUVOIR POLITIQUE

I - LE PARADOXE DES "AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES"

- A - Présentation
- B - Les caractéristiques communes aux A.A.I.
- C - La signification et la finalité des A.A.I.

II - L'AUTONOMISATION DE LA BANQUE DE FRANCE

- A - Une application du Traité de Maastricht
- B - Une difficile identification juridique
- C - Des pouvoirs encadrés
- D - Une réforme tronquée par le Conseil constitutionnel

INTRODUCTION

Depuis son inscription à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, *la séparation des pouvoirs* (législatif, exécutif et juridictionnel) a connu un succès rapide dans les esprits et qui ne s'est pas démenti. Ce principe d'organisation et de fonctionnement internes de l'État (au sommet) n'a pas cessé d'être considéré comme la pierre de touche du caractère démocratique et surtout libéral de tout régime politique. Les choses n'en sont pas cependant restées là. Toute une gamme d'autres modalités de *division du pouvoir politique* est venue enrichir ce principe initial : division intérieure au Législatif, à travers le bicamérisme, à l'Exécutif, sous la forme du bicéphalisme, et au Juridictionnel, par le biais de la pluralité des ordres de juridiction ; partage du pouvoir politique au sein de l'État à forme composée entre le niveau de la fédération et celui des unités fédérées ; à quoi se sont ajoutés le caractère électif des mandats politiques, la limitation de la durée de ces mandats, de la possibilité, pour une même personne, de les renouveler et de les cumuler ; ou encore les différentes formules de rotation, telles que la présidence tournante des confédérations, et celle que rend possible le scrutin de liste - tous les candidats inscrits sur une même liste pouvant occuper à tour de rôle les sièges conquis par elle (comme le font les Verts allemands)-.

Toutefois, cette division institutionnelle du pouvoir politique, cette division limitée aux organes supérieurs de l'État, a été considérée ultérieurement comme insuffisante car n'apportant pas une entière garantie des libertés collectives et individuelles. C'est pourquoi elle a été complétée par une autre notion, une notion plus ouverte, au contenu plus diversifié encore, celle de *pluralisme politique*. Sous cette rubrique s'inscrivent, entre autres, le multipartisme, le statut de l'opposition, la reconnaissance juridique des diverses minorités (territoriales, culturelles, socio-économiques, etc.). Il s'agit d'une notion dont il est possible d'affirmer qu'elle a le vent en poupe depuis quelques années, au moins dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. En effet, alors que dans sa décision du 18 septembre 1986, il avait fait du pluralisme en matière de communication "une des conditions de la

démocratie" (1), dans sa décision du 11 janvier 1990, il a affirmé que "l'exigence du pluralisme des courants d'idées et d'opinions" constituait "le fondement de la démocratie" (2).

Cela étant admis, il reste évident pour chacun que la condition sine qua non de la préservation des libertés réside dans l'existence d'un *État de droit*, c'est-à-dire d'un État où l'exercice du pouvoir est soumis à des normes juridiques, apportant la garantie que les gouvernés ne seront pas exposés à l'arbitraire des gouvernants. D'ailleurs, la séparation des pouvoirs, dont nous sommes partis, n'est efficace, elle ne se traduit par leur limitation réciproque effective, que si cette condition est remplie. Ce n'est en effet que dans la mesure où l'action de gouverner et d'administrer le pays, et celle de trancher les différends sont soumises au respect de la loi, norme générale et impersonnelle vis-à-vis de laquelle tous les sujets de droit sont égaux (3), que le pouvoir législatif peut réellement limiter les pouvoirs exécutif et juridictionnel. Dans le même sens, l'action du Législateur est limitée à son tour par celle du Constituant, dans la mesure où la première est encadrée par la Constitution. Pour désigner la combinaison de ces différents ingrédients du système politique conçu par le plus grand nombre comme étant pratiquement le meilleur : la division du pouvoir dans ses différentes variantes, le pluralisme politique, dont la composante principale reste le mode électif et concurrentiel de dévolution du pouvoir, et l'État de droit, un nouveau concept à été forgé, celui de *polyarchie* (4).

Ce que nous avons dit à propos du pouvoir politique ne vaut pas pour le *pouvoir administratif*. En effet, sous la révolution, pendant les premiers mois, des vellétés plus ou moins utopiques de décentralisation s'étaient manifestées (5). Toutefois elles n'avaient pas résisté très longtemps à une prise en considération plus réaliste des traditions françaises en la matière, et surtout, à la pression des événements politico-militaires de l'époque. Et dès la Convention, les autorités politiques du pays avaient opté sans ambages pour l'*État unitaire et centralisé*.

Or dans un État de cette forme, l'Administration est monolithique et *subordonnée*. Et si elle se présente comme un bloc homogène et sans faille, c'est parce qu'elle est uniformément soumise à un seul et même pouvoir gouvernemental. Dans ces conditions, le problème de la préservation des libertés vis-à-vis du pouvoir administratif se confond presque complètement avec celui de l'application du principe de légalité à l'Exécutif, la loi elle-même étant conçue comme l'expression souveraine de la volonté générale. N'oublions pas en effet que les auteurs de la D.D.H.C. du 26 août 1789 ont chargé le Législateur de convertir en droit positif les différentes

(1) Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986 (Recueil p. 141).

(2) Décision n° 89-271 DC du 11 janvier 1990 (Recueil p. 21).

Selon Dominique Rousseau, en 1990, le pluralisme est devenu, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, "le principe, au sens kantien du terme, de la démocratie, c'est-à-dire le point de départ logique d'où se déduit l'ensemble de l'organisation sociale, culturelle, politique, constitutionnelle ..." in Dominique Rousseau, "Droit du contentieux constitutionnel", Montchrétien, 1992, p. 255.

A propos des rapports entre pluralisme et démocratie, voir Jean-Pierre Bizeau, "Pluralisme et démocratie", in "Revue du Droit public", 1993, n° 2, p. 513 et suivantes.

(3) L'égalité vis-à-vis de la loi se présente sous deux aspects distincts : d'un côté l'égalité dans la loi -les dispositions qu'elle contient n'opèrent aucune discrimination injustifiée entre les personnes auxquelles elle s'applique-, de l'autre côté, l'égalité devant la loi -les différentes personnes placées dans une situation comparable sont soumises à la même loi, appliquée de la même manière-. L'égalité dans la loi est l'affaire du Législateur alors que l'égalité devant la loi incombe aux titulaires respectifs des pouvoirs exécutif et juridictionnel.

(4) Cf. Claude Émeri, "L'État de droit dans les systèmes polyarchiques européens", in "Revue française de Droit constitutionnel", n° 9, 1992, p. 27 et suivantes.

(5) En réaction à la centralisation administrative de la monarchie absolue, la Constituante s'était engagée dans une décentralisation échevelée. "Partout, dans le département, la commune, le district, elle confia le pouvoir à des corps élus et des fonctionnaires élus". Chaque subdivision devait devenir une "petite république" qui s'administrerait librement. Autrement dit, elle avait opté pour le "self-government" à l'américaine. Cf. Jean-Jacques Chevallier, "Histoire des institutions et des régimes politiques de la France moderne (1789-1958)", 1967, p. 130.

libertés proclamées dans ce document fondateur -la plupart de ses articles confient à la loi le soin de préciser les modalités pratiques et les limites de l'exercice desdites libertés-. Par conséquent si le Législateur s'acquitte correctement de cette mission, et si le gouvernement ainsi que l'Administration respectent effectivement les lois en vigueur, les libertés sont protégées. Autrement dit, c'est dans une "émancipation" éventuelle de l'Administration active (autorités et agents) que réside le danger principal pour les libertés.

La centralisation de l'Administration française, après avoir atteint son point culminant sous le Consulat et le Premier Empire (cf. la loi fondatrice du 28 pluviôse an VIII), n'a pas été sérieusement entamée par les efforts plus ou moins ambitieux et soutenus de décentralisation, aux effets plus ou moins durables, qui ont été entrepris épisodiquement tout au long du XIXème siècle. Ce n'est qu'au XXème siècle que des changements décisifs sont intervenus sur ce plan.

Certes, dès le milieu du XIXème siècle, des entorses conséquentes sont infligées à la prohibition dogmatique, contenue dans la loi Le Chapelier (du 14 juin 1791), de toute tentative collective d'organiser et de défendre des intérêts particuliers, au refus des corps intermédiaires (avec pour conséquence l'exclusivité et l'immédiateté du rapport entre l'État et le citoyen-administré), au mythe de l'indivisibilité de la nation et de l'homogénéité du corps politique, etc.. Tout cela n'affecte cependant pas profondément la *Constitution administrative du pays*, dont les caractéristiques essentielles restent la subordination et l'unité.

Il en va autrement au XXème siècle. La ligne de démarcation entre l'État et la société civile s'estompe. Entre le secteur public et le secteur privé prend place une zone mixte, une nébuleuse aux contours imprécis et au contenu hétérogène, qui se développe au fil des décennies. Elle est le résultat d'une double évolution. D'une part, la sphère d'intervention de l'État dans le monde économique et social s'élargit et ses modalités et formes d'action se diversifient -cf. la multiplication des services publics, les nationalisations, la législation du travail, la politique sociale, etc.-. D'autre part, et dans la direction opposée, des missions de service public, accompagnées de prérogatives de puissance publique, sont attribuées à des personnes morales de droit privé -cf. le mouvement mutualiste, l'organisation de certaines branches d'activité ou corps de métiers, comme la création des chambres professionnelles et celle des ordres professionnels (dans le cadre du Régime de Vichy et sur la base d'une idéologie corporatiste), etc.-.

Parallèlement à ce qui précède et en partie lié à cela, la décentralisation fonctionnelle s'est poursuivie régulièrement, à travers principalement la multiplication des établissements publics (6). Quant à la décentralisation territoriale, elle a franchi des pas décisifs à travers les lois décentralisatrices de la première moitié des années 80. La résultante de ces diverses mutations est incontestablement une *morcellisation* certes encore partielle mais néanmoins grandissante de l'Administration française. Des fragments sans cesse plus nombreux se sont détachés du monolithe initial pour accéder à l'autonomie. Ce résultat a été également obtenu d'une autre manière, avec la création, qui a commencé dans les années 70, de ce que d'aucuns ont appelé les "autorités administratives indépendantes". L'indépendance de ces nouvelles institutions est double. Dans une dimension verticale elle sont soustraites à l'emprise du gouvernement, et, dans une dimension horizontale, elles ne sont pas liées organiquement aux autres institutions de même niveau. Elles

(6) Dans une étude publiée en 1985, le Conseil d'État avait déjà recensé plus de 8100 établissements publics nationaux. Et cette évolution se poursuit encore à l'heure actuelle. Par exemple, en juin 1993, le service de la météorologie nationale, qui constituait jusque-là une des directions du ministère de l'équipement, a été transformé, par décret en conseil des ministres, en établissement public à caractère administratif, sous le nom de "MétéoFrance". Cf. le quotidien "Le Monde", du 18 juin 1993, p. 14.

symbolisent donc la perte, par l'Administration, de ses deux traits distinctifs initiaux, la subordination au pouvoir politique et l'unité interne. Elles témoignent que *le pouvoir administratif, lui aussi, est à présent touché par la division et le pluralisme.*

Les objectifs poursuivis par les différentes réformes de l'Administration entreprises dans la deuxième moitié du XX^{ème} siècle ne sont toutefois *pas toujours atteints*. Le pluralisme et la diffusion du pouvoir décisionnel, la transparence, la souplesse et l'adaptabilité accrues, l'intervention plus directe et permanente des administrés dans les affaires qui les regardent, la garantie mieux assurée de leurs droits et libertés, etc. ne sont pas toujours au rendez-vous. A leur place il n'est pas rare que l'on trouve une nouvelle concentration du pouvoir avec une personnalisation excessive de ce dernier, la confusion des fonctions, l'opacité des processus décisionnels, qui favorisent l'irresponsabilité des décideurs, sans parler de la marginalisation des administrés, etc., le tout couronné par des entorses plus qu'occasionnelles à l'équité ainsi qu'à la légalité, et des atteintes parfois sérieuses portées à l'État de droit.

D'avril à juillet 1993, le Législateur français a tenté de franchir *un nouveau pas* dans la voie décrite ci-dessus de grignotage de l'Exécutif. Cette tentative résida en *un changement de statut de la Banque de France*, consistant, pour l'essentiel, en l'accession de cette institution à l'autonomie. Alors que les autorités indépendantes créées auparavant étaient spécialisées dans des fonctions de surveillance et de contrôle (dans le domaine de l'information et de la communication, celui des rapports entre l'Administration et les administrés et celui de la régulation de l'économie de marché), c'est-à-dire des fonctions annexes, il devait s'agir cette fois de charger une institution, largement soustraite à l'emprise du pouvoir politique, d'une fonction principale, celle de définir et de mettre en oeuvre une politique, en l'occurrence la politique monétaire. La mission de cette institution ne devait pas se limiter, comme celles des "autorités administratives indépendantes", à protéger les droits et libertés (des personnes physiques et morales) des retombées négatives éventuelles des diverses politiques arrêtées par le Pouvoir ; elle aurait dû consister à déterminer une de ces politiques.

Cette tentative a été en partie tenue en échec, de façon sans doute seulement provisoire, par le Conseil constitutionnel. Parmi les dispositions de la loi relative au statut de la Banque de France, il a censuré les plus importantes de notre point de vue, celles qui faisaient l'originalité de cette entreprise d'autonomisation de la Banque de France par rapport aux expériences antérieures de création d'"autorités administratives indépendantes", en l'occurrence, celles qui attribuaient à la Banque de France *la tâche de définir la politique monétaire*. La loi a tout de même été promulguée, le 4 août 1993, mais amputée de ses dispositions déclarées contraires à la Constitution.

Dans sa décision du 3 août 1993, le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé sur le fond de la loi qui lui était soumise mais seulement sur son opportunité (au sens courant du terme). Il s'est en fait opposé à des transferts de compétences, du gouvernement à la Banque de France, parce qu'il les a jugés prématurés. En effet, l'autonomisation de la Banque de France n'est pas une affaire strictement nationale car, prévue par le Traité de Maastricht, elle s'inscrit dans le cadre de la construction européenne. Or la mise en application de ce traité n'était pas possible tant que tous les États signataires ne l'avaient pas ratifié. Ce qui n'était pas encore chose faite en août 1993. Cette condition est remplie à présent. La loi de ratification, votée par le Parlement de l'Allemagne dès décembre 1992, n'avait pas pu être promulguée à l'époque par le Président de la République, en raison des nombreux recours déposés contre elle auprès de la cour constitutionnelle fédérale. Le 12 octobre 1993, cette dernière a levé le dernier obstacle juridique à l'entrée en

vigueur du Traité de Maastricht, en rejetant ces différents recours. Cet acte s'applique depuis le 1er novembre 1993. Il serait par conséquent parfaitement logique que le Législateur français, dès qu'il en aura le loisir, procède à une révision de la loi du 4 août 1993, pour y réintroduire les dispositions écartées par le Conseil constitutionnel. Il permettrait ainsi au processus d'"émancipation" et de morcellement de l'Administration de la France de terminer l'étape abordée au printemps 1993.

PREMIÈRE PARTIE LA LIMITATION DU POUVOIR - DE L'ÉTAT AUX COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

I - LA DIVISION DU POUVOIR POLITIQUE

La logique de la division du pouvoir est à première vue bien connue et facile à expliquer. Toute personne ou organe qui dispose du pouvoir est porté à en abuser. L'exercice du pouvoir présente donc un danger pour ceux qui le subissent, celui qu'il verse dans la tyrannie. Il importe par conséquent de *limiter le pouvoir*. Et comme seul le pouvoir est susceptible d'arrêter le pouvoir, la solution à ce problème réside dans une répartition du pouvoir entre différents pôles d'exercice de celui-ci, afin qu'ils se bornent mutuellement. Toutefois, si cette limitation réciproque est poussée trop loin, elle peut déboucher sur une paralysie complète des autorités. Or ce n'est pas le but recherché. La raison d'être de toute organisation politique reste l'adoption et la mise en oeuvre effectives de décisions à l'échelle d'une collectivité. Il est de prime abord contradictoire de préconiser l'érection d'une organisation politique conçue de telle manière que, par la force des choses, les autorités puissent entraver mutuellement leur action respective, et de déplorer en même temps l'existence de fait d'un ensemble de facteurs objectifs, qui gênent ces autorités dans l'accomplissement de leur mission -tels que l'éclatement excessif de l'éventail partisan, qui ne rend pas possible l'émergence d'une majorité, les rivalités personnelles, les luttes intestines intra- ou interinstitutionnelles, la lenteur des procédures de prise de décision, les carences dans l'exécution des mesures adoptées, etc.-. Bref, il convient de trouver le point d'équilibre qui permette de concilier une protection satisfaisante des droits et libertés des gouvernés avec un exercice suffisamment efficace du pouvoir par les gouvernants (7).

Si un accord peut être aisément trouvé quant à la finalité de la division du pouvoir, il en va autrement de son aménagement pratique, tant les modalités concevables de cet aménagement sont nombreuses et variées. Il est néanmoins possible de les regrouper en deux grands ensembles : les conceptions mécanistes et les conceptions organiques.

(7) Dans le même ordre d'idées se pose le problème de la compatibilité entre la présence de la séparation des pouvoirs et l'existence de la souveraineté, définie comme un pouvoir premier, inconditionné, entier, indivisible, illimité, etc.. Ce problème est soluble théoriquement en situant ces notions à deux niveaux différents. Au niveau supérieur, la souveraineté, concept abstrait, sera attribuée à l'État, en tant que personne morale. Et au niveau inférieur la séparation des pouvoirs sera traitée comme une technique de structuration interne de l'État, en qualité d'organisation exerçant concrètement le pouvoir.

A - Un concept riche en contenu

1 - La conception mécaniste

L'interprétation la plus sommaire de la division du pouvoir part de l'hypothèse que le pouvoir politique existe en quantité finie. Dans ce cas de figure, comme on dispose d'une masse déterminée et fixe de pouvoir global, plus les organes entre lesquels cette masse se trouve répartie sont nombreux et plus la fraction de pouvoir exercé par chacun d'eux est petite ; de la même façon que, lorsque l'on se propose de partager un même gâteau entre plusieurs convives, plus ceux-ci sont présents en grand nombre et plus la part de chacun d'eux est restreinte.

La version la plus simple de cette conception mécaniste nous est fournie par tous les cas de *répartition matérielle des compétences* entre plusieurs organes ou organisations -Par exemple, le partage des matières législatives, à l'intérieur d'une Fédération, entre le Parlement de l'État fédéral et ceux des États fédérés ; ou encore la distinction, dans la Constitution française de 1958, entre les matières réglementaires et celles qui sont réservées à la loi-. Lorsque les différents domaines d'intervention ainsi définis sont parfaitement étanches ; ce qui ne peut être que la conséquence d'une répartition exclusive des matières ; les organes interviennent dans des champs entièrement distincts ; ils n'ont donc jamais l'occasion d'entrer en contact. Par conséquent, la possibilité qu'ils se gênent mutuellement n'existe pas ; chacun d'eux étant parfaitement maître chez lui.

Dans la pratique, il n'est pas aisé de parvenir à une répartition matérielle des compétences qui soit parfaitement équilibrée. Et le plus souvent il en résulte une hiérarchisation plus ou moins prononcée des organes. Sous la Vème République française, étant donné que la composition du domaine de la loi est qualitativement supérieure à celle du domaine du règlement autonome -puisque le Constituant a réservé à la loi les matières les plus importantes, conformément à la logique du régime parlementaire-, le Parlement l'emporte logiquement sur le gouvernement, de ce point de vue du moins. Les modes de répartition qui distinguent les décisions à long terme et les décisions à court terme, ou ceux qui opposent les mesures générales et abstraites aux mesures particulières et concrètes, comportent eux aussi un *risque* de hiérarchisation institutionnelle.

2 - La conception organique

Ici, les organes ou les organisations *se limitent mutuellement dans l'exercice même de leurs fonctions respectives*. Ces dernières sont en effet agencées de telle manière que ces institutions soient pratiquement interdépendantes. Pour être efficace, l'action de chacune d'elles suppose l'intervention de la ou des autres. Appliqué à la séparation entre le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir juridictionnel, ce raisonnement consiste à expliquer que l'intervention de chacun de ces pouvoirs n'est pas possible ou, si elle est possible, elle est inutile sans l'intervention des deux autres. Ainsi, il ne sert à rien que le Parlement vote des lois si elles ne sont pas appliquées par le gouvernement et l'Administration, et si le juge ne s'y réfère pas pour trancher les différends. Dans le même sens, si le juge ne peut rendre la justice qu'en se fondant sur des lois, il a besoin du Législateur, de la même façon qu'il a besoin du bras séculier de l'Exécutif pour que ses sentences soient suivies d'effets. Enfin, si le gouvernement et l'Administration ne peuvent agir que sur la base d'une habilitation législative ou d'une décision de justice, ils ne peuvent se passer ni du Parlement ni des tribunaux.

La faculté fonctionnelle de s'entraver réciproquement dont il est question ici peut également être inhérente à la participation de plusieurs organes ou organisations à un même processus de prise de décision, lorsque la décision définitive ne peut être adoptée qu'après l'intervention et avec l'assentiment de tous les participants. Ce mode de prise de décision n'est efficace que si ces derniers parviennent à se mettre d'accord, ce qui est rarement possible sans des concertations, des compromis et des concessions réciproques. C'est en ce sens qu'il y a effectivement limitation réciproque des pouvoirs (8). Les exemples ne manquent pas qui illustrent ce mécanisme. Ainsi, dans un régime bicamériste, lorsque les deux chambres ont des pouvoirs législatifs identiques -comme ce fut le cas en France sous la Troisième République- l'adoption des lois a pour condition que les deux assemblées votent leur texte en termes identiques. Et lorsqu'il n'y a pas identité parfaite de vue entre elles dès le départ de la procédure, cette condition ne peut être remplie qu'à la suite d'"arrangements" faits d'abandons partiels mutuels. Dans le même sens, dans une Confédération, les décisions adoptées par les États membres, parce qu'ils sont souverains, ne peuvent l'être qu'à l'unanimité. Ils y sont donc confrontés au même problème que les chambres du Parlement bicamériste ; ce problème étant évidemment d'autant plus difficile à résoudre que ces États confédérés sont plus nombreux.

Pour que ce mécanisme de la limitation réciproque joue, il n'est pas indispensable que les instances qui prennent part au processus de prise de décision le fasse de la même manière, selon les mêmes modalités et avec la même intensité, comme dans les deux exemples exposés ci-dessus. Le déroulement de la procédure législative en régime parlementaire rationalisé est éloquent de ce point de vue. La loi finalement promulguée s'y présente comme la résultante de l'intervention à des stades différents, selon des formes diverses et avec un impact variable, d'une grande variété d'institutions, à travers lesquelles les trois pouvoirs sont représentés.

La participation d'une instance quelconque à un processus de prise de décision, tel qu'un processus normatif, se décompose abstraitement en deux parties : une partie positive, en ce sens qu'elle contribue à fixer le contenu de la décision, à arrêter les dispositions de la norme, et une partie négative, lorsqu'elle rejette les dispositions fixées par les autres participants -Naturellement, elle peut également accepter ces dispositions, mais dans cette hypothèse l'impact de son intervention est nul, car elle ne modifie pas le choix fait par les autres-. Nous avons affaire ici à deux facultés bien distinctes : l'aspect positif de l'intervention correspond à la faculté de statuer, et l'aspect négatif à celle d'empêcher. Il est possible de dissocier organiquement ces deux facultés en les attribuant à des institutions distinctes. Par exemple, dans la Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795), la faculté de statuer, en matière législative, est réservée à la première chambre, le Conseil des

(8) Selon Charles Eisenmann, cette version de la division du pouvoir correspondrait à la réalisation du "gouvernement modéré" dans la théorie de Montesquieu. "Le gouvernement modéré", écrit C. Eisenmann, "c'était pour lui un gouvernement où ... la direction de la collectivité ... n'appartiendrait pas, en dernier ressort, à un organe simple -corps ou individu-, mais un organe composé, formé des différents facteurs sociaux auxquels il voulait donner les moyens de faire valoir leurs conceptions et leurs intérêts, ..., et dont les décisions exprimeraient, par conséquent, la volonté commune et concordante, seraient le fruit de l'accord de ces différents éléments, qui pourraient ainsi se faire mutuellement opposition, se limiter, c'est-à-dire se contraindre les uns les autres sur une ligne moyenne ...". Charles Eisenmann, "L'esprit des Lois" et la séparation des pouvoirs", in Mélanges Carré de Malberg, 1933, p. 165-192.

Cette interprétation par Charles Eisenmann de la pensée de Montesquieu a été critiquée par Guillaume Bacot dans son article, "L'esprit des lois - la séparation des pouvoirs et Charles Eisenmann", in "Revue du Droit public", 1992, n° 3, p. 619 et suivantes.

Cinq-Cents, la seconde chambre, le Conseil des Anciens ne disposant que de la faculté d'empêcher (9).

La version la plus élaborée de cette conception est celle qui attribue à chaque pouvoir la faculté de statuer dans sa propre sphère d'intervention, et des facultés d'empêchement dans les sphères d'intervention respectives des deux autres pouvoirs. L'organisation des pouvoirs décrite par la Constitution des États-Unis du 17 septembre 1787 nous offre une illustration convaincante de cette version. Le Président des États-Unis, qui use de sa faculté de statuer dans l'exercice du pouvoir exécutif, peut refuser de signer les propositions de loi (bills) votées par le Congrès -ce refus ne pouvant être surmonté que par un deuxième vote à la majorité des deux tiers dans chacune des deux chambres qui composent le Parlement- (cf. la section 7 de l'article I). Ce faisant, le Président use de sa faculté d'empêcher dans la sphère législative. Réciproquement, le Sénat, qui use de sa faculté de statuer dans l'exercice partagé avec la Chambre des Représentants du pouvoir législatif, peut s'opposer aux traités conclus par le Président. Il suffit pour cela que plus du tiers des sénateurs présents refusent leur accord. De la même façon, il peut faire obstacle aux différentes nominations auxquelles le Président est chargé de procéder (cf. la section 2 de l'article II) (10). En agissant de la sorte, le Sénat use de sa faculté d'empêcher dans la sphère exécutive.

Il est à noter que la faculté d'empêcher dont dispose chaque pouvoir ne doit pas être perçue comme une arme d'attaque, un moyen de paralyser les autres pouvoirs. Il s'agit seulement d'une arme de protection de son pré-carré, qu'il emploie uniquement pour dissuader les autres d'empiéter sur ce qu'il considère comme étant "sa chasse gardée", lorsqu'ils usent de leur faculté de statuer (cf. infra).

Nous avons déjà évoqué le problème que pose le souci de concilier la limitation réciproque des pouvoirs, condition de la liberté, et l'efficacité de l'action de l'État. En effet, la fonction première de tout État, celle qui consiste à déterminer la politique de la nation, à tracer le chemin qu'auront à emprunter les différentes autorités politiques et administratives, puis à mobiliser l'ensemble des acteurs publics pour le parcourir, cette fonction constitue un tout. Vouloir décomposer cette mission globale et distribuer les fragments ainsi obtenus entre des organes non seulement distincts, différents mais aussi rivaux, c'est s'exposer au double risque d'incohérence et d'inefficacité de l'action de l'État. Dans la pratique des régimes politiques, l'équilibre est rarement réalisé entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif. Et le plus souvent, la fonction centrale dont il est question ici échoit pour l'essentiel à l'un ou à l'autre de ces deux pouvoirs, si ce n'est pas, mais c'est plus rare, au troisième. Ce qui nous donne deux cas de figure principaux.

(9) L'article 86 de cette Constitution dispose en effet que : "Il appartient exclusivement au Conseil des Anciens d'approuver ou de rejeter les résolutions du Conseil des Cinq-Cents". Maurice Duverger, "Constitutions et documents politiques", 1989, p. 97.

Montesquieu lui-même se prononçait pour l'existence d'un Parlement bicaméral, car dans l'hypothèse d'une chambre unique, les intérêts particuliers à l'aristocratie, à laquelle il appartenait, n'auraient pu être défendus les représentants de cet ordre y étant ultra-minoritaires pour des raisons statistiques évidentes. Au contraire, si les nobles disposaient d'un corps à eux, et si aucune loi ne pouvait être adoptée sans l'assentiment de ce corps, la garantie leur serait donnée que toute loi préjudiciable à leurs intérêts spécifiques serait écartée, ce qui leur importait au premier chef. C'est pourquoi Montesquieu préconisait que, dans la plupart des matières, le corps des nobles n'ait part à la législation que par sa faculté d'empêcher, et non par celle de statuer.

(10) Cf. "La Constitution des États-Unis", in Jean-Pierre Lassale, "La démocratie américaine - anatomie d'un marché politique", Paris, 1991, p. 353 et suivantes.

B - Rapports entre les pouvoirs et régimes politiques

1 - Le régime à prépondérance du Législatif

Le régime politique connu sous le nom de "régime d'assemblée" ou "régime conventionnel" est, quant à sa logique, parfaitement cohérent. L'assemblée unique, composée des représentants de la nation ou du peuple, y est souveraine par délégation. Elle est donc le centre d'exercice du pouvoir; autrement dit, elle détermine et conduit la politique du pays. C'est à travers la loi qu'elle s'exprime. Celle-ci, traduction juridique de la volonté générale, est la norme suprême, le fondement de toutes les autres normes. Son domaine est illimité et ce, dans deux directions; d'une part, horizontalement, l'assemblée a le loisir de légiférer dans toutes les matières et sur toutes les questions; d'autre part, verticalement, il n'y a pas de limite a priori au degré de détails d'une loi. Et le domaine du règlement ne peut être que purement résiduel.

Parler de "pouvoir exécutif" dans un tel régime serait commettre un contre-sens; l'expression de "*fonction exécutrice*" est sans doute plus pertinente. Et ce n'est d'ailleurs pas un hasard si l'organe qui dirige l'Administration y est rarement qualifié de "gouvernement" mais plutôt de "conseil", "comité", "commission", "directoire", etc., car cette institution ne gouverne pas vraiment. Elle ne peut agir que sur la base d'habilitations législatives. En d'autres termes, elle n'a pas la faculté d'intervenir spontanément, de plein droit, de sa propre initiative, mais uniquement dans le cadre des compétences qui lui sont attribuées à travers la loi. Et les normes juridiques que cet organe est éventuellement conduit à adopter sont, par nature, hiérarchiquement subordonnées aux lois. Le fait que l'assemblée recrute elle-même directement les titulaires de cette fonction exécutrice, et que ceux-ci soient comptables en permanence devant celle-là, est en parfaite harmonie avec ce qui précède.

2 - Le régime à prépondérance de l'Exécutif

Toute société a besoin, pour survivre, d'être gouvernée (au sens fort du terme). Et l'institution chargée de remplir cette mission en présidant au devenir de la collectivité tire toute sa légitimité de cette nécessité. La théorie des régimes à prépondérance de l'Exécutif part de cette affirmation. Le titulaire du pouvoir exécutif, qu'il s'agisse d'un roi, d'un empereur, d'un président, d'une junte militaire, etc., peu importe, n'a pas besoin d'habilitation législative pour intervenir. Sa vocation à exercer le pouvoir politique est en quelque sorte naturelle; ses compétences sont de droit commun. Et ce qui est attendu de lui, ce n'est pas qu'il adopte des normes, mais qu'il prenne des actes matériels, qu'il assure la défense du pays, noue des relations avec l'étranger, maintienne l'ordre intérieur, crée et gère des services publics, etc..

Ici, la loi, loin d'être à la source des compétences de l'instance exécutive, a au contraire pour objet de les limiter. Étant donné que ses compétences sont initiales et plénières, en définitive elle dispose de toutes celles dont la loi ne l'a pas privée -de la même façon que dans l'État libéral, le particulier a la faculté d'entreprendre tout ce qui n'est pas interdit explicitement par la loi-. Cette loi, dans l'idéal de la philosophie des lumières, a vocation à "exprimer rationnellement les impératifs de la vie en société dans des circonstances données" (11). En pratique elle traduit les aspirations et exigences des différentes catégories sociales représentées au Parlement. La loi n'est d'ailleurs pas la seule arme dont disposent les parlementaires pour

(11) Cf. Guillaume Bacot, op. cit., p. 644.

entraver l'action de l'Exécutif. Ils peuvent aussi le priver de ses moyens matériels d'agir : moyens monétaires, en refusant de voter le budget et les impôts, moyens en personnel militaire ou civil, en rejetant les projets de recrutement -cf. l'usage dont faisaient les parlementaires britanniques, à l'époque de la monarchie limitée, de leur faculté de voter tous les ans les impôts, pour limiter le pouvoir royal-. Les titulaires du pouvoir législatif ont ainsi la faculté pratique d'empêcher l'Exécutif de sortir de la légalité.

En multipliant les lois toujours plus restrictives et contraignantes pour l'Exécutif, le Parlement est cependant en mesure de réduire son domaine à une véritable peau de chagrin. C'est pour prévenir une telle éventualité que le titulaire du pouvoir exécutif a été pourvu d'une faculté d'empêcher les parlementaires, sous la forme du veto législatif. Cette faculté d'empêchement, qui est conçue comme une arme défensive, rien n'interdit en pratique à l'Exécutif d'en faire un usage offensif. En particulier, il peut marchander le non usage de son droit de veto contre sa participation plus ou moins directe à la détermination du contenu de la loi -la vie politique quotidienne des États-Unis est riche en transactions de cette nature ou d'une nature comparable (12)-. Ce genre de marchandage a bien entendu pour effet de brouiller la distinction entre la faculté positive de statuer et celle négative d'empêcher ; ce qui relative la portée pratique de cette distinction.

Le risque que, en retour, le titulaire du pouvoir exécutif fasse un usage abusif de sa faculté d'empêchement, qu'il paralyse complètement le Parlement en refusant de signer toutes les lois adoptées par ce dernier, ce risque ne doit pas être surestimé, car, nous venons de le voir, l'Exécutif a besoin du Parlement, lequel lui fournit les moyens de son action ; il a donc intérêt à ce que cette institution puisse remplir sa mission (13).

Les deux régimes qui viennent d'être décrits appartiennent peu ou prou au passé. Le régime qui tend à se généraliser au XXème siècle opère en quelque sorte une synthèse des deux précédents. Mais il n'y parvient qu'au prix d'une neutralisation pratique de la séparation entre le Législatif et l'Exécutif.

3 - La séparation des pouvoirs neutralisée

La vie politique en régime dit *parlementaire* est jalonnée par les élections législatives ; un événement dont l'objectif au moins implicite est de permettre l'émergence d'une majorité au sein de la chambre basse. Le leader de cette majorité est normalement appelé à former le gouvernement. Une fois qu'il y est parvenu, il se présente devant l'assemblée afin qu'elle lui exprime sa confiance. *Ce vote de l'investiture*, qui a lieu normalement en début de législature, est un acte capital. En effet, à travers lui la majorité parlementaire nouvelle attribue au gouvernement fraîchement constitué le mandat d'agir à sa place, et, plus précisément, de mettre en oeuvre le programme sur la base duquel les députés de la majorité se sont faits élire ; étant entendu que cette majorité se réserve la faculté de renverser le gouvernement dans l'hypothèse où il trahirait son mandat.

Dans ce régime, non seulement le gouvernement gouverne, mais en outre, surtout s'il s'agit d'un "parlementarisme rationalisé", il maîtrise la procédure législative, notamment en accaparant la plus grande partie de l'initiative des lois. Cependant, le fait que le Parlement soit dépouillé du substrat même de sa mission

(12) Cf. J.-P. Lassale, op. cit., p. 274 et suivantes.

(13) Dans ce genre de régime, les parlementaires peuvent très bien confier au titulaire du pouvoir exécutif la maîtrise des sessions du Parlement sans pour autant s'exposer au danger qu'il refuse toujours de le réunir, surtout s'ils ont pris le soin de ne voter les lois sur le recouvrement de l'impôt que pour la durée d'un an.

n'est pas choquant, parce que les projets concoctés par le gouvernement sont inspirés du programme de la majorité parlementaire et ne deviennent lois qu'à travers le vote des députés qui composent cette majorité. Il n'en demeure pas moins que la fameuse séparation entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif ne rend plus compte du *fonctionnement effectif des pouvoirs publics*. Le gouvernement s'y comporte comme un centre d'impulsion, d'animation et de direction de la vie politique au quotidien. Quant aux parlementaires, outre le rôle de grands électeurs qu'ils jouent initialement (à travers leur participation décisive dans le recrutement des titulaires du pouvoir gouvernemental), ils sont censés délibérer des questions fondamentales et contrôler l'action du conseil des ministres.

Aux facteurs institutionnels de neutralisation de la séparation des pouvoirs viennent s'en ajouter d'autres, tels que *la réalité majoritaire*. Lorsqu'une formation politique ou une coalition stable de formations parvient à devenir et rester majoritaire, elle finit par conquérir la plupart des pôles d'exercice du pouvoir politique, au moins au niveau national. Et cette évolution débouche le plus souvent sur une concentration inédite de pouvoir au profit du leader de cette formation ou coalition, puisqu'à sa casquette de chef de parti il joint celle de chef de la majorité parlementaire et celle de chef du gouvernement. Dans ces conditions, les députés de la majorité sont encore moins enclins qu'auparavant à contester énergiquement la politique gouvernementale. Cela pourrait être interprété comme une infraction à la discipline partisane et compromettre leur carrière politique.

Certes, dans cette hypothèse, *le pouvoir du leader du parti majoritaire n'a rien d'absolu. Il est soumis à au moins deux conditions* : qu'il demeure à la tête de son parti, et que ce parti conserve la majorité. Si la politique gouvernementale s'écarte trop de l'orientation du parti, si un désaccord grave surgit entre le chef du gouvernement et un courant prédominant au sein du parti, celui-ci ne tardera pas à changer de leader et le gouvernement de chef. Dans la pratique le refus de la confiance des militants à l'intérieur du parti précède et détermine le retrait de la confiance des députés. En général, le Premier ministre qui a été déchu de la direction de son parti remet de lui-même la démission du gouvernement, rendant ainsi superflu le vote d'une motion de censure -cf. le remplacement de M. Thatcher par J. Major à la tête du gouvernement britannique, sans changement de majorité à la Chambre des Communes-. Cela montre que l'origine du changement ne se situe pas dans les rapports entre le gouvernement et le Parlement mais à l'intérieur du parti (lorsque celui-ci reste majoritaire à l'assemblée).

Il n'y a donc pas ou plus séparation entre deux pouvoirs qui se limitent et s'équilibrent mutuellement, mais simple répartition des tâches au sein du bloc majoritaire, entre des partenaires politiquement solidaires. Pendant longtemps, s'inspirant des enseignements de Montesquieu, les constitutionnalistes (théoriques et pratiques) ont été à la recherche de l'organisation des pouvoirs publics, de l'agencement des institutions politiques, qui garantisse le plus sûrement que, "par la force des choses", en dépit des visées des gouvernants et indépendamment de la teneur des dispositions juridiques, le pouvoir arrête le pouvoir⁽¹⁴⁾. Ils se comportaient en bâtisseurs à la recherche de l'architecture idéale. Cependant, la priorité accordée aux préoccupations d'efficacité (cf. le recours à la rationalisation du parlementarisme) sur le souci d'obtenir la limitation réciproque des pouvoirs, à laquelle est venue s'ajouter l'action de facteurs extra-constitutionnels tels que les

(14) Par exemple, pour qu'une majorité parlementaire ait la faculté de provoquer la chute d'un gouvernement, il n'est pas nécessaire que la responsabilité politique de ce dernier devant l'assemblée soit inscrite dans une disposition juridique, il suffit que la majorité parlementaire ait la possibilité pratique de contraindre le gouvernement à démissionner, en rejetant ses projets de loi, en refusant de voter le budget, etc.. C'est ainsi que les choses se passaient, entre autres, sous la Monarchie de Juillet.

réalités partisans pendant une période plus récente, a stérilisé en grande partie ces efforts. Et aujourd'hui, la division du pouvoir n'est plus considérée comme une condition suffisante ni même comme la condition *principale de la protection des libertés*. C'est pourquoi, depuis plusieurs décennies, on s'est orienté dans une autre direction, celle de la "démocratie constitutionnelle".

4 - La démocratie constitutionnelle

La façon la plus sûre de protéger les libertés collectives et individuelles est de leur conférer une valeur constitutionnelle en les inscrivant dans la Constitution, et d'obliger les pouvoirs publics à respecter le contenu de ce document ; tel est le raisonnement qui est à présent tenu par la majorité des constitutionnalistes. Dans leur esprit, la Constitution comme système de règles du jeu s'efface devant la Constitution comme norme juridique suprême (15). Leur attention se déplace du statut de l'État à la Charte des libertés fondamentales.

Ce changement de cap s'accompagne d'un effort pour *promouvoir l'institution chargée de défendre la Constitution* -en France, le Conseil constitutionnel-. Cette institution, dès qu'elle l'a pu -c'est-à-dire après le départ du général de Gaulle (16)- s'est engagée dans une entreprise d'auto-légitimation, dont la logique n'a rien d'original. Le Conseil constitutionnel tire sa légitimité, non pas du mode de recrutement de ses membres, comme c'est le cas pour le Parlement, mais de sa mission, qui est de contraindre les autorités politiques, notamment le Parlement, à respecter la Constitution; et d'obtenir la subordination, entre autres, des lois à cette dernière. Cette entreprise n'est évidemment fondée que si la Constitution est reconnue et acceptée comme étant la norme juridique suprême ; ce qui est précisément le but poursuivi par le Conseil constitutionnel dans ses activités.

Au sein de la doctrine, la majorité des écrits consacrés au Conseil constitutionnel s'accordent pour faire de ce dernier une authentique juridiction, dont l'indépendance vis-à-vis du pouvoir politique ne saurait être mise en doute (17). Et les défenseurs les plus zélés de cette institution découvrent dans sa prestation un nouveau mode de fonctionnement de la démocratie. Certains vont même jusqu'à faire de lui *un nouveau vecteur de la souveraineté nationale*. Ainsi, Dominique Rousseau écrit : "Avec lui, la souveraineté populaire est en position de prévaloir, car elle dispose d'un moyen, le Conseil précisément, lui permettant d'exprimer, contre la prétention des représentants, sa volonté" (18). Suspecter les organes politiques, réunissant pourtant les élus de la nation ou responsables devant eux, de menacer les droits et libertés des gouvernés, et s'en remettre à une institution précisément composée de membres recrutés par les plus hautes autorités politiques, pour assurer la défense de ces gouvernés, est une attitude qui n'est pas dépourvue de paradoxes.

Certains auteurs inclinent même à reconnaître au Conseil constitutionnel la compétence des compétences, c'est-à-dire la capacité de déterminer les pouvoirs

(15) Cf. Michel Troper, "La Constitution et ses représentations sous la Vème République", in la revue "Pouvoirs", n° 4, 1982, consacré à la Vème République, p. 61-72.

(16) Il n'est pas inutile de rappeler, que, dans la Constitution de 1958, la compétence de principe, quant au respect de la Loi fondamentale, est réservée par l'article 5 au Président de la République ; le Conseil constitutionnel n'ayant pour sa part qu'une compétence d'attribution ; ce qu'il a d'ailleurs lui-même reconnu.

(17) Pour un certain nombre d'auteurs néanmoins, l'intervention du Conseil constitutionnel dans la procédure législative ne se distingue pas essentiellement de celle d'un organe politique. Ses déclarations de non conformité sont assimilables à un veto royal ou présidentiel ou aux amendements que pourrait insérer dans le texte de loi une troisième chambre. Cf., e. a., Claude Emeri, "Gouvernement des juges ou veto des sages ?", in "Revue du Droit public", 1990, n° 2, p. 337 et suivantes.

(18) Dominique Rousseau, op. cit., p. 375.

respectifs des différentes institutions, y compris les siens propres, un rôle que le général de Gaulle s'était réservé lorsqu'il était Président de la République. Et le fait est que le Conseil constitutionnel, par le biais de sa jurisprudence, de sa fonction d'interprète de la Loi fondamentale, se comporte en Constituant second. Il ne peut toutefois s'arroger des compétences que la Constitution ne lui reconnaît pas et tenter de s'ériger en nouveau souverain dans l'État, qu'avec l'assentiment et la complicité au moins passive des autres institutions de l'État.

II - LA DÉCENTRALISATION : PAS DE "LOCAL GOVERNMENT" MAIS UN SACRE DES NOTABLES

C'est sans doute, entre autres, pour compenser une concentration excessive du pouvoir politique au sein du bloc majoritaire et au profit du Président de la République (sauf en période de cohabitation), caractéristique de la Vème République, que le pays a été engagé, après la grande alternance de 1981, dans une entreprise de vaste décentralisation administrative.

Lorsqu'une dizaine d'années après, un premier bilan a été tiré, la grande majorité des observateurs se sont accordés pour estimer que cette entreprise avait été un succès. Non que les résultats de cette grande réforme soient entièrement satisfaisants et qu'ils correspondent parfaitement aux objectifs initiaux, mais *la décentralisation a effectivement eu lieu*. Un changement qualitatif, une rupture décisive sont intervenus dans l'histoire de l'organisation administrative de la France. Ce qui en soi constitue une nouveauté, en ce sens que les tentatives antérieures de décentralisation avaient toujours été plus ou moins neutralisées, annihilées d'une façon ou d'une autre -les élus locaux n'ayant pas saisi la balle au bond, les compétences formellement transférées par le Législateur aux collectivités territoriales n'ayant pas été accompagnées des moyens correspondants, le Centre se les étant réappropriées ultérieurement à travers des mesures réglementaires ponctuelles, etc.-. Cette fois, non seulement la réforme s'avère effective et irréversible, mais en outre les réalisations législatives de départ ont déclenché un processus "incrémental" de changements ; autrement dit, elles se sont accompagnées d'effets induits, conférant à la réforme une dynamique propre. Ce succès de la réforme s'explique par la méthode selon laquelle elle s'est déroulée.

A - La méthode "Defferre" de décentralisation

La décentralisation du début des années 80 n'a pas occasionné une *révision de la Constitution*. Le choix de la procédure législative traduit le désir du pouvoir politique de l'époque, de conserver aux collectivités territoriales leur statut d'entités administratives ; un statut susceptible d'être révisé à tout moment par le Législateur, autrement dit, la majorité politique du moment. Pas plus que par le passé, l'option fédéraliste n'a été retenue. La France est restée un État unitaire. De plus, et cela n'est pas sans rapport avec ce qui précède, les citoyens français n'ont été invités à participer ni à la conception théorique du projet, ni à sa ratification à travers un référendum (selon la procédure de l'article 11) ; bien qu'une telle réforme ait évidemment concerné l'organisation des pouvoirs publics. Sans doute n'a-t-on pas voulu éveiller le sentiment que le peuple souverain était concerné.

Afin de *ne pas effaroucher les différentes parties intéressées*, les novations qui ne paraissaient pas indispensables ont été écartées. Ainsi les catégories existantes ont été conservées - seule la région a vu sa situation, en quelque sorte, régulariser puisqu'elle a perdu son statut d'établissement public pour devenir une authentique collectivité territoriale -. Le découpage des "entités" n'a pas été révisé, pas plus

d'ailleurs que celui des différentes circonscriptions électorales -seul le mode de scrutin applicable aux élections municipales a été un peu remanié-. La fiscalité n'a pas été réaménagée et le statut des élus locaux n'a pas encore été rénové.

La réforme de 1982 s'est inscrite dans le sillage de celles qui l'avaient précédée et qui ont donné *au modèle français de décentralisation* ses traits essentiels. Le refus de toute hiérarchie entre les collectivités territoriales des différents niveaux a été maintenu. Conformément au principe que tous les élus du peuple se valent, l'idée de subordonner le conseil municipal au conseil général, et celui-ci au conseil régional, n'est toujours pas acceptable. Elle n'est d'ailleurs pas compatible non plus avec le principe réaffirmé de la spécificité des intérêts de chaque collectivité individuelle, qui fonde la gestion exclusive de ces intérêts par le conseil qui la représente et disqualifie a priori l'intervention de toute autre collectivité -qu'elle soit de même niveau ou d'un niveau supérieur- dans ses affaires propres. Cet aspect de la décentralisation à la française est fondamental. En effet, la collectivité la plus large, en l'occurrence la région, ne peut pas adjoindre à ses propres compétences, par le biais de la subordination, celles des collectivités plus étroites -départements et communes- qu'elle inclut. Elle n'est donc pas en mesure de rivaliser avec l'État. Cette fidélité au principe "diviser pour régner" garantit la prépondérance du niveau national de gestion administrative et *entrave toute évolution vers une formule fédérale*.

Il est un autre principe qui n'a pas été formellement remis en cause au départ, celui selon lequel la loi attribue aux collectivités territoriales de même niveau *un statut unique*. Mais ce principe contenu implicitement dans l'article 72 de la Constitution de 1958, a été par la suite tourné par le législateur à travers la création de catégories de collectivités ne comprenant qu'une seule unité -cf. le cas de la Nouvelle Calédonie et celui de la Corse- (19). Cette remise en cause de fait du principe de l'unité du régime juridique de chaque catégorie de collectivités, certes limitée jusqu'à présent à quelques cas isolés, signifie néanmoins qu'un premier pas a été franchi en direction *d'un pluralisme administratif horizontal*, qui prend en compte la diversité territoriale du pays (20).

Au cours de l'histoire administrative de la France, l'État a d'abord servi de modèle à la commune. L'autorité du maire s'est calquée sur celle du Roi puis de l'Empereur ; le conseil municipal a été une réplique de l'Assemblée nationale. Au XIX^{ème} siècle, le département a été érigé en collectivité territoriale sur le modèle de la commune. La loi du 2 mars 1982 n'a pas interrompu cette belle continuité vu que la structure qu'elle offre aux institutions régionales nouvelles est une copie de celle des institutions départementales et communales.

Un aspect important de la méthode Defferre a consisté, toujours dans la même optique, celle d'aller dans le sens du vent et de ne pas faire violence aux acteurs administratifs, à *entériner légalement les changements déjà accomplis dans la pratique*, à adapter le droit aux réalités effectives nouvelles, notamment, à consacrer les prérogatives accaparées de fait par les élus locaux. Comme chacun sait, depuis longtemps déjà dans les collectivités territoriales, la tutelle exercée en principe par le représentant de l'État sur les élus s'était effacée en grande partie, en faveur d'une sorte de partenariat fondé sur la reconnaissance réciproque des atouts des uns et des autres, et fait d'échanges de prestations, de transactions et de compromis. La formule de "jacobinisme apprivoisé" a même été forgée pour caractériser les rapports qui s'étaient noués entre les administrations décentralisées et déconcentrées, des rapports

(19) Le Conseil constitutionnel ne s'est pas opposé à cette trahison du fond du principe dans le respect de la forme. Il a adapté sa jurisprudence en conséquence. Cf. La décision "statut de la corse" du 9 mai 1991, Jurisprudence du Conseil constitutionnel, in "Revue française de Droit constitutionnel", n° 6, 1990, p. 305 et suivantes.

(20) Cf. Jean-Pierre Bizeau, op. cit., p. 354-355.

faits de convivialité et d'une certaine complicité (21). Mais en légalisant les "audaces spontanées" -et fort peu conformes au principe de légalité de l'action administrative- des acteurs locaux, en les systématisant et en les approfondissant, la loi du 2 mars 1982 a incité ceux-ci à persévérer dans la même attitude et à multiplier les initiatives nouvelles, déclenchant de la sorte les fameux effets induits (22).

En désignant les bénéficiaires de la réforme (les titulaires des nouveaux pouvoirs) avant que leurs compétences ne soient définies -ce qui constituait une innovation par rapport à la façon de faire lors des tentatives antérieures de décentralisation- en encourageant les élus locaux "à prendre le pouvoir", les auteurs de la réforme sont venus à bout de leurs réticences et de leur scepticisme, et les ont transformés en autant d'alliés potentiels dans la lutte contre les Jacobins. Mais naturellement, cette méthode explique aussi pourquoi, ultérieurement, certains de ces élus ont pu aller trop loin ; elle explique les dérives dont nous sommes les témoins aujourd'hui.

B - Les objectifs et les ingrédients de la réforme

1 - Une réaction contre un trop d'État centralisé

La décentralisation a été entreprise, c'est une lapalissade, afin d'accroître la capacité normative autonome des collectivités territoriales. Elle peut être interprétée comme une *application du principe de subsidiarité*, c'est-à-dire comme un effort pour rapprocher autant que faire se pouvait, la prise de décision des administrés concernés par elle. La proximité donne aux autorités une connaissance plus fine et plus complète des réalités locales dans toute leur diversité. De plus elle leur permet de réagir plus rapidement aux évolutions. Elle accroît donc la précision, la souplesse et l'adaptabilité de l'action administrative.

La réforme se composait de deux parties principales. La première a consisté dans le *transfert des blocs de compétences*. Chaque catégorie de collectivités s'est vue attribuer par l'État la gestion exclusive d'un ensemble de matières nettement délimité, conformément au principe selon lequel chaque collectivité a vocation à s'occuper elle-même, en toute autonomie, de ses propres affaires. En délimitant clairement les compétences, en évitant les chevauchements, en établissant sans ambiguïté et a priori "qui a la charge de quoi", les auteurs de la réforme ont entendu rendre plus effective la responsabilité des décideurs locaux vis-à-vis, notamment, de leurs mandants, leurs électeurs et administrés. En même temps, en réduisant les risques de frictions et de conflits entre les différentes personnes morales impliquées, ils ont cherché à diminuer les besoins en arbitrage, donc les interventions de l'État dans les relations inter-collectivités.

Non seulement les attributions des collectivités territoriales ont été élargies, mais en outre ces dernières ont été rendues *plus autonomes et responsables dans l'exercice de ces attributions*, et cela de plusieurs manières. D'abord la tutelle administrative, c'est-à-dire le contrôle d'opportunité -portant sur le contenu politique-pratique a priori par le représentant de l'État sur les actes des collectivités, a été remplacée par un contrôle de légalité exercé a posteriori par le juge administratif,

(21) Cf. Jean-Pierre Worms, "Le préfet et ses notables", in "Sociologie du travail", juillet-septembre 1966, p. 261-271.

Les rapports d'interdépendance et de solidarité entre les représentants de l'État et les élus locaux, ajoutés à l'éloignement du Centre ont donné l'existence à un "système politique local". Cf. Pierre Grémion, "Le pouvoir périphérique. Bureaucrates et notables dans le système politique français", 1976.

(22) Une liste de ces effets induits est fournie par Jean-Claude Thoëny dans "La décentralisation, dix ans après", in la revue "Pouvoirs", n° 60, 1992, consacré à la décentralisation, p. 7-8.

lorsque ces actes lui sont déferés par le représentant de l'État -ce dernier pouvant agir de sa propre initiative, ou sur la demande d'une personne physique ou morale qui s'estime lésée par l'acte en question-. Ensuite, le département et la région ont été dotés de leur propre autorité exécutive en la personne du Président du conseil (général ou régional), qui a remplacé le préfet (celui du département ou celui de la région) et ses services dans l'exécution des actes adoptés par les collectivités. Il faut mentionner encore le versement à ces dernières par l'État de dotations financières globalisées.

Parmi les différents changements énoncés ci-dessus, le plus intéressant, pour notre propos, est sans doute *la juridictionnalisation du contrôle exercé sur les activités des collectivités territoriales*. En confiant ce contrôle à des magistrats (ceux du tribunal administratif et de la chambre régionale des comptes) indépendants, par statut, du pouvoir politique, la réforme apporte à ces collectivités des garanties supplémentaires d'autonomie à l'égard de l'État (23). A travers ce rôle nouveau reconnu au juge dans la vie administrative locale se dessine *une version nouvelle de la séparation des pouvoirs, à la base cette fois*. En effet, trois groupes d'institutions sont confrontés dans le cadre territorial des collectivités locales : les autorités de ces dernières (conseil et exécutif), les représentants respectifs de l'État et les juridictions compétentes.

2 - Décentralisation et démocratie locale

Rapprocher la prise de décision administrative de ceux qu'elle concerne, c'est aussi créer les conditions d'une participation plus directe, plus immédiate, au pouvoir administratif, c'est *rendre possible la pratique d'une démocratie administrative locale directe*. C'est, du reste, essentiellement dans cette perspective, celle d'une plus grande participation à la vie politique locale, celle de plus de démocratie à la base, qu'un certain nombre de théoriciens et de praticiens (élus, fonctionnaires, ...) avaient défendu la cause de la décentralisation. Plus fondamentalement, l'idée que *la souveraineté du Peuple devait s'exercer aussi dans le cadre des collectivités territoriales* et pas seulement dans celui de la nation, ne date pas d'hier. Elle avait déjà été formulée lors de l'élaboration de la Constitution de 1946 et avait sans doute inspiré la rédaction de l'article 87 de ce document. Cet article disposait en effet déjà que l'exécution des décisions des conseils —élus au suffrage universel et à travers lesquels les collectivités territoriales s'administraient librement— était "assurée par leur maire", pour la commune, "ou leur président" (et non par le préfet), pour le département (24). Cette idée a été reprise en 1982 par Charles Millon en ces termes : "S'il y a en effet une crise de la vie publique aujourd'hui, n'est-ce pas à l'échelon local qu'il nous faut renforcer et reformuler la démocratie, pour remettre en quelque sorte la démocratie en action ... ? Face à toutes les dérives autoritaires, face à toutes les crises de légitimité politiques, le remède infaillible sera toujours de réinvestir le citoyen de sa souveraineté, en lui donnant les

(23) Le vocable d'autonomie est plus pertinent que celui d'indépendance, car la loi du 2 mars 1982 conserve tout de même au représentant de l'État la composante de la tutelle, sans doute la plus négatrice de l'indépendance des collectivités territoriales, à savoir le pouvoir de substitution, notamment en matière budgétaire.

(24) Cf. les Séances de la 1ère Commission de la Constitution, citées in Louis Favoreu, "La problématique constitutionnelle des projets de réforme des collectivités territoriales", *Revue française de Droit administratif*, 1990, n° 3, p. 401.

Signalons dans ce contexte que, pour le Conseil constitutionnel, les élections locales, telles que les élections municipales, sont des consultations de nature politique. Cf. la Décision n° 82-146 DC, du 18 novembre 1982 (recueil, p. 66).

moyens de contrôler vraiment l'organe de décision dont dépendent les problèmes qu'il rencontre dans sa vie quotidienne" (25).

En fait, la réforme de 1982-1983 n'a ni contenu ni été accompagnée de mesures allant en direction d'une revivification et d'un enrichissement de la démocratie locale dans le sens d'une participation accrue des citoyens-administrés ; en dépit des suggestions nombreuses et variées faites à intervalles réguliers avant et après la réforme. Cela n'a rien de surprenant, les élus locaux, qui forment le vivier et l'assise de la classe politique nationale, n'y sont pas, pour la plupart, favorables. Cela compliquerait leur tâche en les plaçant sous la dépendance directe de leurs électeurs. Pour conclure sur ce point, rappelons que, en France, l'histoire de la *décentralisation n'a pas coïncidé avec celle de la démocratie*. Le suffrage universel a été proclamé pour la première fois en août 1792, c'est-à-dire à une époque de recentralisation. Et tout au long du XIX^{ème} siècle les partisans d'une gestion plus régionale, si n'est fédérale, des affaires, étaient plus nombreux parmi les monarchistes que chez les républicains. Ce qui s'explique par leur implantation géographique respective: les premiers dans la France "profonde", les seconds dans la capitale.

"Il semble bien", explique Serge Regourd, "que l'histoire de l'administration, et celle notamment de l'administration locale, doive se distinguer des autres histoires, et en particulier de l'histoire politique proprement dite. Elle a ses propres critères de périodisation, son rythme propre d'évolution: une évolution, justement, à pente faible" (26).

C - Les résultats : un désordre propice à des formes nouvelles de concentration du pouvoir

1 - Le mythe des "blocs de compétences" a fait long feu

Dix années après le début de la réforme, la première constatation qui s'impose aux observateurs est que l'un des objectifs prioritaires de cette entreprise, à savoir obtenir une claire délimitation des compétences entre les différents niveaux (État, région, département et commune), n'a pas été atteint. L'imbrication des pouvoirs, la multiplication des contributions de chacun à l'action de tous est telle que plus aucun niveau ne peut se targuer de maîtriser seul une politique précise.

L'origine de cette situation est parfois localisée dans un nombre excessif de niveaux. "Il est vrai", remarque Jean-Claude Thoenig, "que la France offre à ses citoyens un luxe foisonnant d'institutions s'occupant de gestion publique locale : de la commune à l'État, entre les collectivités pleines et entières et les structures de coopération de deuxième rang, on compte ainsi jusqu'à 7 niveaux territoriaux ou organiques différents" (27). Or cet argument ne convainc pas car la situation, sous cet angle, n'est pas très différente dans d'autres pays européens tels que l'Allemagne.

Une autre cause réside dans les *contraintes inhérentes à la période de transition*. Afin de ne pas ériger une double administration et de réaliser ainsi une économie importante de fonctionnaires, il a été décidé de mettre provisoirement à la disposition des nouvelles collectivités certains des services de l'État. Ces derniers ont donc été conduits à travailler pour une autre personne morale, la région, alors même que, dans bien des cas, les objectifs propres à celle-ci ne correspondent pas exactement à ceux de l'État. Ces services "sont alors amenés à défendre contre eux-

(25) Charles Millon, "L'imbrication des pouvoirs", in la revue "Pouvoirs", n° 60, 1992, p. 52.

(26) Serge Regourd, "Décentralisation et démocratie", in "Revue du Droit public", 1990, n° 4, p. 976.

(27) Jean-Claude Thoenig, op. cit., p. 12.

mêmes leurs propres projets, avec en perspective une sorte de vertige ... schizoïde pour ainsi dire, dès lors que les deux hiérarchies coexistantes ont des intérêts et des projets divergents" (28).

Mais ce qui crée les interdépendances nouvelles les plus profondes et les imbrications de pouvoirs les plus complexes entre les différentes collectivités territoriales, et entre ces dernières et l'État, ce sont *leurs besoins financiers réciproques*. Le cas n'est pas rare, notamment dans le cadre des contrats de plans État-régions, où l'État projette seul des équipements, en fonction d'impératifs qui lui sont propres, qu'il fait financer ensuite, en majeure partie, par des collectivités territoriales, en arguant du fait qu'ils seront majoritairement utilisés par les habitants de ces régions. Et il est arrivé parfois que l'État récupère sur les travaux effectués, via le pourcentage de TVA reversé à son propre budget, une somme d'argent supérieure à sa part de financement. Ici, l'imbrication des pouvoirs est telle qu'elle permet à une personne morale de décider, pour d'autres, de travaux sur lesquels elle gagnera de l'argent.

Cependant, la source principale de confusion est *la pratique généralisée des financements croisés* entre les diverses collectivités territoriales. Les arguments ne manquent pas pour justifier une telle pratique. Conformément au principe de subsidiarité, les financements croisés rapprochent l'usager d'un service public de celui qui l'a payé. Ils permettent également à des collectivités territoriales petites ou pauvres de réaliser certains investissements nécessaires sans pour autant être victimes de l'endettement ou de l'inflation fiscale. Toutefois, ils ne sont pas dépourvus de conséquences préoccupantes, surtout pour la démocratie.

En générant la confusion des compétences, en limitant la lisibilité des politiques menées, en empêchant le citoyen (à la fois administré, contribuable et électeur) de découvrir à quel niveau et par quel ensemble d'élus les décisions dans tel ou tel domaine sont prises et financées, la pratique des financements croisés le met dans l'impossibilité de déterminer en connaissance de cause, par son vote, telle ou telle option. En même temps, comme une collectivité ne peut rien entreprendre seule, elle peut justifier son inaction éventuelle et son immobilisme en alléguant le refus de participation des autres collectivités, partenaires indispensables de ses projets. Autrement dit, il lui est facile de se défaire de ses responsabilités sur les autres. Or, lorsque la responsabilité du décideur se délite, le contrôle démocratique de l'électeur sur ses actes devient impossible. Heureusement que le cumul vertical des mandats électifs -qui présente par ailleurs bien des inconvénients- immunise en partie l'Administration contre cet éclatement de la prise de décision et cette dispersion des responsabilités entre les différents niveaux.

2 - *Quelle issue à l'imbrication des pouvoirs ?*

Un remède à cette relative confusion pourrait consister dans un *retour ou un recours à l'État*. Le représentant de l'État, aux différents niveaux, pourrait intervenir comme arbitre des divergences et modérateur des excès dans les choix des collectivités locales. La culture gestionnaire centralisée que l'État, en matière d'aménagement du territoire, a façonnée pendant plusieurs décennies au sein de ses services, n'a pas eu le temps de se dissiper depuis 1982 ; cela constitue une circonstance propice à une recentralisation. Toutefois *L'État souffre d'un handicap structurel majeur*. En effet, les problèmes locaux se territorialisent de plus en plus ; les politiques entreprises sont de plus en plus horizontales, et les actions menées globales. En matière économique tout particulièrement, les interventions ne sont

(28) Charles Millon, op. cit., p. 44.

plus dissociables "des politiques d'accompagnement que sont la politique de communication, la politique culturelle, la politique de l'environnement" (29), etc.. La morcellisation fonctionnelle des administrations déconcentrées, "leur éclatement organisationnel entre les compétences spécialisées de corps d'agents rivaux et des filières hiérarchiques cloisonnées entre elles du canton à Paris" (30), ne prédisposent pas l'État à encadrer et, a fortiori, à maîtriser le mouvement de la décentralisation.

Le préfet, qui, à travers son rôle dans la politique d'aménagement du territoire, avait été pendant longtemps le pivot de l'intervention de l'État, notamment dans l'économie régionale, pâtit désormais, dans sa légitimité, de la crise des modes opératoires de l'administration déconcentrée. "Alors que, jusqu'ici, les mécanismes de définition des problèmes devant faire l'objet de politiques publiques étaient pour l'essentiel situés au niveau national, on voit, de plus en plus, se constituer des agendas politiques régionaux, départementaux ou même municipaux, chaque entité territoriale définissant de manière relativement autonome une structure de problème spécifique" (31). Les autorités décentralisées s'engagent de plus en plus dans la définition de *politiques publiques*.

Il n'en demeure pas moins que se pose le problème de l'harmonisation, de la mise en cohérence de ces différentes initiatives. Il est vrai qu'une coopération étendue n'est pas impossible: entre les collectivités de même niveau -cf. la coopération intercommunale au sein des communautés urbaines, des syndicats à vocation multiple, à l'échelon de l'arrondissement ou du canton-, entre les collectivités des différents niveaux, ou encore entre les acteurs publics et les entreprises privées -cf. la formule appréciée de la société d'économie mixte-. Les diverses collectivités s'accordent en pratique pour développer des actions communes qui sortent du modèle de décentralisation tracé implicitement par les lois fondatrices. Toutefois, la concurrence qui persiste et s'intensifie entre ces multiples entités complique les choses, et ne favorise pas l'émergence d'un "gouvernement local". Il est vrai que l'affrontement des collectivités de base fait le jeu des collectivités supérieures qui les englobent. Il pourrait en résulter une hiérarchisation progressive des différents niveaux. Le caractère nécessairement clientéliste et politisé des relations qui se nouent entre eux déboucherait sur la construction d'une organisation territoriale quasi-féodale ; des rapports de vassalisation s'établiraient peu à peu entre les conseils et les exécutifs des différents échelons de la base au sommet.

Qui, quel niveau pourrait tirer bénéfice d'une telle évolution ? La région ? Pour l'instant, c'est peu probable. En réalité, elle n'a pas répondu aux attentes placées en elle par les auteurs de la réforme. "Elle n'a pas su ... prendre la place que l'on aurait pu attendre d'un échelon voué à la coordination et à l'impulsion dans le domaine du développement économique...., elle a subi de plein fouet les effets de la loi sur le cumul des mandats. Les maires de grandes villes et hommes politiques d'envergure nationale ont déserté ses conseils, optant pour la plupart pour leur siège de député,... Pour ses deux tâches principales, la formation et l'action en faveur des entreprises, elle est largement concurrencée par d'autres acteurs". ... "La région n'a pas jusqu'à présent justifié les craintes de ceux qui y voyaient le risque d'un éclatement de l'unité nationale" (32).

Si les présidents des conseils régionaux ont quelque peu déçu les décentralisateurs ; s'ils n'ont pas voulu, su ou pu se profiler comme de vrais

(29) Françoise Gerbaux et Pierre Muller, "Les interventions économiques locales", in la revue "Pouvoirs", n° 60, 1992, p. 107.

(30) Jean-Claude Thoenig, op. cit., p. 15.

(31) Françoise Gerbaux et Pierre Muller, op. cit., p. 112.

(32) Catherine Grémion, "Région, département, commune : le faux débat", in la revue "Pouvoirs", n° 60, p. 1992, p. 58.

parangons de la réforme et ses symboles personnifiés, en revanche les maires, surtout ceux des grandes villes, ont outrepassé le rôle imaginé et agencé pour eux par le Législateur.

3 - Vers un retour à la féodalité dans les communes ?

a) La consécration légale des notables

En 1962, Charles de Gaulle, en instituant l'élection du chef de l'État au suffrage universel direct, était parvenu à soustraire la présidence de la République à l'emprise des notables. Vingt ans plus tard, *la reproduction, jusqu'à la caricature, du modèle présidentieliste, à tous les niveaux de la base au sommet*, a ouvert la voie à un retour en force des notables. Parmi ces "Présidents au petit pied", c'est sans doute dans la personne du maire que la concentration et la personnalisation du pouvoir politico-administratif va le plus loin. L'action du premier magistrat de la cité, à la fois président du conseil municipal, chef de l'Exécutif communal et représentant de l'État dans la ville, témoigne souvent avec éloquence des déséquilibres et des abus auxquels le dogme de l'efficacité majoritaire peut conduire, surtout lorsqu'il n'est pas corrigé par une participation directe plus intense des citoyens dans des affaires qui les regardent au quotidien.

b) La multipositionnalité et multifonctionnalité de l'élite locale

L'arme principale du maire consiste dans *le cumul de mandats électifs et de fonctions diverses*. Jamais l'osmose entre le personnel politique national et les grands élus locaux n'a été aussi complète qu'aujourd'hui. Les effets des lois du 30 décembre 1985 limitant le nombre des mandats cumulables ont été plus que compensés par l'augmentation du nombre des cumulards. Certes, le nombre des mandats qu'un même élu peut réunir entre ses mains est désormais de deux ; cependant, depuis 1956 le nombre des cumuls de deux mandats a doublé. Actuellement, plus de 90 % des parlementaires détiennent un autre mandat, de préférence celui de maire d'une grande ville. Les avantages que présente, pour un homme politique national, la possession d'un mandat local, sont bien connus. Tremplin vers le Parlement, un tel mandat peut servir de bastion et de base de repli en période de reflux au niveau national. En même temps, il offre à l'homme politique entré en discorde avec les instances dirigeantes de son parti, une certaine capacité de résistance et de négociation. L'utilité que, réciproquement, peut revêtir un mandat de parlementaire pour le maire d'une grande agglomération saute aux yeux. Ses activités législatrices, ses contacts et ses capacités d'intervention à Paris, notamment auprès des différents ministres, le rendent à même de satisfaire les requêtes de ses électeurs ainsi que d'entretenir sa clientèle. Il est également en mesure de contrecarrer d'éventuelles tentatives législatives ou réglementaires de dépouiller l'élite politique locale de ses atouts et privilèges et de réformer le système local autrement que selon ses vœux.

Les électeurs ont leur part de responsabilité dans cette situation, puisqu'ils accordent leurs suffrages de préférence, et pour cause, aux cumulards. Ils ne sont pas non plus étrangers à la longévité des carrières politiques locales, vu qu'ils n'hésitent pas à reconduire pour ainsi dire indéfiniment les sortants. Il en va de même à propos du caractère quasi-lignager du pouvoir, illustré par la transmission familiale des charges. Tout cela traduit un attrait des citoyens pour le leadership et une conception patrimoniale du pouvoir, doublés d'une méfiance ou d'un dédain de l'action

collective, surtout au sein des partis ; autant de traits profondément enracinés dans la culture politique française.

Aux fonctions politiques des maires s'ajoutent les responsabilités qu'ils assument bien souvent dans des organismes para-municipaux (établissements publics, associations-loi de 1901, sociétés d'économie mixte, etc.) ou à l'intérieur de structures inter- et supra-communales, qui sont le résultat d'un véritable démembrement de l'administration communale ayant eu lieu au cours des vingt dernières années. Cette évolution, qui a obéi au souci d'assouplir et d'adoucir la rigueur de la gestion publique, a hélas relégué la gestion de services publics communaux dans une nébuleuse paramunicipale, où l'on retrouve certes des élus, mais dont la composition ne résulte pas de l'exercice du suffrage universel direct, et dont les activités échappent à la faculté de contrôle des administrés ; le résultat de tout cela étant l'émergence et l'extension, à la périphérie de la municipalité, d'une démocratie au rabais ou de seconde zone.

c - Des résultats surprenants et inquiétants

"Dans un régime qui se prétend fondé sur la séparation des pouvoirs, c'est la confusion générale qui règne: confusion du local et du national, du politique et de l'administratif, de l'exécutif et de législatif, du général et du particulier" (33). "Le système démocratique local en France fonctionne à l'envers : il affirme que le conseil municipal élit le maire mais en réalité c'est le maire qui coopte le conseil ; il distingue une assemblée délibérante qui décide et un organe qui exécute mais c'est souvent l'exécutif qui concentre l'ensemble des pouvoirs, l'assemblée ne disposant guère que d'un pouvoir d'approbation ou de remontrance ..." (34). Le tout est aggravé par une personnalisation excessive du pouvoir local. Le fonctionnement de l'équipe municipale (la vraie, celle composée du chef et de ses lieutenants, et non l'ensemble formé par le maire et ses adjoints) repose sur la dépendance individuelle, la fidélité et le dévouement de ses membres au leader -qui les a choisis de façon discrétionnaire et sait les récompenser pour bons et loyaux services-. Les rapports de nature quasi-féodale qui existent au sein de cette équipe ne sont du reste qu'une reproduction à plus petite échelle, de ceux qui se nouent entre les grands élus (élus nationaux ou représentants de collectivités territoriales de poids) et les petits.

La confusion, la concentration et la personnalisation du pouvoir, accompagnées par une opacité accrue des procédures décisionnelles, précisément à une époque d'allègement très sensible des contrôles directs de l'État, ... tout cela ne pouvait pas ne pas occasionner des dérives graves, menaçant l'État de droit. Cependant d'autres facteurs, de nature extra-institutionnelle, sont également à prendre en compte pour expliquer ces atteintes portées à la légalité : l'accent mis prioritairement sur le développement économique par les élus locaux -ce qui les conduit à entrer en contact avec le monde des affaires, alors qu'ils ne sont pas exempts de préoccupations clientélistes- favorise la confusion de la politique et de l'argent dans l'esprit de responsables, dont beaucoup manquent d'expérience dans la gestion publique. Ainsi s'explique la nature des délits commis (fausses factures, corruption, délit d'ingérence, ignorance des règlements d'urbanisme, mépris des décisions judiciaires). La violation de la loi implique l'intervention du juge, entre autres, administratif. Ce dernier remplit-il correctement le rôle nouveau que lui a assigné le Législateur en 1982, celui d'arbitrer, sur la base du droit, les conflits entre l'État et les collectivités territoriales ?

(33) Yves Mény : "La République des fiefs", in la revue : "Pouvoirs", n° 60, 1992, p. 22.

(34) Yves Mény, op. cit., p. 20.

d) La marginalisation tendancielle du recours au juge

L'orientation principale qui se dégage de l'observation du contrôle a posteriori est claire. Avant de déférer un acte au tribunal administratif le représentant de l'État préfère s'adresser à la collectivité qui en est l'auteur et lui demander de purger elle-même cet acte, des illégalités qui pourraient l'entacher (35) Ce déplacement du contrôle de légalité en amont, vers le préfet, qui a donné naissance, dans la régulation des rapports entre l'État et les collectivités locales, à une phase précontentieuse dans laquelle les services du préfet et les représentants des collectivités sont en contact direct, ne contredit pas les intentions du Législateur. Il a été jugé positivement par les élus locaux, de même qu'il est en harmonie avec la jurisprudence du Conseil d'État, car il permet d'échapper à une explosion du contentieux proprement dit.

Cet état des choses n'est toutefois pas sans inconvénients. *La légalité ne détermine pas nécessairement l'issue de ce contrôle précontentieux.* En effet, d'abord l'intervention du préfet est cette fois parfaitement discrétionnaire -le refus du préfet de déférer un acte à la demande d'une "personne", ne peut plus être contesté devant le tribunal administratif- un caractère qui a été consacré par le Conseil d'État dans sa jurisprudence Brasseur. Ensuite, lorsqu'il intervient effectivement, de sa propre initiative à la suite d'une information de ses services, ou à la demande d'un tiers, la négociation qui se déroule entre lui et la collectivité dont l'acte est discuté, intègre d'autres éléments que des considérations de pure légalité. Plus concrètement, un marchandage est toujours possible entre eux, dans lequel, ce que le premier exige de la seconde pour prix du non déclenchement du contentieux proprement dit, n'a rien à voir avec la mise en conformité légale de l'acte concerné. Le préfet peut utiliser la menace d'exercer un déféré comme un moyen de chantage parmi d'autres dans ses rapports avec les collectivités territoriales. Il peut *se servir du juge pour régler un différend de nature extra-juridique, tout en privant celui-ci du contrôle effectif de la légalité.* Évidemment rien ne garantit que l'arrangement auquel le préfet et les collectivités parviennent finalement ne se fait pas au détriment du respect de la règle de droit.

Dans ces conditions, les collectivités qui ont des "arguments" ou qui savent y faire, parviennent sans grands risques à se dispenser du respect de certaines normes -comme par exemple celles qui régissent le recrutement et l'avancement du personnel territorial (36)-. En définitive, les rapports qui se nouent entre le représentant de l'État et les collectivités n'ont pas réellement changé de nature avec la réforme. *La dimension transactionnelle l'emporte toujours.* Seuls ont varié certains des ingrédients de la transaction.

La création de ce que l'on appelle les "autorités administratives indépendantes" relève, de même que la décentralisation, de *la logique du pluralisme administratif.* Elle poursuit en grande partie le même objectif, qui est d'accroître l'adaptabilité et la précision de l'action de l'Administration, en diversifiant les structures de cette dernière, et en la soustrayant à l'emprise du pouvoir politique national pour la rapprocher de la société civile. Toutefois, la démarche utilisée n'est pas la même. Alors qu'avec la décentralisation il s'agit de transférer des compétences de l'État vers d'autres personnes morales, et d'accroître l'autonomie de celles-ci, les autorités

(35) Cf. Jean-Claude Hélin, "Les contrôles sont-ils efficaces ?", in la revue "Pouvoirs", n° 60, 1992, p. 115 et suivantes.

(36) Cf. Jean-Claude Hélin, op. cit., p. 119.

administratives indépendantes sont érigées formellement à l'intérieur même de L'État ; elles s'inscrivent donc dans le cadre de la déconcentration.

DEUXIÈME PARTIE DES ENTITÉS SOUSTRAITES AU POUVOIR POLITIQUE

I - LE PARADOXE DES "AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES"

L'expression "autorité administrative indépendante" a été utilisée pour la première fois par le Législateur dans la loi "Informatique et libertés" du 6 janvier 1978 pour qualifier la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL). La Commission nationale de la communication et des libertés (CNCL), créée par la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, a aussi expressément reçu cette qualification" (37). D'autres organismes, pour lesquels le Législateur n'a pas du tout ou pas complètement retenu cette expression -ainsi la loi du 13 janvier 1989, dans son article premier, a requalifié le médiateur d'"autorité indépendante" - ont tout de même été rangés par la doctrine dans la même rubrique, parce qu'ils présentaient des caractères comparables tant du point de vue de leur structure que de leur fonctionnement et de leur finalité. Le fait est que le Législateur reste très avare en informations permettant la qualification juridique de ces organismes -en particulier sur le point de savoir si leurs actes sont susceptibles de recours pour excès de pouvoir- laissant le plus souvent le juge régler unilatéralement ce problème.

Quoiqu'il en soit, pour l'instant le nombre de ces créations (38) se compte sur les doigts des deux mains. Elles restent donc *des événements ponctuels*, qui, même regroupés par la doctrine sous une formule unique, sont d'une autre échelle que la décentralisation, un mouvement embrassant l'ensemble du territoire.

A - Présentation

Évoquer l'existence d'autorités administratives indépendantes (les A.A.I.) constitue un paradoxe. En effet, il est surprenant de trouver ces deux adjectifs "administratives" et "indépendantes" associés. "Dans la conception classique française", nous l'avons déjà vu, "l'Administration" est "subordonnée au pouvoir politique qui lui donne sa légitimité. Son action est encadrée par le droit écrit toujours plus abondant et par la jurisprudence toujours plus précise du Conseil d'État." (39). Et lorsqu'il y est fait référence à l'indépendance, il s'agit de celle des administrés vis-à-vis de l'Administration, et non de celle de cette dernière à l'égard du pouvoir.

A propos du Médiateur de la République, le Conseil d'État, dans son arrêt Retail (du 10 juillet 1981) avait conclu, du fait qu'il ne pouvait être rangé ni parmi

(37) "Les autorités administratives indépendantes", Recueil de notices : Droit et administration, n° 10, La Documentation française, Paris, 1988, p. 1.

(38) A la CNIL et à la CNCL, remplacée (à travers la loi du 17 janvier 1989) par le CSA [Conseil supérieur de l'audiovisuel], s'ajoutent, dans domaine de l'information et de la communication, la Commission des sondages (loi du 19 juillet 1977). Dans celui de la régulation des marchés nous trouvons la COB [Commission des opérations en bourse] (ordonnance du 27 décembre 1967), la Commission des marchés à terme de marchandises (loi du 8 juillet 1983). La Commission de la concurrence (loi du 19 juillet 1977) n'était pas considérée comme une A.A.I.; en revanche, le Conseil de la concurrence (ordonnance du 1er décembre 1986), lui, l'est. Il reste à mentionner "le médiateur" (loi du 3 janvier 1973), chargé d'intervenir dans le domaine des rapports entre l'Administration et les administrés.

(39) Paul Legatte, "Le Médiateur de la République - situation actuelle", in "Revue administrative", n° 233, septembre-octobre 1986, p. 433.

les institutions législatives, ni parmi les institutions judiciaires, qu'il ressortissait à la catégorie des institutions administratives. En 1986, Paul Legatte, médiateur en exercice à l'époque, avait "contesté de la manière la plus ferme l'adéquation à la réalité de la décision Retail" (40). Selon lui, l'intégration du médiateur dans l'ordre administratif mettait en cause la conception même de sa mission. En effet, ce dernier ne pouvait exercer un contrôle effectif de l'Administration -impliquant la faculté d'émettre des jugements de valeur sur son fonctionnement, de faire des recommandations aux différents services et, si nécessaire, leur adresser des injonctions- que s'il était indépendant du pouvoir exécutif, donc extérieur à l'Administration. Paul Legatte proposait alors de substituer à l'expression "autorité administrative", la formule "autorité de l'État indépendante" (41). La référence à l'État se justifie en ce sens que le médiateur n'est pas une personne morale distincte de celle de l'État.

Par commodité nous conserverons néanmoins la formule d'"autorité administrative indépendante" (A.A.I.). Ne méritent d'être classés dans cette rubrique que les organismes qui présentent au moins les trois *caractéristiques suivantes* : Ils doivent être intégrés à la personne morale de l'État, donc ne pas eux-mêmes posséder la personnalité morale (42). Ils ne constituent des autorités que s'il ne s'agit pas de simples organes de gestion d'un service public ou de simples organes purement consultatifs (agents administratifs, administrations de mission, etc.). Il leur faut au contraire représenter l'État, détenir des prérogatives de puissance publique, exercer un pouvoir réglementaire et leurs décisions doivent pouvoir faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Enfin, le qualificatif "indépendant" ne leur est applicable que s'ils sont extérieurs à toute hiérarchie et soustraits à toute tutelle. Évidemment, cette indépendance ne peut pas être intégrale. Il existe nécessairement des liens entre eux et la personne morale à laquelle ils sont intégrés. Il serait donc plus fondé de parler seulement d'*autonomie*. De toute façon, ces différentes caractéristiques sont présentes à des degrés variables, et les trois qualifications sont toujours plus ou moins méritées (43).

Les A.A.I. ne sont pas sans présenter quelque parenté avec les juridictions. D'abord au niveau du recrutement de leurs membres -la composition de la CNCL puis du CSA a été calquée sur celle du Conseil constitutionnel- et du statut de ces derniers, lequel est destiné à garantir leur indépendance. Ensuite dans la finalité de leur action ; qui vise la protection des libertés individuelles et collectives. Cependant, l'intervention des A.A.I. ne se confond pas avec celle des juridictions. Elle lui est plus complémentaire que concurrente et, à fortiori, rivale. Souvent, elle consiste en des activités de *conciliation*. Les A.A.I. ont aussi la faculté de *sanctionner*, d'engager des procédures disciplinaires ou de saisir d'une plainte la juridiction répressive. *Mais elles ne rendent pas la justice.* Leurs actes ont l'autorité de "la chose décidée" et non celle de "la chose jugée". Elles n'ont pas vocation à dire le droit ; par conséquent, il ne saurait y avoir une jurisprudence des A.A.I. (44).

Formellement, la création des A.A.I., parce qu'elles ne sont pas dotées de la personnalité morale, s'inscrit plus dans une logique de déconcentration que dans une

(40) Paul Legatte, op. cit., p. 431.

(41) Paul Legatte, op. cit., p. 433.

Il a été tenu compte du point de vue de Paul Legatte dans la loi de 1989, où le médiateur n'est plus affublé du qualificatif "administratif".

(42) L'intégration à une autre personne morale que celle de l'État n'est cependant pas impossible, par exemple à une collectivité territoriale ou à un établissement public, à la condition qu'elle soit publique.

(43) De son examen des A.A.I. Paul Sabourin conclut à "l'impossibilité de cerner une notion unique d'autorité administrative indépendante, s'appliquant à tous les cas de figure". Selon lui, "il existe plutôt une gradation". Paul Sabourin, "Les autorités administratives indépendantes : une catégorie nouvelle", in "A.J.D.A.", 1983, p. 292.

(44) Cf. Paul Legatte, op. cit., p. 434.

logique de décentralisation. Toutefois leur grande autonomie les situe en fait très près des collectivités territoriales, surtout depuis que celles-ci ont été débarrassées de la tutelle par la loi du 2 mars 1982 ; mais leur spécialisation fonctionnelle les apparente aussi aux établissements publics -dont le nombre continue à grandir-.

Il faut se garder cependant d'exagérer la nouveauté et l'originalité des A.A.I.. Créées à l'intérieur de l'État et empruntant le cadre classique des autorités administratives, mais pourvues en quelque sorte d'une vie propre protégée par un statut libéral, elles se présentent comme des contre-pouvoirs intra-étatiques, destinées pour partie à compléter et pour partie à concurrencer l'action des organismes administratifs traditionnels, dans des conditions et des limites fixées par la loi (45) ; étant entendu que les A.A.I., de la même façon que les autres autorités administratives, sont au service de l'intérêt général.

Le texte de la Constitution de 1958 ignore, et pour cause, les A.A.I.. Non seulement il n'en donne aucune définition, comme il le fait pour les collectivités territoriales et leur mode de gestion, mais en outre il n'envisage même pas leur création éventuelle par le Législateur ainsi qu'il procède pour les ordres juridictionnels. Cette lacune a été comblée par le Conseil constitutionnel. Dans sa décision du 26 juillet 1984, il a fait de l'institution des A.A.I. la compétence exclusive du Législateur car elle était selon lui une garantie fondamentale pour l'exercice d'une liberté publique (46). Peu de temps après cependant, dans sa décision des 10-11 octobre de la même année, il s'est montré plus réservé, en estimant que la répression des abus de la liberté d'expression "ne saurait être confiée à une autorité administrative" (47). En définitive, l'existence des A.A.I. demeure relativement précaire.

B - Les caractéristiques communes aux A.A.I.

1 - L'A.A.I. appartient à l'État

Dépourvue de la personnalité juridique, l'A.A.I. représente l'État ou une autre personne morale de droit public. Créée sur une initiative publique, pour remplir une mission de service public, elle n'a pas de patrimoine propre et fonctionne au moyen de crédits inscrits au budget de l'État. La ou les personnes physiques qui la dirigent sont nommées le plus souvent par décret en Conseil des ministres -comme c'est le cas pour le médiateur (48)-. Son personnel se compose d'agents publics. Son fonctionnement est régi par des règles de droit public. Lorsque l'A.A.I. est dotée d'un pouvoir réglementaire, éventuellement la plus fréquente, ses actes sont susceptibles d'un recours juridictionnel. Et c'est le juge administratif qui est chargé à la fois du contrôle de légalité et du contentieux de pleine juridiction. -Parmi les décisions du Médiateur, seules celles qui concernent le personnel de l'institution, la Médiation de la République, peuvent être déferées au juge-.

(45) Dans le cas du Médiateur, la dimension "complément" et même "assistance" l'emporte sur la dimension "concurrence". Tel est du moins l'avis de Paul Legatte pour lequel, "loin de vouloir gêner les administrateurs, le Médiateur souhaite les aider à prendre de bonnes décisions, à adopter un comportement adapté aux besoins des citoyens. Il faut que les administrations voient dans le Médiateur une Institution qui les aide à atteindre leurs propres objectifs" ; ... "le Médiateur ... concourt au service du citoyen en aidant l'action de l'Administration et en préservant son autorité". Op. cit., p.435.

(46) Cf. Décision n° 84-173 DC du 26 juillet 1984 sur la loi relative à l'exploitation des services de radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé (Recueil, p. 63).

(47) Cf. Décision n° 84-181 DC des 10-11 octobre 1984 sur la loi du 23 octobre 1984 qui prévoyait la création d'une Commission pour la transparence et le pluralisme de la presse.

(48) Cf. l'article 2 de la loi n° 73-6 du 3/01/1973, modifiée par celle n° 76-1211 du 24/12/1976 et celle n° 89-18 du 13/01/1989.

2 - L'A.A.I. est une autorité juridique

a) *Organe de régulation*, l'A.A.I. dispose d'un pouvoir de décision lui permettant de modifier l'ordonnancement juridique en vigueur ainsi que de fixer les situations individuelles. Ses actes ont l'autorité de la chose décidée.

a') L'A.A.I. exerce un véritable pouvoir réglementaire, c'est-à-dire le pouvoir d'édicter des normes générales de portée obligatoire (y compris des règlements-types et des clauses-types).

Le Conseil constitutionnel a reconnu ce pouvoir réglementaire mais il a tenu aussi à en fixer les limites. Dans sa décision du 18 septembre 1986 il a en effet admis que la Constitution ne faisait pas "obstacle à ce que le Législateur confie à une autorité de l'État autre que le Premier ministre le soin de fixer, dans un domaine déterminé et dans le cadre défini par les lois et règlements, des normes permettant de mettre en oeuvre une loi" (49). Mais dans sa décision du 17 janvier 1989, il a précisé que ""cette habilitation" à adopter des règlements "ne concern[ait] que des mesures de portée limitée, tant par leur champ d'application que par leur contenu" (50).

b') *Le pouvoir de décision individuelle* que détient l'A.A.I., consiste, outre à prendre les mesures concernant le personnel de l'institution, à délivrer des visas, accorder des autorisations, adresser des injonctions ...

c') *Relève du Pouvoir de contrôle* éventuel de l'A.A.I. sa faculté de s'informer. Une information qui va jusqu'à l'investigation -l'article 5 de l'ordonnance du 28 septembre 1967 relative à la COB "lui octroie des pouvoirs d'enquête particulièrement efficaces : se faire communiquer tous livres, tous documents comptables, tous registres, tous procès-verbaux ..." (51)-. A quoi s'ajoute la possibilité d'ester en justice. Soit qu'elle transmet aux juridictions compétentes les plaintes dont elle est saisie et qu'elle estime fondées, soit qu'elle agit de sa propre initiative.

b) *En tant qu'institution exerçant un magistère moral*, l'A.A.I. est souvent chargée d'élaborer des règles de déontologie extra-juridiques. Sa faculté de se faire entendre des pouvoirs publics, de leur soumettre des propositions, inclut parfois le pouvoir de leur suggérer des modifications aux textes législatifs et réglementaires -un pouvoir que la loi reconnaît au Médiateur (52), comme celui d'adresser des recommandations et même, si nécessaire, des injonctions-. Dans le même esprit, elle est tenue d'informer le pouvoir politique ainsi que l'opinion publique. C'est le sens du rapport qu'elle rédige annuellement, et dans lequel elle établit le bilan de son activité (53).

c) Rappelons qu'un organisme administratif n'a qualité d'autorité que si les recours contentieux que ses actes peuvent motiver, sont exercés contre cet organisme lui-même et non contre le ministre dont il relève.

(49) Cf. la décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986 sur la loi relative à la liberté de communication (Recueil, p. 141).

(50) Cf. la décision n° 247 DC du 17 janvier 1989.

(51) Paul Sabourin, op. cit., p. 288. L'article 13 de la loi relative au Médiateur lui confère des pouvoirs comparables.

(52) Cf. l'article 9 de la loi relative au Médiateur, dans sa version révisée du 24/12/1976.

(53) Le rapport annuel du Médiateur est destiné au Président de la République et au Parlement. De plus il est publié. Cf. l'article 14 de la loi.

3 - L'A.A.I. est une entité quasi-indépendante du gouvernement. Située à l'extérieur de toute hiérarchie administrative, elle ne reçoit aucun ordre et aucune instruction. Elle n'est soumise à aucun contrôle ou tutelle. Sa liberté d'action étant juridiquement garantie, elle définit elle-même son action, à charge pour elle d'en rendre compte au pouvoir politique et à l'opinion publique. C'est cette autonomie qui fait l'originalité de l'A.A.I. vis-à-vis des autres institutions administrative, et sa raison d'être au sein de l'État.

a) *D'un point de vue organique*, cette indépendance est garantie par le statut des membres de sa direction. La composition de cette dernière est en effet collégiale ; et ses membres jouissent pratiquement de l'inamovibilité, vu que leur mandat est à durée fixe (laquelle est généralement longue), qu'il est irrévocable et non renouvelable. A quoi s'ajoutent des dispositions classiques telles que les incompatibilités, l'indemnité, parfois l'immunité, le devoir de réserve, etc.. Parmi les garanties de l'indépendance certains auteurs mentionnent également le mode de recrutement du personnel de direction. Sur ce point, à notre avis des réserves sont de rigueur car les autorités politiques interviennent fréquemment, et de façon déterminante, dans ce recrutement -conseil des ministres, Président de la République, Présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat, ...-.

b) *D'un point de vue fonctionnel*, l'A.A.I. jouit de l'autonomie de gestion. Elle dispose en effet d'un personnel qui lui est propre (54). Elle organise elle-même ses services et élabore son règlement intérieur. En matière financière, elle ne bénéficie certes pas d'un budget à elle, mais elle échappe cependant au contrôle a priori du ministre au profit d'un contrôle a posteriori de la Cour des comptes. Le président de l'A.A.I. remplit la fonction d'ordonnateur des dépenses. Enfin, elle a la faculté de défendre ses intérêts en justice, mais au nom de l'État seulement.

4 - *L'A.A.I. n'est pas totalement soustraite à l'emprise de L'État unitaire et souverain. Elle conserve des liens même avec le pouvoir politique.* La Constitution ne garantit pas son indépendance, ainsi qu'elle le fait, à son article 64, pour l'autorité judiciaire. Sa liberté, ses attributions, son existence même sont à la merci du législateur (55) -la jurisprudence du Conseil constitutionnel n'ayant pas réellement dressé d'obstacle à la suppression éventuelle de l'une ou l'autre des A.A.I. déjà créées-. Le gouvernement conserve la responsabilité de la définition et de la mise en oeuvre de la politique à mener dans les différentes domaines d'intervention des A.A.I., il en est comptable devant le Parlement. Tout cela explique la *présence d'un commissaire du gouvernement* au sein de certaines d'entre elles. L'A.A.I. fonctionne sur la base de crédits votés par le Parlement et en s'appuyant sur une logistique constituée par les services de l'État. Le pouvoir réglementaire qu'elle exerce est en quelque sorte second par rapport à celui que la Constitution attribue au Premier ministre (article 21) et au Président de la République (article 13) ; et le Conseil constitutionnel a rappelé, dans sa décision du 18 septembre 1986, que les autorités de l'État ne sauraient être liées par les règles générales fixées par les A.A.I..

(54) A noter que "les collaborateurs du Médiateur sont nommés par celui-ci pour la durée de sa mission" (article 15, alinéa 3 de la loi).

(55) Le législateur n'a pas hésité à remplacer la Haute autorité de la communication audio-visuelle par la C.N.C.L., puis celle-ci par le C.S.A., et à supprimer carrément la Commission pour la transparence et le pluralisme de la presse.

En définitive, il ne semble pas, au moins jusqu'à présent, que le Législateur, à travers la création d'A.A.I., ait voulu consciemment porter atteinte au système administratif classique de la France, et, a fortiori, saper l'État unitaire. La décentralisation de l'administration territoriale a été réalisée au début des années 80, sans que ce dernier ait été franchement mis à mal. Il en est, à plus forte raison, de même de la création ponctuelle et occasionnelle de quelques A.A.I., alors que les liens qui les rattachent à l'État sont plus denses que ceux qui subsistent entre ce dernier et les collectivités territoriales.

C - La signification et la finalité des A.A.I.

La création des A.A.I. témoigne d'une certaine perméabilité du modèle administratif français *aux expériences étrangères*, perceptible depuis une vingtaine d'années ; les sources d'inspiration étant de préférence anglo-saxonnes, scandinaves et allemandes. Avec le Médiateur et la CNIL nous avons pratiquement affaire à des importations d'institutions (56).

Pour parvenir à concilier l'indépendance affirmée des A.A.I. et leur intégration à l'État, *une distinction est opérée entre l'État personne morale de droit public et le pouvoir politique exécutif*. La responsabilité de l'État à l'égard d'un domaine d'activités, nous explique-t-on, n'implique pas que la gestion de ce domaine soit placée sous la tutelle du gouvernement. Lors de l'institution de la "haute autorité de la communication audiovisuelle" (que la C.N.C.L. a remplacée, avant d'être remplacée à son tour par le C.S.A.), le ministre compétent à l'époque (en 1982), Georges Fillioud, a insisté sur ce point en ces termes : "Il est temps d'établir la différence entre responsabilité de l'État et tutelle du pouvoir exécutif. L'État a la responsabilité générale à l'égard des organismes de radio-télévision de service public, qui se situe au plan de l'éthique. Il n'est pas sain que cette responsabilité soit exercée par le pouvoir exécutif. Telle est la raison des institutions nouvelles proposées par le présent projet de loi" (57).

1) *La création d'A.A.I. est-elle l'indice d'un désengagement de l'État ?*
 A première vue, la réponse ne peut être que négative. Ces institutions font leur apparition dans des domaines extérieurs à la sphère traditionnelle d'intervention de l'État. Leur action a trait à des matières nouvelles, liées aux techniques les plus récentes (audio-visuelle, informatique). Le recours à ces A.A.I. présente cependant l'avantage de dissimuler une nouvelle avancée de l'État. En même temps il lui permet de tirer parti de la notoriété, du rayonnement et des compétences des personnalités qu'il place à la tête de ces institutions nouvelles. La logique qui est en oeuvre ici n'est d'ailleurs pas très différente de celle qui consiste à faire appel à des organismes de statut privé (associations de la loi de 1901, fondations, groupements d'intérêts économiques) pour prolonger l'action de l'État, des collectivités territoriales et des établissements publics (58).

Parallèlement à cela cependant s'accroissent les preuves qui autorisent à suspecter *le pouvoir politique de ne plus oser trancher lui-même les problèmes de société et de moralité les plus actuels*, comme ceux que posent les rapports entre les religions et l'État (cf. l'affaire du foulard islamique), l'application des découvertes les

(56) Cf. Michel Franc, "Le modèle français d'administration est-il encore attractif ?", in la revue "Commentaire", n° 53, printemps 1991, p. 60.

(57) Cf. l'exposé des motifs de la loi du 27 août 1982 à l'Assemblée nationale, J.O., document A.N. n° 754, cité par Paul Sabourin, op. cit., p. 278.

(58) Cf. "Les démembrements de l'administration", Recueil de notices : Droit et administration, n° 8, la Documentation française, Paris, 1988.

plus récentes de la science à la procréation et à la médecine, la réactualisation du concept de nationalité, les relations entre la police et les citoyens, etc. En amont, des questions qui normalement devraient être débattues au Parlement sont confiées à des comités d'éthique, commissions de sages, conseils de déontologie, etc.. Et en aval, des missions de service public sont remplies par des organismes au statut hybride, aux fonctions ambiguës, où les rôles sont confus, les responsabilités imprécises et sur les activités desquels l'État exerce un contrôle très imparfait, avec parfois des conséquences dramatiques -cf. l'affaire du sang contaminé avec le cas du C.N.T.S. (59)-.

2 - Les A.A.I. sont nées là où l'État est censé intervenir afin de remplir sa fonction de régulation, conformément à sa mission globale de défense de l'intérêt général et de protection des droits et libertés, mais où, en même temps, *on craint la partialité de l'Exécutif*. Cette création exprime le souci de dépolitiser l'action du pouvoir, là où précisément on la soupçonne de ne pas être objective -car non seulement la politique gouvernementale est l'expression de l'orientation d'une majorité bien précise, mais en outre elle n'est pas totalement immunisée contre les pressions que peuvent exercer sur elle les groupes d'intérêts particuliers divers-. Il est donc jugé plus prudent de retirer la prise de décision directe à des organismes subordonnés au gouvernement pour la remettre à un aréopage de personnalités "dignes de confiance", et munies d'un statut conçu pour garantir leur indépendance vis-à-vis des autorités politiques.

Et ce n'est pas un hasard si les A.A.I. ont été instituées là où sont en cause des libertés publiques, notamment la liberté de communication (60), de grands principes de régulation de l'économie, tels que la concurrence libre et loyale, ou encore les rapports entre l'Administration et les administrés. L'institution du Médiateur, qui a pour mission de remédier aux dysfonctionnements de l'Administration à l'avantage des administrés, n'est pas dissociable d'autres initiatives du Législateur, comme la création de la Commission d'accès aux documents administratifs (la C.A.D.A.), dont la finalité est d'accroître la transparence de l'action administrative. Cette obligation de transparence vaut aussi, et même d'abord, pour les A.A.I., comme le prouve le fait qu'elles soient tenues de motiver leurs actes.

3 - *Un certain nombre de griefs peuvent tout de même être formulés à l'encontre des A.A.I.* Tout d'abord, la diversité des fonctions qui leur sont attribuées est souvent telle qu'il est difficile de ne pas y découvrir *une nouvelle confusion des pouvoirs*. En effet, fréquemment une même autorité se voit confier à la fois des activités de délibération et de conseil, un pouvoir réglementaire, la faculté de prendre des mesures individuelles, celle de faire des actes matériels, et parfois même la possibilité de prononcer des sanctions (61), pour nous limiter aux fonctions les plus

(59) Sur cette question du sang contaminé, voir Denis Olivennes, "Les leçons d'une "affaire"" in la revue "Pouvoirs", n° 63, 1992, p. 117 et suivantes.

(60) Il ressort clairement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que la Haute autorité de la communication audio-visuelle, puis la C.N.C.L. et enfin le C.S.A., ont été institués d'abord pour préserver le pluralisme de la communication en général et de la presse en particulier. Cependant, un certain recul est perceptible au fil des années dans l'attitude du conseil. En effet, alors qu'il avait vu dans l'existence de la Haute autorité (décision n° 173 DC du 26 juillet 1984) puis dans celle de la C.N.C.L. (décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986) une garantie indispensable à la préservation de ce pluralisme, il n'a pas maintenu ce point de vue lors de la création du C.S.A. (décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989).

(61) C'est le cas, entre autres, du Conseil supérieur de l'audiovisuel. Le C.S.A. a la faculté de réprimer les manquements commis par le titulaire de l'autorisation pour l'exploitation d'un service de communication audiovisuelle aux obligations qui lui sont imposées par les textes législatifs et réglementaires et par les principes de la loi du 30 septembre 1986. La sanction peut consister en une suspension de l'autorisation, une réduction de sa durée, une sanction pécuniaire, ...

importantes. Nous retrouvons là les trois pouvoirs : législatif, exécutif et juridictionnel.

Ensuite, le reproche peut être adressé aux personnalités qui composent ces A.A.I., d'en profiter pour faire prévaloir leur propres conceptions philosophiques, lesquelles, a priori, n'ont pas plus de valeur que celles de quiconque. En d'autres termes, il n'est pas interdit de déplorer que la tutelle politique ne disparaisse que pour céder la place à une *magistrature morale non-fondée*. Nous retrouvons là, mutatis mutandis, la critique classique adressée au Conseil constitutionnel, qui consiste à lui faire grief d'exercer un contrôle en opportunité et se substituer sa propre appréciation à celle du Législateur -notamment lorsqu'il recourt à la technique de l'"erreur manifeste d'appréciation"-, alors qu'il est dépourvu de la légitimité démocratique de ce dernier.

Le principal problème que posent les A.A.I. a trait toutefois à *leur difficile légitimation*. Effectivement, si les différentes fonctions remplies par chacune de ces autorités sont passées en revue, il est sans doute aisé de démontrer de chacune d'elles, non seulement qu'elle présente, pour une raison ou une autre, une utilité quelconque, mais en outre que cette fonction n'est remplie par aucune autre institution (62). Cela étant admis, il reste à expliquer pourquoi cette fonction a besoin d'être retirée à "ceux qui ont en charge à un moment donné" la mission "de mettre en oeuvre les options politiques choisies par le peuple à l'occasion d'élections démocratiques" (63) pour être confiée à telle ou telle A.A.I., et ce qui, dans les propriétés de cette dernière, peut justifier cette attribution.

Les pouvoirs politiques bénéficient d'une double légitimité. La première, ils la tirent de la mission qu'ils remplissent, de la finalité de leur action, et la seconde, du mode recrutement de leurs titulaires respectifs ; celui-ci, le mode de recrutement, servant d'ailleurs de fondement à celle-là, la mission. Ainsi, le Parlement a vocation à exprimer en termes juridiques, à travers des lois, la volonté générale. Et il est habilité à le faire parce qu'il est composé des représentants de la nation ou du peuple. Dans le même sens, le gouvernement est chargé de gérer la collectivité au quotidien en adoptant des actes matériels essentiellement. Et il est fondé à jouer ce rôle car il est en permanence responsable politiquement devant la nation ou le peuple ou leurs élus (le Président de la République et les membres du Parlement). Quant aux tribunaux, ils remplissent la tâche éminente de rendre la justice, de trancher les litiges. Et ils s'acquittent de cette mission en appliquant la Constitution, les lois et autres normes juridiques. La légitimité des magistrats n'émane pas, à titre principal, de leur statut, ni de la procédure juridictionnelle, mais de l'autorité qui s'attache à la règle de droit dont ils assurent le respect.

Les A.A.I. peuvent extraire leur légitimité tout au plus des finalités qu'elles poursuivent respectivement à travers leurs activités. En revanche, le mode de recrutement de leurs membres ne saurait fournir une justification satisfaisante des missions qui leur sont confiées -une constatation du même ordre vaut également pour d'autres institutions, comme le Conseil constitutionnel-. Dans la même perspective, la référence à la règle de droit n'est d'aucun recours pour légitimer l'existence et l'action des A.A.I.. Si elles sont tenues, comme tout le monde, au respect de la loi, cette dernière n'est pas leur source d'inspiration principale. Elles

(62) Paul Legatte, pour sa part, s'est employé à mettre en évidence ce qui faisait l'originalité de l'action du Médiateur de la République par rapport à celle de l'Administration et des juridictions, en expliquant qu'il lui revenait de faire mieux coïncider la décision administrative avec l'évolution permanente de la société" et d'"atténuer les conséquences d'un trop grand décalage entre l'autorité de la règle de droit et les exigences nouvelles de la vie". Op. cit., p. 433.

(63) Paul Sabourin, op. cit., p. 276.

"jugent" en opportunité, éventuellement en équité, et non en légalité ; leurs décisions sont discrétionnaires.

*.*_.*.*

En tentant de rendre autonome la Banque de France, un établissement nationalisé en 1936, le Législateur a, au cours du printemps et de l'été 1993, voulu franchir une nouvelle étape dans le voie de l'"émancipation" de l'Administration. Il a essayé de soustraire à l'emprise du gouvernement un nouveau domaine d'activités étatiques, en l'occurrence la politique monétaire. Mais la logique à l'oeuvre ici n'était pas exactement identique à celle qui avait conduit à la création d'A.A.I. Si la faculté devait être reconnue à la Banque de France de gérer en toute autonomie le domaine monétaire, en même temps, un objectif précis et permanent lui était imposé, à savoir la stabilité de la monnaie. L'orientation était arrêtée, le cap était fixé ; et c'était précisément pour permettre à la Banque de France de conserver ce cap, par-delà les vicissitudes politiques, les changements de majorités, et l'évolution de l'opinion publique, qu'elle devait être en quelque sorte mise à l'écart, placée dans une sorte de *no man's land* apolitique, quasi intemporel. Cette logique applicable à la Banque de France au niveau national s'inspirait de celle prévue dans le Traité de Maastricht pour le système européen des banques centrales au niveau communautaire.

Nous sommes confrontés ici à une illustration d'une conception de la politique, en tant qu'art de gouverner les États, qui gagne du terrain depuis quelques temps, conception selon laquelle il existerait *des nécessités, telles que la stabilité monétaire*, que les pouvoirs politiques démocratiques ne seraient pas fondés à discuter, et qui s'imposeraient au peuple *souverain lui-même*, un peu comme des principes supra-constitutionnels ou des droits naturels.

Dans une optique voisine de cette dernière, d'aucuns estiment que la gestion de certains domaines, tels que la monnaie, est une affaire de spécialistes, et qu'il est plus judicieux de la confier à des gens de la profession, en s'assurant en même temps qu'ils ne seront pas dérangés par "les politiciens". Nous retrouvons là une approche déjà ancienne et bien connue, celle de la *"technocratie"*. Il n'est pas impossible non plus de déceler dans cette tentative de "décharger" l'Exécutif de missions jugées plutôt techniques et ingrates, le désir des pouvoirs politiques de se défaire une nouvelle fois, de se dérober à leurs responsabilités, justement dans des domaines où des mesures impopulaires sont à prendre, en en confiant la gestion à des institutions qui ne sont pas exposées à la pression directe de l'opinion publique. D'une certaine manière, c'est l'ensemble de la construction européenne qui obéit à cette logique. Pour échapper à la critique de leurs citoyens respectifs, les États membres de la Communauté, depuis des années, abandonnent aux instances communautaires les plus éloignées et les plus anonymes, comme la Commission, le traitement des problèmes les moins gratifiants ; et ils présentent à leurs opinions publiques tout ce qui vient de Bruxelles comme l'expression de la nécessité pure.

II - L'AUTONOMISATION DE LA BANQUE DE FRANCE

A - Une application du Traité de Maastricht

Le nouveau statut de la Banque de France, dont l'entrée en vigueur est prévue pour le 1er janvier 1994 au plus tard (cf. l'article 35 de la "Loi n° 93-980 du 4 août 1993 relative au statut de la Banque de France et à l'activité et au contrôle des

établissements de crédit" (64) a été conçu en application du Traité de Maastricht, dont l'article 109E, point 5, dispose que, "au cours de la deuxième phase" de la réalisation de l'Union économique et monétaire, "chaque État membre entame, le cas échéant, le processus conduisant à l'indépendance de sa banque centrale" -il ressort d'ailleurs de ces extraits que le Législateur français était en avance sur le calendrier arrêté dans le traité lui-même, qui fixe au premier janvier 1994 le commencement de la deuxième phase (cf. l'article 109E, point 1)-. L'autonomisation de la Banque de France n'est donc que la composante française du processus de mise en place du Système Européen des Banques Centrales (le SEBC), dont la pièce principale devrait être la Banque Centrale Européenne (la BCE).

1 - La logique du SEBC

Le Traité de Maastricht, dans son article 105, point 2, confie au SEBC, entre autres missions fondamentales, celle de "définir et de mettre en oeuvre la politique monétaire de la Communauté". Et c'est le conseil des gouverneurs de la BCE qui est chargé d'arrêter les orientations et de prendre les décisions nécessaires à l'accomplissement des missions du SEBC. La prééminence accordée à la BCE à l'intérieur du SEBC est aisée à comprendre. Dès l'instant où il existe une monnaie européenne unique, donc une masse monétaire commune à tous les États membres, le maintien de politiques monétaires nationales n'a plus grand sens, car elles sont devenues quasi inutiles et impossibles. Cependant, en application du principe de subsidiarité, les banques centrales nationales peuvent conserver des missions autres que celles qui sont attribuées au SEBC -Cela n'étant prévu que pour la fin du siècle-.

A côté de ce transfert de missions des banques centrales nationales à la BCE, une autre caractéristique essentielle du SEBC réside dans l'autonomie qui est reconnue par le traité aux institutions (et à leur personnel) chargées de la politique monétaire, autonomie à l'égard des instances politiques, qu'elles soient communautaires ou nationales. "Dans l'exercice des pouvoirs et l'accomplissement des missions et des devoirs qui leur sont conférés", énonce le traité, "ni la BCE, ni aucune banque centrale nationale, ni un membre quelconque de leurs organes de décision ne peut solliciter ni accepter des instructions des institutions ou organes communautaires, des Gouvernements des États membres ou de tout autre organisme" (article 107). Les dispositions ci-dessus n'autorisent cependant pas à parler d'indépendance car un objectif précis est imposé par le traité au SEBC : celui de "maintenir la stabilité des prix" (article 105, point 1). Il existe une autre limite à la liberté d'action de la BCE, relative aux modalités de recrutement des membres de son conseil des gouverneurs. Ils sont en effet nommés d'un commun accord par les gouvernements des États membres ..." (article 109A, point 2, b).

Ne revenons pas sur les critiques que cette "dépolitisation" de la politique monétaire a suscitées parmi les adversaires de la ratification du Traité de Maastricht (65) ; et bornons-nous à une simple remarque. Dans leur conception du SEBC et de la BCE, les négociateurs du Traité de Maastricht, dit-on, se seraient inspirés de l'"indépendance de la Bundesbank (la banque fédérale allemande)". Or, objecte justement Jean Petot, "l'analogie est faussée par l'écart des situations entre la République fédérale d'Allemagne et la C.E.. ... La "Bundesbank" est adossée à une seule nation, soudée par le sentiment de ses intérêts communs, ... , à un régime

(64) "Loi n° 93-980 du 4 août 1993 relative au statut de la Banque de France et à l'activité et au contrôle des établissements de crédit", Journal Officiel de la République Française, 6 août 1993, p. 11047.

(65) Cf. Patrice Collas, "Le Traité de Maastricht et la souveraineté nationale", in "Revue politique et parlementaire", 1992, juillet/août, p. 14 et suivantes.

démocratique, donc à un gouvernement responsable. ... Quant au SEBC et à la BCE, ces institutions sont érigées dans le vide étatique européen au-dessus de douze nations, d'autant d'États demeurés profondément différents entre eux, et de gouvernements dont les problèmes et les orientations varient en conséquence" (66).

Deux composantes essentielles du nouveau statut de la Banque de France concocté par les parlementaires entre avril et juillet 1993, découlaient des exigences contenues dans le Traité de Maastricht : son autonomie *vis-à-vis du pouvoir politique et ses missions*. Sur ces deux points le texte de la loi fixant ce nouveau statut s'inspirait des passages correspondants du traité. Notamment, la définition qu'il contenait des missions fondamentales de la Banque de France était décalquée du rôle qui est prévu pour la BCE au sein de l'Union économique et monétaire (67). Autrement dit, des prescriptions de politique économique contenues dans le traité étaient directement transcrites dans le nouveau statut de la Banque de France.

2 - Un statut mis en harmonie avec les intérêts financiers du pays

Lors du débat parlementaire qui a précédé l'adoption législative du nouveau statut de la Banque de France, les orateurs ont exposé les avantages que ce dernier pouvait présenter pour la politique monétaire du pays, indépendamment même de ce qu'exigeait le Traité de Maastricht. Le gouverneur de la Banque de France à l'époque, Jacques de Larosière, a souligné que "le statut de banque centrale indépendante donne à la politique de stabilité monétaire une crédibilité et un gage de permanence accrus" (68). Dans le même sens, le ministre de l'économie, Edmond Alphandéry, a fait remarquer que, sur trente ans, les pays qui avaient conduit une politique monétaire indépendante avaient obtenu de meilleurs résultats que les autres dans la lutte contre l'inflation (69). D'autres ont estimé que "les investisseurs étrangers" étaient "favorablement influencés par le fait que la politique monétaire interne ne soit pas assujettie au pouvoir politique" (70). Plus fondamentalement encore il a été expliqué que, pour les milieux financiers, "ni la défense de la monnaie ni la sauvegarde d'un système bancaire ne s'accommod[aient] d'un assujettissement permanent aux comportements des administrations" (71).

B - Une difficile identification juridique

1 - L'historique de la Banque de France

De l'aveu même des parlementaires, *il est difficile de classer la Banque de France dans une catégorie juridique précise* (72). Elle est née en tant que personne morale de droit privé dotée toutefois de prérogatives de puissance publique pour

(66) Jean Petot, "L'Europe, la France et son Président", in "Revue du Droit public", 1993, n° 2, p. 339 et suivantes.

(67) Cf. "Rapport fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, relatif au statut de la Banque de France ..." par M. Jean Arthuis, N° 388, Sénat, seconde session ordinaire de 1992-1993, Annexe au procès-verbal de la séance du 23 juin 1993, p. 23 et 24.

(68) Cf. "Avis présenté au nom de la commission des Lois constitutionnelles, ... sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale ... relatif au statut de la Banque de France ..." par M. Pierre Fauchon, N° 382, Sénat, seconde session ordinaire de 1992-1993, Annexe au procès verbal de la séance du 23 juin 1993, p. 21.

(69) Cf. "Bulletin de l'Assemblée nationale, n° 5 du 18 mai 1993, p. 19.

(70) Cf. "Avis présenté ...", par M. Pierre Fauchon, N° 382, Sénat, op. cit., p. 25.

(71) Cf. "Avis présenté ...", par M. Pierre Fauchon, N° 382, Sénat, op. cit., p. 25.

(72) Cf. "Rapport fait ...", par M. Jean Arthuis, N° 388, Sénat, op. cit., p. 10.

l'exercice de missions de service public, créée le 28 nivôse an VIII (18 janvier 1800) par Napoléon Bonaparte, Premier consul. Au départ, seuls les 200 plus forts actionnaires constituaient l'Assemblée générale, qui désignait les quinze Régents composant le Conseil général chargé d'administrer la banque, par l'intermédiaire d'un Comité central de trois membres élus par lui. La loi du 22 avril 1806 remplaça le Comité central par un gouverneur assisté de deux sous-gouverneurs. Les lois du 24 juillet 1936 et du 2 décembre 1945 ont retiré aux intérêts privés tout part dans la gestion de cet Institut d'Émission. Et le 1er janvier 1946, le capital de la Banque a été transféré à l'État (73).

La qualification de "société anonyme", qui avait été retenue en 1936, fut rejetée par la loi du 3 janvier 1973 eu égard à ce que son capital n'est pas divisé, qu'elle n'a rien d'anonyme et que son activité ne tend pas à la réalisation de bénéfices distribuables. Le législateur a alors opté pour la formule d'"institution", afin de souligner le caractère sui generis de la Banque de France. Ce terme a été retenu par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 83-167 DC du 19 janvier 1984, sur la loi relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, où il a considéré que "la Banque de France était un institut d'émission exerçant des prérogatives de puissance publique et pour ce motif dépendant étroitement de l'État (74).

2 - Le nouveau statut envisagé

Dans l'exposé des motifs accompagnant le projet de loi du printemps et de l'été 1993, la nouvelle Banque de France a été présentée comme "une autorité indépendante" (75). Cependant, vu qu'elle devait demeurer une personne morale (76), *il ne pouvait s'agir d'une "autorité administrative indépendante"* car les A.A.I., nous l'avons vu, sont dépourvues de la personnalité juridique du fait de leur intégration à l'État. Elle devait conserver son parc immobilier ainsi que sa faculté de signer des conventions avec d'autres personnes morales, notamment l'État. Il est toutefois une caractéristique de la Banque de France -signalée par M. Valéry Giscard d'Estaing dès 1972 (77) et confirmée par la loi adoptée par les parlementaires en juillet 1993- qui l'apparente aux A.A.I., c'est le fait qu'elle existe en fonction d'une mission. Mais comme "les opérations de la Banque de France ... sont régies par la législation civile et commerciale", elle doit être rangée parmi *les personnes morales de droit privé*. Ces dispositions de l'article 29 du statut de 1973 ont été reprises, dans la loi de 1993 (article 21) (78).

Cependant, *de nombreux traits de la Banque de France la rattachent à l'État*, en commençant par le fait que son capital appartienne à ce dernier. Alors que la loi de 1973, à son article 1er, mentionnait une simple appartenance de ce capital de la banque à l'État, le projet de loi déposé le 28 avril 1993, en disposant, dans son article 6, que "la Banque de France" devait être une "institution dont le capital" était "détenu directement par l'État", entendait exclure tout intermédiaire entre l'État et la Banque (79).

(73) Cf. : "Rapport fait ...", par M. Jean Arthuis, N° 388, Sénat, op. cit., p. 10, puis p. 82 et 83.

(74) Cf. : "Rapport fait ...", par M. Jean Arthuis, N° 388, Sénat, op. cit., p. 26, p. 84 et p. 128.

(75) Cf. : "B.A.N.", n° 5 du 18 mai 1993, p. 5.

(76) Il est à noter que la loi promulguée le 4 août 1993 ne vise pas à créer une nouvelle personne morale mais entend simplement modifier le statut de celle qui existe déjà.

(77) Cf. : "Rapport fait ...", par M. Jean Arthuis, N° 388, Sénat, op. cit., p. 84.

(78) Cf. : "Loi n° 93-980 du 4 août 1993 ...", op. cit., p. 11049.

(79) Cf. : "Projet de loi relatif au statut de la Banque de France ...", N° 158, Assemblée nationale, op. cit., p. 15.

A noter que dans le texte élaboré par la commission mixte paritaire l'adverbe "directement" ne figurait plus.

L'objet initial de la loi de 1993, dans le domaine de la politique monétaire, était de substituer au rôle de conseiller et d'exécutant, que jouait jusque-là la Banque de France, un rôle de décideur exclusif. C'est pourquoi le texte adopté par les parlementaires conférait à son "Conseil de la politique monétaire" la mission de définir cette politique. Le Conseil constitutionnel s'est certes opposé à cette attribution ; cependant il a laissé à cet organe les prérogatives de puissance publique, notamment le pouvoir réglementaire, qui l'accompagnaient, telle que la faculté de définir les opérations auxquelles procède la Banque et celle de définir les obligations que la politique monétaire peut conduire à imposer aux établissements de crédit (cf. l'article 7, alinéas 2 et 3) (80). Cette loi de 1993 fait donc bien de la Banque de France, une "autorité" (au sens donné à ce terme dans l'Administration).

Cette Institution conserve sa *nature* parfaitement hybride dans la nouvelle législation ; elle y est même accentuée. Cette nature saute aux yeux lorsqu'est posée la question de savoir quelle juridiction serait compétente pour trancher le contentieux que ses actes pourraient déclencher. D'abord, nous y avons déjà fait allusion, l'ensemble des opérations de la Banque, qu'elles soient décidées par le Conseil de la politique monétaire ou par le Conseil général, doit être soumis, comme auparavant, à la législation commerciale, mais aussi, ce qui est nouveau, à la législation civile -il importe en effet, a-t-on estimé, de tenir compte du fait que certains clients de la Banque n'ont pas la qualité de commerçants- elle doit donc pouvoir être assignée aussi bien devant les juridictions civiles que les juridictions commerciales. Ensuite, le parc immobilier dont dispose la Banque peut donner lieu à des litiges relevant de la législation des baux civils, dont ont à connaître à nouveau les tribunaux civils (81).

En revanche, il se dégage de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (cf. sa décision n° 83-167 DC du 19 janvier 1984) et de la teneur de la nouvelle loi elle-même, que *les tribunaux administratifs* sont compétents pour apprécier la régularité des règlements et des décisions prises par le Conseil de la politique monétaire fondant les modalités de gestion des instruments qu'il met à la disposition des agents sur le marché ; l'édition de tels actes correspondant en effet à l'exercice d'une prérogative de puissance publique et s'inscrivant dans le cadre des missions de service public confiées à la Banque (82). La "juridiction administrative" doit en outre avoir à connaître "des litiges se rapportant à l'administration intérieure de la Banque de France ou opposant celle-ci aux membres du Conseil de la politique monétaire, aux membres du Conseil général ou à ses agents" (cf. l'article 22) (83).

C - Des pouvoirs encadrés

1 - L'article premier, alinéa 1, de la loi adoptée par les parlementaires en juillet 1993 décrivait en peu de mots à la fois *la mission de la Banque de France et sa position vis-à-vis du gouvernement* : "La Banque de France définit et met en oeuvre la politique monétaire dans le but d'assurer la stabilité des prix. Elle accomplit sa mission dans le cadre de la politique générale du Gouvernement" (84).

Cf. : "Rapport fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi relatif au statut de la Banque de France ...", par M. Philippe Auberger, député, et par M. Jean Arthuis, sénateur, N° 452, Assemblée nationale et N° 408, Sénat, 6 juillet 1993, p. 22.

(80) Cf. : "Loi n° 93-980 du 4 août 1993 ...", op. cit., p. 11047.

(81) Cf. : "Avis Présenté ...", par P. Fauchon, N° 382, Sénat, op. cit., p. 34.

(82) Cf. : "Rapport fait ...", par J. Arthuis, N° 388, Sénat, op. cit., p. 128.

(83) "Loi n° 93-980 du 4 août 1993 ...", op. cit., p. 11049.

(84) "Rapport fait par la commission mixte paritaire ...", par M. P. Auberger et par M. J. Arthuis, op. cit., p. 21.

Lors du débat auquel le texte déposé par le Gouvernement a donné lieu devant l'Assemblée nationale, Patrick Devedjian, tout en remarquant que les termes "définir" et "dans le cadre" pouvaient sembler contradictoires, a constaté que le projet de loi ne parlait ni d'indépendance, ni d'autonomie, contrairement à ce qui était prévu dans le Traité de Maastricht. Et le ministre responsable, Edmond Alphandéry, a expliqué que le gouvernement avait voulu garantir une indépendance suffisante à la Banque de France tout en ne méconnaissant pas les prérogatives gouvernementales inscrites dans l'article 20 de la Constitution ; ajoutant qu'une modification rédactionnelle de l'article 1er de la loi serait rendue nécessaire par l'application de la troisième phase de l'union économique et monétaire, au plus tard en 1999 (85).

La mission de définir et mettre en oeuvre la politique monétaire devait donc être retirée au Gouvernement et confiée à la Banque de France. Cependant cette dernière aurait agi pour le compte de l'État, et son action aurait été encadrée de deux manières. D'abord, un objectif intangible lui aurait été imposé, la stabilité des prix. Ensuite, la politique monétaire arrêtée par elle aurait dû néanmoins s'inscrire dans le cadre de la politique économique générale du gouvernement. Rien ne garantit toutefois que la satisfaction simultanée de ces deux exigences eût toujours été possible. Si la Banque de France avait fourni la preuve que la politique du gouvernement générerait inévitablement l'inflation, il aurait alors été possible pour elle d'ignorer en tout légitimité le cadre tracé par cette politique gouvernementale. Et l'obligation de maintenir les prix stables, à laquelle elle aurait été assujettie par le Législateur, serait alors devenue pour elle une arme dans sa lutte d'émancipation vis-à-vis du Gouvernement.

De ces différentes dispositions, seules ont échappé à la censure du Conseil constitutionnel celles établissant que la Banque de France met en oeuvre la politique monétaire et qu'elle accomplit sa mission dans le cadre de la politique économique générale du Gouvernement.

2 - Les facteurs d'autonomie

"Dans l'exercice de ces attributions, la Banque de France ... ne peut ni solliciter ni accepter d'instructions du Gouvernement ou de toute personne", énonçait le second alinéa de l'article premier de la nouvelle loi (86). Cette disposition était manifestement inspirée de l'article 107 (cité supra) du Traité de Maastricht.

Le transfert de la politique monétaire, du Gouvernement à la Banque de France, doublé du fait que celle-ci ne soit plus placée sous l'autorité directe de celle-ci, a été l'objet de *critiques lors du débat parlementaire*. Les adversaires de ces dispositions ont estimé qu'elles portaient atteinte à la souveraineté nationale et étaient contraires à la Constitution. Il leur a été objecté que le dessaisissement du Gouvernement ne devait pas se faire au profit d'un organe supranational mais à celui d'une institution nationale indépendante, que l'exercice de la politique monétaire resterait donc une affaire intérieure à la nation et que seules devaient changer les conditions de cet exercice (87). Il n'en demeurait pas moins qu'une Banque de France devenue autonome aurait pu être tentée par un certain "autisme monétaire".

C'est sans doute pour écarter ce danger que *le Conseil constitutionnel a jugé préférable de censurer également ce second alinéa* (88). Pour prévenir une possible déviation "technocratique" de la Banque de France, députés et sénateurs ont, au cours

(85) Cf. : "B.A.N.", n° 5 du 18 mai 1993, p. 20.

(86) "Rapport fait au nom de la commission mixte paritaire ...", par M. P. Auberger et par M. J. Arthuis, op. cit., p. 21.

(87) Cf. : "Avis présenté par ..." P. Fauchon, N° 382, Sénat, op. cit., p. 17 et 18.

(88) Cf. : "Loi n° 93-980 du 4 août 1993 ...", op. cit., p. 11047.

du débat parlementaire, préconisé qu'un dialogue soutenu puisse se poursuivre entre cette Institution et le gouvernement. Les conditions déjà existantes d'un tel dialogue ont été maintenues par la loi du 4 août 1993 et renforcées par de nouvelles dispositions allant dans le même sens (cf. infra).

Un facteur ordinairement considéré comme décisif de l'autonomie de la Banque de France réside dans *le statut que la nouvelle loi réserve aux membres de ses instances dirigeantes* : le Conseil de la politique monétaire et le Conseil général -leurs compositions respectives étant d'ailleurs quasi-identiques, vu que le second comprend les membres du premier auxquels s'ajoute un représentant des salariés de la Banque de France-. Le mode de recrutement des membres du Conseil de la politique monétaire, prévu par la loi du 4 août 1993, n'a rien de bien original par rapport aux solutions retenues dans les autres pays ; et il combine des techniques déjà utilisées en France pour recruter notamment le personnel dirigeant des A.A.I.. Les six membres, outre le gouverneur et les deux sous-gouverneurs, composant le Conseil de la politique monétaire sont nommés par décret en Conseil des ministres, pour une durée de neuf ans, choisis sur une liste comprenant un nombre de noms triple de celui des membres à désigner, établie d'un commun accord, ou à défaut à parts égales, par le président du Sénat, le président de l'Assemblée nationale et le président du Conseil économique et social. Cette liste est dressée en fonction de la compétence et de l'expérience professionnelle des membres à désigner dans les domaines monétaire, financier ou économique (cf. l'article 8, alinéas 2 et 3) (89).

La nomination par décret en Conseil des ministres, facteur de dépendance envers le gouvernement, se trouve dans une large mesure contrebalancée par le fait que les autorités de proposition, chargées de dresser la liste, soient distinctes de l'Exécutif et indépendantes les unes des autres -bien qu'elles ne soient pas extérieures au pouvoir politique et que le fait majoritaire, souvent présent, puisse neutraliser en grande partie cette disposition-. Quant aux conditions classiques de compétence et d'expérience professionnelle, si elles constituent bien un facteur d'indépendance à l'égard de l'Exécutif, elles accentuent en revanche le risque "technocratique".

Le renouvellement par tiers tous les trois ans des six membres du Conseil de la politique monétaire (cf. l'article 8, alinéa 4) -une procédure de nature e. a. à rendre inopérant le fait majoritaire lorsque l'alternance est suffisamment fréquente-, la longueur du mandat de ces membres, le fait que ce mandat soit non renouvelable (alinéa 6) et quasi-irrévocable (cf. l'article 10, alinéa 2), celui que les fonctions des membres de cet organe, comme celles du gouverneur et des sous-gouverneurs, soient exclusives de toute autre activité professionnelle publique ou privée, rémunérée ou non, et de tout mandat électif (alinéa 3) -afin d'éviter qu'ils puissent se trouver à l'intersection d'intérêts contradictoires-, tout cela devrait concourir à l'indépendance des instances dirigeantes de la Banque de France. Il en va de même d'une série d'autres dispositions de la loi du 4 août 1993 : ainsi, la perception d'un traitement qui doit se poursuivre après que les fonctions ont cessé, pendant trois ans pour le gouverneur et les deux sous-gouverneurs, et un an pour les membres (alinéa 4), le secret professionnel auquel chacun est tenu "dans les conditions prévues par l'article 378 du code pénal" (alinéa 1), la collégialité de la prise de décision au sein du Conseil de la politique monétaire et du Conseil général, etc. (90).

(89) Cf. : "Loi n° 93-980 du 4 août 1993, ..." , op. cit., p. 11048.

(90) Cf. : "Loi n° 93-980 du 4 août 1993 ..." , op. cit., p. 11048.

3 - Les liens avec le pouvoir politique

Le Législateur lui-même n'a pas songé à couper tous les ponts entre la Banque de France et le gouvernement et à rendre celle-là complètement indépendante de celui-ci. La loi du 4 août 1993 dispose en effet qu'un censeur, ou son suppléant, nommés par le ministre de l'économie et des finances, assiste aux séances du Conseil général, l'organe chargé d'administrer la Banque. En tant que représentant de l'unique propriétaire du capital, ce censeur ou son suppléant peut soumettre des propositions de décision à la délibération du Conseil. De plus, il possède un droit de veto ; les décisions adoptées par cet organe étant "définitives, à moins que le censeur ou son suppléant n'y ait fait opposition" (cf. l'article 12, alinéas 5 et 6). Ces dispositions n'ont cependant rien de nouveau ; elles figuraient déjà à l'article 13 de la loi du 3 janvier 1973. En ce qui concerne le Conseil de la politique monétaire, l'organe créé par la loi de 1993, celle-ci énonce que le Premier ministre et le ministre de l'économie et des finances peuvent participer sans voix délibérative à ses séances et qu'ils peuvent soumettre toute proposition de décision à sa délibération (cf. l'article 9, alinéa 3) (91).

Le gouvernement exerce sa tutelle sur la Banque de France aussi sous un autre angle, vu que les statuts du personnel de cet établissement, dont délibère le Conseil général, doivent être "présentés à l'agrément des ministres compétents par le gouverneur ..." (cf. l'article 11, alinéa 3) (92). Cette disposition, elle aussi, était déjà contenue dans la loi de 1973.

Aux obligations de la Banque de France à l'égard du gouvernement la nouvelle loi ajoute *des servitudes envers le Président de la République et le Parlement.* Le gouverneur doit adresser à l'un et à l'autre, "au moins une fois par mois, un rapport sur les opérations de la Banque, la politique monétaire et ses perspectives". En outre, il peut être "entendu, sur leur demande, par les commissions des finances des deux assemblées et peut demander à être entendu par elles" (cf. l'article 19, alinéas 1 et 2) -Si le Conseil constitutionnel ne s'était pas opposé à ce que la Banque de France "définisse la politique monétaire" "dans le but d'assurer la stabilité des prix", cette possibilité de s'adresser aux représentants du peuple aurait pu revêtir une importance décisive dans l'hypothèse d'un conflit entre la Banque et le gouvernement, en particulier s'il était apparu au Gouverneur que la politique gouvernementale était de nature à porter atteinte à la stabilité du franc-. Enfin, "les comptes de la Banque de France ainsi que le rapport des commissaires aux comptes" doivent être transmis aux commissions des finances de l'Assemblée nationale et du Sénat" (alinéa 3) (93).

..*

Par bien des aspects, les rapports anciens et nouveaux que le Législateur de 1993 a maintenus ou établis ou tenter d'établir entre la Banque de France et le pouvoir politique, ne sont pas sans rappeler ceux qui existent entre ce dernier et les A.A.I.. Une constatation analogue s'impose à propos du statut du personnel dirigeant de la Banque de France et de celui des A.A.I.. Manifestement, dans l'esprit du Législateur, les différences s'estompent entre les organismes dotés d'une personnalité morale et ceux qui en sont dépourvus, entre ceux qui relèvent à titre principal du droit privé et ceux qui appartiennent au secteur public, etc..

(91) Ibid.

(92) Ibid.

(93) Cf. : "Loi n° 93-980 du 4 août 1993 ...", op. cit., p. 11049.

D - Une réforme tronquée par le Conseil constitutionnel

Mise en parallèle avec ses décisions portant sur les lois créatrices des A.A.I. d'un côté et ses décisions concernant le Traité de Maastricht de l'autre côté, la décision du Conseil constitutionnel n° 93-324 DC du 3 août 1993 ayant trait à la "loi relative au statut de la Banque de France et à l'activité et au contrôle des établissements de crédit", traduit *une continuité incontestable de sa jurisprudence*.

1) Dans sa décision du 9 avril 1992, sa première décision sur le Traité de Maastricht, et dans sa décision du 3 août 1993 sur la loi relative au statut de la Banque de France, le Conseil constitutionnel a censuré des dispositions opérant *des transferts de compétences* -transferts d'un État membre au profit des instances communautaires là, et transferts du Gouvernement au bénéfice de la Banque de France ici-. Cependant, dans chacune de ces deux décisions il ne se prononce pas sur le principe de ces transferts, il ne s'exprime pas sur le fond de la question. Ce qui le préoccupe ce sont les contradictions qui existent entre le texte qui lui est soumis et la Constitution dans ses dispositions applicables au moment de l'entrée en vigueur de celui-là.

Dans sa première décision sur le Traité de Maastricht, le Conseil constitutionnel avait déclaré contraires à la Constitution une série de dispositions car leur application se serait traduite par "la mise en oeuvre d'une politique monétaire et d'une politique de change uniques suivant des modalités telles qu'un État membre" se serait trouvé "privé de compétences propres dans un domaine où sont en cause les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale" (94). Mais dans sa deuxième décision, celle du 2 septembre 1992, il a considéré que l'introduction, entre-temps, dans la Constitution, par la loi constitutionnelle du 25 juin 1992, d'un nouvel article 88-2 qui constitutionnalisait les transferts de compétences nécessaires à l'établissement de l'Union économique et monétaire européenne, levait tout obstacle constitutionnel à la ratification du traité, bien que le contenu de ce document n'ait été en rien modifié (95).

Il ressort de la teneur même du nouvel article 88 de la Constitution de 1958, qu'il ne constitutionnalise que les transferts de compétences ayant lieu en application du Traité de Maastricht, donc après l'entrée en vigueur de ce document (96). Avant cette entrée en vigueur ledit article ne s'applique pas. Par conséquent, en attendant qu'elle intervienne, le Conseil constitutionnel, lorsqu'il vérifie la conformité d'une loi quelconque à la Constitution, se réfère encore au texte de celle-ci avant sa révision du 25 juin 1992. Dans sa décision du 3 août 1993, il était difficile au conseil de ne pas censurer les dispositions de la loi de juillet 1993 relative au statut de la Banque de France, qui s'inspiraient directement des dispositions du Traité de Maastricht, qu'il avait déjà censurées dans sa décision du 9 avril 1992, puisque pas plus les premières que les secondes n'étaient "immunisées" par le nouvel article 88 de la Constitution.

Le Conseil constitutionnel a décidé que les termes suivants de l'article 1er, alinéa 1, de la loi de juillet 1993 relative au statut de la Banque de France : "La Banque de France définit la politique monétaire dans le but de la stabilité des prix", ainsi que les termes suivants de l'article 7, alinéa 1 : "Le Conseil de la politique

(94) "Décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992 - Traité sur l'Union européenne, 42e considérant, dans le J. O. du 11 avril 1992, p. 5357.

(95) Cf. : "Décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992 - Traité sur l'Union européenne", 35e considérant, dans le J. O. du 3 septembre 1992, p. 12097.

(96) La formule : "selon les modalités prévues par le Traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992", qui apparaît aux alinéas 2 et 3 de cet article, écarte toute ambiguïté à ce sujet.

monétaire est chargé de définir la politique monétaire", étaient contraires à la Constitution, parce qu'ils méconnaissaient les compétences que les articles 20 et 21 de ce document attribuent respectivement au Gouvernement, de déterminer et de conduire la politique de la nation, et au Premier ministre, de diriger l'action du Gouvernement, "considérant que la définition de la politique monétaire est un élément essentiel et indissociable de la politique économique générale" (97).

La Haute juridiction a certes reconnu que, toujours d'après l'article 1er, alinéa 1, la Banque de France "accomplit sa mission dans le cadre de la politique générale du gouvernement"; cependant elle a estimé que cette disposition pouvait "être rendue inefficace par les prescriptions du deuxième alinéa de ce même article". Cet alinéa énonce en effet que, "dans l'exercice de ces attributions, la Banque de France, ..., ne peut ni solliciter ni accepter d'instructions du Gouvernement ou de toute personne" (98). Il est d'ailleurs curieux que le Conseil constitutionnel n'ait pas censuré aussi cette dernière disposition alors qu'elle n'est qu'une transposition de l'article 107 du Traité de Maastricht, qu'il avait déclaré contraire à la Constitution dans sa décision du 9 avril 1992.

2 - Une partie seulement des dispositions de la loi déferées par les auteurs de la saisine ont été déclarées contraires à la Constitution, celles que nous venons de voir ; les autres n'ont pas été censurées par le Conseil constitutionnel. Cette attitude n'a rien d'étonnant en ce sens qu'elle est conforme à sa jurisprudence relative aux A.A.I..

A propos des compétences réglementaires que la loi, dans son article 7, alinéas 3 et 4, reconnaît au Conseil de la politique monétaire, le Conseil constitutionnel explique que si les dispositions constitutionnelles "ne font pas obstacle à ce que le Législateur confie à une autorité de l'État autre que le Premier ministre le soin de fixer des normes permettant de mettre en oeuvre une loi, c'est à la condition que cette habilitation ne concerne que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu" (99). Ce faisant il reprend mot à mot une formule déjà employée dans sa décision n° 89-247 DC du 17 janvier 1989 (citée supra dans le chapitre consacré aux A.A.I.). Et comme il estime que l'habilitation donnée au Conseil de la politique monétaire par cet article 7 "ne concerne que des mesures circonscrites tant par leur champ d'application que par leur contenu" (100), il ne s'y oppose pas.

Il n'est donc pas surprenant non plus que le Conseil constitutionnel ne censure pas les garanties d'indépendance accordées par la loi aux membres du Conseil de la politique monétaire dans l'exercice de leurs fonctions (101), car elles sont pratiquement identiques à celles reconnues depuis longtemps par le Législateur, et acceptées par le Conseil constitutionnel, aux A.A.I.. Dans le même sens, le fait que l'ensemble des décisions prises par la Banque de France dans l'exercice de ses missions ne soit pas soustrait par le Législateur à l'exercice éventuel de recours juridictionnels, avec l'approbation de la Haute juridiction (102), *inscrit cette Institution (la Banque de France) dans le droit commun aux A.A.I.* (au moins sous cet angle).

(97) Cf. : "Décision n° 93-324 DC du 3 août 1993 - Loi relative au statut de la Banque de France ...", 7e, 8e, 9e et 10e considérants, in : "Journal Officiel de la République Française", du 5 août 1993, p. 11015.

(98) Cf. : "Décision n° 93-324 DC du 3 août 1993 ...", 10e considérant, op. cit., p. 11015.

(99) Cf. : "Décision n° 93-324 DC du 3 août 1993 ...", 14e considérant, op. cit., p. 11016.

(100) Cf. : "Décision n° 93-324 DC du 3 août 1993 ...", 15e considérant, op. cit., p. 11016.

(101) Cf. : "Décision n° 93-324 DC du 3 août 1993 ...", 18e considérant, op. cit., p. 11016.

(102) Cf. : "Décision n° 93-324 DC du 3 août 1993 ...", 15e considérant, op. cit., p. 11016.

Dans sa version actuelle (reproduite au Journal Officiel du 6 août 1993), c'est-à-dire après les amputations quantitativement limitées mais qualitativement déterminantes que lui a fait subir le Conseil constitutionnel dans sa décision du 3 août 1993, la loi fixant le nouveau statut de la Banque de France s'inscrit dans le sillage tracé notamment par les lois créatrices des différentes A.A.I. qui existent déjà. Cependant, un degré supplémentaire pourrait être atteint dans le processus d'"émancipation" de l'Administration si le Législateur, prenant acte du fait que le Traité de Maastricht est en vigueur depuis le 1er novembre 1993, prenait l'initiative de réintroduire dans la loi les dispositions censurées par le Conseil constitutionnel.

BALZAC PATRIMONIOGRAPHE : LE CONTRAT DE MARIAGE OU LE PRIX DE L'APPRENTISSAGE JURIDIQUE

Par

Anne ENSMINGER
*Chargée de Recherche au C.N.R.S. -
École Normale Supérieure de Fontenay-Saint-Cloud*

"Le mariage étant, de toutes les actions humaines,
celle qui intéresse le plus la société"
MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois*, XXVI, 14

1. PERSPECTIVES SUR LE CONTRAT DE MARIAGE

- 1.1. Un récit, une société**
 - 1.1.1. *Grosses valeurs, petite pièce*
 - 1.1.2. *Du groupe et de l'ordre : un problème des partis*
- 1.2. Un Droit, un montage**
 - 1.2.1. *Contexte institutionnel*
 - 1.2.2. *Tissage pratique*

2. LE CONTRAT DE MARIAGE EN PERSPECTIVE

- 2.1. Sous le contrat, le constat**
 - 2.1.1. *Ni plaisir de chair, ni mal d'enfant*
 - 2.1.2. *Bijoux distraits, bijou discret*
- 2.2. Jurisgraphie balzacienne**
 - 2.2.1. *Le Code civil en examen*
 - 2.2.2. *Un juridisme recalé*

INTRODUCTION

Le problème de la compétence juridique est le premier, et peut-être le seul terrain commun aux juristes et aux non-juristes ; entendons par là que la question globale de la compétence sera pareillement comprise des uns et des autres - grâce à quoi les non-juristes peuvent devenir juristes, et les juristes que les non-juristes sont devenus, s'adresser aux non-juristes authentiques, savoir ceux qui n'auront ni l'envie ni le temps de rejoindre la cohorte des initiés ou des experts. Ainsi, la compétence juridique est-elle un thème que le fonctionnement même du Droit dans la société, et de la société grâce au Droit - entre autres - voue à une sorte d'irrésolution prometteuse. Si l'on imagine un instant que puissent être juxtaposés un groupe majoritaire d'incompétents radicaux et un autre, minoritaire forcément, de compétents absolus, il devient bien malaisé de se figurer les conditions de leur dialogue, sauf à faire du Droit un savoir de sanctuaire, et à verser très vite dans une fiction borgésienne. Il faut donc bien admettre que la compétence juridique soit graduée, continuée, réévaluable et discutée ; il faut aussi, parallèlement à de claires notions sur ce que doit être un esprit averti et fiable, accepter l'existence fructueuse des demi-habiles : traduirait-on jamais si l'on ne trahissait rien ?

La gradation de fait, la demi-habilité nécessaire, la qualification inéluctablement progressive posent, chacune à sa façon, la même question d'épistémologie génétique rapportée au Droit. Question fort ancienne, du reste, et que les problématiques d'école tendent à présenter sous deux faces, selon qu'elles se rangent sous la bannière du Droit - et alors, le fait s'échappe - ou sous l'étendard du fait - et alors, c'est le Droit qu'on ne justifie plus. Entre les "dogmaticiens" et les "sociologues", se creuse un fossé où finalement sombre la vraie question du "devenir-juriste", au profit de spéculations toujours hasardeuses sur les fonctions ou l'essence du Droit. On accordera sans difficulté que le "devenir-juriste" ne peut être ignoré par un discours de la science juridique destiné à autre chose qu'à se justifier lui-même en prétendant justifier le Droit ; sauf à se contenter de perfectionner un mécanisme par goût du système, on sera conduit à faire effort pour saisir les premières complicités entre le savoir et l'oui-dire, sans mépris pour les quiproquos, les "certitudes-se-faisant", les approximations et, en un mot, pour les ajustements. Le "devenir-juriste" n'est pas séparable de la pédagogie : or celle-ci ne commence pas à l'Université, et le Droit est un objet de souci trop répandu, trop constant, pour que la quotidienneté du monde comme il va n'en véhicule pas quelques bribes, sans doute insusceptibles de constituer une science, mais déjà propices à la répudiation de l'ignorance totale. Une vieille expression française utilise à point pour cela le verbe "frotter", d'où l'on induit les idées d'abord contradictoires de "revêtement" et d'"usure", mais qui finalement se retrouvent dans celles de "mise en forme" et de "plastique".

En effet, la dispensation réelle d'un savoir dont nul, a priori, n'est dispensé, s'effectuant sans monopole de droit ni de fait, il y aurait quelque naïveté à en enfermer la problématique entre les murs bien clos d'un programme éducatif établi sous contrôle de l'État. Sans l'État, sur le tas, à ses dépens ou à son profit, on apprend aussi du Droit, à l'écart des perspectives d'ensemble et des efforts vers l'homogénéité qui sont l'une des raisons d'être des académismes. On pourrait appeler ce Droit-là "Droit partitif" : sans visite préalable de l'arsenal juridique, et surtout sans connaissance aucune de son vaste musée - soupçonné d'ailleurs de n'être que médiocrement distinct de l'arsenal -, tel s'en va chercher, comme au magasin, les armes qui lui font encore défaut, pour en user un peu à sa façon, et toujours dans son intérêt - ce qui ne veut pas nécessairement dire avec succès -, sur le front où l'existence l'a placé. Des pratiques peuvent bien être expertes sans du tout pouvoir

être qualifiées de savantes, si du moins elles témoignent d'une habileté supérieure. Ce processus oblique, empirique, sans balisage enfin, peut lui aussi ressortir à la pédagogie, mais à une pédagogie sans pédagogues précisément désignés.

L'existence ordinaire en offre assez d'exemples. La littérature aussi, qui, lorsqu'elle s'ouvre au Droit, le fait bien sûr sans en traiter selon les règles en vigueur - ce serait autrement se tromper d'atelier -, mais en consonance avec des soucis, des manières, des torsions et des distorsions, lesquels, au bout du compte, ne peuvent pas ne pas restituer quelque chose du "tour de main" que requiert, à un moment donné de l'Histoire, l'action juridique. Elle montre donc à la fois comment des groupes datés et fictionnellement recomposés, composent, *more juridico*, et quel prix le doctorat présent et à venir peut ou doit attacher à l'étiquette juridique, sans qu'il soit pour cela besoin de conférer exclusivement à un professeur de Droit ou à un diplômé de la chose le statut de héros ou de protagoniste. Car faire de l'intervention d'autrui la condition d'une situation pédagogique n'oblige pas à n'envisager d'intervention que discursive, mais ouvre plutôt le champ à d'autres manifestations constructives de l'altérité. C'est aborder, par deux voies différentes, le binôme motivation-intérêt. S'il est relativement possible d'expliquer pourquoi l'on fait du Droit, il devient beaucoup plus malaisé de démêler pour quelles raisons on a commencé d'en faire. Tradition, obligation, besoin, envie, curiosité : l'ordre des raisons ferait-il ici mascaret avec le désordre des passions ? Ou bien faut-il voir dans ces passions possibles des raisons d'un autre ordre ? Enfin, si l'Histoire du Droit se consacre à l'étude du développement pour ainsi dire phylogénétique du Droit - de quelle façon une société produit du Droit, le modifie et est modifiée par lui, en fonction des ou malgré les impératifs qui président à cette production -, le développement ontogénétique - c'est-à-dire à la suite et dans l'attente de quoi l'option juridique est sélectionnée par quelqu'un qui, à la lettre, se met au Droit - demeure, lui, beaucoup plus mystérieux.

La formalisation balzacienne de l'ontogenèse juridique braque un projecteur original sur une face généralement oubliée de la pédagogie. En effet, si la pédagogie délibérée inclut, en sus des méthodologies, l'art d'entretenir l'appétit d'apprendre, il y a, réciproquement, dans les situations d'appétence, un puissant influx pédagogique, même s'il se développe sans révérence pour les méthodologies communes, ni sans référence à elles. Alors que le Droit est un savoir de part en part institutionnel et relationnel, la force pour ainsi dire coercitive du "nemo censetur..." justifie, de fait, les abordages didactiques les plus forcenés. On est ici au coeur du paradoxe que recèle le Droit. Pour rester ce qu'il est, il n'est transmissible que selon des modalités très précises, et qu'au premier chef il définit lui-même - dans les programmes réglementaires, par exemple ; et pour être ce qu'il est, il doit, faute de pouvoir contraindre à l'apprentissage de ce qu'il énonce, répudier par avance toute protestation arguant du non-savoir de ses énoncés. On n'est donc pas excusé d'ignorer ce qu'on n'est pas en mesure de savoir. Car comment savoir, si l'on n'a pas étudié ? Or nul n'est dispensé de ne pas avoir appris - sous-entendu : assez tôt. Nous voilà pris au piège de l'antécédence. Pour sortir de l'impasse, on ne peut plus guère qu'étudier dans la hâte, tête baissée, à la diable, n'importe comment peut-être. La course contre sa propre ignorance du Droit est souvent une course contre la ruine, contre la mort sociale. Viennent des ambitions jusque-là différées, et tout est dit : à l'école de la vie, le monde est rude pédagogue. Dans "apprendre", il y a "prendre" : l'"A nous deux maintenant !" n'est point tant adressé à Paris qu'au "beau monde", à la "ruche bourdonnant" (1), à une société dont on franchit les étages en se servant de clés à

(1) *Le Père Goriot* (dernière page) : faut-il rappeler que Rastignac est venu à Paris "faire son droit" ?

codes. L'apostrophe vise donc, aussi bien, le Droit : il faut (ap)prendre, sous peine d'être pris.

"Il y a plus d'un roman de Balzac, fait observer Julien Gracq (2) - et surtout, reconnaissons-le, plus d'un Balzac du second rayon - où l'essence du livre semble bien être, non pas le rapport de l'homme avec son semblable ou avec la société, mais plutôt le rapport de l'homme avec le médiateur matérialisé et monnayé de ces grandes entités *intimidantes* (3) : avec le Mobilier et l'Immobilier". Le moyen autorisé - c'est-à-dire juridique - de la possession et de la dépossession de ce "médiateur" ne peut qu'être, lui aussi, l'occasion d'un rapport passionné : on va le voir à plein avec "un Balzac du second rayon", *Le Contrat de Mariage*, sorte d'éducation anti-sentimentale.

1. PERSPECTIVES SUR LE CONTRAT DE MARIAGE

1.1. UN RÉCIT, UNE SOCIÉTÉ

1.1.1. Grosses valeurs, petite pièce

Le Contrat de Mariage (4) se présente comme une suite de scènes dialoguées ou monologuées - ainsi des quatre lettres reproduites à la fin - que relie d'assez courts passages narratifs. L'architecture du récit n'est pas mystérieuse ; aussi le développement de l'intrigue, très linéaire, ne constitue-t-il pas l'obstacle principal à une bonne intelligence du roman. La difficulté provient plutôt, comme souvent chez Balzac, des liens qui unissent les "data", explicites et inexplicites, du texte, ainsi, évidemment, que les "data" inexplicites entre eux. Les allusions historiques, les déductions chronologiques dont le soin est abandonné au lecteur, les jeux de mots disséminés çà et là, les récurrences et les échos internes à *La Comédie Humaine*, font, de cette brève "scène de la vie privée", un appareil assez complexe pour qu'on lui consacre une première description structurelle. Notamment en matière de chronologie, on complétera les éléments dûment signalés dans le texte par ceux qui, logiquement, leur correspondent sans que Balzac insiste sur ces corrélations.

Le premier segment narratif présente Paul de Manerville. Né en 1794 à la Martinique, où ses parents, laissant leurs terres gasconnes aux soins de l'honnête clerc Mathias, étaient partis s'abriter des périls révolutionnaires - Madame de Manerville ayant quelques intérêts aux Îles -, Paul est le fils unique et tardif d'un "bon gentilhomme normand" (1732-1813), ancien libertin prodigue - il a mangé deux fortunes avant d'en reconstituer une troisième -, protégé du duc de Richelieu qui l'avait transplanté en Guyenne et l'y avait marié, et d'une riche héritière bordelaise appartenant aux Maulincour, dont on ne sait rien d'autre, sinon qu'elle meurt en 1810. Venu au monde loin de France, élevé jusqu'à seize ans loin de sa famille au collège de Vendôme et, jusqu'à la mort de son père, loin de la société des jeunes gens et des valeurs de l'Empire, Paul a reçu une éducation seigneuriale et surannée, qui a développé en lui courage physique et aptitude à l'exercice des armes ; tandis que la

(2) *En lisant en écrivant*, Paris, Corti, 1981, 302 p. ; p. 23.

(3) C'est nous qui soulignons.

(4) Le texte sera cité dans l'édition de *La Comédie Humaine* réalisée par Gallimard (Bibliothèque de La Pléiade, sous la direction de P.-G. Castex, tome III, 1976, p. 527/653), et les références abrégées en "CMP" suivi du numéro de page. Mais on se reportera utilement à l'édition donnée dans le Livre de Poche (Librairie générale française, 1984), par Pierre Barbéris qui, dans son "Commentaire" (p. 272/283), met clairement en évidence le fait que l'on passe dans ce roman "d'une scène de la vie privée et de province à l'esquisse d'une grandiose scène de la vie politique" (p. 273). Écrit et publié en 1835, pourvu de son titre définitif en 1842, le récit est censé se dérouler entre 1821 et 1827, soit exactement les dates qui encadrent le ministère Villèle.

tyrannie et la ladrerie paternelles tuaient à jamais toute conscience, toute volonté, toute autorité vraies. Orphelin et libre en 1813 - il a dix-neuf ans - , Paul entame à sa majorité, en 1815, une nouvelle existence, grâce à la fortune considérable qu'il hérite de ses parents. Apprenti-diplomate à Naples, Madrid et Rome, et homme du monde, il achète en six ans, et non sans "manger" sept cent mille francs, la charge d'homme élégant, "qui ne se vend pas et qui vaut mieux qu'une charge d'agent de change" ; mais, "malgré ses folles dépenses, il n'avait pu devenir un homme à la mode, (...) tant il semblait avoir chiffré son désordre" (5). De fait, en 1821, à vingt-sept ans, Paul se décide à faire une fin : sa résolution lui est dictée par la conscience qu'il a d'avoir touché les limites de ce genre de vie, autant que par le refus absolu d'"entamer ses terres de Guyenne" (6).

Le second segment est un dialogue entre l'intéressé et Henri de Marsay (1792-1832 ou 1834). Aux arguments de Paul, qui annonce son prochain retour en Guyenne, où il compte être bon propriétaire, bon père, bon époux, député un jour, pair peut-être - il dit n'avoir pas de grand destin, être las de vivre pour la galerie, et se croit propre au bonheur bourgeois -, de Marsay oppose la nécessaire et cynique adaptation de l'aristocratie à la société moderne - descendance commune, mais liberté réciproque d'époux riches - ainsi que la négation des valeurs chrétiennes (7). De surcroît, il ridiculise le mariage bourgeois, sauf à gouverner l'épouse de cette main de fer qui fait si évidemment défaut à Paul. Enfin, il n'y a pas plus à attendre, selon lui, des relations entre père et progéniture qu'entre mari et femme.

Troisième segment : l'entrée en scène des Evangélista, mère et fille. Riche Espagnol originaire de Lima, installé à Bordeaux pour ses affaires vers 1800, Monsieur Evangélista meurt en 1813, la même année que le père de Paul. Il laisse une veuve de trente-deux ans, créole d'illustre naissance espagnole, une fille de onze ans, Natalie, ainsi qu'une fortune "de trois millions et quelques cent mille francs" aux rouages de laquelle il a "généreusement" négligé d'initier son épouse (8). Reçue dans l'aristocratie bordelaise, et devenue par sa fortune une sorte de reine locale, Madame Evangélista, née Casa-Réal, poursuit sous la Restauration une existence fastueuse dont les dépenses mêmes servent de paravent à la secrète altération financière qui lui est imputable. Aussi, quelque supérieure que soit la beauté de Natalie, le train de vie mené par les deux femmes a-t-il découragé toute prétention matrimoniale sur place. Autant que l'éminence de leurs positions respectives au sein de la société de Bordeaux, les ambitions de Paul - faire une carrière politique - et de Madame Evangélista - désireuse de promouvoir un gendre qui serait sa créature - vont rapprocher Natalie et le dernier des Manerville. En effet, tandis que Madame Evangélista, au moment même où un délabrement pécuniaire jusque-là bien dissimulé compromet à brève échéance ses fastes bordelais, reconnaît en Paul "le moyen de continuer <une> vie aristocratique" (9), élargie à la fréquentation du faubourg Saint-Germain grâce à certaines attaches maternelles de Paul - les Maulincour - , Paul, lui, croit voir en Natalie la femme distinguée qui ne le ridiculiserait pas (10), et en Madame Evangélista la bonne connaissance de l'aristocratie européenne (11) dont le crédit lui permettra de revenir en force à la vie diplomatique. La main de Natalie doit donc ouvrir à l'un la porte des cours d'Europe, à l'autre celle du Paris légitimiste. Mais le caractère des deux femmes est de nature à

(5) CMP, 529/530.

(6) CMP, 530

(7) CMP, 536 : "ce tas de pierres aiguës parmi lesquelles se couchent les sectateurs du *multiplicamini* social".

(8) CMP, 536/538.

(9) CMP, 545.

(10) CMP, 546.

(11) CMP, 543.

faire obstacle à la réalisation harmonieuse d'intérêts en apparence compatibles : Madame Evangélista, apparentée au terrible duc d'Albe, "ayant toujours été obéie", "aimable, douce, parfaite, facile dans la vie", "ne pardonnait jamais" et "croyait à la puissance de sa haine" (12). Quant à Natalie, elle est le siège de "passions violentes sans tendresse", de "haines irréconciliables", d'un "esprit sans intelligence", enfin d'une "envie de dominer naturelle aux personnes qui se sentent inférieures à leurs prétentions" (13). Bref, dans cette union, "tout était péril pour un homme faible, là où l'homme le plus fort aurait peut-être encore couru des risques" (14).

Le quatrième segment se situe au commencement de l'intrigue elle-même, en 1822. Par sa grand-tante Maulincour, qui, jouant le rôle de la mère défunte, vient de demander la main de Natalie, Paul apprend que Madame Evangélista ne donne à sa fille "rien de son chef", et que celle-ci se mariera "avec ses droits" (15). La formule est obscure pour Manerville, qu'inquiètent aussi l'avertissement d'avoir à défendre ses intérêts dans la rédaction du contrat, et le conseil d'en confier le soin au vieux Maître Mathias.

Le cinquième segment constitue, lui, un court préambule à la scène de négociation qui va occuper tous les protagonistes. On y voit Paul, "innocent de tout blâme", "trembler devant Madame Evangélista qui paraissait calme en éprouvant d'horribles anxiétés". En effet, "cette veuve devait à sa fille le tiers de la fortune laissée par Monsieur Evangélista, douze cent mille francs, et se trouvait hors d'état de s'acquitter, même en se dépouillant de tous ses biens"; et "cette femme, qui depuis sa naissance avait noblement vécu, songea que, le lendemain, il fallait devenir improbe" (16). Car s'exposer à un refus de la part de Paul, c'était laisser ébruiter le désarroi financier des Evangélista et faire de Natalie une fille décidément impossible à marier.

Alors commence la journée de la discussion du contrat, fertile en événements, au point que le sixième segment du récit sera décomposé en cinq temps distincts : le matin, une conférence de Madame Evangélista avec son notaire, Maître Solonet, jeune et habile praticien qu'elle tient sous l'empire de son charme ; puis une entrevue entre la mère et la fille à l'heure de la toilette ; l'affrontement des deux notaires ; après leur départ, une conversation entre Paul et les deux femmes ; enfin, passé minuit, un dernier échange entre Natalie et sa mère.

Solonet, à qui Madame Evangélista s'ouvre franchement de l'état réel de ses affaires, se fait fort d'obtenir du futur gendre quittance pour l'énorme reliquat du compte de tutelle, mais à la condition que Natalie se prête à la manoeuvre, en aveuglant Paul à force de coquetterie. Après s'être assurée du concours de sa fille, sans du tout l'éclairer, mais en suscitant chez elle orgueil familial et solidarité de fille à mère, Madame Evangélista reçoit Paul et les deux notaires. On voit alors paraître deux époques de la basoche : l'ancienne, avec l'économiste et probe Mathias, la nouvelle, en la personne de Solonet, intrigant et spéculateur. La différence des situations économiques entre les jeunes gens épouvante vite Mathias, à qui Solonet soutient sans rire que "la plus belle fille du monde doit toujours manger plus qu'elle n'a" (17). Pendant cette discussion des notaires, Paul, "ivre de désir", "souhait<e> sa prétendue comme un lycéen peut désirer une courtisane" (18), et perd, en compagnie des deux femmes, toute prudence et toute réserve. Désarmé quand il aperçoit

(12) CMP, 543-544.

(13) CMP, 549.

(14) CMP, 551.

(15) CMP, 552.

(16) CMP, 554.

(17) CMP, 564.

(18) CMP, 565.

l'étendue de difficultés imprévues, Paul semble prêt à accepter toute solution qui préserve simultanément son amour pour Natalie, l'idée très approximative qu'il a de ses intérêts - limités, pour lui, à des disponibilités pécuniaires -, ainsi que le sentiment d'honneur chevaleresque qui répudie comme infâme le souci même desdits intérêts. Tandis que Madame Evangélista s'applique à incarner la grande dame espagnole qui, en raison de sa position élevée, de son sexe, et de sa nationalité, a toujours vécu sans compter - la catastrophe patrimoniale est présentée ainsi comme un faisceau de supériorités sociales -, Solonet, par calcul, étourdit l'assistance avec divers montages financiers, grâce à quoi il parvient à passer, aux yeux d'un Paul inconscient, timide et amoureux, pour son véritable allié dans le débat. Maître Mathias, qui perçoit bien le caractère factice de ces propositions, se voit ainsi coupé de son client : quelques sacrifices que consente Madame Evangélista, les fortunes demeurent trop inégales, et le point est de savoir si la seule personne de Natalie compensera ou non la différence. Ce qu'il faut bien appeler une prisée de Natalie devient alors l'élément central d'une discussion dans laquelle Paul et Mathias ne peuvent évidemment adopter la même attitude. La gêne touche à son comble quand Mathias, reprenant au bond les mots de "pair de France" prononcés par Madame Evangélista (19), propose l'institution d'un majorat, en raison des espérances que Monsieur de Manerville le fils peut raisonnablement nourrir de siéger un jour à la Chambre héréditaire. Il trouve là le moyen d'immobiliser une bonne part du patrimoine de Paul et la quasi-totalité de l'apport prévisible de Natalie, ce qui permettrait à ses yeux de limiter les conséquences des dissipations habituelles aux Evangélista. Dans cette éventualité, Madame Evangélista s'en irait vivre avec le jeune couple. Tous, alors, se séparent fort satisfaits (20). Et Madame Evangélista suggère aussitôt à sa fille de s'arranger pour conserver les diamants de famille dont le montant figure déjà dans la projection chiffrée des biens apportés par Natalie.

Un segment intermédiaire, le septième, conduit au soir de la signature du contrat. Madame Evangélista s'informe de la valeur de ses bijoux auprès du juif Magus, la société bordelaise cancan, et l'Espagnole s'offre le luxe d'un cinglant démenti aux bruits qui courent sur sa ruine - et sur l'échec du mariage - en annonçant une fête somptueuse pour la signature du contrat (21). Les démarches légales et les acquisitions de terres nécessaires à l'érection du majorat sont, dans l'intervalle, menées à bien.

Huitième segment : quelques instants avant la réception, à la lecture du contrat, que Natalie et Paul se dispensent d'écouter, Madame Evangélista comprend enfin quelles sont, pour sa fille, les conséquences patrimoniales du majorat. De surcroît, le style de la contre-attaque victorieuse menée par Me Mathias lui laisse entendre que les premières manoeuvres du clan Evangélista avaient été percées à jour par le vieux notaire (22), qui n'a pas pu ne pas en informer son client. Enfin, il est trop tard pour reculer : les invités sont dans l'hôtel, tout Bordeaux est attentif. Et Solonet tranquillise in extremis sa cliente par une double parade - psychologique, d'abord : il lui rappelle que son gendre est un sot qu'elle mènera par le bout du nez ; juridique, ensuite, en faisant expliciter la soumission du majorat à la donation générale faite entre les époux au cas où le mari précéderait sans descendance. Dès

(19) CMP, 576/577 : "Mais Monsieur, <...> à qui dois-je ? à ma fille. Quand elle aura vingt-et-un ans, elle recevra mes comptes et me donnera quittance. Elle possédera un million et pourra, si elle veut, choisir parmi les fils de tous les pairs de France. N'est-elle pas une Casa-Réal ?"

(20) CMP, 588 : "Le *Te Deum* se chantait dans les deux camps, situation dangereuse ! Il vient un moment où cesse l'erreur du vaincu. Pour la veuve, son gendre était le vaincu".

(21) CMP, 593 : "Ce fut un engagement solennel pris à la face du public de marier Paul et Natalie".

(22) CMP, 597 : "Coupable sans profit, elle se trouvait la dupe d'un vieillard probe, de qui elle perdait sans doute l'estime".

cet instant, Madame Evangélista n'a plus qu'un seul ennemi, son gendre, et qu'un but, "reconstituer au profit de sa fille toute la fortune laissée par Evangélista" (23).

Le neuvième segment est constitué par l'entretien qu'après la fête Madame Evangélista juge bon d'avoir avec Natalie. Elle lui montre l'importance d'avoir tout pouvoir sur Paul, lui déconseille une maternité à brève échéance, et annonce que, pour ne pas froisser un gendre dont elle insinue qu'il ne l'aime guère, elle se retirera à Lanstrac, sur les terres de Manerville, pour les mettre en valeur dans l'intérêt des enfants. Ainsi fait-elle endosser à Paul et la responsabilité de son relatif dépouillement, et celle de la séparation d'avec sa fille. Enfin, la mésentente qu'elle prépare entre les futurs époux tient en ces quelques mots : "Un mari <...> est le seul homme avec lequel une femme ne peut rien se permettre" (24).

Au dixième segment, on voit Madame Evangélista finir d'arranger à son aise l'affaire des diamants, en engageant Paul à compléter la parure de Natalie au lieu d'en tirer les sommes convenues, et s'entendre avec Solonet tant sur la vente de son hôtel que sur les placements qu'elle entend désormais effectuer. Bref, les époux sont abandonnés à leur destin, "sans autre conseil que leur amour illogique" (25). Mais Natalie, réceptive aux conseils de sa mère, lui apprend "par un mot", au lendemain du mariage religieux célébré aux flambeaux, qu'"elle avait obtenu déjà de son mari la plus parfaite obéissance" (26).

Ce que Balzac a intitulé la "Conclusion" du roman en constitue, grâce à une conversation et à quatre lettres, les deux derniers segments. Cinq ans ont passé, et Paul se retrouve, incognito, pour une soirée, chez son vieux notaire de Bordeaux, en attendant de s'embarquer le lendemain pour Calcutta. On apprend que tous ses biens sont en vente : le déficit accumulé par sa propre impéritie et la vie de luxe qu'il a menée à Paris en compagnie de sa femme l'ont conduit à une séparation de biens judiciaire et à la liquidation de ses terres pour rembourser les créanciers, au nombre desquels se trouve Natalie. Pendant ce temps, les affaires de Madame Evangélista ont beaucoup prospéré. Aussi Paul, qui n'a pas eu d'enfant, s'en va-t-il tenter la fortune outre-mer, sans en rien dire à sa femme, et dans l'espoir de reconstruire le paradis perdu à l'aide d'une lettre de change qu'il a sollicitée de de Marsay. A peine embarqué, il reçoit deux lettres : une maladresse de Mathias l'empêche de savoir que l'une d'elles, acheminée d'urgence, contient des nouvelles de nature à modifier sa décision. Malade, il ne prend connaissance de son courrier qu'après trois jours, en pleine mer. Sous forme de flash-back explicatif, est inséré alors le mot que Paul avait laissé à Natalie avant de partir : lettre enflammée dans laquelle il lui conseillait de se mettre sous la protection de de Marsay. La réponse de Natalie vient ensuite : dans un torrent de plaintes amoureuses, elle explique à son mari, en l'informant de sa grossesse, pourquoi elle n'a pas cherché à le rattraper. L'autre lettre est de de Marsay, et elle aussi suscite, à titre d'information préparatoire, la communication d'une missive que de Marsay avait reçue de Paul, et à laquelle il répond à présent de toute urgence. Paul lui annonçait sa décision de partir, et lui demandait une avance de fonds, puis, tout en reconnaissant son erreur d'avoir traité Natalie en enfant gâtée, il réaffirmait son incoercible passion pour elle, et priaït pour finir de Marsay de veiller sur la jeune femme. A quoi de Marsay réplique par une lettre tour à tour véhémement, acide, chaleureuse et brutale, d'où il ressort en premier lieu que les Evangélista mère et fille ont méthodiquement conduit Paul à sa ruine, en le faisant s'endetter auprès d'hommes de paille qui leur permettaient de racheter ses biens ; en deuxième lieu, que Natalie a pour amant Félix de Vandenesse ; en troisième lieu, que de Marsay

(23) CMP, 604.

(24) CMP, 612.

(25) CMP, 617.

(26) CMP, 618.

lui-même va épouser par calcul une Anglaise richissime et docile, Dinah Stevens ; en quatrième lieu, qu'il s'apprête, avec quelques amis, à forcer la porte du pouvoir, que Paul aurait sa place dans ce cartel, et qu'en rentrant brusquement à Paris, il pourrait encore maîtriser à la fois sa femme, sa belle-mère, sa situation financière et son avenir politique. Mais il est trop tard pour que cette lettre-torche, venue de Paris en trente-cinq heures, change le cours des choses : assommé de douleur, Paul s'en va dormir "de ce profond sommeil qui suit les immenses désastres" (27).

1.1.2. Du groupe et de l'ordre : un problème des partis

Tout *Le Contrat de Mariage* peut être entendu comme la méditation illustrée d'une tension fondamentale entre **partition** et **répartition**. A l'illustration échoit ce qui tient lieu d'intrigue - une "suite d'études", écrit P. Barbéris (28) -, une aventure aux proportions somme toute assez réduites, qui doit sa dimension finale à des caractères considérablement grossis, car rapprochés, et vus de tout près. A la méditation, la double confrontation qui, ouvrant et fermant le livre, oppose de Marsay à Paul de Manerville en un amical assaut où celui-ci succombe - la pointe vient d'autre part que de face, et ce sont les Evangélistes qui la portent. Certes, différents découpages pourraient prévaloir dans la mise en lumière d'un schéma sous-jacent au roman, comme par exemple la dialectique des vies publique et privée, le balancement entre économie domestique et engagement politique, ou le va-et-vient du Droit et du fait. Mais on se contentera, pour l'instant, de justifier la démarche choisie en attirant l'attention sur la chance qu'elle offre de retrouver, sans a priori d'aucune sorte, les autres pistes auxquelles il a été fait allusion, tout en préservant la possibilité de rencontrer, chemin faisant, d'autres tracés encore.

S'il fallait condenser en un seul terme les problématiques que roule ensemble *Le Contrat de Mariage*, le mot de "parti" conviendrait probablement plus qu'aucun autre. Quel parti prendre dans la conduite d'une vie d'aristocrate, quand on parvient au seuil de l'âge mûr sous la Restauration ? A quel parti arrêter son choix dans la recherche d'un conjoint ? Quel parti tirer d'une situation patrimoniale et matrimoniale donnée ? De quel parti se mettre, quand on se mêlera des affaires publiques ? Comment identifier, dans l'attitude d'un interlocuteur, ce qui le désigne nettement comme parti(e) adverse ? Enfin, qu'attendre du fait qu'on est parti, qu'on n'est plus là, quel que soit le prétexte ou l'espoir qui aura présidé à ce départ ? Ces pistes sémantiques ne mènent pas toutes à la même destination. Trois directions se dessinent, qui partagent pourtant un horizon commun : l'adhésion. Mais alors que la triade du parti à suivre dans l'existence, du parti matrimonial et du parti-avantage accouplent l'acte d'adhérer à l'espérance globale d'un gain, la dyade du parti politique et d'une possible partie adverse dans les affaires privées fait apparaître nettement, derrière l'adhésion, la certitude du conflit. Quant au fait de partir tout court, il va de pair, selon le point de vue, soit avec une nouvelle adhésion - à un mode de vie aventureux - combiné d'une fortune possible, soit avec l'exact contraire, démission puis ruine certaine.

"Que faire à notre âge ?", se demandent à peu près Paul et de Marsay - et peut-être cette question est-elle leur seul point d'accord, comme leur enfance sans bonheur leur seul vrai point commun. Le mariage, l'intérêt personnel, sont des problèmes qui se posent aux deux hommes, mais on ne tarde pas à voir que divergent les solutions qu'ils projettent. Pour Paul, être marié, c'est somme toute être en mesure, "le soir en rentrant, <de> trouver un coeur <...> à qui confier <ses>

(27) CMP, 653.

(28) Édition citée du Livre de Poche, p. 280.

affaires et dire <ses> secrets" (29). Ambition modeste, il n'en disconvient pas, mais qui surtout exclut du champ matrimonial, donc familial, et donc de la vie privée, tout ce qui, de près ou de loin, ressemblerait à un antagonisme. Quand il dit appartenir "bourgeoisement" au "plus grand nombre", Paul résigne enfin, ou croit pouvoir individuellement et librement résigner sa qualité d'aristocrate, dont il est las, comme sa charge, si chèrement acquise, d'homme élégant, et échapper ainsi aux obligations qui en découlent - obligations dont de Marsay ne lui cèle rien, conscient qu'il est, ainsi qu'on le verra *in fine*, de ce que les mondanités dandy, dont Manerville s'est fatigué, ne sont qu'un utile prélude à une vie mieux employée. Reste que Paul croit à sa chimère : devenir député sans doute, pair probablement, ambassadeur peut-être, sans avoir à en découdre pour de bon avec qui que ce soit, tout cela par le seul et nécessaire mouvement d'une insertion familio-territoriale bien réglée, centrée sur l'entente entre époux, c'est-à-dire, en définitive, sur un acte de foi matrimonial unilatéral. On voit bien que Paul, sous les dehors d'une modestie et d'une lucidité affirmées, s'engage à faire cavalier seul dans un double "challenge", social d'abord - en décrochant de la caste qui ordinairement le fête - , matrimonial ensuite - en se flattant de faire exister, par sa seule et naïve volonté de bonne entente, une volonté réciproque aussi candide que la sienne. Enfermé, avant même de quitter Paris pour Bordeaux, alors même que Natalie Evangélista n'existe pas pour lui, dans une conception irréaliste des rapports sociaux et individuels, Paul est déjà l'homme seul que des revers de toutes sortes expédieront un jour au large de tout ce qui compte. En lui est châtée non l'impéritie seulement, mais encore une certaine forme d'outrecuidance molle.

Au contraire, de Marsay défend, *grosso modo*, l'idée que le mariage est un outil dont il ne vaut la peine de s'encombrer que s'il peut avoir quelque utilité externe, et que cet outil ne s'use que si l'on ne le fait point servir à de telles fins. La minoration de l'épouse par le Code dénote et aggrave un fort courant de la société, courant contre lequel il ne s'agit certes pas de nager, ni duquel il n'est même pas question de songer à s'abriter. Une pareille disposition légale, un pareil dispositif social, ouvrent, à qui *primo* les constate, *secundo* les domine, les voies communes aux succès privé et public. Encore faut-il être passé et de l'aspiration au bonheur à la volonté de réussite, et de la rêverie sur celui-là au calcul de celle-ci : double démarche, et morale, et intellectuelle. Au fond, tandis que Paul dispose les étapes de son existence future selon des plans qu'il se réserve de rencontrer successivement, de Marsay pose d'emblée la conquête du pouvoir au bout de la route - on sait qu'elle ne sera pas, pour lui, fort longue -, et n'envisage le reste, l'"avant", que par une sorte de récurrence anticipée. Manerville et de Marsay n'appréhendent pas la même temporalité : pour Paul, tout se déroulera au jour le jour, progressivement, tandis que pour de Marsay, l'avenir jouit de la considération réelle ordinairement accordée au présent, si bien que le présent et les contemporains sont "expédiés" sans le moindre scrupule, comme autant d'éléments passés qu'ils sont en train de devenir, ce au bénéfice d'un avenir, troublé sans doute pour le vulgaire, mais qui figure déjà le présent consistant au coeur duquel, sans attendre, se meut et oeuvre l'homme d'État visionnaire. Ainsi de Marsay se précipite-t-il d'emblée sur ce qui, pour Paul, est cauchemar absolu, la partie adverse d'abord, le parti politique ensuite, lequel contient, organise et projette vers la positivité le meilleur des adversités éparses dans l'existence. Paul, à première vue, semble moins égoïste, moins monstrueux que de Marsay, mais il révèle à l'usage un repli sur soi et enfin une autosuffisance qui, fût-elle teintée de sentimentalité dans sa masse, s'accomplit, par-delà une impuissance généralisée, dans ce qu'il faut bien appeler l'inintelligence. Élevé sous le boisseau,

(29) CMP, 534.

puis dandy par esprit juvénile de revanche sur une enfance triste, Paul ne sera jamais un homme de relation(s). La vie de liberté qu'il connaît entre 1815 et 1821 s'intercale entre les anciens articles 373 et 213 du Code civil, puissance paternelle, obéissance de l'épouse. Le souvenir de la tyrannie du père laisse Paul sans autorité, et finalement, le Code le désarçonne alors même qu'il semble le combler des munitions auxquelles son âge et surtout son sexe lui permettent de prétendre. Échapper simultanément à 373 et à 213 serait le bonheur, et l'a été six années durant - mais l'affaire est coûteuse, si l'on n'a pas la vocation d'un vieux garçon reclus. Certes, l'autorité paternelle n'a qu'un temps, et l'on y échappe, la majorité survenant, mais moins que Paul ne l'imagine : car après avoir été fils, il faut en général être père, et se rendre compte que la puissance affectée à cet état n'est point une rente morale, mais une charge effective, moins flatteuse que celle d'homme élégant, et probablement contradictoire avec elle. "Tu ignores donc le métier de père et mère ?" observe de Marsay (30). Après avoir souffert du seul article 373, dont il n'a encore vu qu'une face, Paul s'apprête à en découvrir l'autre, avec les soucis de 213 par-dessus le marché, et se voue à subir quotidiennement les dispositions d'un Code que, pour sa part, de Marsay affirme n'avoir jamais ouvert - il le devine d'instinct. On voit bien que Paul, en revanche, ne perçoit aucunement que la transmissibilité est dans la nature même de l'autorité, qu'obéir et commander sont l'avert et le revers d'une même médaille, enfin que la loi qui soumet les enfants aux pères n'a pas distribué à jamais l'humanité en enfants éternels et pères de toujours. Quand, désireux de se marier, il imagine "faire une fin", Paul s'engage en réalité dans une suite qui tient beaucoup d'un début. Aveuglé sur les règles du jeu familial, il se condamne à n'y voir pas plus clair en politique : le roman ne lui laisse ni le temps, ni le loisir de s'intéresser aux affaires publiques - Natalie l'occupe trop, ce qui est en soi un signe du peu d'intérêt qu'il porte réellement à l'État, en quoi il voit surtout un dispensateur de lustre. Mais, se fût-il préoccupé des affaires qu'il n'eût été qu'un suiviste paisible, plantant son destin dans le sempiternel marais comme "député du centre" (31). Ni vassal, ni suzerain, ni patron, ni client, Paul place ce qui lui reste de fortune dans un premier acte social qu'il croit dépourvu de risques parce qu'il est banal, dans un mariage aristocratique de façade, mais de réalité très bourgeoise - ce dont il convient presque -, dupe qu'il est de ce qui provient, à y bien regarder, d'un préjugé nobiliaire : il ne serait de combat que l'arme au poing, et les bourgeois vivraient une vie paisible sous la protection des lois modernes, dont ils ont doté la nation tout entière. Le dernier des Manerville, confiné par son père dans un clan d'"antiquités" qui rassemblait ses débris pour mieux résister à la société de l'Empire, n'a pas saisi combien "cette prééminence aristocratique que la France aimera toujours" (32) n'a maintenant de raison d'être que si elle se rajoute à l'authenticité d'une domination économique consciente et implacable - comme est, précisément, celle des bourgeois véritables. Sinon, il ne sera qu'un aristocrate démantelé dont le désir d'embourgeoisement procède de la rencontre d'une aboulie personnelle avec le pire héritage culturel du milieu dont il s'imagine répudier les prétentions passéistes, c'est-à-dire un incorrigible aveuglement sur l'état réel de la société. Trop tard venu en France, élevé sous Napoléon par des vieillards d'Ancien Régime, et noceur pendant les premières années de la Restauration, désireux d'être bourgeois pour de mauvaises raisons d'aristocrate, de surcroît individuellement faible, Paul envie ce qu'il connaît mal, voire pas du tout, et s'engage à contre-sens dans une existence moins terriblement facile, que facilement terrible. Point de marais, point d'oeil du cyclone,

(30) CMP, 531.

(31) CMP, 533.

(32) CMP, 528.

point de neutralité quiète pour les héritiers : force est d'escalader, d'arpenter, de mesurer, de défendre, d'accroître son patrimoine, ou d'être écrasé sous cette masse qu'on ne maîtrise plus, et qui se défait. Il ne suffit pas d'être benoîtement conservateur pour conserver l'avoir ; au bon père de famille, il faut l'oeil du maître, et l'on ne devient digne fils qu'à retardement, en étant digne père - c'est-à-dire en ayant compris que l'amour à soi porté par la progéniture est un élément additif, nullement obligatoire, qui en tout état de cause ne peut ni ne doit faire l'objet du souci paternel, ni même d'un soin quelconque. Le père transmet une fortune à tout prix ; aux yeux de ses enfants, il est forcément bon quand il est mort, et que, selon le mot de de Marsay, "leurs chevaux paissent les fleurs nées sur <les> tombes" (33) parentales.

La prétention individuelle à une forme de vie sociale hypotendue est déjà lisible dans le patronyme dont Balzac a gratifié Paul (34), ce Manerville dans lequel on distingue aisément les mots "manere" et "villa", nom parfaitement ajusté à un homme qui émet l'intention de vivre en paix sur ses terres méridionales. L'anthroponyme recèle comme une devise, à laquelle le destin de Paul ne correspond que partiellement, et introduit ainsi à la strate proprement géographique du roman. Vouloir rester chez soi quand, né outre-mer, on a goûté aux périples diplomatiques, puis abandonné sa province d'adoption pour une vie parisienne dont on s'avoue, peu après, saturé, apparaît bien comme une gageure difficile à tenir. Mais on se souvient que Manerville ne s'entête de cette idée qu'au moment où la vie de mobilité exigerait le sacrifice des biens au soleil, sacrifice dont le motif, qui serait somme toute très économique, est réévalué selon un ordre de raisons où prédomine l'élément moral. L'aspiration à la quiétude permet la transition du souci relatif au patrimoine immobilier vers le soin que requièrent les immeubles patrimoniaux. Paul prétend passer ainsi d'une économie d'épargne routinière - c'est un "dépense-petit", même dans la magnificence - à une autre de gestion prudente - et là, il faudrait apprendre à être gagne-petit, mais c'est une autre histoire. Dans le même mouvement, Paul s'apprête à faire l'expérience de la possession effective de biens dont il n'était que le lointain propriétaire. Se fixer à Bordeaux en passant trois mois d'hiver à Paris permet enfin à Manerville d'être de quelque part sans être condamné à y rester en permanence ; habiter le vieil hôtel du père en escomptant y être père à son tour autorise, au seuil de la maturité, l'adéquation du nom et du mode de vie. Paul mettrait ainsi un terme aux années de reniement qui ont suivi la disparition du vieillard tyrannique dont il était l'unique rejeton.

De la mère, il ne semble jamais être alors question. On a vu plus haut que Balzac en avait à peine esquissé l'identité ; lui qu'on présente si volontiers comme un maniaque du détail n'a pas même accordé à Madame de Manerville le début d'une silhouette. Il suffit que, riche héritière bordelaise, elle tienne au Faubourg Saint-Germain d'un côté, et à la Martinique de l'autre, car tout ce qui compte en elle s'exprime par ces trois data topographiques : une réalité provinciale qui a ses arrières outre-mer et sa façade à Paris. Or, en prenant le départ d'un Bordeaux-Paris matrimonial, Paul va "oublier" ces arrières subtropicaux sur lesquels Balzac ne nous éclaire d'ailleurs pas : les biens martiniquais ont-ils été réalisés, et alors quand, pour qu'il n'en soit plus jamais question sous cette forme dans l'état de la fortune du jeune comte ? Pourtant, Paul doit beaucoup à sa mère : la tranquillité sous la Révolution, l'insertion bordelaise, l'alliance Maulincour, et enfin la fortune qui a régénéré un

(33) CMP, 531.

(34) On sait depuis longtemps que le jeu de mots est partie intégrante de la création balzacienne, qu'il soit sobriquet (Vautrin, dit "Trompe-la-Mort" dans *Le Père Goriot*, Pléiade, III, 189), ou devise (Vandenesse : "Ne se vend", voir *Le Lys dans la Vallée*, Pléiade, IX, 1066) - et pour ne citer que deux noms eux-mêmes mentionnés dans *Le Contrat de Mariage*.

vieux Manerville dont les affaires n'avaient pas toujours été au plus haut. Du reste, l'union des parents de Paul, qui, sur la différence des fortunes, entassait la disparité des âges - l'une et l'autre au bénéfice de l'épouse -, n'est pas autrement expliquée. Balzac en fait l'affaire du maréchal de Richelieu, vieux roué capable de tout, y compris d'arranger un mariage en forme de gros lot, pourvu que le bénéficiaire fût de ses protégés. Dans l'Éden matrimonial que semble avoir volontiers été l'Ancien Régime aux yeux de Balzac, ces choses-là arrivaient ; à défaut, pour les bergères, d'être épousées par des princes, les vieillards désargentés par le stupre pouvaient tomber sur des héritières jeunes, riches et de bon sang. Au point d'ailleurs que le considérable apport maternel, phagocyté par le vieux Manerville, réapparaît au décès de celui-ci comme un bien marqué au nom du père, y compris Lanstrac, dont il avait pourtant été expressément dit qu'il était le château de Madame. L'absence de la mère n'est pas pour Paul un avantage, surtout au moment de se marier ; l'oubli de la mère et du précieux repli martiniquais prépare, lui, l'arrivée en force de la belle-mère créole, puis la fuite éperdue vers un outre-mer dont Paul ne se souvient que trop tard, vers des Indes qui, on le pressent, ne lui seront guère galantes.

Paul, en partant, fuit la vie nationale sous ses deux espèces, provinciale et parisienne, et, en termes idéalistes, manifeste une adhésion sans réserve à un ailleurs qui tire de son incertitude foncière toute sa potentialité bénéfique. C'est là, pour ainsi dire, l'optique balzacienne romantique : les aventures lointaines ne réussissent-elles pas au Victor d'Aiglemont de *La Femme de trente ans* et au neveu du père Grandet ? A cette option heureuse s'oppose la vision balzacienne pragmatique, qui coïncide avec celle de de Marsay ; adhérer à du vague, c'est n'adhérer à rien ; partir, c'est fuir, c'est mourir le plus possible en ne restant que biologiquement en vie - mourir à la vie civile, finalement, après s'être dérobé à la vie politique. Au parti des partants préférer le parti des partisans : telle est la règle de conduite de ceux qui toujours défendront et accroîtront leur part en tout. Paul, par son inintelligence des rapports de forces au sein de son groupe d'origine, l'aristocratie, en vient à méconnaître l'ordre public auquel ce groupe doit concourir s'il veut survivre aux vicissitudes de l'Histoire contemporaine. Ne se sauveront que ceux des aristocrates qui auront pénétré le jeu de la bourgeoisie, et y auront su jouer leur partie aussi bien que les bourgeois eux-mêmes. En ne faisant choix d'aucun comportement économique déterminé, Paul s'est mis au ban d'un ordonnancement socio-économique qui privilégie l'efficacité immédiate, la spéculation à court terme. Il ne méprise pas assez l'argent pour tout manger, et se croit alors bourgeois ; il n'aime pas assez l'argent pour être économe, et retourne à la racine de l'ordre nobiliaire, à l'aventure, au cri de guerre (35). Derrière la crise patrimoniale, il y a évidemment une crise des valeurs. Lessivé jusqu'au dernier franc, Paul peut encore se jouer lui-même, et faire de sa liberté, qui seule lui demeure, une terre promise. Mais c'est compter sans la trans-catégorisation qui marque l'abolition des anciens ordres au profit d'un ordre post-révolutionnaire et post-impérial qu'aucune velléité de restauration - Paul le sait bien, qui veut siéger "au centre" - ne peut réorienter vers l'amont. Car non seulement les nobles s'embourgeoisent, sous peine de voir leur position s'effriter, mais les bourgeois s'anoblissent, par le travail, l'alliance, le jeu d'écriture enfin, qui, par exemple, fait d'un Balssa un "de Balzac". Une lecture congruente de la situation contemporaine eût montré à Paul le danger de ce double mouvement pour les aristocrates faibles, simultanément menacés par leurs pairs plus forts et par les bourgeois en cours d'accession à la particule. Tout se passe comme si l'aristocratie, ayant cessé d'être un ordre, devenait clairement un groupe dominant non exclusif vis-à-vis d'autres groupes, mais exclusif vis-à-vis de ses membres anciennement ou

(35) CMP, 639 : "A Carthage!" dit-il, dans la lettre où il explique sa résolution à de Marsay.

nouvellement inclus. Il est moins nécessaire d'y appartenir pour dominer, mais on cesse d'y appartenir dès lors qu'on renonce à dominer. L'arrivée en force des uns est compensée par le départ forcé des autres. Là est le sens de l'aparté auquel se livre Madame Evangélista (36). La noblesse n'est pas extensible à l'infini, et son renouvellement implique, par une sorte de régulation interne, des engloutissements sociaux inattendus : extinction du passé qui, probablement, donne la clé de la disparition définitive de Paul hors du champ de *La Comédie humaine*.

En un mot, si Paul ne peut rester ce qu'il est, c'est parce qu'il ne sait pas se tenir où il est - ni chez lui, ni près de son étymologie patronymique, ni à une décision matrimoniale, ni à une stratégie politique. On a vu que le rêve de l'impossible embourgeoisement s'achevait en songe creux sur l'improbable aventure d'un moderne conquistador, aventure que pourtant bénissent et le souvenir bourgeois d'Evangélista, et l'identité créole de la belle-mère, et les anciens intérêts maternels, et les manoeuvres paternelles sous la Terreur, et même l'exception du commerce de mer aux interdits de dérogeance. Le départ de Paul devrait ainsi lui faire embrasser le parti de tous ceux qui, dans son entourage, ont vraiment compté. Tous, sauf de Marsay, le seul habilité à parler batailles et défis, le seul aussi à être de la même génération (37), le seul qui, au "plus tard" et à l'"ailleurs" de Paul, réponde "ici" et "maintenant". Le dialogue deux fois entamé et deux fois manqué entre Manerville et de Marsay montre en définitive que, d'une part, l'aristocratie menacée de déclin ne peut déléguer à des tiers la partie fortement juridique de la compétition à laquelle elle est contrainte pour subsister, et que d'autre part, au sein de cette juridicité même, on doit s'appuyer sur davantage que la science et la technique d'un Mathias, savoir sur la perception intuitu societatis des rapports de forces réels que le Code traduit ou fait naître.

1.2. UN DROIT, UN MONTAGE

1.2.1. Contexte institutionnel

On sait que le majorat est une portion de patrimoine inaliénable, attachée à un titre ou à une fonction, et transmissible avec eux par voie de primogéniture mâle, d'une génération à l'autre. Sans s'attarder par trop sur l'histoire de ce système de transmission héréditaire, dont le fonctionnement a été maintes fois décrit (38), on s'attachera à dégager quelques points qui, une fois reliés, peuvent aider à mieux apercevoir l'insertion institutionnelle de l'enjeu patrimonial tel qu'il est détourné par Balzac.

Quoique le majorat s'apparente, par certains côtés, au droit d'aînesse et à la substitution fidéicommissaire (39), il les transcende assez largement pour des raisons

(36) CMP, 600 : "Non, ma fille ne sera pas ruinée, mais lui ! Ma fille aura le nom, le titre et la fortune. S'il arrive à Natalie de s'apercevoir qu'elle n'aime pas son mari, si elle en aimait un jour irrésistiblement un autre, Paul sera banni de France !"

(37) Mars sans doute, Marsyas peut-être, cohabitent dans ce méta-patronyme grâce auquel, dès l'enfance, le fils naturel de Lord Dudley s'est trouvé pourvu d'un quasi nom de guerre.

(38) Notamment dans les thèses de P. Vincent (Tours, 1890, 262 p.), M. Sarrazin (Paris, 1906, 183 p.) et P. Frain de La Gaulayrie (Rennes, 1909, 126 p.). On trouvera, commodément réunis, une récapitulation historique de l'institution, des indications sur le rôle que lui réserve *La Comédie Humaine*, et d'utiles éléments bibliographiques dans l'article de P.-A. Perrod, "Balzac et les majorats" in *Année Balzacienne* 1968, p. 211/239. Balzac n'est pas le seul à avoir exploré les possibilités fictionnelles du majorat : un drame d'Hippolyte Cournol, *Le Majorat* (1829), aussi oublié que son auteur, met en scène une famille dans laquelle l'institution majorataire induit une cascade de forfaits et de malheurs.

(39) Voir, par exemple, M. Sarrazin (thèse précitée : *Les majorats et la législation française*) qui, dans sa Préface, n'hésite pas à présenter le majorat, "produit curieux du Droit", comme "la fusion de deux institutions produites en temps divers par des besoins divers : la substitution et le droit d'aînesse", soit la combinaison d'un héritage romain et d'un héritage féodal. Quitte à souligner, plus loin, des différences

qu'il convient d'indiquer tout d'abord. Entendu comme part prééminente faite à l'aîné dans l'héritage parental, le droit d'aînesse est loin de rassembler les traits distinctifs du majorat, savoir l'existence d'une quote-part d'un montant prédéterminé, inaliénable, attachée à une fonction sociale et non véritablement à un individu, exorbitante enfin du droit commun. Du droit d'aînesse, le majorat ne retient que l'idée d'un traitement différent, appliqué de façon systématique au premier des enfants mâles dans l'ordre de la succession. Bien que ce point commun heurte la sensibilité ou, à tout le moins, suscite l'attention spéciale d'esprits modernes marqués par la Révolution et le Code Napoléon, il n'épuise cependant pas la spécificité du majorat, le droit d'aînesse ne procédant pas d'un calcul politique qui parie sur la reconstitution d'une aristocratie dévouée au prince. La substitution fidéicommissaire, à quoi l'on ne peut réduire non plus le majorat, prête alors son concept fondamental pour ne faire du titulaire, ou plutôt des titulaires successifs du majorat, qu'une longue suite de fidéicommissaires en ligne descendante, dont chacun est dépositaire plus que propriétaire. Peut-on encore parler de propriété, en effet, quand le "fructus" et surtout l'"abusus" sont à ce point encadrés et bridés ? A dire vrai, le majorat de l'époque impériale s'apparente beaucoup plus à la succession dynastique qu'aux habitudes ou aux techniques de Droit purement privé. Les motivations napoléoniennes ne sont guère malaisées à démêler : l'autocrate avait donné au Code certains tours où l'on n'a que trop voulu reconnaître ses difficultés personnelles - le divorce et l'adoption constituant des atouts pour l'époux de Joséphine, "mari déçu (peut-être trompé) d'une femme frivole, de surcroît stérile" (40). Mais l'ensemble des Français bénéficiait des mesures législatives que susurrerait cette double infortune consulaire. Quantitativement de moindre portée sociologique, le majorat, réservé, lui, aux Français qui comptent et sur qui l'on compte, fait figure d'accroc dans le tissu du nouveau Droit civil : en principe, selon l'article 896, les substitutions sont prohibées. Mais il existe, en France, une contradiction plus flagrante entre d'une part le Code civil qui proclame l'autonomie de la volonté et d'autre part la Constitution de l'An XII qui instaure un régime dictatorial. Au Code alors de céder : d'où le "néanmoins" qui fait suite à la prohibition des substitutions, d'où les majorats, d'où l'intrusion à visage découvert, en plein Droit civil, des exigences péridynastiques et donc du politique. L'adverbe vient signaler la cohabitation forcée entre un Code bourgeois parce que fidèle aux aspirations des possédants ordinaires, et un pouvoir que le maniement du canon détourne des comportements bourgeois. Autour de la dynastie nouvelle, on suscite donc des microdynasties satellitaires, auxquelles la nouvelle race sert de paradigme, et qui elles-mêmes servent de relais à l'égard du reste de la population - ce reste qui, dans l'article 896, ne passera jamais outre le mot "néanmoins".

Les majorats sont en quelque sorte les intérêts capitalisables du capital constitué le jour du sacre ; leur institution dénote une volonté de maîtriser l'histoire ultérieure en lui imposant le tracé prévisionnel d'un développement dynastique obligé, qu'appuie de part et d'autre le réseau secondaire de nervures adjacentes. Dès cet instant, l'exception au Droit privé commun, trop marginale pour jeter bas l'édifice fraîchement terminé, procède d'une intention assez nette pour que soit mise en ques-

essentielles entre substitution et majorat : situation privilégiée, perpétuité, prévalence du titre sur le titulaire ("Il n'y a ici que l'image d'une succession : l'appelé n'est pas héritier mais successeur au majorat"), et à constater l'originalité d'une espèce de dédoublement patrimonial, le majorat faisant finalement coexister "un patrimoine familial, de la famille de sang, et un patrimoine politique, de la famille des aînés". Plus récemment, voir Claude Witz, *La fiducie en Droit privé français*, Paris, Economica, 1980, 351 p.

(40) Aussi Jean Carbonnier fait-il justement remarquer "que, par son insistance à faire admettre le divorce par consentement mutuel, par sa demande d'une adoption imitant le plus possible la nature, il se montrait en avance sur les juristes qui l'entouraient" ("Le Code civil", in *Les lieux de mémoire II*, "La Nation", sous la direction de P. Nora, Paris, Gallimard, 1986, pp. 293/315 ; passage cité : note 9, p. 313).

tion la nature proprement privée dudit Droit - et l'on pense, déjà, au fameux "tout devient Droit public". En effet, selon la perspective que l'on adopte, on considérera qu'un majorat dit "de propre mouvement" (41) signifie soit la privatisation d'une partie du domaine public, soit l'établissement d'une indéfectible liaison entre telle maison et l'État par le biais d'un régime en quête de perpétuation. Les deux conceptions ne sont pas contradictoires, à condition que l'on admette la résorption des perspectives dans un seul et même point de vue, lequel s'attacherait à considérer ce que l'on pourrait nommer une **politique d'intérêt général politisé** - à savoir, comment un régime crée et favorise, par des moyens politiques au sens strict les techniques juridiques qui, quel que soit leur champ d'application, sont empreintes d'une conception de l'intérêt général déjà politique en un sens restreint à la partialité, c'est-à-dire tributaire de l'idéologie qui informe, avant, pendant et après l'exercice du pouvoir, ceux-là mêmes qui l'exerceront, l'exercent, l'ont exercé. Considéré sous cet angle, le majorat est l'une des zones de transit entre les biens privés et les affaires publiques, l'affaire de chacun et le bien de tous - ou ce que l'on nomme ainsi à un moment donné de l'Histoire. Il concourt à la compatibilité des charges et des choses, traversant à ce titre le Droit civil dont il perfore au passage l'une des dispositions majeures. Le majorat représente donc l'incrustation d'une certaine conception de l'intérêt général dans telles et telles familles susceptibles d'y concourir plus efficacement que telles ou telles autres, et propulsées de ce fait au rang de "maisons". Le rapport du majorat avec le cens est en fin de compte, et malgré les apparences, plus significatif que sa parenté avec le droit d'aînesse. La maison majorataire ne bénéficie de cette particularité patrimoniale qu'en raison d'une astreinte à caractère public, et le majorat lui-même, absolument indisponible, est garanti contre tout empiétement des personnes, par un jeu de règles spécifiques et astreignantes (42). En quoi il illustre bien le phénomène d'obligation par intérêt : la famille n'est consolidée comme maison qu'autant qu'elle s'asservit à un intérêt plus large que le sien propre en acceptant d'être intéressée à un service de caractère public. Entendu en ce sens, le majorat est une zone du Droit où l'émulsion du privé et du public combine réussite et visibilité. Pour le coup, le législateur a dévoilé une belle aptitude à la sociologie juridique, quoique la désignation expresse n'en existât pas encore. Mais, ce faisant, il s'est comme démythifié en tant que législateur, et s'est révélé être ce qu'il était, un collègue évolutif de nomothètes attentifs à préserver les particularismes de la société pour laquelle ils légifèrent, et soucieux de fondre avec plus ou moins de bonheur la perception de ces irrégularités vitales dans une perspective de bien commun. Ici, l'apostille à l'article 896 fait l'effet d'une comptabilité double, mais à livre ouvert, et ouvre le Code sur autre chose que du Droit civil, c'est-à-dire sur une sociologie du rapport à la terre, au titre, au pouvoir, et, en un mot, à la force. L'institution du majorat, si elle est destinée à bénéficier, par retombées financières et symboliques, à un nombre restreint d'individus, n'a pas l'individu pour destinataire, mais privilégie tel bien en sorte qu'il constitue l'assiette de l'une des maisons sur lesquelles s'appuie un système monarchique héréditaire, lequel dissémine sa propre image partout où il importe qu'elle soit honorée, et distribue la structure familiale de sa bonne santé historique partout où il vaut la peine que celle-ci soit cultivée. A côté de la Légion

(41) Rappelons que le majorat dit "motu proprio", "dotation privilégiée concédée par l'autorité publique", ouvrit aussitôt la voie au "majorat sur demande", érigé "avec l'autorisation de l'Empereur, à la requête de toute personne qui, ayant obtenu par certaines fonctions droit à un titre, voulait le rendre héréditaire" ; les deux sortes de majorats sont en effet simultanément reconnues par deux décrets du même 1er mars 1808 (P.-A. Perrod, art. cité, p. 214/215).

(42) D'un côté le majorataire est également tenu de gérer ses biens "en bon père de famille", de l'autre les revenus des biens majoratés sont incessibles et insaisissables ; leur aliénation n'est autorisée que dans deux cas : pour constituer une pension à la veuve sans ressources du majorataire, pour subvenir aux frais d'éducation des frères et sœurs de l'appelé mineur (M. Sarrazin, op. cit., passim).

d'honneur s'est donc constituée une phalange d'intérêts : mais le privilège attaché aux biens est assorti à la fois d'une exigence de dévouement politique et d'un devoir biologique, aussi indéfectiblement liés l'un à l'autre qu'ils sont ensemble attachés à la faveur privilégiant.

Si le mariage lie les personnes, c'est le contrat de mariage qui les relie en tant que personnes possédantes, en tant qu'individus ayant du bien ou étant susceptibles d'en avoir. Mais sans doute y aurait-il quelque naïveté à ne voir ici que des êtres et à ne considérer là que des avoirs. Dans Balzac comme dans la vie, les êtres en passe de s'associer en tant que mari et femme sont, malgré qu'en ait Paul, les êtres de leurs avoirs. Force est de se rendre à l'évidence : on ne sera ce qu'on est qu'en étant ce qu'on a. Parce qu'il repose sur un contrat autant que sur un mariage, *Le Contrat de mariage* renferme les éléments essentiels d'une petite physiologie du contrat. Balzac approche ici "l'acte juridique par excellence" (43), dont on rappellera brièvement les traits caractéristiques : il postule l'existence d'intérêts distincts, il suppose l'autonomie de la volonté des contractants, il implique la recherche d'une justice commutative grâce à quoi chaque partie trouve son compte, il est le fruit d'une projection prévisionnelle dans l'avenir et s'appuie sur la prétention des uns et des autres à la justesse d'anticipation, il découle d'une évaluation et d'une négociation préalables, enfin il a force de loi pour les contractants. A cela s'ajoutent bien sûr des caractères spécifiques puisque, ressortissant aux régimes matrimoniaux, le contrat permet de régler, avec la précision jugée nécessaire, la répartition et l'administration des biens mis en cause par et au sein du mariage ; il est subordonné à un acte d'état-civil dont le Code indique à grands traits les caractères moraux. Ainsi, non seulement le contrat de mariage tel que les époux l'inventeront, s'ils ne se contentent pas de la communauté légale, ne doit pas inclure de conventions contraires aux bonnes moeurs (44), mais il tire son efficacité de la célébration postérieure du mariage, qui emporte, elle, l'adhésion à des impératifs certes généraux, mais plus précisément énoncés que les "bonnes moeurs" - lesquelles y renvoient donc obligatoirement. Même si les précautions prises au contrat peuvent être de nature à pallier certaines insuffisances morales du conjoint, ou aider à y faire face, elles ne peuvent, a contrario, franchement contrevenir à son comportement exact, ou pire, encourager le délabrement moral de la conjugalité. Le contrat de mariage reste comme subordonné aux articles 212 et 213 du Code civil, ce qui ne va pas sans le nimber d'une certaine atmosphère de désintéressement (45).

Il n'empêche que le cadre patrimonial du mariage conduit à envisager deux questions distinctes, quoique fortement connexes, que l'on appellera, d'une part, la généalogie des motifs du mariage, et, d'autre part, la hiérarchie de ces motifs - les deux se réunissant en une sorte de taxinomie que la vie ordinaire fait moins apparaître que les romans, ou que ce roman-ci. A partir de et via quel(s) élément(s) se sera-t-on acheminé vers la conjugalité : désir, affection, partage de valeurs intellectuelles et/ou morales spécifiques, appât relationnel, incitation patrimoniale ? Surtout, de quelle manière ces motivations ont-elles évolué jusqu'au jour des noces, jusqu'à l'acmé de la volonté matrimoniale ? A chaque expérience conjugale sa

(43) Voir J. Ghestin, "La notion de contrat", in Recueil Dalloz-Sirey, 16 juin 1990, Chron. XXVII, p. 147/156 ; p. 147. Concernant l'autonomie de la volonté, on n'oubliera pas la réflexion de F. Terré ("Sociologie du contrat" in *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, Sirey, 1968, p. 75) : "Le contrat, analysé surtout par les juristes comme un acte de volonté et de raison, présente aussi, par quelque côté, les caractères d'un acte de participation et de foi".

(44) Article 1387 du Code civil.

(45) On oppose spontanément l'infidélité à la fidélité, qui ne coûterait rien en argent. Mais le secours ? Mais l'assistance ? Là sont impliqués des services dont rien ne garantit la gratuité. Le mariage est par essence communautaire - d'où le caractère profondément réactionnel, relatif et limitatif du régime de séparation -, et le régime matrimonial est bien davantage qu'une des "différentes manières d'accéder à la propriété".

généalogie, qui n'intéresse fondamentalement que chaque conjoint, et au maximum les deux - à un détail près tout de même, qui est justement la place dévolue au patrimoine dans un enchevêtrement de bonnes et de mauvaises raisons ou déraisons. Aussi n'existe-t-il pas de droit contractuel du désir, ni de l'affection, ni de l'opinion privée, mais bien, en l'occurrence, un droit patrimonial : son rôle est aussi de contraindre les appétits à prendre forme de volontés exprimables et compressibles, c'est-à-dire susceptibles d'être argumentées et atténuées par la recherche d'un accord, à défaut duquel il ne subsisterait plus de volonté ni même d'appétits sous-jacents. Il reste que les perspectives juridiques ouvertes sur et par les biens peuvent, dans la généalogie psychologique de l'union, être à volonté surclassées ou déclassées. On peut rencontrer l'équipage avant sa propriétaire ou voir l'héritier avant le domaine, et accorder, en son for intérieur, la place qu'on voudra aux choses, aux valeurs immatérielles, aux pulsions, comme premiers ou seconds moteurs de la décision de rejoindre, si faire se peut, l'existence d'autrui, ou de s'adjoindre la sienne. Pourtant, la libre relativité de l'économique et, corrélativement, du juridique, par rapport aux autres appréhensions des facettes d'un bonheur possible, peut jouer de telle sorte qu'un secret malentendu s'installe dès le premier instant entre les parties en présence, pour peu que, d'un côté, l'élément patrimonial bénéficie d'une prééminence qui, de l'autre côté, lui serait, consciemment ou non, refusée. Il en va d'ailleurs de même pour la démarche psychologique inverse, non plus de captation, mais d'auto-protection, de clôture, de défense : que considère-t-on, de soi, comme intouchable ? La surévaluation ou, à tout le moins, l'évaluation préférentielle du complexe économico-juridique familial peut fort bien, si elle est très déséquilibrée entre les futurs, dénoter la plus grave des dysharmonies entre les deux généalogies intimes de la décision matrimoniale. Ce sont alors non seulement les consciences de l'intérêt qui se trouvent déphasées, mais aussi les perceptions globales de ce que peut ou doit être la vie commune, mais encore les pressentiments sociaux, les intuitions juridiques et, pourquoi pas, les éventuelles presciences jurissociologiques, ainsi qu'on le verra avec Madame Evangélista.

Quid, maintenant de la hiérarchie des motifs, de la hiérarchie objectivée, s'entend, c'est-à-dire des raisons de se marier qui apparaissent ou transparaissent dans les déclarations, les aveux, les confidences, les conversations, les négociations enfin et surtout ? Le régime matrimonial et, le cas échéant - celui qui, du reste, nous occupe - le contrat, ne tardent pas à venir à la surface, liés qu'ils sont au projet initial du couple, à sa capacité à imaginer la possibilité de projets encore inconnus de lui, liés qu'ils sont aussi à la typicité plus ou moins marquée du futur ménage, à son rapport à l'argent, au bien-être, à la continuation et à la continuité - ce n'est pas la même chose - familiales. Des diverses considérations qui conduisent au mariage, seules celles qui ont le patrimoine pour objet auront les honneurs d'une transcription contraignante. Aussi le régime matrimonial est-il le futuroscope du couple, ou plutôt de ce ménage à trois qui ne doit rien au vaudeville, le couple et les deux époux, la somme et les parties aliquotes. Chacun entretient, avec le couple qu'il contribue à former, des rapports plus ou moins originaux, mais, à coup sûr, bien personnels (46), et l'on épouse, en se mariant, beaucoup plus qu'un homme ou une femme : on épouse l'institution matrimoniale, et ce ménage encore à venir qu'on s'apprête à créer, et une nouvelle image de soi, et une autre famille, et des relations et des biens en acte ou en puissance, voire même l'absence de biens, qui relève elle aussi de la puissance et de l'acte. Cette diffraction de l'union, tout à la fois certaine dans son accomplissement et incertaine dans ses conséquences, est l'autre côté de la

(46) On pourrait appliquer au mariage tel proverbe anglais sur l'amour : "In love, two is one ; but which one ?"

tendance, nécessaire et sympathique, à voir essentiellement dans le mariage une confluence fusionnelle. Par l'adoption, au besoin problématique, du régime matrimonial, le Droit donne l'occasion de méditer sur la pluralité et le composite, qu'active brusquement l'échange d'un double consentement. L'union ne fait pas l'unité, la conjonction des variables ne fait pas une variable unique, mais l'une des premières étapes d'une opération compliquée.

Voilà pourquoi il faut parler chiffres, et rechercher la structure qui, pour tel couple, abritera le plus commodément l'inévitable multiplicité au bénéfice - non exclusif, mais nécessaire - de la qualité de l'union. La justice commutative s'exerce alors entre l'un et le multiple. La mise en problème des relations patrimoniales impose donc aux futurs époux - et elle seule parvient si vite et si sûrement à ce résultat - d'entamer un questionnement lucide de leurs propensions, tant communes que respectives, à l'acte matrimonial. La généalogie des passions est alors comme traversée d'une hiérarchie des raisons qui ne la laissera pas intacte, d'autant moins d'ailleurs qu'on retrouve inmanquablement dans la deuxième une partie des éléments de la première. Quand doit être organisé le passage des deux passés simples au futur composé, ainsi que la coexistence de celui-ci avec deux futurs simples et, bien entendu, la persistance éventuelle de chaque passé simple en un futur simple également, le régime matrimonial n'apparaît plus seulement comme l'intendance du mariage auquel il reste subordonné, mais aussi, dès le stade de la délibération du régime - d'où son importance, qui échappe à Balzac moins qu'à tout autre -, comme l'esquisse intentionnelle de l'union. Cette délibération, puis ce choix, expriment, de façon sans doute encore partielle et lacunaire, tant le degré d'unité auquel le couple en voie de constitution prétend raisonnablement dès cet instant, que la conscience qu'il a de l'irréductible multiplicité dont sa réunion accroîtra les effets. Ils montrent encore, non seulement sous quel aspect général le couple est présenté par ceux qui vont le former, mais aussi sous quelle forme il est reçu par les deux familles, voire par les différents milieux qui sont, en cette occasion, conduits à voisiner, au point que la question peut se poser de savoir si ceux qui forment le couple sont, au même degré, ceux qui le font, puis quels sont ceux qui, à divers titres - parents, conseillers, conseils - se glissent de la sorte entre formation et facture, et, au bout du compte, jusqu'à quel point et dans quelle proportion cette facture est leur oeuvre. Tel est le prix à payer pour que le mariage reste, au fond, ce qu'il est, savoir l'union des individus suivie - logiquement - et précédée - chronologiquement - d'une rencontre des patrimoines qui peut aller du face à face à l'étreinte, et pour qu'il ne dégénère pas en épousailles inopinées du patrimoine de l'un par la personne de l'autre (47).

(47) Quand il est fait contrat, celui-ci n'a de force que si le mariage est célébré, quoique la signature doive intervenir antérieurement au mariage. L'article 1399 (aujourd'hui article 1395) posait le jour de la célébration comme "terminus a quo" de la communauté légale ou conventionnelle. On peut dire que la présence ou l'absence de contrat ne change rien à ce principe chronologique d'ordre public dont l'inexistence viderait le mariage de l'essentiel de sa substance sociale, en l'inféodant à des conventions particulières. Il demeure cependant une sorte de paradoxe : parce que le patrimonial est suspendu au matrimonial, il le précède dans l'ordre des actes. Admettons qu'on finisse par l'essentiel. Pourtant, se trouve-t-il beaucoup de cas où un(e) futur(e) dit "non" à la mairie, surtout si la cérémonie a été précédée d'un contrat ? On glisse là de l'essentiel à la formalité. L'opposition des rôles respectifs de la mairie et de l'église est une introduction (trop ?) facile à la sociologie juridique du mariage. Du reste, si, au XIXe siècle, les prêtres ont eu souvent plus de poids que les maires (voir notre communication aux Journées internationales d'Histoire du Droit, Strasbourg, mai 1991, publiée dans les Actes, *Le Droit de la famille en Europe, son évolution de l'Antiquité à nos jours*, sous la direction de R. Ganghofer, Presses universitaires de Strasbourg, 1992, 877 p. ; p. 645/652 : "Un ménage en scène : Jules Renard et les ricochets de deux lois relatives à la séparation"), leur perte d'influence n'a guère profité aux élus - preuve que c'est l'État qui a pris à l'Église, et non l'inverse, comme les anticléricaux le criaient. Mais la cohabitation de l'étude notariale et de la mairie est un phénomène qui, quoique bien connu des spécialistes, n'a pas pour autant accédé à la consécration en tant que thème populaire. *Le Contrat de Mariage* est, du reste, un roman peu lu. L'obstacle est évidemment technique - mais n'est-il que cela ? Le notaire et l'officier d'État civil ne représenteraient-ils pas non seulement deux fonctions

L'adoption du régime, la conclusion éventuelle d'un contrat, invitent à remonter un peu en amont, en direction des épisodes verbaux envolés, là où apparaît une sorte de limite à la distinction sémantique entre authenticité juridique et authenticité psychologique : dans l'espace de négociation, celle-ci prépare celle-là, et aucune des deux ne serait authentique sans l'autre. Dans la mesure où elle produira un texte contractuel, et dans la mesure aussi où elle demeure forcément parlée, la concertation prématrimoniale agit à la manière d'un jet de sable sur les intentions des uns et des autres, décapant l'expression ordinaire "épouser pour...", dont elle fait mieux saillir les versants causal et final. Cette concertation ne serait-elle pas au contrat à conclure ce que la vie conjugale sera au contrat conclu ? Avant, on arrange l'accord, après on s'en arrange. L'intuition fondamentale de Balzac est d'aller lire très vite, dans le court segment de diplomatie patrimoniale prématrimoniale, ce qu'habituellement donnent à voir les romans consacrés à la vie de famille au long cours. La position éminente conférée à l'acte juridique permet de fonder le roman analytique - au sens du compte-rendu analytique des séances parlementaires - et d'en transférer l'application technique des débats publics aux discussions privées, où elle n'est pas d'usage (48).

Puisque le mariage implique, matériellement et moralement, un ensemble parental préexistant, lequel ne peut alors demeurer inerte, l'étape patrimoniale met en évidence ce qui, déjà, pouvait avoir copieusement joué au niveau matrimonial seulement, c'est-à-dire que le domaine privé ne coïncide pas avec le domaine intime (49). En définitive, l'acte, en apparence ponctuel, de se marier, est une action à plusieurs détentes, au-delà même du triple enregistrement auquel elle peut donner lieu - notarié, civil, religieux, dans cet ordre -, et quasiment une activité (temporaire) où se succèdent et se chevauchent l'écrit, le dit et le non-dit, sans qu'on puisse les simplifier vraiment - sauf à pratiquer un juridisme un peu court, et de repli - en écrit et non-écrit. L'union conjugale est une sorte de cocarde dont les anneaux concentriques s'étendent de l'intime au privé, au publié, au public. Faut-il y voir une expansion vers l'extérieur à partir de deux alliances, ou au contraire l'enfermement inéluctable, sinon préventif, de deux êtres qui ne referont pas le monde autant qu'ils l'imaginent ? C'est affaire de cas, la pression s'exerçant là où la résistance fait défaut. Quoi qu'il en soit, avec la complexité du contrat croît l'aliénation, au sens philosophique, du couple qui contracte, car, plus on prévoit, plus on est en vue et, inversement, plus on est en vue, plus on est tenu de prévoir. Comment, dans ces conditions, ne pas apercevoir quelque parenté significative entre cette désindividualisation patrimonio-familiale et celle qui enveloppe le principe du majorat ? Ascendants, descendants, maison, ordre social, régime, État : il y a comme une progression géométrique qui allie pour ainsi dire naturellement la technique si répandue du contrat de mariage à celle, si restreinte, du majorat, et aide à la transitivité de l'acception civile à l'acception toute politique du mot "régime". Tout est prêt alors pour qu'au-delà du mariage des personnes, des familles et des fortunes, le ménage soit, en outre, comme marié à l'État, par la vertu d'un régime matrimonial qui, à son niveau, concourra au mariage d'un régime en place avec l'État.

complémentaires du Droit, mais aussi deux tendances concurrentes ? Leur confrontation ouvrirait alors sur une jurissociologie interne au Droit, celle des interactions du "Droit privé" et du "Droit public".

(48) On remarquera néanmoins que le contrat privé ouvre, chez Balzac, au moins deux fois sur l'extérieur : vie publique d'abord, avec le majorat, vie publicitaire ensuite, avec le souper offert au soir de la signature du contrat.

(49) Le Droit est d'ailleurs d'un mutisme de bon sens sur l'intimité des couples. Les dispositions de l'article 212 ne concernent pas la pure intimité, mais ce dont des tiers aussi peuvent être témoins.

1.2.2. Tissage pratique

Deux jeunes gens fortunés sont sur le point de convoler, ils ont fortune, lustre social, belles ascendances, fortes alliances. Il y aura contrat de mariage, on fera se déplacer les notaires, à qui le salon de la future belle-mère servira d'étude : scène du Droit privé, autre étude d'études. En deçà du contrat minuté, paraphé, l'analytique des tractations porte le regard au-delà des termes exprès de l'accord. Bien que le roman s'appelle *Le Contrat de Mariage*, il ne donne ni le texte même du contrat, ni le récit linéaire des cinq ans de vie matrimoniale qui s'ensuivent (50). Tout le livre est groupé avant et après, il est écriture patente d'une écriture à demi-latente, laquelle peut à bon droit faire s'exclamer que "c'était écrit". Mais qu'y avait-il donc d'écrit, et pourquoi, et par qui ?

Maître Mathias aime, non l'argent, mais la basoche, la terre et ses clients. Immuable dans ses attitudes, immobile dans son implantation, il est l'homme pour qui, en l'immeuble, coïncident bien matériel et bien moral. Autant que notaire, il est gestionnaire, intendant, "manager" des domaines de la famille Manerville. Ce saint notaire tient de son quasi patron Matthieu et son aptitude aux paroles d'Évangile, et son affinité avec les choses de l'argent. Mathias connaît donc à fond le patrimoine ainsi que - mais est-ce aussi vrai ? - la psychologie Manerville. L'état du patrimoine est par lui récapitulé deux fois, ce qui donne deux visites complémentaires de la même fortune. Aux dires de Mathias, après les dépenses parisiennes - sept cent mille francs -, l'arrangement de l'hôtel bordelais du père et la restauration du château maternel d'abord, paternel ensuite, de Lanstrac (51), Paul disposerait, selon une première exposition (52), de cette terre de Lanstrac, qui rapporte "vingt-trois mille livres de rentes en sac, sans compter les redevances en nature", des fermes du Grassol et du Guadet, "valant chacune trois mille six cents livres de rentes", et du clos de Belle-Rose, "rapportant, année commune, seize mille livres" : soit un total de quarante-six mille deux cents francs de rentes. A quoi s'ajoutent l'hôtel bordelais, "imposé à neuf cents francs" et, seul acquêt de Paul, une belle maison à Paris, rue de la Pépinière (53), imposée à quinze cents francs. Il faut enfin compter le mobilier des trois demeures, estimé quatre cent cinquante mille francs. Au deuxième inventaire oral de Mathias (54), Lanstrac, estimé à trois pour cent, vaut plus d'un million avec son mobilier, les deux hôtels un million aussi, avec leur mobilier, et les trois campagnes, un million encore. Le total des revenus est cette fois de quarante-sept mille deux cents francs.

Le détail de ces avoirs appelle quelques remarques. Les chiffres, d'abord, sont à la fois éloquentes et légèrement contradictoires : les revenus terriens varient de mille francs d'un passage à l'autre, comme d'ailleurs l'estimation globale du capital en un autre point du texte (55). Plus intéressant est le départ entre meubles et immeubles, que rend possible un rapprochement des deux passages. Le gros million de Lanstrac, et le million de Bordeaux et Paris mis ensemble, font deux "bons" millions, meubles compris ; mais la partie strictement immobilière du patrimoine est, elle, de un million cinq cent cinquante mille francs, puisque le mobilier de toutes ces demeures a été estimé à quatre cent cinquante mille francs. La fortune de

(50) Balzac a renoncé au chapitre qu'il comptait consacrer à la vie parisienne des Manerville ; intitulé "La lune de miel", ce texte est resté inédit (voir CMP, 1427/1432).

(51) CMP, 538 : travaux qui "absorbèrent les capitaux que, depuis six ans, lui plaçait son notaire".

(52) CMP, 563.

(53) Toponyme ironique, puisqu'on sait que justement Paul n'y sèmera rien.

(54) CMP, 575.

(55) CMP, 575 : "trois millions et demi qui seront hypothéqués pour onze cent mille francs de dot que ces deux femmes lui feront manger !" Ici apparaît donc un demi-million supplémentaire ; mais Lanstrac "vaut plus d'un million" et Mathias se parle à lui-même, sa tête s'échauffe.

Paul devient alors décomposable non plus en trois tiers d'un million chacun - description marchande - mais en trois rubriques : meubles, immeubles, revenus - description juridique. Ce détail est d'importance, car il montre, à son niveau, le refus d'une présentation doctrinale : il faut aller chercher le Droit, qui ne se donne certainement pas tout seul. Là est l'élément réaliste ; les notaires s'entendent, et leurs clients, n'entendant rien au Droit, ont au plus, telle Mme Evangélista, la conscience fruste, mais déjà solide, de leurs intérêts. On va donc à la pratique depuis l'intérêt immédiat et non depuis le savoir académique, que Balzac a déjà révoqué par la bouche de de Marsay (56). Troisième et dernier enseignement : les incertitudes qui planent sur l'emploi que Paul a fait de sa fortune antérieurement à cette demande en mariage. En effet, Balzac fournit trois indications d'ordre financier, à partir desquelles il faut tout reconstruire. Paul, après la mort de son père, a acheté des rentes avec ses capitaux (57), ce qui ne signifie pas qu'il les y a intégralement employés. Puis, en six ans de "folles dépenses", il mange sept cent mille francs, tant en Europe qu'à Paris, et ne s'arrête qu'au moment où il lui faudrait "entamer ses terres de Guyenne". Enfin, il restaure, arrange et meuble ses résidences de Lanstrac et Bordeaux, en y absorbant des capitaux placés par Mathias, qui représentent très certainement le reliquat des "capitaux considérables accumulés par l'avarice paternelle", et dont une part avait été convertie en rentes. Puisque Paul se trouve strictement réduit à ses revenus fonciers - quarante et quelques mille livres de rentes -, il faut en déduire que, d'une part, les capitaux paternels ont intégralement disparu, et que, d'autre part, Paul a, des rentes acquises, mangé le revenu et le capital. La dépense a effectivement été considérable. Une question subsiste cependant : Paul a certes employé à ses plaisirs la totalité des capitaux susceptibles de lui assurer des revenus modernes - c'est-à-dire de type financier - et s'en va vivre à l'ancienne mode, sur ses terres, du revenu exclusif de celles-ci. Cette position de repli, de sagesse peut-être, en tout cas d'assagissement, fait-elle suite comme une contrepartie nécessaire - un juste retour des choses - à une période de pure dilapidation, qui elle-même aurait suivi une jeunesse contrainte ? Si la vie de Paul n'a été qu'une suite de réactions, il faudrait que le personnage fût l'impulsif qu'il n'est pas. Or la continuité est donnée à voir dans les comptes. Des sommes dépensées - ces capitaux disponibles à la mort du père -, on n'a aucun chiffre précis, sinon les fameux sept cent mille francs et les capitaux engloutis, pour finir, dans Bordeaux et Lanstrac. Mais Paul a acquis, avec ces sommes, l'hôtel parisien qui, quoiqu'il coûte sans rien rapporter, représente un investissement réalisable quand on voudra. Puis sous forme de commandes portant sur les immeubles en sa possession, il les a valorisés - on peut donc parler, au sujet des embellissements, d'investissements immobiliers indirects -, et meublés avec soin - ce sont cette fois des investissements mobiliers dont la rentabilité, pour être aléatoire - mais Paul ne cherchait pas à faire ainsi des affaires -, ne s'anéantit pas en perte sèche. Les quatre cent cinquante mille francs de meubles pourront avoir coûté davantage, ou ne pas atteindre ce prix lors d'une revente, ils existent bel et bien, et de surcroît sont susceptibles de faire masse avec les immeubles qui les abritent : les biens de Paul ne sont pas, a priori, menacés par la "bande noire" (58). Il n'empêche que les dissipations ont bien eu lieu, que Paul a dévoré en plaisirs évanescents des sommes considérables et, pourquoi pas, l'intégralité des sept cent mille francs, si l'on admet que la maison de Paris, accompagnée de ses ornements, a été réglée avec une partie du capital paternel de départ, hors rentes. Car si l'on imputait les achats de l'immeuble et de ses meubles sur ces éternels sept cent mille francs, Paul

(56) CMP, 536 : "Ce grenier à bavardages appelé l'École de droit".

(57) CMP, 529/538 (pour les citations suivantes).

(58) Bande auvergnate de dépeceurs de châteaux, que Balzac montre à l'oeuvre notamment dans *Le Curé de Village* et *Madame Firmiani*.

apparaîtrait comme beaucoup moins dépensier que ne l'indique formellement Balzac. Reste que Paul n'a pas non plus jeté par n'importe quelles fenêtres l'argent évaporé : la "charge d'homme élégant" ainsi acquise, et qui "vaut mieux qu'une charge d'agent de change" (59), c'est-à-dire qui est susceptible de rapporter davantage, sans en exclure l'argent - et puis, ne se fait-on pas riche pour se montrer ? - lui demeure acquise, avec ses servitudes, certes, mais aussi ses grandeurs. Sans elle, eût-il rencontré une Natalie Evangélista, et à quelle hauteur de "fashionable" eût-il été en mesure de faire monter ses prétentions matrimoniales ? Au soir du contrat, Paul est un homme riche, plein d'avenir, dont la maturité a été préparée avec un entrain qui semble devoir en exclure toute aigreur et toute médiocrité.

Qu'y a-t-il en face, côté Evangélista ? A priori, rien, ou plutôt un mot, de poids incertain : des droits, ceux de Natalie sur la succession de son père, et pas un sou de dot (60). Madame Evangélista et Natalie ont en effet mangé deux millions en sept ans (61), et la mère se trouve devoir à sa fille environ le tiers de la fortune laissée par le père à son décès, soit un million cent cinquante six mille francs (62). La beauté de Natalie, le lustre attaché à ses moindres faits et gestes, les alliances dont elle peut se prévaloir du côté maternel, pourraient lui tenir lieu de dot (63). Mais la médaille a un revers : Natalie est notoirement habituée à la dépense (64), et comment expliquer que tant d'apparat ne s'appuie pas sur une fortune personnelle consistante ? En réalité, Natalie n'obtient de précellence sociale qu'au prix d'une ruine financière toute proche, dont du reste elle n'a pas le moindre pressentiment, élevée qu'elle est loin des chiffres par une mère déjà incapable de compter (65). Au moment où Paul la rencontre, elle est, sans le savoir, au sommet de sa courbe mondaine ; pour continuer sa route, elle doit changer de monture, d'où l'empressement remarqué (66) que met sa mère à la marier bien. La difficulté tient surtout en ce que Natalie, à l'âge qu'elle a et du fait qu'elle n'est encore que provinciale, ne peut soutenir son train de vie, et cela tout naïvement, qu'en en adoptant un plus dispendieux encore. Rendre justice à la croissance physique et sociale de Natalie, c'est lui offrir le surplus de luxe faute duquel elle manquerait son destin. La dot de Natalie consiste finalement en deux apports in(dé)chiffrables, et ennemis des chiffres. Le premier est la marque terminale de la réussite, l'habitude de procéder naturellement et ordinairement aux dissipations les moins naturelles et les plus extraordinaires, tant et si bien que la dépense a presque (il y aura toujours un "presque") les caractères d'un capital. Le second est sa mère, la femme qui réussit sans calculs, comme par destination. Natalie est hors normes, elle n'a pas de prix (67). Avec cela, le tout-Bordeaux peut bien lui attribuer un million fictif : on ne

(59) CMP, 529.

(60) Paul l'apprend de sa tante Maulincour, et cela le plonge dans l'abîme que creuse, sous les non-initiés, l'ignorance des choses du Droit (CMP, 552/553). Il est intéressant qu'il se place dans la situation délicate de le réentendre de la bouche de Mathias, en plein débat (CMP, 566), Mathias à qui il n'a donc rien dit auparavant, contre tout bon sens.

(61) CMP, 579.

(62) CMP, 554/556.

(63) Savoir apporter du bonheur est la première des dots, dit Madame Evangélista, qui n'en avait pas d'autre (CMP, 566) ; et, plus loin : "Quand mon mari m'épousa, je n'avais que mon nom et ma personne. Mon nom seul valait pour lui des trésors auprès desquels pâlessaient les siens" (CMP, 570).

(64) Tout le monde en est effrayé (CMP, 539, 540, 542) et cela explique la stratégie du groupe ; voir, *infra*, note 67.

(65) CMP, 554. Il n'empêche qu'elle ne cèle rien à son notaire de l'état exact de sa situation.

(66) CMP, 580 : "Madame Evangélista ne veut que marier sa fille".

(67) La haute société bordelaise a plus ou moins organisé la rencontre de Paul et de Natalie, "mis en présence la Fleur des Pois et la reine des bals" : "si Paul n'avait pas été secrètement épris de Melle Evangélista, certes le monde l'aurait marié malgré lui" (CMP, 540/541). A cela, une raison presque limpide : dans le cercle de la haute société royaliste où se déroule l'intrigue, Paul, ex-Parisien, est déterminé par son milieu à se charger d'une héritière de trop grand format. Il débarrasse Bordeaux de Natalie ; assumer son rang, c'est aussi se dévouer sans le savoir aux impératifs du groupe auquel on

prête qu'aux riches, elle est née créditée comme on naît coiffé. A une condition cependant : que la première tentative matrimoniale soit la bonne (68), et qu'aucune rupture des préliminaires - dont la bonne société connaîtrait les motifs financiers, ou en inventerait de pires - ne vienne ternir l'image de l'héritière supposée. Mme Evangélista et son notaire, Solonet, s'attendent à des difficultés majeures, et préparent un habile maquillage de la réalité. "Nous nous marions avec nos droits" (69) est l'incipit sibyllin des longs pourparlers dont doit sortir le contrat. Ce qu'on sait de Natalie, et plus encore ce qu'on en devine, confère un double sens à l'expression. Il s'agit tout aussi bien de "droits sur" que de "droits à" ; d'espérances (factices) que de certitudes (absolues), les premières juridiques (façade d'héritière) et dénuées de consistance factuelle (le patrimoine paternel est absent), les secondes factuelles (profil de dépensière) et dénuées de consistance juridique (le patrimoine marital est encore à capter). Le stratagème de Solonet vise, par un chiasme, à réhabiliter artificieusement le statut patrimonial de Natalie, de sorte que son statut matrimonial ne fasse pas de problème, c'est-à-dire à créer les conditions de consistance factuelle quant aux "droits sur", pour qu'apparaisse comme d'elle-même la consistance juridique quant aux "droits à". En se mariant "avec ses droits", Natalie en retrouverait la plénitude.

Le contrat de mariage sera élaboré à partir des positions extrêmement éloignées de Solonet et de Mathias. Mais quoique chaque notaire parle pour son client, les rôles ne sont pas vraiment équilibrés. En effet, Mathias parle pour le seul Paul, majeur, capable, fortuné, et qui n'a point conféré avec son notaire avant la négociation, tandis que Solonet parle pour Mme Evangélista, laquelle agit au nom de sa fille encore mineure, avec une fortune problématique, ce qui a donné lieu à une préparation minutieuse de la conférence. Autre différence : Mathias a soigné, depuis trente ans, les intérêts de la famille Manerville, et Solonet espère prendre soin, à l'avenir, de la personne de Mme Evangélista (70). La partie Manerville a donc en face d'elle un groupe Evangélista parcouru de plusieurs strates d'intérêts, qui, à défaut de relever une fortune, reconstituent presque une famille. Une telle différence dans la structuration des parties explique aussi la divergence de nature des discours tenus par les notaires. Mathias va jouer le rôle de l'honnête juriste, de l'homme droit dans tous les sens du terme, alors que Solonet, tant par un calcul auquel il est plus ou moins acculé, que par l'effet d'un désir inassouvi d'intimité avec les Evangélista, va déplacer le débat sur des questions relationnelles (71), saisissables par tout le monde, et que Paul ne pourra pas faire semblant de ne pas entendre, devenant ainsi l'allié objectif du notaire de la partie adverse. C'est donc bien clair : la qualité hétérogène et ambiguë des "droits" de Natalie conduit Solonet, "le plus habile notaire de Bordeaux" (72), à adopter une posture extra juridique et à laisser l'interlocuteur faire seul

appartient. L'amour de Paul pour Natalie est explicitement présenté comme un élément annexe de l'union ; mais Solonet saura l'utiliser au profit de la logique mondaine.

(68) CMP, 554 : "Sil se retirait, <Paul, ou tout premier prétendant>, tout Bordeaux en saurait les motifs, et le mariage de Natalie y devenait impossible".

(69) CMP, 562.

(70) CMP, 555.

(71) CMP, 556 : "Ici les questions morales <entendons : les questions psychologiques> dominent les questions de Droit et de finance", précise-t-il.

(72) Ce qu'on aurait du mal à croire d'un "jeune homme de vingt-sept ans" (CMP, 555). On remarquera tout de même que Solonet, déjà récompensé de la Légion d'honneur pour son activisme en faveur du second retour (il devait alors avoir vingt ans), est beaucoup plus que notaire, et encadre ses actions strictement professionnelles dans une série d'engagements adjacents : séduction, politique, finance, qui font déjà de lui un homme d'influence. Et son portrait, opposé à celui du bon Mathias, ne laisse pas de doute à l'égard de la compétence : Solonet est "le notaire dont la science vient de sa duplicité" (CMP, 561). Le Droit et la pratique pèsent donc peu, et chez lui tout est, au départ, affaire de caractère, de psychologie, ou, pour reprendre ses propres termes, de "morale". Solonet est un Solon dégradé qui commet le Droit dans les salons ; ce sous-juriste n'accumule les succès sociaux qu'en raison de son

l'essentiel de l'effort juridique et financier qui conduira à l'accord recherché. En d'autres termes, Solonet s'installe d'emblée sur un terrain matrimonial volontairement et perfidement restreint au sentimental, faisant semblant d'abandonner les difficultés du patrimonial à Mathias. Or l'appel aux sentiments est un peu l'espérance de la jeunesse, et Mathias, seule personne âgée de cette conférence à cinq, n'est déjà pas professionnellement intéressé par ces bluettes, ce qu'on peut aisément comprendre, mais surtout il n'y est plus psychologiquement réceptif - il n'est plus en âge d'aimer, ses réticences en perdent du poids, le font barbon (73), sont en passe d'être portées au débit du vieillissement et de l'impuissance, et pas au crédit de la lucidité et de l'expérience. Il se crée, comme par force, une sorte de club des jeunes, dont Mme Evangélista est d'autant moins exclue qu'elle entretient l'ardeur secrète de son cadet Solonet - Solonet qui, soit dit en passant, a, à un an près, l'âge de Paul. Paul, lié à Mathias par les intérêts et à Solonet par la génération, va servir d'intermédiaire au jeune notaire pour discuter avec l'ancien, d'où un renversement complet de l'ordre d'interlocution attendu (74). A quoi s'ajoute un autre avantage : Solonet, qui parle sentiments, s'entend peut-être moins au Droit que son ancien, mais il s'y entend mieux que celui-ci ne s'entend aux sentiments, ou n'est réputé s'y entendre. Compte-tenu de tous ces éléments, la négociation peut s'ouvrir dans une atmosphère de dégradation du Droit propice à diverses manipulations.

Après que Paul a fait demander - et obtenir - la main de Natalie par sa tante Maulincour (75), l'initiative des propositions revient à Solonet (76), qui va procéder en cinq paliers (77). En un premier temps, Solonet propose un projet de contrat "simple comme bonjour", et juste destiné à entamer la discussion tout en l'orientant de façon décisive (78). Solonet en tire un quintuple avantage : il se débarrasse - et Mme Evangélista avec lui - du pénible aveu de la fortune dépensée, il présente l'état actuel du patrimoine Evangélista, il conduit Mathias à donner toutes précisions sur les biens Manerville, il circonscrit la négociation au régime de communauté et, surtout, il en profite pour prôner les sentiments désintéressés (79). Que possède Mme Evangélista ? Son hôtel, avec le mobilier, plus "quatre cent et quelques mille francs employés vers 1817 en cinq pour cent, donnant quarante mille francs de revenus" (80). Pourquoi cela seulement surnage-t-il de la fortune du mari ? Parce qu'hormis l'hôtel à Bordeaux, Evangélista n'avait pas acquis d'immeuble (81), et que

hypermondanté : son opposition avec Mathias est un peu celle de la règle (de Droit) et du monde (des affaires).

(73) CMP, 564 : "Mon vieux père Cassandre", pense Solonet.

(74) Il faut à tout prix que ce soit Paul qui aveugle Mathias, et non Mathias qui éclaire Paul. Voir CMP, 554 : "Paul, éclairé par son notaire, transigerait-il sur la reddition des comptes de tutelle ?"

(75) Il est soucieux des convenances, mais son recours répété aux vieilles gens - c'est la tante qui recommande Mathias - le disqualifie un peu psychologiquement : marque ineffaçable de l'enfance, contrainte par le père dans le milieu étouffant et poussiéreux des royalistes sous l'Empire, par quoi Balzac explique la faiblesse de Paul. Être considéré comme un des leurs par les gens de son âge, lui qui, adolescent, envoyait leurs plaisirs, opère sur Paul une irrésistible séduction. C'est, avec l'isolement du vieux Mathias, l'autre coup de maître joué par Solonet, qui, lui, fut un jeune royaliste plus heureux que Paul : la roture était alors un avantage.

(76) CMP, 562 : "Nous sommes la partie opprimée <...>, nous sommes la fille".

(77) CMP, 564 : Solonet, "dans le silence du cabinet, avait stratégiquement disposé ses masses, échelonnées sur propositions, élevé les tournaux de la discussion, et préparé le point où les parties, croyant tout perdu, se trouveraient devant une heureuse transaction où triompherait sa cliente".

(78) CMP, 562 : "Nous nous marions avec nos droits sous le régime de la communauté ; donation générale de nos biens l'un à l'autre en cas de mort sans héritier, sinon donation d'un quart en usufruit et d'un quart en nue-propriété ; la somme mise dans la communauté sera du quart des apports respectifs ; le survivant garde le mobilier sans être tenu de faire inventaire".

(79) CMP, 563 : "L'affaire est manquée si vous n'avez pas les sentiments généreux".

(80) CMP, 564. L'examen des variantes montre que Balzac n'a pas toujours porté le revenu de cette rente à 10% du capital : il a d'abord hésité entre trente mille et vingt-six mille francs.

(81) Le constant besoin de capitaux de l'armateur qu'il était peut expliquer ce choix. Mais on a quelque mal à croire qu'il n'ait pas acheté, pour la belle saison, une de ces demeures comme les environs de Bordeaux en comptent tant.

sa veuve ignorait tout des affaires (82). Solonet, sans rire, peut alors sous-entendre que Mme Evangélista était censée ignorer la loi. Tandis que Paul, toujours amoureux, mais néanmoins rêveur, se voit déjà vivre sur ses seules rentes en compagnie d'une femme habituée au luxe (83), et que Mathias, circonspect, suggère à son client de remettre la conférence à plus tard, Solonet lance son deuxième assaut. Cette fois, il ne se contente plus de dire que Natalie a droit à plus d'un million, et qu'on trouverait difficilement une héritière en situation d'apporter une plus belle somme ; il présente un montage dont la facticité a essentiellement pour but d'aborder la douloureuse question de la dette de Mme Evangélista à l'égard de sa fille, et de la quittance qu'on attend du gendre. Estimant à huit cent mille francs le capital actuel de la rente maternelle, et à deux cent mille la valeur de l'hôtel, Solonet imagine un transfert de nue-propriété à Natalie, tel que celle-ci retrouve un million sur les un million cent cinquante-six mille francs à elle dus par sa mère (84). Comme prévu, Mathias s'en scandalise : qu'arriverait-il si Paul se retrouvait veuf avec une belle-mère toujours en vie, et des enfants qui lui demanderaient compte du bien de leur mère ? Mathias envisage également le cas où, "par amour", Paul ferait "des folies", et où "sa femme le ruinerait par ses reprises le jour où quelque malheur adviendrait" (85). Après quelques minauderies de Mme Evangélista, qui se dit prête, s'il le faut, à entrer au couvent pour faire le bonheur de sa fille, Solonet propose enfin la transaction qu'il avait réservée par devers lui. Mme Evangélista pourrait délaissier les huit cent mille francs du capital de sa rente, dont les titres seront bientôt au pair (86), vendre son hôtel - Solonet se fait maintenant fort d'en tirer trois cent mille francs -, et en partager le prix avec ses enfants, se réservant donc pour elle une masse de cent cinquante mille francs qui donneraient vingt mille francs de rente. Elle compenserait sa diminution de train de vie en allant vivre avec Paul et Natalie, et, par ses largesses, amoindrirait peu à peu la différence de deux cent six mille francs entre la somme due et celle effectivement restituée. Après placement, le quasi-million de Natalie peut donner cinquante mille francs de rentes qui, joints aux revenus de Paul, permettraient d'atteindre le total significatif de cent mille francs à l'année. Mais, pour parvenir à ce montage, Solonet opère cinq torsions de la réalité : il surévalue l'hôtel, il rehausse sensiblement le capital pourvoyeur de rente, il maximalise les revenus du million de Natalie, il arrondit les quarante six mille francs de Paul à cinquante mille, et il anticipe sur des libéralités éventuelles de Mme Evangélista. Paul doit donc accepter simultanément les approximations de Solonet, renoncer à deux cent six mille francs - qui représentent cinq ans de ses seules rentes -, tout en reconnaissant les avoir reçus - ce qui, soit dit en passant, représente, pour peu qu'il doive les restituer, un déficit du double -, et accueillir chez lui sa belle-mère. Après avoir encore optimisé ses estimations, Solonet conclut à l'égalité des fortunes. Quatrième temps : Mme Evangélista procède, comme spontanément, à une surenchère très préparée, en proposant de donner ses bijoux à sa fille, bijoux "qui doivent valoir au moins cent mille francs"

(82) CMP, 563/564 : "Nous n'avons pas fait inventaire après la mort de notre mari, nous étions espagnole, créole et nous ne connaissions pas les lois françaises. D'ailleurs, nous étions trop douloureusement affectée pour songer à de misérables formalités que remplissent les coeurs froids. <...> Si nous avons une liquidation précédée d'un bout d'inventaire fait par commune renommée, remerciez-en notre subrogé-tuteur, qui nous a forcée d'établir une situation et de reconnaître à notre fille une fortune telle quelle, au moment où il nous a fallu retirer de Londres des rentes anglaises dont le capital était immense et que nous voulions replacer à Paris, où nous en doublions les intérêts".

(83) Sur la foi mondaine du mythique million de dot, dans ce cas placé à 5%, il comptait en effet disposer de cent mille francs de rentes en réunissant les deux fortunes.

(84) CMP, 568 : "Monsieur le Comte reconnaîtra donc par le contrat avoir reçu la somme totale revenant à Melle Evangélista sur la succession de son père".

(85) CMP, 570.

(86) Les titres de rente sont encore échangés longtemps après leur date d'émission : la rente est dite "au pair" lorsque, à un moment quelconque, son cours rejoint le niveau d'émission initial. Il y a bien entendu intérêt à vendre au pair, ou au-dessus, lorsqu'on a acheté en dessous.

(87). Solonet touche alors au but (88) : il a opéré la transmutation de la triple extranéité de Mme Evangélista, par rapport à la France, par rapport au Droit français, et par rapport au Droit en général, en une qualité humaine supérieure résultant de ces infériorités mêmes : "Si Madame, en se dépouillant *avec une loyauté tout espagnole*, remplit à cent mille francs près ses obligations, il est juste de lui donner quittance" (89). Ipso facto, le reliquat dont Paul se trouvera chargé est présenté presque explicitement comme un sacrifice dont son amour pour Natalie et son estime pour Mme Evangélista doivent lui faire mesurer le peu d'étendue réelle. De plus, l'appariement de Natalie et de sa mère aboutit à une sorte d'interchangeabilité (90), ce qui tout à la fois ligote Paul et libère Mathias : les attitudes respectives du notaire et de son client peuvent apparaître à Solonet comme déphasées sans rémission. Témoin du manège de Mme Evangélista et de Solonet, Mathias souligne alors, outre le déficit de cent mille francs à la charge de Paul, "la différence qui existe entre les placements territoriaux, dont le capital est énorme, qui va croissant, et les revenus de la dot dont le capital est sujet à des chances et à des diminutions d'intérêt" (91). Il dénonce ainsi la totalité de l'artifice imaginé par Solonet, qui consiste à comparer les rentes - et donc à ne prendre en compte que ce que ces gens dépensiers sont accoutumés à considérer comme l'aliment du train de vie - sans comparer des capitaux qui, selon leur nature, constituent - si ce sont des terres -, ou ne constituent pas - si ce sont des fonds - le socle dur de la fortune, doublé d'un élément de jouissance supplémentaire et indépendant du revenu. Bref, les terres valent de l'argent, sans que l'argent vaille les terres. A cette objection écrasante, Mme Evangélista répondra par un argument tentateur où l'on perçoit toute la sophistication de Solonet, qui porte ici son dernier et définitif assaut. A sa majorité, Natalie, contre le million que réunira sa mère comme il a été dit, lui donnera elle-même quittance, en bonne fille qu'elle est, et, ainsi nantie, "pourra, si elle veut, choisir parmi les fils de tous les pairs de France" (92). Autrement dit, si Paul ne veut plus maintenant de Natalie, de mieux placés que lui seront assez vite sur les rangs : à lui de se comporter en digne fils - comme Natalie en fille parfaite, le cas échéant - s'il désire épouser. Solonet, à ce moment, a gagné : Paul est prêt à céder et Mathias le voit bien à son désarroi. Pour l'arracher à la toile d'araignée où il a donné sans même sans apercevoir, le vieux notaire va échafauder, en l'improvisant, la contre-proposition d'où sortira le contrat. Comme Mathias incline à croire que le caractère de Paul, et son incompetence en affaires, lui vaudront quelque jour de très sérieux ennuis d'argent, il va distinguer entre son client, qu'il ne peut indéfiniment défendre contre lui-même, attiré qu'il est par Solonet dans l'orbite des Evangélista, et la lignée dont Paul n'est pour l'instant que l'ultime représentant (93).

(87) CMP, 574.

(88) Ibidem : "Rien ne s'oppose alors à ce que M. le Comte reconnaisse avoir reçu l'intégralité des sommes revenant à Melle Natalie de la succession de son père, et que les futurs époux n'entendent au contrat le compte de tutelle".

(89) Ibidem. C'est nous qui soulignons.

(90) "Ma fille n'est-elle pas un autre moi ?" dit Mme Evangélista (CMP, 574), ce qui, rapproché de certaines phrases de Solonet : "D'ailleurs, nous <c'est-à-dire Mme Evangélista> aimons la dépense", "la plus belle fille du monde doit toujours manger plus qu'elle n'a" (CMP, 564), a de quoi effrayer Mathias pour la suite. Il dira à Paul : "Vous voulez absolument épouser une mère et une fille qui ont mangé environ deux millions en sept ans, vous acceptez un débet de plus de cent mille francs envers vos enfants (CMP, 579). Rappelons que cent mille francs constituent, selon l'estimation de Balzac, plus de trois ans de revenus d'un notaire arriviste qui, à l'image de Solonet, "veut se retirer riche de trente mille francs de rente après dix ans de Notariat" (CMP, 561).

(91) CMP, 576.

(92) CMP, 577. Mais il est évident que, dans ce cas, c'est la seule Natalie qui endosserait le passif de cent cinquante-six mille francs, en renonçant purement et simplement à sa créance.

(93) "Si vous voulez vous embarquer dans cette galère, allez-y, Monsieur le Comte. Mais laissez au moins votre vieil ami sauver la maison de Manerville" (CMP, 579).

Le majorat dont Mathias va présenter la fondation comme "naturelle" (94) en cette occasion, de sorte que Paul accroisse ses chances d'être d'une prochaine fourmée de pairs, comprendra la terre de Lanstrac, "qui vaut un million", l'hôtel à Paris, et huit cent mille francs de l'apport de Natalie, qui serviront à acheter deux domaines jouxtant Lanstrac, domaines dont le rapport sera un jour de quatre et demi pour cent - soit à peu près trente six mille francs de rentes (95). P.-A. Perrod a déjà relevé les outrances de cette proposition (96) : les dimensions excessives du majorat, tant du point de vue financier que patrimonial (97), en rendent improbable la réalisation. Mathias a cependant, pour procéder de la sorte, quelques raisons qui méritent examen. La première est d'ordre psychologique : Mathias a vu naître Paul (98), du moins le pense-t-il, ce qui, à la lettre, est faux, puisque les Manerville s'étaient alors repliés à la Martinique ; entendons plutôt qu'il l'a connu enfant, et qu'il lui a préservé, durant son absence, une part essentielle de son futur patrimoine. En Mathias, le simple homme d'affaires se fortifie à ce moment d'un père de substitution (99), qui se trouve investi d'une sorte de tutelle morale sur son client. La double position d'intendant et de conseil juridique, vis-à-vis d'un jeune homme qui sait dépenser mais pas amasser, et qui ignore le Droit, confère au vieux notaire une position très différente de celle d'un praticien de basse roture dont on rémunérerait les activités, quitte à le remplacer par quelque autre, le jour venu. Le maniement simultanément, et sans reproche, du Droit et de l'argent, au bénéfice d'une famille, fait de Mathias l'homme qui agit en bon père de famille, comme dit le Droit, avec certes la nuance que les biens en jeu ne lui appartiennent pas, mais avec aussi cet avantage qu'il apporte le fait de n'être pas propriétaire de l'objet de ses soins, avantage par défaut qui renforce finalement la position morale du notaire (100) ; il y a glissement des soins patrimoniaux aux soins paternels, et de ceux-ci à un paternalisme amical qui, au bout du compte, réitère la tyrannie de feu M. de Manerville père. La seconde raison est tactique, quoiqu'elle ne puisse être comprise sans référence à la méta-paternité de ce bon génie du patrimoine. Après avoir parlé en faveur du majorat et en avoir proposé le contenu, Mathias, en aparté, explique ses raisons à Paul : "Vous la voulez, prenez-la ! Mais je voudrais voir manquer ce mariage sans qu'il y eût le moindre tort de votre côté" (101). Les conditions léonines du majorat sont évidemment dissuasives, et Mathias tend là une perche à Solonet et à sa cliente pour rompre d'eux-mêmes, en les faisant, si possible, crier à la provocation. La fondation du majorat mêle d'autre part, à la conclusion du contrat de mariage, des services d'Administration centrale sur lesquels il sera toujours facile de

(94) Alors que les conditions habituelles de l'institution d'un majorat sont les dispositions testamentaires ou les donations paternelles effectuées lors d'un contrat de mariage.

(95) CMP, 579/581.

(96) Article cité (voir ci-dessus note 38), p. 227.

(97) Financièrement, les revenus nets de ce majorat excéderont largement le minimum légal exigé - vingt mille francs pour le titre de Comte - par les Ordonnances des 25 et 31 août 1817 : Mathias décide ainsi une immobilisation du capital considérable. Patrimonialement, le majorat risque d'être caduc s'il enfreint la règle de la quotité disponible - preuve, s'il en fallait une, qu'il n'est pas une résurrection du droit d'aînesse - ; d'où des difficultés possibles selon le nombre d'héritiers qui viendront à la succession.

(98) CMP, 574.

(99) La paternité oblique est une structure récurrente bien connue chez Balzac.

(100) On notera que, d'un regard, Mathias sait arrêter le mouvement de Paul qui, suite au développement complet de l'offensive Solonet, "fit un pas vers lui, sans doute pour lui dire qu'il voulait que le contrat fût rédigé sur l'heure" (CMP, 577) ; que Mathias, après avoir indiqué les conditions du futur majorat, conclut en disant "Je consens !" (CMP, 579) ; qu'enfin, il ne se gêne pas pour dire à son client, au sujet de Natalie, "ces sortes de filles font de mauvaises femmes". On se trouve ici fort loin du "nous" professionnel des notaires, par quoi ils prêtent leur voix aux intérêts qu'ils défendent. Il s'agit d'un rapport de forces atypique au sein même d'une des parties, et le "je" de Mathias est une excroissance psychologique qui dévore le "nous" du praticien.

(101) CMP, 580.

faire retomber, vis-à-vis du public, l'échec des tractations (102) ; le versant parisien du contrat, c'est-à-dire celui qui est incomplètement maîtrisé par les parties, et où l'on voit affleurer le Droit public, incite Mathias à pousser les prétentions de son client jusqu'à une rupture qu'on porterait, sans se gêner, au compte d'un tiers. Mais le cas est également prévu, où les Evangélista, trop effrayés par cette éventualité, ou trop désireux de prendre pied chez les Manerville, accepteraient d'en passer par les conditions de Mathias. D'où une troisième raison au comportement du vieux notaire : dans l'hypothèse où la contradiction éclaterait entre un tel consentement et l'affirmation péremptoire selon laquelle Natalie n'aurait qu'à choisir entre les fils de pair, toute la falsification de Solonet serait mise au jour, comme un gant qu'on retourne, et au-delà même, laisserait pressentir de ténébreuses abysses dans les motivations de la cliente (103), de Mme Evangélista, en faveur de qui Solonet reconnaîtra plus tard avoir "peut-être dépassé les bornes de la finesse" (104). Mathias, qui voit se dessiner avec assez de netteté les contours de la machination, jette un coup de sonde dans la psychologie de l'adversaire, dont il devine qu'elle dominera, si ce mariage se fait, la vie matrimoniale et patrimoniale de Paul. En acquiesçant à sa contre-proposition, Mme Evangélista sera prise au double piège de son ignorance du Droit et de son amour-propre ; il se révélera alors entre elle et Solonet - comme auparavant, et de leur fait, entre Paul et Mathias - une certaine désynchronisation, car Solonet, lui, ne réagit pas davantage aux sollicitations de l'amour-propre que Mathias ne répondait à celles de l'amour. Mathias parvient de la sorte à toucher Mme Evangélista par-delà son notaire, mais à la différence de l'opération symétrique qui, peu avant, avait eu Paul pour cible, ce ne sont pas des sentiments positifs d'attachement à autrui - en l'espèce, Natalie - qui transparaissent, mais l'instinct d'imposer partout sa propre image, et de la projeter en tout ce qui regarde l'existence de sa fille. Tel est le motif ultime de l'accord que peut donner Mme Evangélista à la constitution du majorat, et sa nature justifie la maximalisation des conditions. Quel intérêt a-t-elle à collaborer, à ce prix, à la confection d'un hypothétique pair de France? Parce qu'elle voit encore un avantage à approuver ces clauses inouïes, il apparaît d'autant plus nécessaire de les lui imposer, en regrettant peut-être de ne pouvoir aller plus loin encore. Mathias peut d'ailleurs espérer que l'ignorance de Mme Evangélista excéderait légèrement, dans l'accord qu'elle donnerait, la puissance de ses troubles desseins, ce qui pourrait redonner l'avantage à Paul - Paul qui, sans cette trouvaille de dernière minute soufflée, dit Balzac, par le Génie du Notariat soi-même, eût signé des deux mains le contrat que lui proposait Solonet -, Paul qui, possédé et en bonne voie de dépossession, à la lettre, ne s'appartenait plus. Enfin, au pire, autrement dit au cas où le mariage n'échouerait pas, Paul est comme mis en tutelle au bénéfice d'une valeur familiale à laquelle Mathias, passé peu à peu du rang de serviteur à celui de protecteur, n'hésite pas à sacrifier les individus. Les conditions que Mathias met au contrat sont donc sans doute inhabituelles, mais elles ne sont que le reflet de la situation, inhabituelle elle aussi, qu'il découvre en entrant dans le salon de Mme Evangélista. Quant à l'autre aspect juridiquement risqué pointé par P.-A. Perrod, le dépassement probable de la quotité disponible, Mathias y a par avance répondu : "Le surplus des deux fortunes, sagement administré, suffira grandement à l'établissement des autres

(102) Le public s'y attend : "Vous comprenez, disaient les uns, que, pour ménager l'honneur des deux familles, les difficultés ne seront venues d'aucun côté, ce sera la chancellerie qui refusera..." (CMP, 591). Plus tard, c'est Solonet qui propose à Mme Evangélista, pour faire machine arrière, d'invoquer "une erreur commise à Paris, un manque de pièces" (CMP, 599).

(103) Mathias a d'ores et déjà découvert "dans l'âme de cette femme des intentions qui <...> comportaient <...> toutes les criminalités en germe" (CMP, 575).

(104) CMP, 599.

enfants" (105). Comprenons par là que Mathias envisage moins une sage conservation de l'existant, qu'un accroissement des biens par nécessité patrimoniale. Paul sera ainsi, pense-t-il, contraint de s'enrichir, et d'imiter son père qui avait commencé dans la dépense et fini dans le gain (106). Pas un instant le vieux notaire n' imagine qu'un homme comme Paul, une fois marié, une fois mis sur le chemin de la pairie, puisse se comporter autrement qu'en bon père de famille et en propriétaire avisé : il ne sera pas autrement un Manerville authentique, un chef de maison (107).

Le consensus obtenu par Mathias sur l'ensemble des exigences qu'il formule au nom de Paul - ou plutôt au nom du nom de celui-ci -, fait chanter, dit Balzac, le "Te Deum" dans les deux camps, "situation dangereuse". Entre Mme Evangélista, dont la détermination à marier sa fille appartient moins au sentiment de l'honneur qu'à un orgueil démesuré, c'est-à-dire moins aux limites qu'on s'impose qu'aux outrances qu'on s'autorise, et Paul qui veut trop épouser pour figurer un époux raisonnable et un père averti, le majorat semble formé comme pour éprouver l'un et l'autre. Encore faut-il qu'ils sachent avec précision de quoi il retourne, car, au soir de la discussion, tout reste vague pour les intéressés, et seuls les notaires ont une claire vision des choses. Agacée, durant les quelques semaines de délai que demande l'érection du majorat, par les commérages insidieux de la bonne société bordelaise, et trop heureuse de pouvoir démentir tant de pronostics défavorables, Mme Evangélista donne une grande fête pour le soir de la signature, montrant par là qu'elle considère l'alliance comme acquise. On peut trouver téméraire qu'elle ait davantage consacré tout ce temps intermédiaire à régler ses comptes avec son propre milieu, plutôt qu'à consulter sérieusement Solonet sur les effets du contrat, et à les chiffrer, de telle manière que la signature de l'acte, clef de voûte de la démonstration mondaine, puisse n'être pour elle, qu'une formalité. Mais, quoique vaguement inquiète, Mme Evangélista ne s'est pas encore extraite de la première partie de sa vie, toute marquée par une hautaine imprévoyance, qu'elle liait à la nature même de son succès mondain. Tandis que Paul et Natalie rient et causent au coin du feu sans écouter la lecture des pièces, Mme Evangélista s'informe, apprend enfin les implications du majorat, et, entre la plume et l'encrier, constate que sa signature attribuera à la maison Manerville la quasi totalité des biens retrouvés par sa fille à la faveur des arrangements qu'elle a elle-même - non sans douleur - consentis (108). Solonet résume bien la situation : "Nous voulions leur attraper trois cent mille francs, ils nous en reprennent évidemment huit cent mille, le contrat se balance par une perte de quatre cent mille francs à notre charge et au profit des enfants. Il faut rompre ou poursuivre" (109). Mécontente de Solonet, Mme Evangélista n'oppose-t-elle

(105) CMP, 579.

(106) Paul n'a-t-il pas reconnu de lui-même (CMP, 571) qu'il n'avait que trop dépensé ?

(107) L'incitation à s'enrichir fait donc finalement partie intégrante du "jeu" du majorat, dans la mesure où le chef de maison ne doit jamais perdre de vue le montant de la quotité disponible.

(108) CMP, 596 : "Qu'en résultera-t-il pour ma fille ? demanda-t-elle. Me Mathias, incapable de déguiser la vérité, prit la parole : "Madame, le majorat étant un apanage distrait des deux fortunes, si la future épouse meurt la première en laissant un ou plusieurs enfants dont un mâle, M. le comte de Manerville leur tiendra compte de trois cent cinquante-six mille francs seulement, sur lesquels il exercera sa donation du quart en usufruit, du quart en nue propriété. Ainsi sa dette envers eux est réduite à cent soixante mille francs environ, sauf ses bénéfices dans la communauté, ses reprises, etc. Au cas contraire, s'il décédait le premier, laissant également des enfants mâles, Mme de Manerville aurait droit à trois cent cinquante-six mille francs seulement, à ses donations sur les biens de M. de Manerville qui ne font point partie du majorat, à ses reprises en diamants, et à sa part dans la communauté".

(109) CMP, 597. P.-A. Perrod (article cité, p. 228/230) trouve très exagérée l'exclamation de Mme Evangélista, "Ma fille est ruinée", et s'en explique en citant plusieurs textes qui, à ses yeux, font se fissurer l'édifice juridico-romanesque imaginé par Balzac. Mais, à supposer que Natalie se retrouve veuve sans ressources d'un titulaire de majorat, la pension dont elle bénéficierait ne représenterait qu'un revenu de dix-huit à vingt-cinq mille francs, dérisoire en comparaison de ce qu'elle pouvait espérer avec un capital de plus de huit cent mille francs.

finalement son paraphe que par pure religion de la mondanité, et parce que Solonet la conforte dans l'idée que Paul est un homme nul, qu'elle et sa fille mèneront à leur guise ? Sans doute, mais à condition de préciser que cette nullité se trouve juridiquement indexée par les clauses d'annulation du contrat, que Solonet fait insérer en dernière minute (110), sans que Paul y prête la moindre attention. Double clause inutile, en termes de Droit strict, si l'on se rappelle que la donation générale des biens est prévue au contrat, et que les filles sont de toute manière exclues du majorat (111). Point si dénuée d'intérêt, pourtant : Solonet craint, pour Natalie veuve, des procès avec les Manerville, procès que sans doute elle gagnerait, mais qui lui compliqueraient considérablement l'existence. Après tout, les Manerville, s'il en restait, pourraient voir d'un mauvais oeil la consolidation économique de leur nom - en vue de laquelle avait été constitué le majorat - se muer en enrichissement d'un second époux, si Natalie, veuve et sans enfant, se remariait. On ne peut imaginer destin plus contraire aux ambitions maintenant affichées par les Manerville, que le régime de communauté adopté par les époux condamnerait alors à mourir à l'Histoire - or, ne s'est-on pas justement marié sous ce régime parce que Natalie n'avait, pour tous droits, qu'un compte de tutelle catastrophique, une créance délicate ? On arrive ainsi à ce paradoxe : en l'absence d'héritiers mâles, Natalie, à son veuvage, s'enrichirait des biens de Paul pour la raison profonde que sa situation financière de fille était infiniment inférieure à celle de son mari - il y a effectivement, dans cette hypothèse, de quoi faire crier les Manerville et alimenter une procédure, en raison du volume des biens concernés. Solonet n'a donc pas tort de répéter, dans le texte du contrat, ce que le Droit dirait après jugement ; la précaution n'est pas inutile : les procès peuvent durer longtemps, immobiliser les biens, et, comme l'a bien dit Solonet lui-même, "on ne sait ni qui vit ni qui meurt". La transmission, peut-être discutable, mais légale, des biens de Paul, s'effectuerait ainsi dans les meilleures conditions possibles. La clause n'est donc pas qualifiée de "terrible" par Balzac en raison d'effets juridiques qu'elle ne crée pas vraiment - elle ne fait que les surprotéger -, mais pour des raisons psychologiques, car c'est à cet instant précis que Mme Evangélista comprend la nature et la réalité du majorat, en voyant préciser par quels moyens il se défait.

Après l'explication positive des deux notaires, qui l'effrayaient en lui développant la construction et le fonctionnement du majorat, ainsi que les conséquences pratiques qu'il aurait, dans l'hypothèse la plus vraisemblable - naissance d'au moins un fils - sur la fortune de sa fille, qu'elle distingue mal, d'ailleurs, du train de vie, Mme Evangélista obtient donc, in extremis, une explication négative, qui la rassure en lui montrant le dysfonctionnement possible et la destruction du majorat, explicités dans le contrat qu'elle s'apprête à signer. Bel

(110) CMP, 600 : il s'agit du cas "où M. de Manerville décéderait sans enfants", ainsi que de celui "où il mourrait ne laissant que des filles". Dans le premier cas, le majorat sera soumis à la donation générale des biens, et dans le second, il sera caduc.

(111) Aussi P.-A. Perrod (article cité, p. 232) estime-t-il que Solonet cherche par là à jeter de la poudre aux yeux de sa cliente, qui lui a reproché de l'avoir mal défendue. On ne sous-estimera pas le fait que Solonet a maintenant, comme notaire, partie liée avec Mathias, qui lui a promis de le faire assister à la vente des domaines qui seront joints au majorat ; Solonet gagnera davantage au mariage tel que Mathias entend le faire conclure. C'est ce soupçon de quelque convergence d'intérêts confraternels derrière son dos qu'il faut lire dans la formule de Mme Evangélista : "Ce ne saurait être par incapacité". Cependant, on remarquera que Mathias approuve l'insertion de la double clause, et le souci qu'affiche Solonet de limiter d'éventuels contentieux successoraux. Il donne donc sa caution de praticien d'expérience, tout en sachant parfaitement que cette clause est redondante, ainsi que le prouve son commentaire : "Quant à la ratification, M. le comte s'entendra sans doute avec la chancellerie, s'il est besoin". En effet, cette adjonction se fait après que le majorat a été approuvé par le Ministère. Si Mathias, qu'on sait très légaliste, juge la chose sans grande importance, c'est qu'il perçoit le caractère pléonastique de l'addendum. Expliciter ce qui est de Droit n'a rien de répréhensible : *Quod abundat non vitiat*, dit l'adage ; bref, la clause est transparente.

effet pédagogique d'une minute de travaux pratiques - de pratique notariale, en l'espèce. Mme Evangélista sait avoir assez d'influence, par sa fille, sur les événements matrimoniaux ultérieurs, pour orienter l'hypothèse simplement plausible de Solonet vers le certain des effets patrimoniaux qu'elle recherche : elle signe, armée cette fois de toutes les frayeurs qu'elle a éprouvées jusque-là.

2. LE CONTRAT DE MARIAGE EN PERSPECTIVE

2.1. SOUS LE CONTRAT, LE CONSTAT

2.1.1. Ni plaisir de chair, ni mal d'enfant

Après que se sont retirés les invités, au soir du contrat, un indice est donné par Balzac, et qui parle assez haut, si l'on y prend garde : "Après avoir dit adieu à Paul, qui s'en alla le dernier, Madame Evangélista monta chez sa fille, car sa chambre avait été prise par l'architecte pour agrandir le théâtre de la fête" (112). La belle-mère, qui n'aura bientôt plus ni son hôtel, ni l'intégralité de ce qui lui restait de fortune, ni ses diamants, ni sa fille toute à elle, n'a déjà plus de chambre. Le sacrifice a commencé, et par l'essentiel, à savoir le lieu d'une intimité en principe intouchable. Mieux : il s'est fait dans une telle discrétion qu'il en devient anodin. La cession de la chambre maternelle est une affaire d'arrangement domestique, qui ne saurait bien sûr être entendue au contrat. Pourtant, elle y concourt en ménageant quelques aises mondaines supplémentaires, et l'architecture d'intérieur participe ainsi à la nouvelle construction juridique. Mais surtout, Mme Evangélista s'en vient demander à sa fille une hospitalité colonisatrice, qui laisse présager la confiscation ultérieure de l'épithalame. Elle prépare, dès le soir de sa défaite juridique, une revanche qui d'abord va s'organiser en terrain libre - c'est-à-dire, laissé encore libre par le futur gendre, et où tous les contrats du monde ne pourront jamais rien. Mme Evangélista a donc un temps d'avance, puisqu'elle dispose de Natalie dans l'entre-deux du contrat et du mariage, qu'on pourrait appeler, en pesant les mots, "no man's land". Par anticipation sur le mariage, elle peut encore refaire le handicap dont le contrat l'a affectée.

A l'apostille Solonet, qui met une réserve apparemment infime au pouvoir patrimonial du chef de famille en puissance d'être chef de maison, il s'agit maintenant de faire correspondre une restriction maternelle au pouvoir masculin, à la puissance du mari de chair. Quand Paul entrera dans la chambre de Natalie, il n'y sera pas vraiment seul avec elle, on sera passé avant lui, et la naïveté échoira, contre toute attente, à celui des deux époux qui n'est point vierge. L'immixtion de Mme Evangélista dans le ménage de sa fille, immixtion destinée à pérenniser le couple riche, honoré, autonome qu'elles formaient toutes deux depuis la disparition du père, commence donc logiquement par une perversion d'alcôve. Quelques formules sont transparentes : "Si tu aimes Paul au point de faire tout ce qu'il voudra, si vraiment il te donne le bonheur, tout sera dit, tu ne seras pas la maîtresse, et les meilleurs préceptes du monde ne serviront à rien" (113) ; "rien n'est plus bourgeois que d'être

(112) CMP, 603/604. C'est dans cette chambre, on ne l'aura pas oublié, que Mme Evangélista avait choisi d'avoir son premier entretien avec Solonet.

(113) CMP, 610. Ce que Pierre Barbéris (op. cit., p. 312) traduit ainsi : "En clair, si Paul te fait jouir et s'il te domine, tu ne pourras pas conduire ta vie. Il importe donc au plus haut point que Natalie soit insensible". L'explication peut d'abord paraître outrée ; elle le sera moins si l'on accorde aussi à l'infinitif "jouir" son sens très général, moins trivial, non sexuel. Loin que tout se ramène alors à une sexualité centrale, celle-ci n'est en effet qu'un aspect d'une existence à tous égards sociale, et il faut veiller à lui conférer, dans la vie individuelle, un caractère très périphérique. On se conduira dans

grosse un mois après la cérémonie, et d'abord cela prouve qu'un mari ne nous aime pas bien (...) Si donc tu as des enfants deux ou trois ans après ton mariage, les gouvernantes et les précepteurs les élèveront" (114). Coup sur coup, Mme Evangélista balaye donc l'entente conjugale, la procréation, puis l'éducation de la progéniture. Elle a refait à Paul, dans son dos, une virginité de benêt, et a dénié sa fille par des propos plus réalistes que bien des actes tout réels. Enfin, elle a présenté à Natalie le paradigme d'une féminité complètement mondaine : "Mets donc entre Paul et toi les barrières du monde" (115) - ce qui revient, en définitive, à exiger que Natalie opère sur elle-même une restriction provisionnelle, en répudiant les dimensions ordinaires de la féminité. D'où la virulente diatribe contre Rousseau, "hérétique infâme" qui "a prétendu que toutes les femmes avaient les mêmes droits, les mêmes facultés ; que, dans l'état de société, l'on devait obéir à la nature", comme si "nous avions quelque chose de commun avec une femme du peuple" (116). La femme de la meilleure société n'a point, en fait, de nature : elle a une identité, ce qui est bien différent. De surcroît, cette identité est à double détente : hypersociale d'une part (si la femme est "prise", ce n'est certes pas par son mari, mais dans un tissu de cérémoniaux souvent flatteurs, toujours obligatoires ; ainsi retenue, elle est reconnue, et bénéficie d'un adoubement qui, pour être valable, doit indéfiniment se répéter), crypto-culturelle d'autre part (l'amour, le don intime de soi, ne procèdent pas d'une programmation naturelle productrice de circonstances favorables - rencontres, mariage -, mais relèvent d'une décision individuelle qui, pour rester telle, doit s'insérer dans le circuit complexe d'une mondanité obéissant aux lois non écrites d'un standing pour initiés, exorbitant du Droit commun). On aime un amant, pas un mari. La faute en incombe à ce Code civil qui met de plain-pied, par l'état-civil, masures et hôtels particuliers. Réputé "naturel", le Droit dégoûte la paresse dorée. Elle obéira à d'autres impératifs, en fonction et dans l'intérêt desquels il lui sera ultérieurement loisible de faire sur ledit Droit un retour victorieux. Que vient faire là Paul de Manerville, qui "armait son amour de la légalité" pour frôler les cheveux de Natalie le soir de la discussion du contrat ? Le mari noble est bien bourgeois, tandis que la fille du bourgeois et de la femme noble apprend un code sous-entendu qui transcende son ignorance des choses du Droit. Être au fait de l'hypersocialité mondaine dispense - encore, car il y aura évolution à cet égard - de connaître les mécanismes intrasociaux comme le Droit. Mathias traduira cela en appelant Natalie "un petit crocodile habillé en femme" : il a senti le refus de la féminité "naturelle", mais, à l'inverse de Mme Evangélista, il l'interprète comme une dégradation animale. La soi-disant bonne société reconduit à la loi de la jungle, et aucun personnage ne pouvait mieux, selon les idées de Balzac, le mettre en évidence qu'une créole partagée entre la négritude et le faubourg Saint-Germain (117).

Après un mariage nocturne qui vide de son sens l'expression "nuit de noces", non seulement Natalie "avait obtenu déjà de son mari la plus parfaite obéissance" (118) mais "par un mot", elle l'apprend à sa mère. Échaudée par le Droit, l'Espagnole a donc appris à sa fille un comportement-limite qui, s'il ne tombe pas sous le coup des lois positives, les sape secrètement, et, en tout cas, s'avère être totalement

l'alcôve conjugale comme dans un salon, en promettant beaucoup, en accordant le moins possible, et surtout en s'en accordant moins encore.

(114) CMP, 611.

(115) CMP, 609.

(116) *Ibidem*, *passim*.

(117) CMP, 605 : "La créole a quelque chose de la perfidie des nègres qui l'ont entourée dès le berceau".

(118) CMP, 618. A-t-elle obtenu de Paul qu'il ne la touchât point ce soir-là, ou qu'il fit le nécessaire pour qu'elle ne risquât pas d'être grosse ? La suite montre en tout cas que les pratiques conjugales du couple Manerville sont totalement dirigées par une épouse qui, n'aimant pas son mari, ne cherche avec lui ni plaisir, ni descendance.

antireligieux. Le Droit et la religion jouent des rôles connexes dans la mise en oeuvre de la revanche Evangélista, dès avant les noces et ce qui est supposé les suivre, puis en être, comme disait Mathias, "les suites ordinaires" - l'adjectif a dû hérisser Mme Evangélista. On se rappellera opportunément que, dans les noces de Mme Evangélista avec son défunt époux, le Code civil n'a joué aucun rôle. Les Evangélista sont arrivés à Bordeaux en 1800, déjà mariés. Le lieu et la date de ce mariage sont laissés dans l'ombre, mais l'extranéité des intéressés et l'antériorité de leur union par rapport au Code montrent assez que, pour Mme Evangélista, déjà fort ignorante, le nouveau Droit civil français relève des modes convulsives observables sur une terre qu'elle n'est pas certaine d'habiter toujours. Il ne vaut donc pas une heure de peine. D'autre part, comme Mme Evangélista n'a pas eu jusqu'à présent l'impression d'être concernée par le Droit français qui fatigue d'avance sa nonchalance, ne rencontre chez elle aucun sentiment national - Mme Evangélista est une "météque" au sens strict, où qu'elle aille -, et scandalise enfin sa conscience nobiliaire, elle ne peut immédiatement, d'un soir à l'autre, s'extraire par le Droit seul de l'ornière où l'ont précipitée, outre ses propres insuffisances, les finesses suspectes de Solonet et l'habileté inattendue de Mathias - l'une et l'autre étendant le principe actif juridique d'un fort utile excipient psychologique. Si le contrat a montré que la psychologie, chez les praticiens, était asservie à des objectifs juridiquement évalués, et qu'ainsi tout était pour eux juridique d'abord, psychologique ensuite (119), l'étape suivante, la vie comme elle va, ouvre un champ de bataille qui laisse leur chance aux ignorants du Droit. Il suffit pour cela qu'ils luttent sur le terrain purement psychologique d'abord, se réservant d'apprendre les mécanismes du Droit quand sera venu le moment de faire jouer les ressorts du piège. L'ordre Droit-psychologie se trouve donc inversé, mais, à la différence des deux notaires, Mme Evangélista a maintenant beaucoup de temps devant elle. Il s'agit tout bonnement, comme on a vu, d'obtenir de Natalie que celle-ci obtienne de Paul ce qu'on peut appeler l'inexécution matrimoniale du contrat. Cette inexécution est, dans sa dimension malthusienne au moins, en contradiction flagrante avec les plus élémentaires principes de la foi. Ce qui surprend ici, c'est d'en trouver la ferme suggestion dans la bouche d'une mère espagnole. Que penser alors de la religion de Mme Evangélista, au nom si ostensiblement chrétien ? Il est probable que dans l'esprit de Balzac, la latinité très catholique était ici tempérée, pour ne pas dire davantage, par l'influence créole, par l'appartenance à un monde déjà situé sur le versant mal maîtrisé de l'Occident chrétien. Le christianisme de Mme Evangélista est d'avance affaibli par la fréquentation ancienne d'un milieu parallèle, celui des esclaves, où se côtoient et se mélangent des croyances sur lesquelles la tradition religieuse des maîtres n'a qu'un impact limité. D'autre part, Mme Evangélista place Dieu tellement haut, la seule fois où elle en parle à sa fille (120), qu'elle expulse pour ainsi dire la religion de la société humaine, et en fait un domaine réservé qui laisse ailleurs les mains libres. Enfin, l'ignorance si profonde de Mme Evangélista, cristallisée dans le roman en ignorance du Droit, a pour corollaire l'ignorance des devoirs moraux et spirituels. Droit et religion ont alors, et plus qu'on ne croit, partie liée. En effet, Mme Evangélista appartient à une caste qui s'appuie sur la propriété et la croyance, sur la banque et l'Église. On la sait fort à l'aise dans ce biotope dont elle n'a pas souci de pénétrer les rouages

(119) La psychologie chez Solonet s'appelle séduction, fait oublier le Droit aux clients (voir ci-dessus, note 71) et peut-être un peu aussi au notaire, si l'on en croit Balzac ; chez Mathias, elle a nom bon sens, et est en principe consubstantielle au Droit lui-même, grâce à quoi Mathias peut se contenter de réagir en juriste. Au besoin, il peut découpler Droit et bon sens et les faire avancer de front, quoique séparément, par un processus d'explicitation souvent irrésistible. Mais pouvait-il expliciter jusqu'à sommer Paul de faire, au plus vite, un garçon avec Natalie ?

(120) CMP, 609 : "Il est peu d'âmes chez lesquelles l'amour résiste à l'omniprésence, ce miracle n'appartient qu'à Dieu".

chrématistiques - pourquoi en ferait-elle davantage relativement aux principes confessionnels ? Le spirituel n'est pas par elle mieux connu, ou traité, que le matériel. Du reste, qu'a-t-on intimement besoin de Dieu quand on vit depuis quarante ans une existence de maître entouré d'esclaves d'abord, d'admirateurs ensuite (121) ? Née au royaume de la force, celle qui, en outre descend du duc d'Albe, n'a jamais connu que le fait de sa supériorité mondaine ; arrivée dans une France pré-concordataire, elle a vu l'abaissement post-révolutionnaire de l'Église au moment où elle-même brillait de tous ses feux. Rien ne la préparait à se soucier du dogme, et rien ne pouvait, dans la suite de son existence, l'y (re)conduire. Au contraire, elle va tirer un secret avantage d'un profil culturel qui met à jamais hors de doute sa catholicité : rien de ce qu'elle fera, dira, ou dira de faire - notamment à sa fille - ne sera soupçonné de pragmatisme athée (122). Assoiffée de pouvoir, orgueilleuse, vindicative, égoïste, intéressée, jouisseuse, paresseuse, séductrice, prête à encourager sa fille à l'adultère, Madame Evangélista, dénuée de la moindre vertu religieuse, et riche de bien des vices que dénonce la religion, incarne un catholicisme de pure idéologie ou encore, pour parler comme l'Évangéliste, renouvelle la parabole du sépulcre blanchi. Son seul nom fait d'elle une vivante antiphrase. Certes, Mme Evangélista respecte sa parole (123) - qu'elle promette quelque chose ou qu'elle se promette de faire quelque chose -, mais son sens de l'honneur paraît davantage pencher du côté de l'orgueil de caste que du côté d'une sensibilité générale au devoir, quelle qu'en soit la forme. Surtout, son éloignement consommé par rapport aux choses du Droit aussi bien que de celles de la religion se trahit dans une appréhension indistincte, mais opportuniste, des personnes et des choses. Traitant, selon le besoin du moment, celles-ci comme celles-là, et inversement, elle dessine du monde un tableau tout à la fois mécaniste et animiste. Enfin, pour couronner le tout, elle ne craint pas d'engager sa fille dans des relations qui, pour métaphoriques qu'elles soient, n'en suggèrent pas moins la conjonction de Lesbos et de l'inceste (124).

Les passions cependant perdraient beaucoup de leur effet si elles n'étaient pas théorisées. Mme Evangélista exhorte Natalie, elle en est écoutée. De Marsay a beau haranguer Paul, il n'en est pas entendu (125). Le face à face manqué entre ces deux sermons peu catholiques n'est pas l'aspect le moins curieux du *Contrat de Mariage*. Rien d'étonnant à ce que l'un et l'autre se rejoignent dans la volonté de tyranniser le conjoint, la différence ne se faisant sentir que dans l'intention matrimoniale, optionnelle chez de Marsay - le mariage n'a d'intérêt que s'il renforce, par l'argent qu'il doit procurer, les ambitions du célibataire libre de ses mouvements, et sans jamais restreindre cette liberté, posée dès l'abord comme inentamable (126) -,

(121) Parlant de son défunt mari, elle a ce mot : "Moi, ma chère, j'ai régné par la Foi" (CMP, 612).

(122) Et Natalie bénéficiera du même préjugé puisque Paul, partant pour l'exil, se persuade ainsi qu'elle lui restera fidèle : "Tu es une Espagnole religieuse..." (CMP, 631)

(123) CMP, 599 : au moment de la signature du contrat, à Solonet qui l'encourage à revenir sur les engagements pris, en disant : "il vaut mieux attraper tout Bordeaux que de s'attraper soi-même", elle répond : "Non, non, nous ne pouvons pas ainsi jouer notre honneur ! (...) Nous avons échangé des paroles solennelles".

(124) CMP, 608 : "Nous nous écrivons trois fois par semaine comme deux amoureux, et nous serons ainsi sans cesse au cœur l'une de l'autre".

(125) La structure la plus ostensible du roman invite à regarder Paul comme intellectuellement laminé entre le discours de garçon que lui tient de Marsay avant qu'il quitte Paris, et la lettre révélatrice lue sur le pont de la "belle Amélie" : une fois trop tôt, une fois trop tard. De Marsay n'aurait donc jamais pris la parole au bon moment (Paul est tout de même resté cinq ans à Paris, marié à Natalie) ou Paul n'aurait jamais été en mesure de faire son profit des conseils prodigués. Cependant, au moins autant qu'à la très longue lettre finale, les recommandations liminaires du "cher Henri" font contrepoint au programme suggéré à sa fille par Mme Evangélista.

(126) De Marsay, peu soucieux de procréer dans la légitimité, semble avoir pris acte de l'extinction progressive d'une aristocratie de quantité, et s'accommoder d'un combat crépusculaire et individuel pour les valeurs de classe qu'il incarne. Peu intéressé par la projection dans l'avenir d'une "maison de Marsay" à laquelle il ne croit visiblement pas, tant par lucidité historique (on verra bien que les

obligée chez Mme Evangélista, pour qui la femme est d'autant plus motivée à l'emporter sur son mari qu'elle n'a pas (encore) de véritable choix entre le mariage et le célibat. Mais, dans les deux cas, on voit se développer une théorie de la prédation sociale, qui, chez de Marsay s'appuie sur la continuation, en catimini, de la vie de "garçon", et, chez Mme Evangélista, sur la conquête de la position de "maîtresse". Ici comme là, il s'agit donc de n'être pas enfermé dans le rôle d'époux, et la peinture peu engageante que de Marsay fait à Paul de l'état de "mari" n'a d'égale que celle brossée par Mme Evangélista de l'état de "femme". Tant et si bien que pour le vieil ami cynique, comme pour la mère arriviste, la question se résume à peu près à ceci : comment, dans l'état de mariage, s'arranger pour répudier l'état d'époux ? Ou encore : comment vivre le mariage différemment de la manière dont le pratiquent ceux pour qui il a été institué sous sa forme moderne par le Code civil ? De Marsay n'a pas fait un mystère de ses choix néo-aristocratiques, qui le portent vers un célibat arrangé aux yeux de la loi, pourvu que les finances de l'homme politique y trouvent leur compte. D'amour, point - du reste, même en dehors du mariage, ce n'est pas une expérience faite pour de Marsay. Les suggestions de Mme Evangélista se fondent, elles aussi, sur le profil d'une ambition publique, mais féminisée, c'est-à-dire vouée à s'exprimer dans la mondanité, dans l'autre pouvoir qui s'exerce à travers les salons, les salles de spectacle, les boudoirs, les alcôves. A l'homme, on enjoint d'être froid en laissant pour ainsi dire sa femme brûler de ses propres ailes. Pour la femme, ce sera l'inverse : à elle d'entretenir chez son mari une flamme qui en fasse bien son mari sans qu'elle en soit la femme. La rivalité des sexes, exprimée au départ en des termes presque équivalents - de Marsay recommandant à Paul de ne rencontrer son épouse que dans le monde, et Mme Evangélista adjurant Natalie de mettre le monde entre elle et son mari - fait s'affronter les deux planifications d'existence comme deux versions latéralement inversées de la même image. Entre les deux, l'attitude de Paul, qui montre qu'à ne pas vouloir jouer les chasseurs, on est joué comme gibier. Sa modestie mal évaluée - il estompe toute auto-caractérisation vigoureuse derrière le portrait en tous points moyen qu'il fait d'abord de lui - le conduit à laisser sa place à d'autres, comme Vandenesse, pour avoir visé trop bas à une époque où l'aristocratie est forcée de se promouvoir de plus en plus largement par les talents, où elle change de figure et se détache peu à peu des liens du sang pour s'aller fixer sur des notions modernes comme le service de l'État. Paul qui se voit d'abord député du centre, a-t-il vraiment quelque chance d'être fait pair et ambassadeur ? On est en des temps où il faut apprendre à viser plus haut que la cible. Mais il y a davantage à son débit : Paul a adopté le Code civil, ce que Mme Evangélista et de Marsay n'ont garde de faire. Quoiqu'il tire son origine de raisons très différentes - de Marsay se servant du flair sociologique et Mme Evangélista s'étant jusqu'alors satisfaite de naviguer à la surface d'une belle fortune -, leur refus du Code, qui n'est pas refus du Droit mais tendance instinctive à cantonner celui-ci dans une pure instrumentalité de circonstance, se crispe sur un rejet définitif des valeurs bourgeoises exprimées dans le nouveau Droit de la famille. De Marsay et Mme Evangélista découpent sciemment le Titre du Mariage de son contexte socio-culturel, de sorte que voilà pour eux l'union matrimoniale devenue de (et du) Droit purement formel, sans le moindre élément affectif ou moral. Ainsi décharné, le mariage n'est plus qu'un moyen, quand Paul rêvait d'une fin - il voulait "faire une fin", dans les deux sens du

majorats sont une impasse) que par expérience privée (c'est un bâtard), de Marsay retire, de la poussée générale de l'individualisme, la prescience d'une aristocratie nouveau style, aventurière, découplée des questions de sang, attachée au caractère de certains faucons sociaux, et se manifestant au coup par coup. On est déjà sur la voie des héros de Montherlant, et presque de ceux de Françoise Chandernagor, voire de Paul-Loup Sulitzer. Peu chaut à de Marsay de ne pas laisser d'héritiers dans les formes, puisqu'il laissera des continuateurs qui ressaisiront, comme au vol, son destin paradigmatique.

terme. Et c'est le moyen d'une ambition qui se situe à l'opposé d'une benoîte reconduction sociale, ou de la perpétuation de l'espèce. Faire peu d'enfants, pas trop vite surtout, disent de Marsay et Mme Evangélista. On n'ignore pas les conséquences qu'aura sur le destin de Paul cette interdiction, provisoire mais indéfiniment reconduite, du "multiplicamini".

Qu'en est-il pour le Droit ? Un Droit ainsi entendu, réduit à ses seules formes, perd beaucoup de son prestige, puisqu'il ne bénéficie plus d'un tressage systématique avec les comportements extra juridiques. Droit étique parce que dépourvu d'éthique, il se creuse devant toutes les stratégies fondées sur l'existence de vides juridiques. Ce n'est pas que Paul puisse ici faire figure de juriste berné : il est aussi ignorant que les autres, mais son malheur vient de ce qu'à cette inculture juridique est attaché un légalisme, à la lettre, désarmant. Paul n'a pas saisi que, dans la société au sein de laquelle il évolue, la légalité est un instrument fragile entre des mains inexpertes, et ne représente qu'une belle image accrochée trop haut pour être bien vue. Par contrecoup, le crédit dont jouit auprès de lui cette légalité brumeuse le porte à sous-estimer la force du hors-Droit. Il s'imagine le maîtriser par une gestion ordinaire, quotidienne, à vue. Erreur : une quotidienneté que sous-tend seul un contrat dont le papier jaunit, et que ne corsette aucune visée à long terme, c'est la définition de la passivité. Aide le Droit, le Droit t'aidera. Chose piquante à relever, Paul rejoindra finalement, dans l'inconsistance, ce Droit qu'il a laissé se démuscler, en tombant lui-même du côté de l'instrumentalité (127). Devenu homoncule pour s'être voulu l'homme d'une société dont il ne connaissait pas les habitudes autant qu'il l'imaginait - et d'ailleurs infidèle à ses propres projets puisqu'il revient vivre à Paris -, pour avoir cru aussi que les écritures notariées avaient une vertu prophylactique contre les malheurs, alors qu'elles ne sont qu'une expression particulière de l'action, un après-dire et un avant-faire, Paul perdra sa femme, sa réputation, sa fortune, et jusqu'à sa masculinité même : non seulement par incapacité à vouloir procréer quand tout l'y oblige et l'y presse, mais encore parce qu'il endosse par là simultanément le costume peu flatteur de l'héritière stupide recherchée par de Marsay et du mari bêta subodoré par Solonet et dénoncé par Mme Evangélista. Il est les deux à la fois, l'époux malléable, déségrégué, que seul le papier et l'encre engagent dans le mariage, et qui supporte, à la fin, tout seul, le ridicule d'un état matrimonial solitairement vécu à l'autre bout du monde - d'un monde qui cette fois ne s'entend plus comme (bonne) société, mais comme terre entière. Pareille défection, pareille "absence", sont-elles si éloignées de la "mort civile" ? Sans rien connaître encore à ces deux concepts juridiques, Mme Evangélista les a déjà coordonnés dans son projet post-contractuel.

2.1.2. Bijoux distraits, bijou discret

Les bijoux que Mme Evangélista se résout à donner en compensation partielle du déficit dont elle est responsable occupent une place originale dans l'aventure patrimoniale des nouveaux époux Manerville. Ils se décomposent comme suit : primo, un collier et des boucles d'oreilles offerts à sa femme par Evangélista, à l'occasion de leurs noces ; s'il apparaît toujours clairement que les boucles d'oreilles sont composées de diamants asiatiques de qualité supérieure (128), un doute subsiste sur la nature du collier : il peut être expressément désigné comme fait de diamants

(127) C'est clair en ce qui concerne les Evangélista, mais Paul eût-il saisi la perche que lui tendait pour finir de Marsay, qu'il n'en eût pas moins surtout servi d'ingrédient au "pudding" qui se cuisinait en haut lieu : légitimé par son infortune conjugale à se battre en duel avec Vandenesse, il eût opportunément débarrassé ses "amis" d'un de leurs principaux adversaires politiques (CMP, 650).

(128) CMP, 589 : estimation de Magus.

de la même eau que les boucles (129) - ce que corrobore l'usage quasi constant du mot "diamants" pour globalement désigner les parures de Mme Evangélista -, tandis qu'en d'autres endroits il est suggéré (130), puis affirmé (131) qu'il s'agit d'un collier de perles. La valeur de l'ensemble, boucles et collier, est estimée par Magus à 250 000 francs "de marchand à chaland" et 160 000 F "de chaland à marchand" (132). Secundo : le "Discreto", gros diamant qui se trouve dans la famille Casa-Réal depuis que Philippe II - alors "El Discreto" - en a fait cadeau au fameux duc d'Albe, ancêtre de Mme Evangélista, qui le tient elle-même de sa tante. Cette pierre a orné, après la main du roi, le pommeau de l'épée du duc (133). Le "Discreto" fut estimé jadis 4000 quadruples, à ce que croit savoir Mme Evangélista. Qu'il s'agisse d'une monnaie française (Louis XIII) ou espagnole (Jeanne la Folle et Charles-Quint), la somme totale représenterait environ 80 000 livres (134). La conversion en monnaie plus récente (81, 51 F depuis 1786) indiquerait, pour le "Discreto", la somme considérable de 326 000 F environ. Magus, en tout cas, estime cette pierre à 150 000 F prix marchand, et à 100 000 F prix chaland. Tertio, enfin, divers bijoux provenant des largesses constantes de feu Evangélista (135), et au nombre desquels on signale des colliers de perles, des bracelets d'or, des pierreries de toutes sortes (136), des rubis et des diadèmes (137) ; comme il s'y trouve beaucoup de diamants brésiliens, le tout est estimé par Magus à 150 000 et 100 000 F, selon le sens dans lequel s'effectue la transaction. Chacune des trois composantes de ce coffret est donc attachée à un aspect particulier de la vie de Mme Evangélista : son mariage fastueux, sa considérable famille espagnole, sa vie matrimoniale d'épouse comblée. Les bijoux Evangélista ressortissent ainsi à des plans contigus, mais fort distincts, de l'affectivité de leur détentrice. Par ordre d'attachement, Mme Evangélista classe le Discreto, puis la parure boucles-collier, et enfin le reste. Parler de bijoux ou, si l'on veut reprendre l'approximation qui court dans le roman, de "diamants", pour désigner d'un bloc ces divers joyaux, est soit un raccourci pour qui ne serait pas initié aux subtilités des prédilections marquées par Mme Evangélista, soit un rideau de fumée produit par Mme Evangélista elle-même, afin de faire valoir ce capital sans trop le détailler, bref, de brouiller les comptes en compliquant toute identification. Balzac finit d'ailleurs, comme on le voit à certaines incohérences du texte définitif, et encore plus aux variantes (138), par s'attraper lui-même dans la partie de cache-cache qu'il fait jouer à sa créature. Si l'on s'en réfère à Magus, la valeur marchande du coffret à bijoux oscille donc entre 335 000 et 500 000 F, selon qu'on le réalise ou qu'on veut l'acquérir. On voit bien que Mme Evangélista, qui, après la première discussion du contrat, se disait "en fait de joyaux", n'être "bonne qu'à les recevoir et à les porter" (139), dispose d'un trésor dont la valeur se révèle extrêmement complexe : on sait déjà que sa valeur financière globale est très ambiguë, qui augmente de 50 % ou baisse de 33 % selon qu'on passe de la position d'acheteur à celle de marchand, ou qu'on fait l'inverse. Il faut donc distinguer entre d'une part une valeur pour ainsi dire réelle, de remplacement, la plus favorable, qui tient tant que l'on ne vend pas, fondée

(129) Ibidem : "les boucles d'oreilles et le collier de Mme Evangélista, entièrement composés de diamants asiatiques".

(130) CMP, 588 : "Le beau collier de perles ! dit Natalie" ; CMP, 595 : "Mme Evangélista <...> portait un collier de perles agrafé par le Discreto".

(131) CMP, 613 : "mon collier de perles et mes boucles d'oreilles".

(132) CMP, 589.

(133) CMP, 614.

(134) CMP, 1462 (note 1 de la page 587).

(135) CMP, 584.

(136) CMP, 587.

(137) CMP, 589.

(138) CMP, 1474/1475 (note 2 de la page 614).

(139) CMP, 587.

sur un argument des plus simples : ces diamants valent ce qu'il faudrait déboursier pour les acquérir, de même que la valeur d'un cadeau s'estime au prix acquitté par le donateur, et non à celui qu'en tirerait le donataire par une revente immédiate - et d'autre part une valeur de réalisation, égale au prix de vente au cours du marché. Le réalisme est-il du côté du réel ou de celui de la réalisation ? Tout dépend des circonstances dans lesquelles se trouve le donataire, qui finit par attribuer lui-même à ce qu'on lui donne sa valeur définitive, en conservant ou en vendant (bien ou moins bien). Le donateur est ainsi comme libéré de la responsabilité d'une éventuelle décote, qui retombe tout entière sur le donataire. C'est parce qu'en réalisant une chose donnée on ne respecte ni donateur, ni don, que la valeur de la chose diminue. Un digne donataire conserve au don sa valeur maximale, réelle, ce qu'éventuellement elle a coûté au donateur. Dépréciation morale et financière sont indissolublement liées. On gagne donc à se montrer donataire désintéressé : le désintéressement paie, quoique sans argent. A cela s'ajoute, dans le cas précis des bijoux Evangélista, la possibilité de traiter diversement les parties d'un don composite, et de panacher, selon des combinaisons infinies, valeur réelle et valeur de réalisation. Tant et si bien que la valeur finalement triomphante est toujours la plus élevée, la première ; elle est tout à la fois réelle et idéale : c'est elle l'étalon, c'est par rapport à elle que l'on évalue achat, vente, rachat. Le fait qu'elle ne puisse pas produire positivement une somme d'argent équivalente à son chiffre est rattrapé par son potentiel psychologique, et les ouvertures rhétoriques alors ménagées.

La valeur affective, et le différentiel des valeurs qu'attachent respectivement au don donateur et donataire, compliquent encore la situation. Surtout que dans *Le Contrat de Mariage*, le transfert se joue non entre deux, mais entre trois personnes. Mme Evangélista n'a pas payé un sou de ce qu'elle s'apprête à donner, mais, en un sens, il lui en coûte davantage : les bijoux qu'elle tient de son mari représentent le prix qu'on l'a elle-même constamment évaluée, et, en réalisant au tarif chaland-marchand, c'est elle qu'on déprécie, qu'on brade, par un acte inverse de celui accompli par le défunt époux, lequel paya le prix fort en renonçant, pour lesdits bijoux, à ces autres choses que les donataires d'aujourd'hui convoitent, et qu'ils entendent financer en perdant sur ces mêmes bijoux ; en les donnant, elle se donne, et selon ce qu'on en fera, elle appréciera comment on l'estime. Si la maîtresse-femme est en osmose avec les bijoux offerts jadis, l'Espagnole coïncide avec le bijou hérité, le Discreto : le vendre, c'est nier la généalogie, et replacer Mme Evangélista, à ses propres yeux, au niveau de l'humanité courante, sans quartiers, celle de Rousseau l'"hérétique infâme" (140), et cela au nom de la consolidation majoritaire des Manerville. Pour que des nobles se suranoblissent, faut-il que d'autres perdent leurs insignes ? Il y aurait là comme un blason de trop pour la dorure disponible. Reste la valeur mondaine : les bijoux s'exhibent - pas tous à la fois, justement ; il y a des occasions, une rotation, un renouvellement (on retaille, on remonte), un code enfin. En se privant des bijoux, on se condamne à une certaine forme de mutisme, d'autant plus cruelle si l'on s'est ou si l'on a habitué à ce type d'éloquence. Les bijoux bien portés attirent à une belle femme, et éventuellement aussi à son mari, des dividendes de toute nature, et pas forcément immatériels. Organisées qu'elles sont autour du ou des diamant(s), les parures féminines mettent littéralement en lumière les supériorités sociales. Problème : y a-t-il plus de risques à renoncer à leur éclairage pour asseoir mieux ces supériorités, ou à les faire valoir pour davantage qu'elles ne sont ? Le juste équilibre est malaisé à définir, et doit-il l'être ? Car alors, on mesurerait la fortune aux parures, avec une certitude qui contreviendrait totalement à la stratégie de l'exhibition adamantine, faite d'incertitude, de provocation, de

(140) Goût des parures et détestation du penseur protestant ne sont pas associées tout à fait par hasard.

supputations, pour tout dire de bluff. Les "jouissances" obtenues par les bijoux, que Mme Evangélista vante à sa fille (141), sont aussi un plaisir du métalange.

Ce n'est pas seulement par amour des parures, c'est aussi par conviction, par précaution, que Mme Evangélista est une femme à bijoux. La collection de joaillerie et ses enjeux, ses investissements, son capital multiforme vont rencontrer l'action romanesque, comme une pierre de touche. Cela sera fait en trois temps : dans la négociation pré-contractuelle d'abord, dans le discours post-contractuel ensuite, qui confirme la négociation, mais officieusement, après la cristallisation juridique, dans la gestion patrimoniale enfin, où se dénouent les tensions contradictoires de la logique du contrat et des divergences d'intérêt entre les contractants, tensions que le contrat formalise, oriente, stabilise, mais ne peut résoudre par sa seule force. Trois étapes où toujours les bijoux sont au principe d'une extrême agitation verbale et factuelle. Quand Mme Evangélista propose d'entendre ses bijoux au contrat pour faciliter l'acceptation des comptes de tutelle, au quatrième temps de l'offensive Solonet (142), il y a eu évidemment concertation entre le notaire et sa cliente (143), l'offre est cousue de fil blanc, le texte s'adjoint ici les moyens d'une scène hors-texte, ni écrite ni lue, où déjà l'affaire a été minutieusement préparée. La technique romanesque place d'emblée ces objets dans un espace de négociation invérifiable et incontrôlable. Les bijoux existent à la fois dans le dos de Mathias et Paul, et dans le dos du lecteur, tandis que s'affirme une manière de complicité entre le tandem Solonet-Evangélista et le romancier maître des perspectives. D'où un temps d'avance pour le scripteur et les deux personnages - mais un temps d'avance objectif, c'est-à-dire signalé au lecteur - et surtout un statut prééminent pour des bijoux qui existent à l'intérieur et à l'extérieur du récit, bijoux dont on apprend qu'ils ont d'ailleurs commencé d'exister avant même qu'il en fût question : ils en tirent une sorte de réalité supérieure, puisque, provenant d'un espace extérieur à la matérialité du roman, ils sont un peu du monde vrai - procédé fondamental du réalisme fictionnel, à savoir l'allusion précise à un vaste intermonde, entre l'Histoire écoulée et l'histoire racontée, entre l'univers vrai et le texte - en définitive, tout l'espace du vrai-semblable.

Aussitôt, Me Mathias devine un double danger. Il sait que les bijoux ne sont pas un capital comme les autres, que leur estimation est aléatoire, et qu'ils se prêtent à bien des conflits de valeurs. Il entend aussi Mme Evangélista minauder au sujet de sa prétendue générosité, et la minimiser faussement par des paroles effrayantes : "Ma fille n'est-elle pas un autre moi ?" (144). Ces derniers mots ont, aux oreilles du notaire, un double sens. D'une part, ce que Mme Evangélista restitue à sa fille mineure est, en fait, confié au futur gendre, administrateur responsable de la communauté : Natalie est une sorte de donataire incapable par qui les biens ne font que transiter. Tant qu'il s'agit de valeurs dépersonnalisées, comme les liquidités provenant d'immeubles ou de rentes, le flux mobilier passe sans obstacle à travers elle ou au-dessus. Avec les bijoux, c'est tout différent, puisqu'ils sont affectés d'un puissant marqueur de féminité qui déjà les retire du circuit asexué des biens ordinaires. On notera que les trois interlocuteurs du couple mère-fille sont des hommes, et que nécessairement une part du sens de l'investissement-bijoux leur échappe. Ici, la restitution au titre des comptes de tutelle prend un autre caractère, et Natalie est personnellement intéressée à exercer, sur les bijoux, une manière de pré-reprise ; elle ne peut les voir passer comme le reste : la dépossession contractuelle de la mère a quelque chose d'un don manuel à la fille. D'autre part, si Mme

(141) CMP, 614.

(142) Voir supra, 1.1.1.

(143) CMP, 574 : "regard oblique" de Solonet, "accès de joie qui ne parut pas joué" de Mme Evangélista.

(144) Ibidem.

Evangélista se projette si exactement dans Natalie qu'elle en vient à nier la distinction des personnes, et l'autonomie individuelle, fondement du Droit civil, on ne sait plus à qui l'on a affaire : le vif saisit le vif, ou plutôt il ambitionne de se saisir lui-même - encore une de ces idées contre-nature, qui sont décidément la spécialité de Mme Evangélista. Comment établir un contrat avec des gens si éloignés de l'esprit juridique de leur temps ? Mathias, en bon juriste jadis adepte des idées nouvelles, ne peut que trembler pour son client, que, déjà, il voit plumé et fricassé. Il insistera sur la "valeur hypothétique" des cent mille francs de diamants (145), dont on verra qu'elle est en fait très largement sous-estimée - signe de l'impéritie financière de Mme Evangélista, et de la légèreté de Solonet, qui a combiné ce petit coup de théâtre sans même avoir fait estimer les parures ; il est de bonne guerre de minimiser ce qui, à terme, sera maximalisé par l'adversaire, et puis Mathias est très mécontent de la survenue de ces bijoux, qui ne sont là que pour tout embrouiller. On le voit du reste un peu plus loin, le "coup des diamants" permettant très vite à Mme Evangélista de poser à la victime (146). Mathias répondra à sa façon, par le silence. La projection financière du majorat élude toute référence aux bijoux, et ce n'est qu'après le départ des notaires que Mme Evangélista, demeurée avec Natalie et Paul, reparle de ce qui va bientôt devenir son thème favori : "Ma fille et moi, nous sommes au-dessus de niaiseries auxquelles certaines gens tiennent beaucoup. Ainsi, Natalie n'a nul besoin de diamants, je lui donne les miens" (147). La formule est quelque peu sibylline, mais Mme Evangélista parle devant Paul ; elle tâche d'animer Natalie contre lui en estompant la personnalisation du don, en affirmant la minorité de Natalie devant son futur époux, et en suggérant que sa fille verra simplement passer les bijoux d'une main à une autre ; en même temps, elle maintient que le don est fait à Natalie, mais dans un contexte tel que celle-ci n'en est pas vraiment donataire - bref, le don des bijoux est présenté comme une péripétie secondaire et inutile, de manière à faire saliver Natalie et à mettre Paul dans une gêne qui lui sèche la bouche. Un peu plus loin, il ne faut "ni corbeille, ni joyaux, ni trousseau", car "Natalie a tout à profusion" ; ainsi les dépenses somptuaires où disparut l'argent qui fait tant défaut au jour du contrat sont-elles discrètement retournées en investissement utile : Natalie peut se passer du superflu, puisqu'elle l'a déjà, mais c'était, vu son rang, un superflu nécessaire, pour reprendre l'oxymore voltairien (148). Il n'y manque même pas le terrible "Je verrai donc Paris" de Natalie (149). Mais Paul ne relève rien de ces diverses provocations.

Cependant, une fois les deux femmes seules, la soirée se prolonge, à l'initiative de Mme Evangélista, par une gesticulation malicieuse autour des fameux bijoux : "Prends donc mon écrin, Natalie !" (150). La mère tente la fille, en la faisant jouer avec les parures, insiste douloureusement sur l'obligation de vendre, et insinue que si Paul aime vraiment sa femme, il lui laissera le collier de perles, et fera remonter les pierres pour les lui offrir. La conclusion vient se nicher dans l'ambivalence juridico-morale du don des bijoux : "D'après le contrat, les diamants t'appartiennent", résumé très cavalier des laborieux arrangements patrimoniaux. L'entrevue avec Magus va encore ajouter à ces ambiguïtés croissantes. Il s'agit en

(145) CMP, 575.

(146) CMP, 576 : "Si mes sacrifices ne servent à rien, s'écria-t-elle, je n'entends pas pousser plus loin une discussion semblable, je compte sur la discrétion de Monsieur, et renonce à l'honneur de sa main pour ma fille".

(147) CMP, 584.

(148) in *Le Mondain* (1736), v. 22.

(149) CMP, 585 : prononcé "avec un accent qui aurait justement effrayé un de Marsay".

(150) CMP, 587. Et Natalie de manifester "l'inexprimable sentiment qui réjouit certaines femmes à l'aspect de ces trésors avec lesquels, suivant les commentateurs du Talmud, les anges mauvais séduisirent les filles de l'homme en allant chercher au fond de la terre ces fleurs du feu céleste".

effet d'"une prisée quasi légale des diamants de la belle-mère" (151) : l'adverbe "quasi" en dit beaucoup. On s'étonne qu'aucun notaire n'assiste à cette estimation, qui aurait dû en tout état de cause être contradictoire. Quand Solonet avait dit "nous pouvons faire estimer" (152), que mettait-il sous ce "nous" ? les deux parties, ou la seule partie Evangélista ? Admettons qu'il ait indistinctement préservé les deux hypothèses, attendant de voir venir. Mais Mathias, par défiance, s'est comme désintéressé des bijoux Evangélista, afin de ne pas donner dans ce qu'il juge être un miroir aux alouettes ; du coup, il tombe, en adoptant la politique de la chaise vide, dans l'autre piège qui consiste à laisser les Evangélista mener à l'écart quelque sombre trafic. Car les deux femmes ne jouent pas tant avec que de leurs bijoux. Magus révèle trois choses importantes à la mère de Natalie. D'abord que la valeur des "diamants" passe de très loin les cent mille francs avancés au hasard, et contestés par Mathias. Ensuite, que leur valeur fluctue selon les positions respectives du vendeur et de l'acheteur. Enfin, qu'ils constituent, d'un point de vue tout financier, l'immobilisation déraisonnable d'un capital (153). Ce dernier aspect mérite que l'on s'y arrête un instant. En effet, Mme Evangélista, qui promet à Magus de profiter des calculs qu'il lui expose, intègre une précieuse vérité : les diamants paraissent bien avoir une valeur distincte de celle qui anime la pure mathématique financière, et l'on ne peut croire que seuls les marchands profitent de ce que les femmes ne comprendraient rien aux calculs de la rentabilité brute. Il y a peut-être un intérêt à conserver longtemps les plus belles pièces, comme le Discreto par exemple, pour les faire connaître dans le commerce. A s'en tenir aux propos péremptoirs de Magus, on comprendrait mal comment un homme d'affaires aussi avisé qu'Evangélista aurait admis de perdre autant d'argent. Comme de plus les femmes ne possèdent, la plupart du temps, que des bijoux qui leur ont été offerts par des hommes, Magus va un peu vite en les créditant seules de folie. Hommes et femmes ont probablement d'assez fortes raisons de se comporter comme ils le font avec les bijoux - tout le monde ne pouvant adopter le point de vue de l'usurier ou, pour dire comme Balzac, du juif (154). Ces raisons restent à démêler, mais il n'en demeure pas moins que la dépense qu'entraînent les bijoux est périlleuse, qu'elle requiert, outre des motifs psychologiques, une fortune solidement assise, au moins autant qu'une certaine inaptitude aux chiffres. Raison et déraison président à l'achat des bijoux, qui constituent, et pour les hommes au premier chef, un test de viabilité sociale. Evangélista avait beau être amoureux fou de sa femme, il montrait en affaires une tête suffisamment froide. Un homme inapte aux affaires comme Paul, timide et chaperonné par un notaire qui le défend malgré lui, amoureux fou, au surplus, de Natalie, offre une fragilité d'autant plus exploitable qu'on ne manque pas, pour susciter émulation et surenchère, de lui remettre en mémoire les hauts faits d'un beau-père modèle. Après sa discussion avec Magus, Mme Evangélista, qui a compris qu'on n'a rien perdu tant qu'on n'a rien vendu, et qui de ce fait ne vendra pas, alors que le juif lui procurerait immédiatement beaucoup plus que les cent mille francs qu'elle s'était fait fort d'apporter grâce à la vente des bijoux, entrevoit non seulement

(151) CMP, 588.

(152) CMP, 574.

(153) CMP, 589/590 : "Vous avez perdu depuis vingt ans les intérêts de trois cent mille francs. Si vous portiez dix fois par an vos diamants, ils vous coûtaient chaque soirée mille écus. Combien de belles toilettes n'a-t-on pas pour mille écus ! Ceux qui conservent des diamants sont donc des fous ; mais, heureusement pour nous, les femmes ne veulent pas comprendre ces calculs". <...> "Avec les revenus de la somme qu'ils représentent, en cinq ans, vous auriez d'aussi beaux diamants et vous conserveriez le capital".

(154) On se tromperait en y décelant de l'antisémitisme. Même si Balzac véhicule certaines idées reçues sur l'instinct financier des enfants de Sion, il le leur envierait plutôt. Simplement, Balzac croit aux caractères et aux capacités ethniques, qu'il s'agisse de juifs, d'Auvergnats, d'Allemands, ou de créoles.

la possibilité de n'être pas dépouillée, mais encore celle de demeurer riche, voire de s'enrichir encore. C'est Magus qui, de ses quelques phrases, l'a (re)faite riche. L'épisode précontractuel de cette longue manipulation joaillière se clôt par l'apparition de Mme Evangélista, au soir de la signature, avec son collier de perles au cou, agrafé par le Discreto. Elle signale ainsi, par un code que peu comprennent, hormis Natalie, que les deux chances de sa vie furent de naître Casa-Réal, et d'avoir été aimée d'un millionnaire. Elle profite avec volupté de l'absence d'inventaire de ses bijoux, en présence de celui à qui elle les a très généralement promis, et montre d'évidence à sa fille que les bijoux sont de ces meubles dont la propriété est toujours fortement battue en brèche par la possession.

Le contrat que lit le premier clerc de Mathias au soir de la signature stipule, outre l'établissement des apports, la constitution du fonds de la communauté et les donations, le "don des diamants à la femme" comme celui "des bibliothèques et des chevaux au mari". Mais il ne s'agit plus là que de diamants en général, actuels et à venir, s'il s'en trouve, parmi lesquels se fondent ceux que Mme Evangélista a promis. De même, en ce qui concerne les "reprises en diamants", dont Mathias évoque, juste après, la possibilité pour Natalie. Il apparaît alors assez clairement que tout ce qui, de la fortune considérée, est placé en diamants ou bijoux, appartiendra à Natalie, sans considération de l'identité individuelle de ces objets. Tant et si bien que la combinaison patrimoniale qui jouait contre elle - projet de réalisation par le mari des bijoux donnés à la fille par la mère débitrice afin d'obtenir quittance du gendre - et qui fait que les diamants étaient liquidables à son détriment - même s'il s'agissait au fond de dédommager Natalie d'une mauvaise gestion maternelle - peut désormais jouer aussi en sa faveur : des liquidités peuvent devenir bijoux, et un capital non négligeable lui faire retour par cette voie. Le diamant cristallise donc la fortune féminine, il est, si l'on ose dire, une sorte de majorat féminin, dont la justification sociale n'est pas la carrière politique, mais l'affermissement d'une assiette mondaine. Natalie n'aura retrouvé un peu de sa fortune, aux dépens de sa mère, que pour la voir inhumée - au sens propre, puisqu'il s'agit d'acquérir des terres - au bénéfice de la future maison maritale : la tentation peut être grande, pour Mme Evangélista, de faire jouer un crypto-majorat contre l'autre. Certes, il y a quelque abus à désigner de la sorte un patrimoine mobilier d'affectation conventionnelle qui, en Droit, ne relève évidemment pas de la technique majorataire, d'autant qu'on n'envisage pas de dévolution systématique à une primogéniture femelle ; mais le modèle du majorat authentique, d'ailleurs bien expliqué par Mathias, s'organise autour d'une inaliénabilité de droit qui va dresser en face d'elle, par réaction, une stratégie d'inaliénabilité coutumière centrée sur les diamants, ainsi qu'on va bientôt le constater. Autrement dit, ce que Mathias s'efforce de faire au bénéfice de la maison Manerville et pour sauver l'amour déraisonnable d'un Paul trop amoureux - la maison serait ainsi renforcée parce que son chef aurait été passionnément amoureux : belle histoire, mais sur le papier -, Mme Evangélista comprend, par cet endroit précis du contrat, qu'elle peut le réaliser au profit de sa fille. Natalie n'est pas considérée par sa mère comme une jeune épouse et une future mère, mais bien comme une "fille libre, heureuse et riche" qui est susceptible d'aimer "un jour irrésistiblement un autre homme" (155). Il suffit à Solonet de faire rappeler la caducité du majorat en cas d'absence d'enfant mâle, et de prévoir la soumission des biens majoratés à la donation générale entre époux si Paul précède sans progéniture, l'absence d'une maison Manerville déjà consistante - Paul, enfant unique, ne se connaît pas de proches héritiers - autorise finalement l'hypothèse d'une transmission de ces biens à Natalie, qui est en position d'héritière privilégiée. Il

suffit pour cela, primo de ne pas permettre à Paul d'avoir d'autre héritier qu'elle, secundo, d'organiser autour des bijoux la reconquête patrimoniale de Natalie. La nulliparité préserve intégralement les chances qu'a la jeune femme de retrouver, dans la succession du Paul à trois millions (156), les trois millions laissés jadis par Evangélista père. A défaut d'avoir pu hériter avantagement du père, Natalie peut encore hériter du mari. Mme Evangélista a d'ores et déjà le projet de faire retrouver à sa fille la fortune complète laissée par le père. On sent souligné ici, entre Paul et sa femme, qui ont huit ans de différence, comme un décalage de générations. Paul se le fera dire sans ménagement par de Marsay : c'était la belle-mère qu'à travers la fille il fallait épouser (157). Tout au contraire, on voit la belle-mère ressusciter le père à travers le gendre. Car Mme Evangélista, mortifiée de ses dissipations, ne peut redevenir une vraie et bonne mère qu'en faisant de sa fille une fausse et mauvaise épouse. Me Mathias, qui ne peut supposer Paul assez naïf, sinon benêt, pour ne pas faire souche avec Natalie, voit bien le danger et en signale une moitié à son client. "Le contrat contient quittance de la somme représentée par les diamants, demandez-les : les affaires sont les affaires" (158). Ainsi projette-t-il de faire acquitter le premier versement pour l'achat des terres qui représentent la contribution de Natalie à la constitution du majorat. Quand la fête commence et que le vieux notaire s'en va, il ne manque pas de répéter le conseil, en l'assortissant d'une petite inflexion psychologique : "Profitez de la lune de miel pour vendre vos diamants" (159). A ce moment, les salons sont déjà remplis ; on entre, pour longtemps, dans l'univers des bijoux exhibés, et non point vendus. Mais n'était-ce pas Mme Evangélista qui avait, par défi à la médisante société bordelaise, voulu nimer l'acte juridique d'une atmosphère de gala ? Au-delà de l'orgueilleux démenti infligé aux rumeurs qui couraient sur le piètre état de sa fortune, Mme Evangélista, sans le savoir encore - mais comment ne pas admirer la prescience que lui prête Balzac ? -, a étouffé d'avance un élément juridique menaçant sous les manières, les façons, les habitudes, les coutumes, dont elle sait à la perfection le maniement. Il ne s'agira plus que de refluer victorieusement de ce mondain au juridique.

Dès le soir même, Paul va favoriser ces manoeuvres, en commençant à se faire, s'agissant des bijoux, l'organisateur de sa propre dépossession. Invoquant le "summum jus, summa injuria", il recule presque devant les écrins, tandis que Solonet indispose perfidement la belle-mère contre le gendre en faisant une surenchère de rigueur formaliste (160). La remise des pierres est d'ailleurs compromise par deux mouvements dont les motivations sont opposées, mais l'orientation commune. Primo, Mme Evangélista ne livre, en présence des notaires, que les bijoux divers prisés par Magus entre cent et cent cinquante mille francs, et, "heureuse de cette première malice", garde boucles d'oreilles et collier. Faut-il rappeler qu'à ce moment précis le collier est autour de son cou, agrafé par le Discreto ? Comme dans "La lettre volée", c'est l'évidence qui met le dissimulateur à l'abri. D'autre part, à la vue des bijoux, les notaires en surestiment la valeur : plus de deux cent mille francs, supputent-ils. Il y a donc un gonflement et un dégonflement simultanés du don en "diamants", la relative incompétence des notaires en matière lapidaire venant à point nommé faciliter la soustraction des plus belles

(156) CMP, 576.

(157) CMP, 640. Or, quand un doute avait effleuré l'esprit de Paul, il s'était sottement rassuré ainsi : "Si Mathias avait raison, eh bien, après tout, je ne suis pas obligé d'épouser ma belle-mère" (CMP, 605).

(158) CMP, 600.

(159) CMP, 602 ; c'est nous qui soulignons.

(160) CMP, 601 : "Je ne pense pas que la remise des diamants fasse une question < dit Mathias >, vous êtes maintenant une seule et même famille. - Il serait plus régulier que Madame les donnât, M. de Manerville est chargé du reliquat du compte de tutelle, et l'on ne sait ni qui vit ni qui meurt, dit Me Solonet".

pièces. Les diamants qui étaient trop modestement évalués à cent mille francs sont devenus, sans plus, cent mille francs de diamants. Secundo : la gêne de Paul passe pour simagrées aux yeux de sa belle-mère et ne fait que l'animer davantage contre lui, par un changement de signe qui réalise, dans la psychologie des personnages, l'équivalent du tour de passe-passe transformant en bonne affaire la malhonnêteté avérée de Mme Evangélista. Paul finit par se débarrasser des bijoux entre les mains de Natalie : "Serrez vous-mêmes ces bijoux, ils sont à vous, je vous les donne" (161), paroles sur lesquelles il sera difficile de revenir, qui préludent, par un mélange de faiblesse et de générosité, à l'inexécution du contrat dont l'encre est encore fraîche, et qui ouvrent la brèche dans laquelle s'engouffreront tous les égoïsmes des Evangélista.

La leçon de comportement matrimonial que Mme Evangélista donne à Natalie au lendemain de la signature du contrat, se clôt sur l'appel à une connivence tactique. Au retour de Paul, il faudra être "chatte et gentille" pour sauver un débris de ce que Mme Evangélista appelle "notre maison" et donner à la fille quelque chose à quoi la mère est "superstitieusement attachée" : le Discreto (162). Voici en effet comment se présente désormais la situation : la veille, Mme Evangélista a fait une bonne affaire en remettant des parures pour cent mille francs seulement, alors qu'elle pouvait mieux faire, et en gardant pour et sur elle les plus belles pièces. Ce faisant, elle a bien profité des enseignements de Magus, sans en souffler mot à sa fille. Certes, une honnête femme eût peut-être proposé triomphalement non plus les cent mille francs prévus, mais les 335 000 (prix de chaland à marchand) garantis par Magus. Mais ce surplus eût-il été de nature à faire envisager différemment le contrat à Mathias, et à éloigner la perspective du majorat captateur ? On peut en douter. En pareil cas, un excès de candeur aurait surtout profité aux intérêts de la maison Manerville, si habilement défendus par le vieux notaire. La substitution de bijoux dont on suit le détail s'intègre à la logique de l'affrontement patrimonial, et Mme Evangélista a très habilement limité les dégâts. Mais le don inespéré que Paul a fait de ces diamants à Natalie change brutalement la face des choses. Les parures de second ordre ne seront donc plus réalisées, ce dont Mme Evangélista s'assure définitivement lorsque Paul retourne voir les deux femmes le lendemain après-midi (163). Natalie se trouve maintenant dotée des pièces inférieures en qualité et en prix, tandis que Mme Evangélista, qui a gardé les plus belles, les plus chères, les plus pleines de signification familiale, va avoir besoin d'argent pour elle-même, et ne voudra jamais, tant par superstition que par projection affective sur sa fille, réaliser ce qu'elle a sauvé d'une façon aussi imprévisible. La voilà donc à la fois trop riche et pas assez, comme prise au piège de l'ambiguïté mobilière si caractéristique des bijoux. Il lui faut donc à présent renverser la situation, faire en sorte que Natalie conserve le Discreto, le collier et les boucles d'oreilles, et récupérer le reste des bijoux, qu'elle croyait devoir être réalisés, mais que Paul décidément ne vendra pas, afin d'en faire argent elle-même pour son propre compte. C'est ainsi qu'elle propose "une affaire" à ses "bons enfants". Un instant, il lui faut avancer en terrain découvert, admettre qu'elle n'a pas livré tous ses bijoux - comme on pouvait le voir, en ouvrant seulement les yeux sur sa personne la veille au soir : mais à supposer que Mathias ou Paul se fût aperçu de la malice, lequel des deux eût osé se montrer, en pareilles circonstances, assez inélegamment drastique pour détacher du cou et des

(161) CMP, 602.

(162) CMP, 613.

(163) Ibidem : " D'ailleurs, comme l'a fait observer Mathias, il faut les vendre pour subvenir au premier paiement des terres que vous avez acquises" dit Mme Evangélista. Et Paul de répondre : "Ils ne sont plus à moi, je les ai donnés à Natalie afin qu'en les voyant sur elle vous ne vous souveniez plus de la peine qu'ils vous ont causée".

oreilles de Mme Evangélista les bijoux qu'elle ne livrait pas, ou pour demander au moins des explications ? Il eût fallu, le jour même de la signature, tout réévaluer, alors que le "monde" était déjà dans les salons. Mme Evangélista avait, de façon exemplaire, su mettre d'emblée le monde entre les intérêts de Paul et les siens. Un peu de misérabilisme ("Je suis forcée de vendre mon collier de perles et mes boucles d'oreilles" - entendons : forcée par les exigences relatives à Paul sans être de lui, ce qui d'avance ferme la bouche au futur gendre qu'on sait timide, honteux et faible), un peu de générosité ("Je ne veux pas mettre ma fortune en rentes viagères, je n'oublie pas ce que je vous dois" - id est, je suis trop consciente du reliquat de ma dette, puisque vous avez voulu ou fait vouloir par notaire interposé qu'il y ait entre nous des comptes d'épicer, pour aller investir ce que vous consentez, fût-ce malgré vous, à me laisser de diamants, dans des rentes qui s'éteindraient avec moi et soustrairaient finalement à votre famille des biens qui lui reviennent), un peu de sentimentalisme ("Eh bien, j'avoue ma faiblesse, vendre le Discreto me paraît un désastre" - suivent des considérations sur l'aventure historique du diamant, censées devoir toucher un homme à qui l'on prête un destin national : Paul doit s'y montrer sensible, sous peine de se révéler comme un faux futur grand homme, tout juste barbouillé en pair pour faire signer à Bordeaux un contrat de mariage avantageux), beaucoup de mauvaise foi pour finir ("Elie Magus a estimé mes boucles d'oreilles et mon collier à cent et quelques mille francs", ce qui est trois fois faux : primo, parce que le collier seul et les boucles valent, selon le sens de la transaction, 250 000 ou 160 000 francs, secundo, parce que le Discreto a été malignement confondu avec le collier auquel il sert de fermoir, alors qu'estimé à part, il vaut 100 000 ou 75 000 francs, et que les trois pièces représentent donc un montant de 350 000 ou 235 000 francs, tertio parce que Mme Evangélista ne dit rien de la double estimation de Magus selon le sens de la transaction, qui rend la comptabilité patrimoniale plus exacte, mais aussi plus complexe ; toutes ces dissimulations sont englobées dans un savoureux "et quelques", qui recouvre une différence de 250 000 ou 135 000 francs (164)), et le tour est joué. Raffinée jusque dans les formules dont elle accompagne ce marchandage extravagant, Mme Evangélista peut conclure : "Vous y gagnerez, mais qu'est-ce que cela me fait ! Je ne suis pas intéressée" - en effet, à s'en tenir aux valeurs de réalisation, elle perd véritablement au change, mais, le donataire n'étant plus le même, et l'usage du don ayant changé, Mme Evangélista gagne à perdre, et a intérêt - n'est-ce pas là une partie de ce comique du roman, dont Balzac avertissait qu'il ne pouvait être "saisi que par les gens d'affaires" (165) ? - à minorer l'importance du don qu'elle fait, alors que toutes les situations comparables font mettre en oeuvre des stratégies opposées. Quadruple gain, de fait, pour Mme Evangélista : par sa fille interposée, qu'on sait être pour elle "un autre moi", elle conserve ses plus beaux bijoux ; par l'échange, elle obtient cent mille francs réalisables ; par l'encouragement à ne rien vendre, elle prive Paul de liquidités dont il a le plus urgent besoin ; par l'attribution à Natalie de pierres précieuses qui sont autant de pierres d'attente, elle incite Paul à construire sa propre ruine (166).

(164) CMP, 613/614 pour les citations. On soulignera à quel point le commentateur, dans l'édition de la *Pléiade*, rend peu justice à la rouerie dont Balzac a doué son personnage. Contrairement à ce qu'a l'air de supposer la note 2 de la p. 614 (pp. 1474/1475), qui présente le passage de trois à deux pièces (boucles+collier+Discreto devenant boucles+collier) comme une imprécision imputable aux nombreux remaniements, la fusion collier/Discreto est essentielle pour la suite de la substitution déguisée en échange (et en "affaire"). Fusion déjà préparée le soir du contrat avec le Discreto-fermoir, qui soude définitivement héritage Casa-Réal et avantages Evangélista, généalogie de fille et bonheur d'épouse, au moment même où il pouvait sembler que Mme Evangélista ne serait plus qu'une belle-mère Manerville, contrée, humiliée et appauvrie.

(165) Lettre à sa soeur Laure (octobre 1835) ; mentionnée par A. Perrod, article cité, p. 222.

(166) CMP, 614 : "Ainsi, Paul, avec vos économies, vous vous amusez à composer pour Natalie un diadème ou des épis, diamant à diamant. Au lieu d'avoir des parures de fantaisie, ces brimborions qui

Quelques conseils de belle-mère à gendre compléteront utilement la leçon de la mère à la fille (167), en mettant les diamants au premier plan des relations conjugales. Au cas où Paul aurait mal compris, Mme Evangélista lui donne à entendre que Natalie est déjà par elle formée à cette évaluation de l'amour masculin, et qu'il est trop tard pour revenir dessus : l'amour est devenu définitivement amour-propre, et l'échange amoureux flatterie masculine en direction de l'amour-propre féminin.

Cinq ans plus tard, dans sa dernière entrevue avec Me Mathias, Paul avouera au vieux notaire qu'outre les capitaux dont l'a privé le fait de ne pas avoir vendu les diamants, le complément de parure offert en sus à Natalie a été payé cent mille francs. Si l'on se rappelle que Mme Evangélista proposait au départ cent mille francs de bijoux, le déficit imputable à ceux-ci peut être évalué à deux cent mille francs. Mais si l'on table sur l'estimation des notaires, on parvient à trois cent mille, et si enfin l'on considère ce que Paul eût tiré du Discreto, du collier et des boucles, au prix où Magus eût acheté le tout, le total s'élève à 335 000 francs. Paul finit avec un million et demi de dettes (168) : l'affaire des bijoux de famille entre dans ce passif pour plus d'un cinquième - qui plus est, selon Mathias, une somme de 300 000 francs pouvait suffire à apaiser les créanciers. Des explications que Paul donne au notaire sur l'enchaînement de son désastre financier, il ressort que les excès du train de vie parisien en constituent la cause unique, et que de ce train de vie, les diamants furent pour ainsi dire la vitrine. Alors que le contrat de mariage, et par la fondation du majorat, et par les proportions patrimoniales tout à fait exceptionnelles qui lui étaient données, exigeait des qualités de "bon père de famille", surdimensionnées et transformées en ambitions quasi dynastiques, le comportement des époux a obéi à un leadership uxoral dont les fins secrètes vont au rebours de ce qu'exigeait l'accord pré-matrimonial tel qu'il avait été juridiquement scellé. Paul, qui soutient à Mathias que "pour être heureux, il faut (...) aimer <les femmes> comme elles veulent être aimées", avoue sans ambages à de Marsay : "Je me suis ruiné pour elle comme on se ruine pour une maîtresse, mais avec certitude" (169). On ne saurait davantage confondre vie affective et existence domestique. Un chiasme comportemental a, sous d'apparentes convenances, fait échoir à Paul l'"anima" dont il créditait sa femme, et l'"animus" au bloc mère-fille, qui en savait Paul dénué. Le contrat efficace aura ainsi été passé, non entre les époux, mais entre Natalie et sa mère : c'est tout le sens du "debriefing" qui suit la signature de l'acte, et dont la conclusion discrète vaut comme clause secrète. Quant à la machination révélée à Paul par de Marsay qui l'a plus ou moins tirée au clair, et grâce à laquelle les Evangélista deviennent, par homme de paille interposé, les créanciers de leur époux,

ne sont à la mode que chez les petites gens, votre femme aura de magnifiques diamants avec lesquels elle aura de véritables jouissances."

(167) "Rien n'attriste plus une femme que le froissement de ses vanités, je n'ai jamais vu nulle part une femme mal mise être aimable et de bonne humeur. Allons, soyez juste, Paul ! Nous jouissons beaucoup plus en l'objet aimé qu'en nous-mêmes" (ibidem). Les derniers mots sont à double entente, selon qu'"objet" désigne une personne ou une chose : vous aurez plus de jouissance en voyant Natalie éprouver du plaisir / Natalie tirera ses plus grandes jouissances des objets qu'elle aimera, c'est-à-dire les diamants. On peut mettre les deux interprétations bout à bout et comprendre que Natalie n'aura de vraies jouissances qu'avec ses diamants (l'allusion au bal chez la duchesse de Berry n'est d'ailleurs pas sans évoquer "l'enfant du miracle" dont Natalie annoncera tardivement la gestation à Paul parti), et Paul prendra ses seules jouissances dans les plaisirs de vanité ainsi procurés à sa femme. Le plaisir charnel se trouve de la sorte tenu à distance par l'épouse - qui, selon Madame Evangélista, a tout à y perdre - et complètement refusé au mari. Les diamants permettront à la fois la substitution et la procreation.

(168) Le texte hésite entre cette somme et quatorze cent cinquante mille francs. Voir, CMP, 1477, l'explication de la note 1 p. 622.

(169) CMP, 625 et 637.

gendre et dupe, elle se trouve affectée d'effets financiers très forcés, ainsi que l'a montré P.-A. Perrod (170).

Plutôt que de procéder au réépluchage d'une comptabilité romanesque qui, en tant que telle, n'échappe pas à quelques incertitudes, mieux vaut se demander pour quelles raisons Balzac a voulu donner tant d'amplitude à la ruine de son personnage, alors que celui-ci reconnaît qu'il pourrait se replier sur Lanstrac (171). La réponse pourrait bien se trouver en formulant à l'inverse la même question : pourquoi avoir à ce point favorisé l'expression du triomphe de Mme Evangélista (172) ? Et, là encore, il faut revenir aux diamants, qui décidément sont au centre de tout. C'est que les diamants permettent d'affecter un capital quelconque d'un caractère à la fois flagrant et mystérieux. Ils sont donc une manière de brouiller les comptes et de faire se brouiller les gens. Puis, ils sont le seul point commun mondain entre l'épouse et la maîtresse (173), exprimant, dans le premier cas, la continuité domestique, et, dans le second, la cristallisation passionnelle. Or si Mme Evangélista a, in extremis, rappelé à sa fille d'être bien la femme de Paul et non sa maîtresse, alors que Paul s'est ruiné, selon ses dires, parce qu'il l'a traitée comme une maîtresse, c'est moins par détestation du substantif que par haine du possessif. Comprenons : une maîtresse affectée d'un coefficient d'appartenance est maîtrisée plus que maîtrisante - sinon, pourquoi, dans la scène des conseils maternels, Mme Evangélista serait-elle si souvent revenue sur la nécessité d'être la maîtresse (174) ? La femme authentique, selon Mme Evangélista, c'est-à-dire maîtresse d'elle-même et de son conjoint, joue sur les deux tableaux de la maîtresse et de l'épouse, sans accepter la captivité spécifique de l'une ni de l'autre. La conservation des diamants dits "de famille" et l'incitation à l'achat déraisonnable de parures complémentaires correspondent exactement aux statuts d'épouse, puis de maîtresse : convergence qui définit de reste la "maîtresse femme". Par ailleurs, les bijoux, tout en signalant la richesse, supposent la dépense somptuaire, et se situent ainsi à l'interface de la réussite et du péril, du surplus et du reliquat, de la montre et de la réserve. Capital stérile - comme le sera le couple Manerville -, ils remplacent la production par l'ostentation et s'inscrivent dans un réseau de rentabilité autre que financière. Tout chargés, au surplus, d'une symbolique dans laquelle la pureté, la dureté, l'aptitude à réfracter la lumière, viennent conforter divers mythes essentialistes fondés sur l'appétit d'éternité, le refus du mélange, le culte du moi, la religion de la force, ces diamants, cautionnés par une hiérarchie hyléique, constituent le meilleur des bijoux - d'où la confusion balzacienne entre les deux termes - et font se croiser les excellences humaine et matérielle en une aristophanie à facettes. Enfin, le diamant exprime une internationalisation mystique de la richesse : extrait en des points du globe dont le considérable éloignement, tant entre eux que par rapport à l'Europe, se trouve comme annulé par le voisinage des pierres sur les montures, il suppose une domination des espaces qui frise la désinvolture (175). Seuls des spécialistes comme

(170) Article cité, p. 233/239.

(171) CMP, 624 : "Oui, certes, nous pouvions liquider ma fortune et venir vivre à Lanstrac ; mais j'aime mieux aller aux Indes et en rapporter une fortune que d'arracher Natalie à la vie qu'elle aime".

(172) De même que le Discreto renvoyait, par l'intermédiaire du duc d'Albe, à un féroce projet répressif, le patronyme évangelique recelait la vocation usurière.

(173) Voir, à ce sujet, dans *La Paix du Ménage*, une histoire exemplaire de diamant indiscret.

(174) CMP, 607 : "Quand tu seras la maîtresse" ; "prévient ces chagrins en te rendant maîtresse de lui" ; 610 : "S'il te donne vraiment le bonheur, tu ne seras pas la maîtresse" ; 612 : "une femme est ainsi maîtresse de commander aux événements au lieu de les subir".

(175) Le cinéma contemporain a parfois traité de cette question avec bonheur : témoin *Marathon Man* (Schlesinger, 1976) où, comme dans le cas de l'or de *Treasure of Sierra Madre* (Huston, 1948), le trésor retourne au chaos, l'économie à la nature. Mais Schlesinger, mieux qu'aucun autre, a montré le conflit entre une valeur mobilière que sa structure chimique semble avoir à jamais extirpée de l'Histoire (voir un titre comme *Diamonds are forever*, Hamilton, 1971) et des valeurs morales qu'au

Magus, juif, et par là connecté à l'errance transnationale, peuvent différencier les pierres asiatiques et brésiliennes, et esquisser une généalogie des choses pour en signaler les quartiers de noblesse. Prélevés en quantités infimes (176), les diamants sont engagés dans une joute de qualité dont l'arbitrage ne s'achète pas, mais s'acquiert, rien ne se faisant par richesse pure. Avec une allusion au Talmud (177), Balzac nous indique le reste du chemin. Outre que les diamants proviennent de la terre entière, ils sont extraits du tréfonds de la terre, en quoi ils sont pierres terrestres par excellence. Du terrestre au terrien, il n'y a plus qu'un pas, que le roman franchit de manière presque explicite. Car si Paul est ruiné par ces diamants Evangélista qui, au lieu de "faire des petits", comme dit joliment le langage familier des affaires, voudront trop de frères, il enrichit sa belle-mère et sa femme, non seulement en conservant et en augmentant le capital bijoux (178), mais en finissant par leur céder ses terres. Ainsi peut-on dire que Mme Evangélista doit sa seconde fortune - non celle qu'elle a héritée de son mari et mangée, mais celle qu'elle s'est construite en faisant manger celle de son gendre - à un don primitif en diamants, mi-maternel, mi-conjugal, c'est-à-dire, déjà, instrument de fusion patrimoniale. Or cette nouvelle fortune est terrienne, et appuyée sur une forte culture juridique, prodige dont nul n'eût estimé capable l'ignorante absolue et la citadine exclusive qu'elle était. Fruit improductif de la terre, le diamant aura donc apporté et la terre, et ses fruits. Sous cette éloquence emblématique, il faut encore lire l'assimilation habile d'une triple leçon, administrée tour à tour par Mathias, Solonet et Magus. De Mathias, qui met plus haut que tout le capital foncier, Mme Evangélista a retenu qu'une fortune viable suppose, à l'époque, une solide part terrienne dont on peut difficilement déléguer la mise en valeur : aussi habite-t-elle "sa" campagne. De Solonet, qui préfère à la prudence immobilière et aux revenus agricoles les chances "arrangées" de la spéculation, la mère de Natalie a suivi les suggestions de rentabilité rentière : c'est la partie du patrimoine qui assure des rentrées d'argent confortables. De Magus, qui traite de fous ceux qui conservent leurs diamants, la belle-mère de Paul a appris comment se soigner aux dépens d'autrui : il suffit de se défaire de ses bijoux sans les réaliser, juste assez pour que leur vice anti-économique pèse sur un tiers dont on met alors à profit la "folie" ainsi excitée. Paul cinglant vers les Indes file, sans le savoir, vers l'une des sources obscures de son désastre, à lui déjà si peu clair, vers le trou noir des diamants, vers un lointain enfin qui se confond avec le maléfique insondable de l'irréparable absence - en quoi son destin à jamais suspendu est bien plus proche de celui du colonel Chabert que de celui du comte d'Aiglemont.

2.2. JURISGRAPHIE BALZACIENNE

2.2.1. Le Code civil en examen

L'antipathie que suscitait chez Balzac le Code civil, et spécialement son article 745, est trop avérée et a été trop souvent soulignée pour qu'on la réexpose ici (179). Qu'il suffise de rappeler son origine économique et ses prolongements

contraire l'Histoire façonne : ainsi les diamants du nazi Szell, escroqués quarante ans auparavant à des juifs promis au crématoire, finissent-ils éparpillés dans une station de pompage de Central Park.

(176) On estime généralement à deux cents tonnes la masse totale de diamants extraite par la main de l'homme.

(177) Voir supra, note 150.

(178) Rappelons qu'aux termes du contrat, les diamants reviennent à la femme.

(179) Voir F. Roux, *Balzac juriconsulte et criminaliste*, Paris, Dujarric et Cie, 1906, VII+380 p. ; M. Saint-Germès, *Balzac considéré comme historien du Droit* (thèse Droit Dijon), Besançon, Imprimerie de l'Est, 1936, 217 p. ; A. Peytel, *Balzac juriste romantique*, Paris, Poinot, 1950, 345 p. ; M.-H. Faillie, *La Femme et le Code civil dans la Comédie Humaine*, Paris, Didier, 1968, 224 p. ; C. Journès, "Le Droit charpente de *La Comédie Humaine*" in *Revue de Droit public*, 1982, p. 1023/1042.

sociologiques : le morcellement des héritages rend plus rares les superbes partis, mais aussi plus fréquents les partis convenables ; la multiplication des propriétés sonne le glas de l'aristocratie et recompose quasi visuellement le paysage sociologique français (180). D'où une nouvelle société et une géographie renouvelée dont Balzac est, au vrai, un éminent représentant, mais qu'il ne peut revendiquer comme siennes, si grand est son appétit de se mêler à un ordre antérieur que les nouveaux venus comme lui ne peuvent pourtant embrasser qu'en l'étouffant, et où ils ne peuvent se glisser qu'en le divisant. N'ayons garde d'oublier que *Le Contrat de Mariage* est notamment le récit du triomphe juridico-économique d'une radicale ennemie de l'esprit des lois modernes, que ce triomphe s'accomplit au sein même de ce système juridique d'abord ignoré, puis dominé, mais toujours méprisé par Madame Evangélista, et enfin qu'au rebours de Balzac, bourgeois en mal d'aristocratie, Mme Evangélista est une aristocrate qui s'est embourgeoisée pour un noble motif : la continuation de la dispendieuse existence qui signale classiquement la noblesse. Ce qui la mène à la réussite rapide - par le mariage - puis à la quasi ruine - par l'impéritie après veuvage -, avant qu'elle ne se réoriente vers une position intermédiaire entre aristocratie et bourgeoisie, et qui consiste en la maîtrise des rentabilités financières et rurales - en quoi, soit dit en passant, elle réussit exactement ce que Paul ambitionnait de faire, lors de son premier entretien avec de Marsay. Mais peut-être était-ce un projet plus adapté à une femme endurcie qu'à un homme amolli (181). Bref, Mme Evangélista est un "ustensile" dramatique apte à faire saillir ce qui, aux yeux de Balzac, relève des insuffisances du Code civil, ou tout au moins d'une certaine hypocrisie idéologique. On peut aisément regrouper ces critiques sous les trois postulats communément reconnus au Code civil : laïcité, autonomie de la volonté, individualisme.

Pour ce qui est de la laïcité, on rapprochera trois données : la religiosité déviante de Mme Evangélista, ses exhortations maternelles qui induisent Natalie au péché mortel, et le silence absolu du romancier sur le mariage de Paul et Natalie en tant qu'acte d'état-civil. C'est que le mariage moderne voit tellement sa dimension de contrat l'emporter sur son caractère de sacrement, et les considérations matérielles gagner sur l'approche morale, qu'il constitue, même pour une âme point insensible aux choses de l'autre monde, voire attentive aux séductions pseudo-spirituelles de l'irrationnel - qui du reste n'étaient pas non plus étrangères au caractère de Balzac - une tentation permanente d'en rabattre la portée et l'intérêt sur l'accroissement ou la diminution d'un bien-être tout financier. Sans doute Mme Evangélista n'était-elle déjà pas une bonne chrétienne, mais la surenchère contractuelle d'un mariage très "civilisé" ne pouvait faire que s'améliorât beaucoup la qualité de sa foi. D'autre part, les discussions précontractuelles, contractuelles et postcontractuelles ayant comme épuisé la socialité réelle de cet acte, il ne restait plus qu'à lui donner l'appât d'une célébration religieuse - d'ailleurs bizarre -, en enjambant ce contrat non-patrimonial qu'est la célébration civile. Mieux encore : cela permettait de gommer l'énoncé des droits et devoirs respectifs des époux, notamment l'article 213, auquel de Marsay avait fait allusion sans le citer, et qui toujours, pour Paul, demeurera lettre morte. Autrement dit, l'embourgeoisement du mariage est ici poussé à de telles extrémités logiques - hégémonie du patrimonial machinée par Mathias, qui fut dans sa jeunesse adepte des "idées nouvelles", pour protéger Paul des conséquences d'une affectivité sans frein - qu'il finit par "oublier" ses propres fondements matrimoniaux, à savoir

(180) Comparer les premières et les dernières pages des *Paysans* : le parc magnifique des Aigues, après la vente du domaine et son morcellement, ressemble à "la carte d'échantillons d'un tailleur".

(181) C'est Mme Evangélista qui devient étymologiquement digne de l'anthroponyme "Manerville". On peut rapprocher ses deux formules : "Ma fille n'est-elle pas un autre moi ?" (CMP, 574) et "Ma fille aura le nom, le titre et la fortune" (CMP, 600).

la mise en tutelle de l'épouse. A trop contracter, on finit par ne plus rien entendre à ce qu'eussent compris des mariés sans contrat. Le patrimonial exacerbé en patrimonialisme oublie et les attendus culturels de la matrimonialité, et les principes religieux qui, en l'absence d'une morale formulée par le Code civil, fournissent une éthique à la matrimonialité dégagée des injonctions, mais non des influences, religieuses. Bref, la laïcité juridique tendrait à démoraliser, aux deux sens, les affaires.

Quant à l'autonomie de la volonté, elle apparaît comme un postulat pervers. Natalie y accède-t-elle, qui passe de la minorité à la condition d'épouse ? Oui, au bout du compte, mais à un double prix : d'abord, que sa mère l'anime contre son mari, ensuite que la volonté individuelle s'exprime sous la forme dégradée du caprice. L'inégalité des statuts juridiques - ici, de la mineure, puis de la femme mariée - vide d'une partie de son sens l'assise psycho-morale du Droit civil moderne. Au nivellement juridique des anciennes castes, qui exaspère Mme Evangélista, succède une dénivellation relative au sexe. Quoique la différence de noblesse à roture pût jadis apparaître comme liée à un critère quasi racial, elle affectait autant un sexe que l'autre. Une fois juridiquement abolie, elle laisse découvrir une nouvelle rupture, plus choquante encore, car, semble-t-il, plus définitive, entre femmes et hommes sans distinction de condition. A ceux-ci la volonté autonome, à celles-là les humeurs plus ou moins hétéronomes. Ce qui conduit à un double constat : d'une part, les fondements idéologiques du Droit moderne créent négativement les conditions d'un anti-Droit qu'une partie de la population va créer contre l'autre, et dans le dos du Droit, avec Codes officieux et jurisprudence secrète ; d'autre part, rien n'assure que la moitié responsable, autonome, volontaire, de l'humanité moderne endossera sans de trop grandes variations individuelles le monitorat dont elle est investie. Bref, pour peu que, sur le terrain des faits, tout se réduise à des cas d'espèces, que l'on voie les femmes accéder, au besoin en s'entraïdant, à la volonté autonome, et des hommes ne jamais parvenir à entrevoir la leur, voilà sérieusement dégradée l'image même du Droit. Si, pour comble de malheur, ledit Droit crée une seconde césure entre femme mariée et femme non mariée, ménageant ainsi aux mêmes individus des horizons juridiques contradictoires et éventuellement successifs, le fondement volontariste du Droit perd son apparence de principe pour avouer son caractère de prétexte.

Reste l'individualisme, antidote bourgeois à la prétention nobiliaire de bloquer l'idée d'excellence sociale sur les concepts, sinon figés, du moins raidis, de lignage et d'ordre seigneuriaux. Le personnage de Mme Evangélista semble fait tout exprès pour illustrer, a contrario, la solidité des solidarités de classe comme de caste, ainsi que la faculté qu'ont ces solidarités de se superposer sans s'exclure : car Mme Evangélista est, tour à tour ou à la fois, Espagnole et apatride, citadine et campagnarde, Européenne et Américaine, créole et Bordelaise, parisienne et provinciale, animiste et catholique, noble et bourgeoise enfin. Il paraît donc que la vague individualiste, loin de remplacer une modélisation généalogique de la précellence sociale par l'ouverture des possibles à l'échelle d'une simple vie humaine, y surajoute tout bonnement d'autres formes d'éminence. L'individualisme réel consiste alors, non à partir de peu pour parvenir à quelque chose, mais bien à combiner, sans risque d'ostracisme mondain, des appartenances qu'on eût trouvées antérieurement incompatibles. L'individu est moins un point de départ qu'un point de croisement.

C'est qu'il faudra distinguer entre l'individualisme, tel qu'il peut ordinairement ressortir du Code, et l'individualisme redessiné par Balzac. Le point de divergence se situe au niveau de l'"égalité des chances" : non que celle-ci doive être réduite à un pur et simple camouflage des solidarités sociales réaménagées après la Révolution, et ne vaille au fond pas davantage qu'un discours de propagande. Seulement faut-il, pour en apercevoir le bien-fondé, la débarrasser d'une arrière-pensée mathématisante un peu courte qui, elle, recèle une véritable tromperie en donnant à croire que le

monde est à l'état de commencement perpétuel, comme le serait une partie de cartes. L'idée d'égalité des chances est socialement pertinente dans la mesure seule où elle se laisse traduire comme latitude, reconnue à chacun, d'organiser sa propre déhiscence à tous les possibles capables de conforter l'idée qu'il se fait de son destin particulier. Il s'agit donc moins d'entamer la partie avec des espérances et des armes équivalentes à celles de l'adversaire-partenaire, que de pouvoir jouer un nombre a priori illimité de parties différentes, avec des règles dissemblables et des enjeux divers. C'est dire que l'individualisme balzacien commence par la reconnaissance de la société, avec ses obstacles innombrables et ses infinies filières, qui présentent simultanément tous les risques et toutes les chances de la multiplicité : dès ce moment, la singularité individuelle se satisfait de la pluralité des aventures auxquelles chacun possède un droit égal. Ainsi entendue, l'égalité des chances se résume à l'affirmation de la parité des individus devant l'infinité des occurrences tenues par eux pour positives, ce qui n'implique pas de prédéfinition imposée touchant cette positivité : à chacun d'apprécier ce qui lui conviendrait, même si de nettes lignes consensuelles ne tardent pas à apparaître. Rien n'interdit d'imaginer que la diversité des appétits vienne compenser celles des réussites - il reste toujours la ressource de vouloir ce qu'on peut, de se contenter de peu, et l'on sait la philosophie grande dispensatrice de ce genre de consolations. La force incomparable de l'individualisme tel qu'il est illustré par Mme Evangélista, version féminine de celui de de Marsay, gît sans aucun doute dans une capacité à traduire une quantité invraisemblable de purs et bruts possibles en permissions raffinées. En d'autres termes, il y a chez l'un comme chez l'autre, une faculté peu commune de parvenir à légaliser leurs appétits, lors même que les désirs légitimes des autres peuvent se voir refouler hors de toute légalité : c'est le sens du "bannissement" de Paul, recherché, ourdi, réalisé par sa belle-mère, et surtout transmué en exil volontaire. Mesurée à cette aune, l'identité individuelle s'avère, de toute évidence, hypersociale - ce qui ne veut pas dire collective, ni sérielle -, au point que société et individualité culminent de concert : plus un individu tient de fils sociaux dans ses mains, plus il s'élève, se distingue, s'individualise enfin. La complexité est ainsi désignée dans Balzac comme la première cause d'individuation.

Pour résumer ce qui distingue cet individualisme perfectionné développé par le romancier de l'individualisme forcément dessiné en pointillés par le Code, nous dirons que le second entretient dans un texte la fiction d'un éternel préalable - à l'aventure, à l'existence, à l'engagement, au contrat, puisque le Droit pré-voit des rapports sociaux - tandis que le premier promet, quoiqu'au sein d'une fiction, l'idée que l'histoire dont il est question dans le texte est dès longtemps en marche, que son début n'est pas datable, voire même qu'il n'y a pas eu de début du tout, bref que le point de départ ne fait pas question, et que le roman, lui, re-garde des relations. Balzac répudie le concept d'origine comme falsificateur de l'historicité - d'où son goût pour les généalogies indémêlables -, et récusé au premier chef la tendance de la bourgeoisie à faire du Droit non seulement le pourvoyeur infatigable et impénitent de néo-origines, mais encore le garant d'une permanence des "incipit" qui équivaut à la négation du mouvement. Faut-il ajouter qu'à l'inverse de Paul, Mme Evangélista a compris - et cela seul suffirait à faire d'elle l'héroïne vraie du roman - que, quoiqu'il arrive, c'est toujours la suite de quelque chose, et qu'aucun Code ne pourra jamais rien là contre ? D'autant que, incapable de ne pas retoucher une oeuvre qui postule l'achèvement - tandis que La Comédie Humaine est une oeuvre ouverte, irriguée de ratures -, le législateur n'a pas reculé devant certaines contradictions, comme l'institution des majorats. Volonté bridée, propriété largement indisponible, individu abaissé au profit de la famille, et réapparition de la prééminence des aînés : décidément, le contrat de mariage, tel qu'il est confectionné dans le roman auquel il donne

son nom, semble tout entier dirigé, sinon contre le Code civil, du moins contre l'esprit des lois civiles qui était censé l'animer.

2.2.2. Un juridisme recalé

Nul doute que Balzac, s'il déplorait à grands cris certaines conséquences économiques du Code, demeurait comme fasciné par les manifestations de la juridicité. Toutes proportions gardées, il en aura été de ses rapports avec le Droit moderne comme de ceux de Chateaubriand avec Napoléon. Et s'il fallait, d'une formule, rassembler l'essentiel de la contribution balzacienne à la culture juridique, on pourrait dire que, dans l'esprit du romancier *réaliste* - id est : réalisant l'idée d'une réalité préalable -, le *datum* juridique ne se réduit ni à un quelconque *scriptum* issu de tel Code ou de tel acte, ni à un *factum* prélevé sur le cours des choses. Comprenons que ni l'un ni l'autre non seulement n'épuise la juridicité - ce dont tout le monde tomberait d'accord -, mais encore ne la signale suffisamment, eu égard au projet inhérent à toute entreprise normative, qui est de valider des faits et de régulariser des actions. Or, signaler suffisamment la juridicité, c'est-à-dire rendre justice au fait qu'il y a du Droit, ou encore au fait que le fait peut être épistémologiquement apprivoisé lors même que, semble-t-il, l'ensauvage la désignation relative dont il est à ce moment l'objet, exige davantage qu'un simple rappel du va-et-vient entre texte et existence, ou entre deux degrés d'existence, l'un textualisé, l'autre pas. Car s'agit-il, au vrai, d'un va-et-vient ? Ce que Balzac montre tout au long du *Contrat* relève moins d'une bijection d'ensemble (de l'existence textualisée "more juridico") à ensemble (de l'existence soit différemment textualisée, soit non textualisée) que de l'inclusion du premier dans le second. Le Droit semble intéresser Balzac - mais jusqu'à la passion - dans la mesure où il est le test d'une appréhension intelligente de l'existence sociale, justement parce qu'il est effort pour rendre la mondanité intelligible au prix de ces réductions que sont la mise en Droit de comportements qui, sans cela, fussent demeurés fluctuants, ou n'eussent justifié leur réitération qu'en invoquant des justifications plutôt floues. Car le Droit met au net, met au point, au sens quasi optique de l'expression. Tout se passe alors comme si le romancier avait découpé la philosophie de telle sorte que l'intellectualité en échoit à l'éclairage juridique de la vie collective, et la spiritualité à l'illumination métaphysique de la vie tout court. On pourrait, en transposant une formule hégélienne retouchée, dire des juristes qu'ils sont les écrivains publics de l'humanité, elle aussi publique. Le *datum* juridique excède donc le cadre des procédures de mise en Droit, comme celui des événements mis en Droit par lesdites procédures. Il ressortit chez Balzac à une aventure dont les étapes, sans pour autant être prédéterminées, sont, par les vertus limitatives d'un balisage prévisionnel, rendues simultanément possibles, concurrentes et comparables. Mais cette aventure elle-même n'apparaît dans toute sa richesse que si elle est déployée au sein d'un récit capable d'intégrer l'exégèse de sa propre matière, et par la vertu duquel le Droit et la vie sont mieux réunis qu'à la faveur d'un effet de recto-verso, l'un n'apparaissant qu'au prix de l'occultation, même temporaire, de l'autre. Alors la réalité préalable au réalisme se trouvera-t-elle simplifiée dans l'exacte mesure où cela sera jugé, par le romancier, utile à sa démonstration de la force transtextuelle du Droit.

On voit bien, dans *Le Contrat de Mariage*, que l'obsédante question des seuils juridiques ne peut ni ne doit refluer sur le *datum* juridique pour lui assigner un "terminus a quo", et un autre "ad quem". Ou alors, c'est ramener le *datum* au *scriptum*, c'est annuler la part décisive de la factualité, c'est enfin réduire le cas de juridicité à son expression théorique et livresque en sacrifiant sa complexité à une schématisation parée des séductions du formalisme. Or, aux notaires qui trament un ménage de papier, Balzac ne cesse de demander, non ce qu'est l'amour conjugal, mais

quels sont les poids respectifs et les influences réciproques de l'entente et du contrat, jusqu'où également il faut déceler les préalables, enfin si l'écrit n'est pas, quoiqu'apparemment immuable, modifié peu à peu dans sa portée en vertu d'un *factum* qui remonte plus haut que lui dans le temps, mais qui aussi ne pouvait, sans son aval, s'accomplir en *datum*. C'est l'existence même du *datum* juridique qui est engagée là, avec la possibilité de voir le Droit autrement qu'en lisant des protocoles, et de le penser autrement qu'en tant qu'alternative au fait. Balzac suggère une issue au dédale de glaces dans lequel, à chaque pas, le Droit positif apparaît construit comme la négation d'un monde du fait, et le monde du fait comme force négatrice d'un Droit positif déjà négateur. Il indique aussi que l'atténuation de ce vertigineux face-à-face nous rassurerait à bon marché, et pas pour longtemps. Car en répétant, par confort, que l'adaptation l'un à l'autre du Droit et du fait adoucit naturellement et sans scandale des arêtes que seule rendrait trop saillantes une vision philosophique radicale et finalement peu réaliste - voire insuffisamment informée de la matière qu'elle traite -, on ne fait qu'enjamber à l'étourdie une autre difficulté, sous-jacente à la première, et autrement plus radicale.

Ce qui est présupposé, en réalité, par la bipolarité du fait et du Droit, ce n'est au fond que la mise en scène de celui-ci, dont celui-là n'est guère, alors, que le faire-valoir, convoqué, congédié, rappelé, chassé à l'infini. Or, réduite à un numéro de duettistes, facéties en moins, la justification pseudo-dialectique du Droit se nourrit d'une équivoque portant sur l'historicité. Tout se passe en effet comme si la dichotomie du Droit et du fait, glorieuse pour le Droit lutteur, s'inscrivait dans une diachronie oblique et ascendante, plongeant quant au passé dans l'obscurité chaotique du fait, et visant, quant à l'avenir, la lumière cosmique du Droit. Pourtant, le présent qui, comme on sait, dure longtemps, montre que le ressac du fait, loin d'être toujours assimilable à un retour d'ondes passées encore vivaces, manifeste bien souvent une pression de la modernité sur des structures soit mal expliquées, soit mal appliquées, soit mal adaptées, soit obsolètes. Lequel, alors, du Droit ou du fait, appartient au passé ou à l'avenir ? Répondre que l'un et l'autre ressortissent aux deux simultanément nous reconduit à deux nouvelles difficultés. Comment décréter l'équilibre du fait et du Droit pour la totalité de l'Histoire humaine quand, d'une part, l'étude du passé nous montre l'accroissement du travail juridique au sein des sociétés, et que d'autre part le gouvernement négocié des hommes, concordant avec une vision optimiste de l'Histoire, requiert, de la façon la plus absolue, la foi des gouvernés en une optimisation progressive de l'État de Droit ? Si l'on cesse, ainsi que nous y convie Balzac, de considérer le problème du fait à partir d'une position pro-juridique en quête de rehaussement perpétuel, sans pour autant renoncer à constater l'existence et du Droit, et du fait, on se trouvera conduit à étendre simultanément le champ du fait et celui du Droit, et à délaisser un schéma binaire où la valorisation rapide du Droit devra plus tard être payée de mille contorsions sophistiquées. Dès l'instant où sera constatable un phénomène mondain affecté d'un degré quelconque de juridicité, on parlera de *datum* juridicisé, dans la mesure où du Droit est impliqué dans ce "donné". Mais cette appréhension demeurera globale, antérieure à l'analyse, et relève, pour ainsi dire, du "coup d'oeil" et du "bon sens". Ainsi de l'aventure de Paul de Manerville, telle qu'elle est saisie entre le premier et le dernier mot du roman. A l'intérieur de ce *datum*, on distinguera ce qui relève de la formalisation juridique proprement dite - écrits législatifs, réglementaires, contractuels, judiciaires -, bref le *scriptum* auquel échoit la part savante et spécifiquement élaborée du *datum*. Le *factum*, lui, ne sera pas le fait ordinairement entendu comme contrepoint du Droit, mais l'aire comportementale qui lui est circonvoisine - c'est-à-dire non savante, quoiqu'éventuellement habile, voire rusée -, déjà traversée de tensions et d'intérêts juridiques, consommatrice de *scripta* dont, au besoin, elle déränge diachroniquement le

sens en fonction de redistributions imprévisibles. L'attitude anti-génésique de Natalie, les conseils de la mère à la fille, et tout l'appareil de contournement pratique, mais non anti-juridique, du scriptum contractuel, relèvent du factum juridique. Certes, l'impact juridique des facta peut différer beaucoup d'un cas à un autre, mais pas davantage, au fond, que la portée pratique des scripta. On ne juridicise rien qui déjà ne soit, en quelque manière, juridique, et l'atmosphère même d'une société de Droit écrit, positif et savant, confère aux facta, dès leur production, un autre sens que celui d'une abrupte intrusion de la force dans un univers codé. Ils ne font pas le Droit, ni bien entendu la loi, mais d'avance ils participent de la juridicité ambiante. Le côtoiement des data, l'expérience acquise en considérant ce qui se passe "à côté" et ce qui est advenu dans le passé, fait en sorte que, si le scriptum est nécessaire pour conférer aux pratiques la qualité de juridicité moderne, il se trouve appelé, invité par un factum dans lequel déjà se lisent des prodromes de juridicité. On précisera tout de suite qu'avant et après le scriptum qui lui correspond, le factum ne présente pas le même aspect.

La meilleure preuve en est administrée par Balzac avec l'évolution de Mme Evangélista qui, d'abord maîtresse des facta, maîtrise ensuite les scripta, quand Mathias, maître en scripta, abandonne son client au seuil des facta subséquents, sans un conseil. En surestimant Paul et en sous-estimant sa belle-mère, il méconnaît, non la valeur des actes de l'existence, mais leur qualité juridique de facta. Paralysé par l'opposition scolaire du fait et du Droit, Mathias croirait sortir de son rôle de juriste en parlant de l'après-contrat, si bien qu'il en abandonne le terrain à celle qui saura en faire la base d'une expertise juridique ultérieure. Signe qu'une lecture pertinente du factum conduit tout droit au scriptum, parce que le fil rouge de la juridicité n'est jamais interrompu, et que seules varient son épaisseur et sa densité. Pour Mme Evangélista, ce fil d'Ariane va s'épaississant à la façon d'un fuseau. Tel détail du roman peut, du reste, valoir pour son ensemble. Ainsi de l'état d'esprit de Paul, le soir de la signature du contrat : "Armant déjà son amour de la légalité, Paul se plut à baiser le bout des doigts de Natalie, à effleurer son dos de neige, à frôler ses cheveux en déroband à tous les regards les joies de cette émancipation illégale"(182). La phrase, à première vue, paraît contradictoire, ou tout au moins fort ambiguë. Quelle est cette légalité dont s'autorise Paul pour se procurer enfin les délices de quasi-privautés qui sont tout aussitôt qualifiées d'illégales ? Et que penser de ces frissons de collégien timide, de la part d'un homme qui, garçon, a mené pendant huit ans une vie de libertinage ? Paul n'est pas marié encore, mais va l'être bientôt. Il ne doute pas que le contrat sera signé et tient, sans doute à tort, la réunion qui commence pour formalité pure. Puis, le contrat signé, comment le mariage ne serait-il pas célébré ? Double anticipation, sur un premier scriptum, puis sur un second, et qui déjà projette indûment Paul dans la partie post-matrimoniale du factum. La légalité-par-avance, pour autant que l'expression ait un sens, s'appuie sur une interversion chronologique de l'esprit et de la lettre - de cette lettre qui coïncide bord à bord avec le scriptum, quand l'esprit n'est au fond qu'une manière de chloroformer l'origine et le destin si factuels dudit scriptum, avec ses creux, ses tendances, ses plus ou moins éloquentes silences, ses sous-entendus, son "mal à dire", bref tout le déficit de la dénotation que comblera inmanquablement la sollicitation empirique accomplie en factum. Comme l'exégèse le montre assez, l'esprit ne parle que si on le fait parler (183). Mais cela encore suppose une extrême attention au texte, et le fait de ne

(182) CMP, 595.

(183) L'École de l'Exégèse, en développant l'intention profonde du législateur, visait finalement à faire en sorte que relevât au maximum du scriptum lui-même la pratique qu'on en pouvait avoir, et donc une bonne part du factum, alors que le scriptum pouvait s'avérer pour l'action un guide insuffisant ou incertain. Énorme protubérance développée sur la lettre de la loi, elle tendait non à s'y substituer, mais

s'attacher qu'à ce qu'on pense être immanquablement l'"esprit" du scriptum à venir, sans prendre la peine ni de collaborer à sa confection, ni de vraiment le lire, ni enfin d'attendre que l'encre sorte de l'encrier, manifeste une absence rédhibitoire et de sens juridique et de bon sens. Paul se place dans la perspective d'un "factum" post-matrimonial que rien ne fonde encore, et semble ne pas s'inquiéter de la seule chose qui eût pu préinsérer les *scripta matrimoniaux* dans un *factum conjugal* réussi, à savoir s'assurer en temps utile de l'amour authentique de Natalie. Confusion des *scripta* entre eux - contrat de mariage et acte d'état-civil -, confusion entre ce que requièrent les parties du *factum* situées de part et d'autre du *scriptum* : tout le malheur de Paul est d'ores et déjà inscrit dans cette phrase où Balzac, en un stupéfiant oxymore, repense, au-delà de la problématique du légal et de l'illégal, l'approche même de la juridicité. Il invite par là à entendre le datum juridique comme une connivence essentielle des textes et des gestes qui les précèdent et les suivent. Au présupposé d'une liberté autonome, c'est-à-dire d'une conscience individuelle réputée préalable à l'expérience, il ajoute - et sans substitution - la question de l'authenticité de la conscience : autant il est nécessaire d'affirmer que chacun, a priori, est capable d'entreprendre, ce qui ne signifie pas commencer, mais continuer en modifiant, monter dans le train de l'Histoire pour y dégager sa place propre, autant il est utile que soit vérifié ce crédit en termes de capacité réelle. Le réalisme n'est donc pas réductible à une vision purement économiste de la société, ou à une sorte de matérialisme social : c'est la prise en compte simultanée de la règle du jeu et du jeu lui-même, l'un et l'autre insérés dans une diachronie sans origine assignable.

CONCLUSION

Avec *Le Contrat de Mariage*, Balzac n'aurait-il pas, en définitive, procédé au plus intelligent éloge de l'autodidactisme ? Fût-ce sous la férule du plus exigeant des maîtres, et au sein de l'institution la plus contraignante, on n'apprend efficacement que si l'on y a quelque intérêt personnel et conscient. Au besoin, la société telle qu'elle apparaît au hasard de l'existence peut tenir lieu d'institution et de maître. C'est ici que la rénovation napoléonienne du Droit produit quelques effets originaux. Le Droit redessiné est un tableau à plusieurs entrées où pénétration et progression sont soumises à la coïncidence de l'offre et de la demande. Sauf exception, le Droit ne réitère pas de lui-même la perpétuation des positions éminentes, il les ouvre aux "capables" - aux forts, aux habiles, aux ambitieux. Il offre simultanément un infra-discours consensualiste, voire lénifiant, et un stock pour tous les combats que suscite l'obtention d'un leadership quelconque. Nécessairement, la force du Droit - la force utile et utilisable, s'entend - apparaît dans la vie sociale, qui fait le tri entre dispositions vives et mortes, et ménage la découverte d'une plus ou moins grande adéquation des savoirs aux aventures de l'existence. "Primum vivere, deinde jus discere", pourraient dire ensemble de Marsay et Mme Évangélista, adeptes d'une sorte de jusculturalisme (184). Ainsi peut-on médire du Droit, voire le méconnaître, tout

à s'y agréger de telle sorte que la voix du législateur, ainsi sonorisée, fût entendue le plus loin et le plus nettement possible en conservant malgré tout l'intégralité du prestige attaché à la voix nue. L'appréhension relative à la manière dont le scriptum va coexister avec le factum a produit ici une sorte de suralimentation scripturale controversée, reposant sur une sémiologie qui conçoit le signe comme projection approchée d'une idée qui existerait "ailleurs", dans l'esprit justement.

(184) Il n'est pas indifférent que Mme Évangélista, créole avérée, se défaisse sur Paul, crypto-créole, de tout ce que la "créolité" pouvait charrier de négatif dans la vulgate de l'époque (voir, par exemple, le *Grand Dictionnaire Universel* de Pierre Larousse, v° "créole"). La mise hors jeu de Paul, né à la Martinique sous le signe d'un repli confortable, puis abandonné en fin de récit à une conquête plus qu'aléatoire, dupe qu'il est d'un fantasme de mercantilisme salvateur alors qu'il a manqué du plus élémentaire bon sens de "père de famille", signifie que l'on est soit naturalisé, soit déchu de sa nationalité, par la perte ou le gain d'un combat juridique. Perdant au jeu du contrat, Paul est renvoyé

en s'en prévalant : ce n'est pas la moindre force du Droit nouveau que de se concilier ainsi ses propres contempteurs.

Faut-il en inférer que le savoir juridique demeure, de tous, le plus exposé aux appétits du libre didactisme ? Sans doute, dans la mesure où la reconnaissance du datum juridique ne fait ordinairement pas difficulté, et où surtout la rencontre du factum est une aventure à laquelle on n'est pas libre de ne pas consentir. Nul n'est indemne du factum, si bien que se dispenser d'approcher intelligemment le scriptum est un signe de paresse ou d'imbécillité. Pour la première, point d'excuse : la société juridicisée cultive le travail non comme une nécessité seulement, mais comme une valeur ; pour la seconde, il y avait les articles 489 et suivants du Code civil. Et de même que nul catholique n'est dispensé de faire effort vers la sainteté, en tant qu'il participe consciemment de la Création et de la Rédemption, de même nul sujet de Droit n'est délié de la référence volontaire au scriptum, parce que, dès avant sa naissance, il est pris dans un évident réseau de facta.

Du prix qu'il faut payer pour cet apprentissage, il n'est le plus souvent rien dit : mais peu importe, car quoi de pire que cette coûteuse sanction de l'ignorance qui, une fois infligée, ne laisse derrière elle qu'une "leçon", et rien du savoir qui eût permis de l'éviter ? C'est là toute l'aventure de Paul, l'ancien aspirant diplomate, intégralement mondain, et pas du tout juriste. Il était libre, à coup sûr, de détourner les yeux des scripta, et même de ne pas comprendre qu'avant et après le scriptum, le factum voit son flux modifié - tout comme on est libre de faire de mauvaises affaires. Mais il y a des suites, et voilà l'ignorant, le paresseux, le niais, happé par un factum qu'il ne reconnaît plus, pour n'avoir pas voulu connaître l'étape du scriptum - laquelle, convenablement chiffrée et déchiffrée, permet, comme à travers un prisme, de pré-voir le devenir du factum. L'autonomie didactique est donc par avance incrustée dans le "Nemo censetur...", car n'est-ce pas toujours un quidam qui va pâtir de ses insuffisances ? Ce qu'un individu souffre, un individu - le même, différemment entouré, ou un autre, dans les mêmes circonstances - pouvait l'éviter. Le suprême individualisme juridique est peut-être à chercher dans la démarche vers le savoir que le Droit postule : chacun est réputé vouloir personnellement accéder à ce contrat de socialité.

A ceux que le Code rebute, et qui abandonnent aux notaires, aux avoués, aux avocats le soin de défendre de bout en bout leurs intérêts, ou qui renoncent à éclaircir eux-mêmes leur destinée sociale, Balzac propose le roman - autre cas, et aggravé, d'autodidactisme, quand il s'y trouve véritablement quelque chose à apprendre. Car aussi incité qu'on puisse être à le faire, lit-on autrement que tout seul ? Grâce à un cousinage subreptice avec la tradition du roman didactique, *Le Contrat de Mariage* s'en vient épauler, sinon le Code de 1804, du moins le Droit écrit, et les scripta. Voilà bien l'un des ressorts de *La Comédie Humaine*. Sa profusion factuelle constitue une colossale assise à partir de laquelle on peut s'élaner vers le "vrai" texte, celui qui, dans la vie comme dans les romans, reste le même: le Droit. Pour qu'émerge un ferme îlot de scriptum, il faut un océan de facta, il faut concurrencer l'état-civil, il faut travailler. Décidément, en littérature comme en affaires, "l'oisif ira loger ailleurs".

aux ondes périphériques d'un monde interlope, tandis que Mme Evangélista, la gagnante, trouve enfin sa vraie patrie, et un terroir. Le rapport que Balzac met ici en valeur entre citoyenneté réelle et acculturation juridique, entre assimilation du Droit et assimilation au pays où ce Droit est en vigueur, suggère que le rapport au Droit naturalise bien plus profondément que le seul acte juridique de naturalisation, bref que l'acculturation juridique est la pierre de touche de la citoyenneté efficiente.

LA THÉORIE NORMATIVE DU DROIT ET LE LANGAGE DU JUGE

Par

Paul DUBOUCHET

Maître de Conférences au Centre Universitaire de Polynésie Française

Le problème du langage du droit m'est toujours apparu comme étant inséparable de celui de la logique du droit ; je pense même que ces deux problèmes se confondent dans un seul et même problème qui est celui de la normativité du droit. C'est pourquoi j'ai pu rejeter dos à dos les pures recherches de linguistique juridique comme étant plus linguistiques que juridiques, et les pures recherches de logique juridique comme étant plus logico-mathématiques que juridiques, au profit de ce que j'ai appelé *sémiotique juridique* et, de façon plus générale, *science normative*, pour désigner l'étude du symbolisme juridique dans sa fonction spécifique d'expression et d'exploration de la normativité du droit.

Dans cette perspective, et à la suite de Michel Villey, je n'ai pu que reconnaître l'apport incontournable de Chaïm Perelman et de sa rhétorique juridique qui est centrée sur le raisonnement judiciaire et le langage du juge (Section 1). Prolongeant et peut-être généralisant le point de vue de Perelman, il devait m'apparaître que le langage du juge est le seul et véritable langage du droit (Section 2).

SECTION I - LE LANGAGE DU DROIT ET LA RHÉTORIQUE JURIDIQUE

Directeur du Centre belge de logique judiciaire, Chaïm Perelman (1912-1984) a inauguré une approche non formelle de la logique juridique qui se trouve déjà en germe dans son ouvrage de 1945 *La Justice*.

Cette approche s'oppose à celle de la logique formelle appliquée au domaine du droit et dont le point de départ réside dans la logique des normes dont les fondateurs furent Kalinowski avec son ouvrage de 1953 *Théorie des propositions normatives*, et Georg Henrik von Wright avec ses deux ouvrages de 1951 *Deontic logic* et *An essay in modal logic*.

Alors que la logique des normes s'est d'abord édifiée à partir de l'étude du langage de la loi, la rhétorique juridique a pour objet le langage du juge mais doit prendre également en considération le langage du juriste (juris-théoricien). Il s'agit donc d'une logique juridique non-formelle dans laquelle l'interprétation, la controverse et la dialectique se substituent au raisonnement déductif.

Dans son ouvrage *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Chaïm Perelman qui fut le grand inventeur de cette nouvelle approche reconnaît en Aristote le père de cette logique "non formelle" qui est exposée dans ses *Topiques*, dans sa *Rhétorique* et dans ses *Réfutations sophistiques* : les raisonnements qui y sont examinés "concernent les moyens de persuader et de convaincre au moyen du discours, de critiquer les thèses de l'adversaire, de défendre et de justifier les siennes propres, à l'aide d'arguments plus ou moins forts" (1). A la suite d'Aristote, cette rhétorique fut développée par Cicéron, Quintilien, Boèce ; au Moyen-Age, elle devait se ranger, à côté de la grammaire et de la logique, dans les arts du *trivium*, pour dégénérer au XVIème siècle en se réduisant à l'étude des figures de style.

Cependant, jusqu'au milieu du XVIIIème siècle, cet "art de l'argumentation" devait persister, précisément dans le domaine du droit, avec la mode des *Topiques juridiques* ou *lieux spécifiques du droit*, appelés à prolonger dans l'univers juridique les lieux communs du discours persuasifs en général dont Aristote avait traité dans ses *Topiques*.

L'art des topiques juridiques fut continué au XIXème siècle, en Allemagne, avec l'"École de l'interprétation logique du droit" qui fut liée au Pandectisme, en France, avec le *Manuel de logique juridique* de Berriat-Saint-Prix, plus récemment il se retrouve encore en Allemagne avec l'ouvrage de Theodor Viehweg *Topik und Jurisprudenz* de 1953 ainsi qu'avec l'ouvrage de Gerhard Struck, la *Topische Jurisprudenz* de 1971.

De la rhétorique juridique, je retiendrai deux points, singulièrement importants, qui certes sont intimement liés mais qu'il n'est pas moins fort utile de distinguer :

- 1 - l'art dialectique du juge ;
- 2 - les arguments juridiques.

§ 1 - L'ART DIALECTIQUE DU JUGE

Le "Centre belge de logique judiciaire" dont Chaïm Perelman fut pendant longtemps le chef incontesté a particulièrement mis en lumière cette idée selon laquelle, dans le raisonnement du juge, tout se joue au niveau du choix des prémisses. "Ce qu'il y a de spécifiquement juridique dans le raisonnement du juge, écrit Chaïm Perelman, ce n'est nullement la déduction formellement correcte d'une conclusion à partir des prémisses -en cela la déduction en droit n'a rien de particulier- mais ce sont les raisonnements qui conduisent à l'établissement de ces prémisses" (2). De son côté, Paul Foriers -au grand animateur du "Centre belge de Logique judiciaire"- écrit que "le raisonnement juridique se poursuit souvent d'une manière régressive et non suivant un schème logico-déductif. Étant donné tel résultat à atteindre, quelles sont les prémisses qu'il convient de choisir et comment valider suffisamment ce choix pour justifier la décision ?" (3). Dans le raisonnement juridique, la conclusion est bien souvent posée d'avance, et il s'agit de trouver les moyens permettant de la justifier en procédant "à rebours" : tel est ce que A. Bayart appelle le "caractère régressif" du raisonnement juridique (4), ce que le professeur Yves Gaudemet (5) appelle encore le "raisonnement finaliste du juge" dont Chaïm Perelman et son École rendent parfaitement compte.

(1) Ch. Perelman, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, Dalloz, 2e éd., 1979, p. 2.

(2) Ch. Perelman, *Le raisonnement juridique* in *Les études philosophiques*, p. 133.

(3) P. Foriers, *Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse*, tome XV, fasc. 1, 1967, p. 109.

(4) A. Bayart, *Le centre international belge de recherches de logique*, in A.P.D., 1966, p. 171.

(5) Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, L.G.D.J., 1972.

Dès lors, la conception perelmanienne n'est-elle pas aux antipodes de toutes les autres conceptions de la logique juridique, et puisque Ch. Perelman qualifie lui-même sa logique juridique de "logique non formelle", ces anti-formalistes que sont les perelmaniens ne s'opposent-ils pas radicalement à ces formalistes que sont von Wright et G. Kalinowski ?

En réalité, la "rhétorique juridique" de Perelman n'implique pas une répudiation pure et simple de la méthode logico-déductive puisque lui-même a soin de préciser que le raisonnement juridique utilise continuellement "la déduction formellement correcte d'une conclusion à partir des prémisses" même s'il ne se réduit jamais à cela. Ainsi, on ne peut faire de Chaïm Perelman un anti-formaliste convaincu ou un ennemi de la méthode logico-déductive, et d'autant moins qu'il est issu de la prestigieuse École polonaise de logique, qu'il a consacré comme il le rappelle lui-même sa thèse de doctorat à Frege (6). Dans toute son œuvre, il a montré que la logique de l'argumentation appliquée au domaine du droit (c'est-à-dire la "rhétorique juridique") a pour but de préparer, de compléter et de prolonger la méthode logico-déductive. Les deux méthodes rhétorique et logico-déductive sont inséparables, elles sont indissolublement liées dans la vie juridique et singulièrement dans le raisonnement judiciaire.

Or, il s'agit ici d'une idée essentielle qui a été illustrée non seulement par Chaïm Perelman et son École mais aussi par un vaste mouvement représenté par de nombreux juristes français ayant participé à maints colloques sur la logique judiciaire. S'il est permis de résumer sommairement l'idée directrice de ce vaste mouvement -ce qui est une gageure compte tenu de la richesse et de la finesse de ses travaux- on pourrait dire que c'est la *dénonciation du déductivisme dans le domaine judiciaire*, la dénonciation d'un raisonnement juridique qui serait exclusivement déductif. C'est à cette dénonciation que se livrent par exemple deux des plus illustres représentants de ce vaste mouvement, Michel Villey et Léon Husson se référant d'ailleurs à l'expérience de leurs amis praticiens et notamment juges.

Or, il ne faut pas dissimuler que l'utilisation de ce raisonnement régressif pose un grave problème au juriste. Ce raisonnement apparaît en effet bien souvent comme la justification *a posteriori* d'une décision déjà prise, comme l'illustration de l'adage aussi pernicieux qu'immoral, qui est la porte ouverte à l'arbitraire, l'alibi de toutes les oppressions : "la fin justifie les moyens". Dans ce cas, on n'échapperait au Charybde du raisonnement déductif que pour tomber dans le Scylla du machiavélisme ou du moins du subjectivisme. D'ailleurs, depuis longtemps, les psychanalystes ont reconnu dans ce raisonnement régressif, la "logique du passionné", la "logique du fou". Car, tout le discours du paranoïaque vise à justifier une conclusion qu'il a posée d'avance et qu'il cherche constamment à fortifier en épiaut les moindres signes, en traquant les moindres détails. C'est pourquoi, si le paranoïaque raisonne "à faux", il raisonne toujours beaucoup, ce qui faisait dire à Chesterton "le fou est celui qui a tout perdu, sauf la raison".

Ainsi, à ne considérer que ce premier point, le raisonnement du juge serait injustifiable. A travers l'activité du juge qui occupe une place si importante dans la vie du droit, ce serait le droit tout entier qui serait condamné et la rhétorique juridique aurait au moins eu ce mérite de porter une condamnation sans appel contre l'institution judiciaire et contre le droit. Mais il n'en est rien : la rhétorique juridique n'est pas une discipline subversive, car le raisonnement judiciaire et le droit sont sauvés par la prise en compte des notions d'adhésion et d'auditoire.

La logique de l'argumentation juridique est une partie de la logique de l'argumentation générale, "logique non formelle" que Ch. Perelman propose d'appeler

(6) Ch. Perelman, *Droit, logique et épistémologie*, in *Le droit, les sciences humaines et la philosophie*, Vrin, 1973.

"Nouvelle rhétorique" et à laquelle il a consacré, avec l'aide de Madame Olbrechts-Tyteca, un grand ouvrage (7). A la différence de la "logique formelle", la nouvelle rhétorique ne recherche pas la vérité mais l'*adhésion* à la solution proposée ; c'est pourquoi la notion d'*auditoire* devient ici centrale, en effet "un discours ne peut être efficace que s'il est adapté à l'auditoire qu'il s'agit de persuader ou de convaincre" (8). Selon Chaïm Perelman, la Nouvelle rhétorique "est l'étude des techniques discursives visant à provoquer ou à accroître l'adhésion à des thèses présentées à un certain auditoire" (9).

Or, dans le domaine du droit, la Nouvelle rhétorique se montre singulièrement apte à traduire la réalité des rapports juridiques et notamment la spécificité du raisonnement judiciaire. En effet, les deux notions d'adhésion et d'auditoire y sont essentielles.

C'est ainsi que le professeur J-D. Bredin a bien montré que la logique judiciaire est centrée non sur l'idée de vérité, mais sur celle d'*adhésion* : ce que cherche à obtenir l'avocat c'est l'adhésion du juge, adhésion qui s'appuie sur des accords préalables et qui sera justifiée si elle est approuvée par les instances supérieures ainsi que par l'opinion publique (10). Le juge, de son côté, en rendant la décision, cherche plus à provoquer l'adhésion qu'à imposer la vérité : "Comme il s'agit de rendre les décisions de justice acceptables, écrit Ch. Perelman, le recours aux techniques argumentatives devient indispensable. Comme d'autre part, il s'agit de motiver les décisions, en montrant leur conformité au droit en vigueur, l'argumentation judiciaire sera spécifique, car elle aura pour mission de montrer comment la meilleure interprétation de la loi se concilie avec la meilleure solution des cas d'espèce", le jugement motivé apparaissant comme "un essai de persuasion" selon l'expression de Tony Sauvel (11).

En ce qui concerne l'auditoire, les juges doivent tenir compte avant tout des "destinataires" de la sentence. Chaïm Perelman écrit que "les décisions de justice doivent satisfaire trois auditoires très différents, d'une part les parties en litige, ensuite les professionnels du droit et, enfin, l'opinion publique qui se manifestera par la presse et les réactions législatives aux arrêts des tribunaux" (12).

Ainsi, la "logique juridique" de Perelman veut-elle substituer aux concepts de "vrai", de "correct" ou de "valide", les concepts d'"acceptable", de "raisonnable", d'"équitable", d'"admissible" ou de "juste", et par conséquent a-t-elle recours aux "standards", à ces instruments d'*administration du droit* qu'avait étudiés Hauriou et qui se caractérisent par leur vertu créatrice, par leur capacité à engendrer des normes, c'est-à-dire par leur statut de normes secondaires sur la production juridique. C'est précisément cette "logique de l'argumentation", cette "logique du raisonnable" qui permet au juge de résoudre les problèmes essentiels des *lacunes dans le droit* et des *antinomies en droit* en ayant recours aux trois notions centrales de *bon sens*, d'*équité* et d'*intérêt général* : "Quand une solution se présente comme étant la seule admissible, écrit Ch. Perelman, pour des raisons de bon sens, d'équité ou d'intérêt général, c'est elle qui tend à s'imposer en droit, même si l'on est obligé de recourir à une argumentation spécieuse pour montrer sa conformité avec les normes légales en vigueur (13).

(7) Ch. Perelman et Mme Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation, La nouvelle rhétorique*, P.U.F., 1958.

(8) Ch. Perelman, *Logique juridique, Nouvelle Rhétorique*, 2e éd., Dalloz, 1979, p. 107.

(9) Ch. Perelman, *op. cit.*, p. 114.

(10) J.D. Bredin, *La logique judiciaire et l'avocat*, in *La logique judiciaire*, P.U.F., 1969, p. 94.

(11) T. Sauvel, *Histoire du jugement motivé* in R.D.P., 1955, p. 5-6. Cité par Ch. Perelman, *op. cit.*, p. 155.

(12) Ch. Perelman, *op. cit.*, p. 173.

(13) Ch. Perelman, *op. cit.*, p. 140.

Car, comme le souligne fortement Michel Villey, il ne s'agit pas tant ici de déduire ni de démontrer que de "délibérer par les chemins souples et tournoyants de la dialectique, de la controverse et de choisir et de juger" (14).

C'est pourquoi Michel Villey peut rendre hommage à Chaïm Perelman pour avoir, dans la tradition du droit romain bien comprise, élaboré un "art juridique" qui n'est pas "déductif et systématique", mais "bien plutôt casuistique, dialectique et controversial" (15). Il faut reconnaître en effet que les rapports des justiciables et du droit ne sont pas simples ni "logiques", ils sont au contraire complexes et dialectiques ; dès lors, il est normal que les solutions proposées par les parties et imposées par le juge soient aussi dialectiques, casuistiques et controversiales.

D'ailleurs, dans un domaine voisin, celui de la médecine -que l'on peut légitimement invoquer ici puisque, depuis Platon, il est courant de comparer le juge au médecin, le justiciable au malade et la sentence au remède- François Dagognet n'a-t-il pas montré que la maladie est "dialectique" et que, par conséquent les thérapeutiques doivent l'être aussi (16). Dans un autre ouvrage (17), François Dagognet rappelle le célèbre adage "Il n'y a pas de maladies, il n'y a que des malades", auquel un éminent praticien avait proposé d'ajouter "...et des médecins". S'il est vrai selon François-Michel Schroeder (18) qui se réfère au précédent adage médical, qu'il en va de même dans le domaine judiciaire, que chaque cas réclame sa solution propre, que chaque justiciable "a droit au traitement particulier adapté à sa personne", on pourrait dire : "Il n'y a pas de cas litigieux, il n'y a que des justiciables... et des juges".

De même que Georges Bouligand, assistant à la multiplication critique des axiomatiques, avait annoncé naguère le "déclin des absolus logico-mathématiques" (19), de même que François Dagognet, prenant acte de la diversification dialectique de médications, avait annoncé le déclin des "absolus thérapeutiques" (20), Chaïm Perelman, constatant l'éclatement "rhétorique" du raisonnement juridique, a annoncé le déclin de ces "absolus logico-juridiques" auxquels on avait tendance, depuis l'École de l'Exégèse, à assimiler les impératifs législatifs : "il y a lieu, écrit-il, de diversifier l'analyse du raisonnement juridique selon les diverses fonctions qu'il doit remplir, les divers domaines auxquels il s'applique et les diverses instances qui constituent l'appareil judiciaire" (21).

Ainsi, ce qui caractérise le "tissu juridique", c'est sa souplesse, sa plasticité qui lui permet d'épouser les formes institutionnelles et de coller à la réalité sociale : "Le droit, écrit Ch. Perelman, se développe, en équilibrant une double exigence, l'une d'ordre systématique, l'élaboration d'un ordre juridique cohérent, l'autre, d'ordre pragmatique, la recherche de solutions acceptables par le milieu parce que conformes à ce qui lui paraît juste et raisonnable" (22). C'est au pouvoir judiciaire qu'incombe la seconde exigence : transmettre le droit aux justiciables et le leur faire accepter par des techniques appropriées et efficaces.

Le juge, à cet égard, doit éviter deux dangers opposés : d'une part oublier le sens de l'humain, de la réalité concrète en se soumettant à la logique purement déductive du syllogisme judiciaire qui le transformerait en une "machine à juger", il doit

(14) M. Villey, *Compte-rendu de P. Aubenque, La prudence chez Aristote*, in A.P.D., tome XI, p. 376.

(15) M. Villey, *Préface à Ch. Perelman, Droit, morale et philosophie*, L.G.D.J., 2e éd., 1976, p. 11.

(16) F. Dagognet, *La raison et les remèdes*, P.U.F., 1958.

(17) F. Dagognet, *Le catalogue de la vie*, Galien, P.U.F., 1970.

(18) F.M. Schroeder, *Le nouveau style judiciaire*, Dalloz, 1978, p. 116.

(19) G. Bouligand, *Le déclin des absolus logico-mathématiques*, Gallimard, 1946.

(20) F. Dagognet, *La raison et les remèdes*, P.U.F., 1958. "Toute médication authentique est humaine : elle suppose une psychothérapie, dépasse l'existentiel et implique le social".

(21) Ch. Perelman, op. cit., p. 147.

(22) Ch. Perelman, op. cit., p. 173.

éviter d'autre part le subjectivisme qui l'amènerait à se fier à son sentiment, à son intuition parfois baptisée "intime conviction".

Ces deux dangers opposés ne sont d'ailleurs que l'envers, que la rançon de deux exigences elles-mêmes contradictoires, d'une part le sens de l'objectivité et de l'impartialité dont le risque est le déductivisme, d'autre part le sens de l'humain et de la réalité sociale concrète dont le risque est le subjectivisme -ce sont ces deux exigences contradictoires que le juge se doit de concilier.

Or, nul n'a mieux illustré la nécessité, la possibilité et la réalité de cette conciliation qu'Henri Motulsky (23).

Selon Henri Motulsky la réalisation du droit s'effectue à partir du syllogisme juridique qu'il formule ainsi : "Telle présupposition étant posée, tel effet juridique en découle ; or le *cas particulier* est contenu dans cette présupposition; donc l'effet juridique envisagé se produit dans ce cas particulier".

L'objet de la recherche juridique et du travail du juge s'effectue bien à partir de là puisque "c'est à tout prendre la découverte des termes du syllogisme juridique qui constitue l'objectif propre d'une réalisation méthodique du droit" (24). En effet, selon la définition même d'Henri Motulsky, la réalisation du droit est "la tentative de penser un cas particulier comme contenu dans une règle de droit et la constatation du résultat positif ou négatif de la recherche" (25).

Le *jugement judiciaire* rejoint ainsi la vieille conception du *jugement en général*, du *jugement psychologique* dont Aristote disait qu'il consiste à "affirmer l'un de l'autre, *κατηγορεῖν τί τίς*" c'est-à-dire à établir un rapport de convenance ou de disconvenance entre un cas particulier et une règle de droit (26), rapport en vertu duquel l'effet juridique se produit ou non. La règle de droit en question est la règle de droit "possible", autrement dit la règle qui a été émise à titre d'hypothèse et dont il s'agit de prouver et d'éprouver la solidité. Si l'on peut établir entre cette règle de droit et le cas particulier un rapport de convenance, si le cas particulier peut être subsumé dans la règle de droit, le résultat est positif, "la *règle possible* apparaît comme la *règle applicable*" (27). Dans le cas contraire, si seul un rapport de disconvenance peut être découvert, si entre le cas particulier et la règle de droit il y a comme le dit François-Michel Schroeder une "discordance" (28), dans ce cas "la règle provisoirement admise comme majeure doit être écartée" (29) ; il convient de rechercher une autre "règle possible".

On comprend ainsi le rôle de la "règle de droit possible", de cette règle émise à titre d'hypothèse, qui constitue la majeure du syllogisme et qu'il s'agit de vérifier. En effet, au vu du dossier ou dès l'exposé du procès, le juge a généralement un sentiment, une idée qui donne naissance à cette hypothèse dont tout son travail de raisonnement et d'investigation vise à vérifier le bien-fondé et la justesse. Le juge procède ici à la manière de Descartes, il doit soumettre son idée à l'épreuve du doute, refuser les fausses évidences. Il procède également à la manière de Frédéric Rauh qui recommande au sujet moral de se livrer, avant d'agir, à une "expérience morale spécifique" en s'informant objectivement des causes, des conditions et des conséquences de son action (30). De la même façon, le juge doit se livrer à une "expérimentation

(23) H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé positif*, thèse, Lyon, 1947.

(24) H. Motulsky, op. cit., p. 49.

(25) H. Motulsky, op. cit., p. 45..

(26) François-Michel Schroeder rappelle le mot de Montesquieu selon lequel la justice est un "rapport de convenance", *Le nouveau style judiciaire*, Dalloz, 1978, p. 78.

(27) H. Motulsky, op. cit., p. 65.?

(28) F.M. Schroeder, op. cit., p. 82.

(29) H. Motulsky, op. cit., p. 65.

(30) F. Rauh, *L'expérience morale*, 1904.

juridique". La "règle de droit acceptable c'est-à-dire la majeure du syllogisme qui engendre la bonne solution, la décision, est l'idée qui a résisté à l'épreuve du doute.

Ainsi, l'esprit critique et la lucidité qui sont les deux qualités essentielles aussi bien du moraliste que du savant, sont aussi les qualités essentielles du juge. François-Michel Schroeder peut écrire que l'objectivité est la "vertu cardinale" du juge (31). C'est pourquoi la réalisation du droit se rapproche beaucoup de la méthode expérimentale du savant naturaliste. Comme ce dernier, le juge lui-même doit appeler ses idées et ses hypothèses devant le tribunal de la raison et les soumettre au verdict de l'expérience. Car une hypothèse n'a de valeur que si elle est vérifiée : "l'idée appelle l'expérience, l'expérience juge l'idée" disait Claude Bernard (32).

De plus, l'obligation de motiver les jugements permet au juge de parfaire cette vérification comme l'a bien montré Marcel Waline (33). En effet, il arrive que le juge renonce à retenir une hypothèse, une "règle de droit possible" parce qu'elle n'a pas résisté à l'épreuve du raisonnement juridique à laquelle l'a soumise l'obligation de motiver, alors que cette *règle possible* était apparue comme la *règle acceptable* avant l'épreuve de la motivation. Ainsi, le juge peut être amené à "changer d'avis simplement parce que sa première impression l'avait conduit à une solution qu'il était incapable de motiver" (34).

C'est pourquoi, les décisions de justice doivent répondre à une double exigence : d'une part à une exigence logique de non-contradiction, d'autre part à une exigence expérimentale de vérification. On pourrait dire des décisions de justice ce que l'on a dit des théories scientifiques : elles doivent être logiquement cohérentes et expérimentalement vérifiées.

En ce sens, la création normative jurisprudentielle a incontestablement un caractère scientifique, expérimental. La science juridique est non seulement la science du législateur et du juriconsulte, mais également celle du juge. Les normes jurisprudentielles énoncent de véritables "lois sociales", des lois scientifiques qui sont, dans le domaine social, l'équivalent des lois de la physique dans le domaine de la nature. A cet égard, Hauriou disait que "le droit et la jurisprudence sont des découvreurs de vérité sociale" (35).

Donc, il est incontestable que la prise en compte de "l'adhésion de l'auditoire" grâce à des solutions "acceptables", "raisonnables", "justes", ne vienne sauver le raisonnement judiciaire et son caractère finaliste. Mais ici, pour être conséquent, on ne peut affirmer d'un côté que le raisonnement du juge est régressif et, d'un autre côté, que le juge n'est que l'interprète de la loi, qu'il ne participe pas au plus haut point à l'élaboration du droit. Car la notion d'"adhésion de l'auditoire par des solutions acceptables" renvoie en fin de comptes aux rapports humains, à la conduite juridique brute, spontanée, c'est-à-dire à ce droit premier que l'on qualifie d'objectif, d'intuitif, de pur ou de naturel... Ainsi, le droit n'est-il pas seulement la création du législateur, mais aussi celle du juge. En outre, le droit peut encore être -comme nous allons le voir- la création du juge marchant de concert avec le juriconsulte.

(31) F.M. Schroeder, op. cit., p. 114.

(32) Cl. Bernard, *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, 1865.

(33) M. Waline, *La motivation des décisions de justice*, Études en hommage à S.G. Andreadis, vol. II, p. 548.

(34) M. Waline, art. cit. par F.M. Schroeder, op. cit., p. 106.

(35) M. Hauriou, *L'ordre social, la justice et le droit*, R.T.D.C., 1927.

§ 2 - LES ARGUMENTS JURIDIQUES

C'est dans cette véritable "expérimentation juridique" que constitue la réalisation du droit qu'interviennent les *arguments juridiques*, les *lieux communs du droit* ou *topiques juridiques* qui sont au point de départ et au coeur de la rhétorique juridique.

On peut distinguer trois sortes d'arguments juridiques :

1 - ceux qui ont pour objet l'interprétation des textes proprement dits, disons de la *loi* ;

2 - ceux qui ont pour objet non seulement l'interprétation de la loi, mais de façon générale l'interprétation du *droit positif* ;

3 - ceux qui ont pour objet l'interprétation du *droit objectif* si l'on veut bien admettre la distinction de Duguit entre le droit objectif qui émane du groupe et le droit positif qui est le droit de l'État.

A - Les arguments ayant pour objet l'interprétation de la loi

En ce qui concerne les arguments ayant pour objet l'interprétation des textes, Chaïm Perelman, à la suite du professeur Tarello, en distingue treize types "en fonction de l'intention que l'on attribue au législateur" :

1 - L'argument *a contrario* ou par la preuve contraire.

2 - L'argument *a simili* (*a pari*), argument analogique.

3 - L'argument *a fortiori* qui se subdivise en argument *a minori ad maius* dans le cas d'une prescription négative, et en argument *a maiori ad minus* dans le cas d'une prescription positive.

4 - L'argument *a completudine* ou de "complétude" du système juridique.

5 - L'argument *a coherentia* ou de "cohérence" du système juridique.

6 - L'argument *psychologique* ou recours aux travaux préparatoires.

7 - L'argument *historique* ou de présomption de continuité (on suppose que le législateur est conservateur).

8 - L'argument *apagogique* ou de réduction à l'absurde.

9 - L'argument *téléologique* concernant l'esprit et le but de la loi.

10 - L'argument *économique* ou hypothèse du législateur non redondant.

11 - L'argument *ad exemplum* ou recours aux précédents.

12 - L'argument *systématique* ou "structuraliste" (une norme n'a de sens que dans le système auquel elle appartient).

13 - L'argument *naturaliste* ou de la nature des choses (un texte de loi est inapplicable car la nature des choses s'y oppose) (36).

Dans *La logique judiciaire et l'art de juger*, Fabreguettes mentionne dix arguments dont quatre ne figurent pas dans la liste de Chaïm Perelman ; il s'agit des arguments suivants :

1 - L'argument *a generali* selon lequel la loi parle en termes généraux ; il correspond au brocard *Ubi lex non distinguit, non nobis est distinguere*.

2 - L'argument *ratione legis stricta* ou *du texte clair* ; il correspond au brocard *Interpretatio cessat in claris*.

3 - L'argument *ab auctoritate* consiste à invoquer l'autorité de la doctrine ou de la jurisprudence.

4 - L'argument *a rubrica* est tiré du titre d'un texte législatif.

(36) Ch. Perelman, op. cit., p. 55-59.

Ainsi, en tant que règles d'interprétation et d'application de la loi, ces arguments sont des normes portant sur des normes, des normes secondaires ou méta-normes.

B - Les arguments ayant pour objet l'interprétation du droit positif

L'autre grand groupe d'arguments juridiques, bien qu'il présente parfois des interférences avec le précédent, ne concerne plus l'interprétation de la loi proprement dite, mais l'interprétation du droit en général. Il est représenté par les "adages" ou "brocards" qui ont été étudiés notamment par Ganshof van der Meersch (37) ainsi que par Henri Roland et Laurent Boyer (38). On les a appelés les "maximes du droit" ou "proverbes du droit" dont les plus anciens figurent au *Titre 50* du Digeste *De diversis regulis juris antiqui*. Le doyen Carbonnier les appelle "une doctrine anonyme et immémoriale". Dans son ouvrage *Topische Jurisprudenz*, Gerhard Struck en énumère soixante-quatre tels que :

- *Lex posterior derogat legi priori.*
- *Specialia derogant generalibus.*
- *Res judicata pro veritate habetur.*

A cet égard, dans leur ouvrage *Locutions latines et adages du droit français contemporain*, Henri Roland et Laurent Boyer rappellent que les adages peuvent être considérés comme une "coutume d'origine savante" reçue ou révélée par la jurisprudence. Or, les *adages supra leges*, par exemple, jouent un rôle normateur au niveau le plus élevé, soit qu'ils fassent un obstacle à la loi : adages *ad minuendum* tels que *Fraus omnia corrumpit*, soit qu'ils en limitent ou étendent le champ d'application : adages *ad minuendum* tels que *Poenalia sunt restringenda* ou *ad augendum* tels que *Tu patere legem quem fecisti* (39). Comme le soulignent Henri Roland et Laurent Boyer, les adages *supra leges* recouvrent "les principes les plus éminents du droit, il est unanimement admis que leur violation donne ouverture à un pourvoi en cassation" (40).

C - Les arguments ayant pour objet l'interprétation du droit objectif

Sur ce dernier point, je chercherai une application de la rhétorique juridique dans le droit administratif français. En effet, la manifestation de ce troisième type d'arguments est particulièrement nette dans le domaine du droit administratif, "droit prétorien" selon l'expression d'Hauriou, "droit fondamentalement jurisprudentiel" selon le professeur Chapus. Les arguments juridiques relèvent ici de ce que le doyen Hauriou appelait *l'administration du droit* ou *police juridique* par opposition au *fond du droit*. Mais, si le doyen Hauriou ramenait l'administration du droit à la seule utilisation des standards, il est possible, en invoquant une distinction introduite par le professeur Yves Gaudemet (41) d'étendre les instruments d'administration du droit d'abord aux "techniques juridictionnelles" qui regroupent, avec les standards, les présomptions et les fictions, ensuite aux "constructions juridictionnelles" qui englobent les catégories, notions, principes et théories.

(37) W.J. Ganshof van der Meersch, *Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit*.

(38) H. Roland et L. Boyer, *Locutions latines et adages du droit français contemporain*, L'Hermès, Lyon, 1978.

(39) H. Roland et L. Boyer, op. cit., p. 10.

(40) H. Roland et L. Boyer, op. cit., p. 12-14.

(41) Y. Gaudemet, op. cit.

1 - Les "techniques juridictionnelles"

Le professeur Rials définit le standard comme "une technique de formulation de la règle de droit qui a pour effet une certaine indétermination *a priori* de celle-ci. Souvent d'origine jurisprudentielle, et en principe dénoté par l'utilisation de certaines formes, le standard vise à permettre la mesure de comportements et de situations en termes de normalité" (42).

A la suite du professeur Rials, j'ai pu distinguer trois niveaux d'intervention des standards suivant leur proximité plus ou moins grande avec les règles de droit qu'ils ont pour fonction d'engendrer (43) :

1) les standards les plus proches des règles qu'ils ont pour fonction d'engendrer ou *standards restreints* tels que "normale", "exceptionnel", "particulier", "spécial", "excessif", "raisonnable", "suffisant", "sérieux", etc. ;

2) les standards les moins proches des règles qu'ils ont pour fonction d'engendrer ou *standards non-restreints*, tels que ceux qui naissent de l'idée qu'un juge normal se fait d'un certain nombre de relations normales entre certains faits (théories de la présomption ou de la causalité) ou de l'idée qu'il se fait d'un acte clair (théorie de l'acte clair) ou encore de la reconstitution qu'opère le juge de la volonté d'individus présumés normaux par applications diverses de la *ratio legis* (44) ;

3) les standards qui occupent une place médiane entre les deux catégories précédentes, tels que l'évaluation du caractère normal d'un délai, ou du caractère *sérieux* d'un moyen, ou du caractère *manifeste* du mauvais vouloir de l'administration, et que le professeur Rials appelle des "standards d'intellection" (45).

Ces différents standards ayant tous pour but d'engendrer des normes, partagent tous le statut de *normes secondaires sur la production juridique*.

L'analyse du standard occupe ainsi une place vraiment stratégique dans l'étude des méthodes du juge administratif. Grâce à elle, et à travers la fiction et la présomption, peut être expliqué un aspect essentiel de ce que le professeur Yves Gaudemet appelle les "techniques juridictionnelles" (46), puisque, à l'instar du standard, fiction et présomption fonctionnent comme des instruments de production normative, c'est-à-dire comme des normes secondaires de changement. Le doyen Gény avait bien vu la parenté entre fiction et présomption, instruments du même ordre qui consistent tous deux à "faire comme si" et qui n'ont de sens que par leur finalité qui est de tirer des conséquences juridiques, de dégager des règles de droit. Cependant, si la référence à un standard est manifeste dans la présomption, "fiction conditionnelle" qui correspond en général à une *appréciation de bon sens* (comme dans la *théorie* du défaut d'entretien normal de l'ouvrage public), elle n'est pas absente non plus de la fiction qui consiste à faire produire des effets à une erreur *réputée bienfaisante* ou du moins *acceptable* pour sauvegarder des droits ou des situations créées (comme c'est le cas dans la *théorie* des fonctionnaires de fait).

2 - Les "constructions juridictionnelles"

Or, ces remarques qui dépassent le cadre des standards proprement dits pour s'appliquer en aval de ceux-ci à certaines directives (47), et en amont, à travers la

(42) S. Rials, op. cit., p. 120.

(43) Mon ouvrage, *Les normes de l'action : droit et morale, Introduction à la science normative*, L'Hermès, 1990, p. 99-126.

(44) S. Rials, op. cit., p. 156.

(45) S. Rials, op. cit., p. 192.

(46) Y. Gaudemet, op. cit.

(47) Voir *infra*, section 2.

présomption et la fiction, aux "techniques juridictionnelles" dans leur ensemble, ne pourraient-elles pas encore être généralisées à ce que le professeur Yves Gaudemet appelle les "constructions juridictionnelles" : *catégories, notions, principes et théories* (48) ? En effet, ne peut-on pas admettre qu'il n'y a pas une différence de nature, mais peut-être seulement une différence de degré entre ces différentes "constructions juridictionnelles" ? Le professeur Gaudemet définit d'abord la "construction juridictionnelle" de façon générique comme toute "référence à un système de concepts". Ce système peut être la plus large qui soit dans la *théorie*, "ensemble logique autonome qui gravite généralement autour d'un principe" (théorie des actes détachables, de l'imprévision, des actes de gouvernement, par exemple). Le *principe* (ou *principe général*, ou *principe général du droit*, suivant la remarque du professeur Chapus) est une "règle primaire", caractérisée par sa généralité et son imprécision : selon la réflexion du professeur Jeanneau, "c'est bien souvent dans l'imprécision même de leur contenu que réside une des causes de la permanence des principes généraux du droit" (49). C'est encore l'imprécision et la généralité de ces "règles" qui leur confèrent leur pouvoir générateur et créateur. Les principes généraux du droit expriment en effet, à un des niveaux les plus élevés dans la hiérarchie des normes (avec la *Déclaration des droits* ou le *Préambule* des Constitutions écrites), le passage du langage ordinaire, et plus exactement du langage de la morale au langage juridique -le professeur Chapus répartit les principes généraux du droit en trois groupes suivant qu'ils assurent la liberté, l'égalité ou la sécurité des administrés (50)- ils opèrent eux-aussi ce passage d'un code relativement strict celui de la *légalité constituée*, à un code plus souple, celui de la *légalité constituante*. C'est pourquoi, les principes (comme les théories qui parfois gravitent autour d'eux) se caractérisent par leur aptitude à engendrer des normes primaires, c'est-à-dire par leur nature de normes secondaires sur la production juridique : "ils ne sont pas eux-mêmes immédiatement des règles de droit, écrit le professeur Gaudemet, mais ils en sont le support et l'explication logique". Les notions juridictionnelles, comme les principes, peuvent constituer l'un des foyers autour de "concept fonctionnel", elles revêtent plus directement un "caractère opérationnel". N'ayant pas la "puissance logique" de la théorie, ni la généralité du principe, elles se caractérisent par leur souplesse qui "laisse une plus grande liberté au juge" -ainsi en est-il de la notion de *laïcité*, d'*établissement public*, de *travaux publics*, de *juridiction* (51). La notion apparaît donc comme une théorie en train de se faire, comme une théorie commençante susceptible de réussir ou d'échouer, de même que la théorie est une notion affinée, achevée et systématisée -parfois la notion n'est qu'une théorie qui a échoué tandis que la théorie est une notion qui a réussi. Quant aux *catégories* juridictionnelles qui correspondent, selon le professeur Gaudemet, à un "travail de mise en ordre", de classification des notions, l'éminent Marcel Waline avait pu dès 1963 dans un article décisif (52) en montrer, contre un certain "existentialisme juridique" ou "impressionnisme juridique", l'impérative nécessité. Le juge administratif, écrit-il, "multiplie les catégories et recourt à une terminologie qui n'aurait pas de sens si chaque terme ne désignait une catégorie juridique" : le *service public* par exemple est un "hommage rendu par la jurisprudence à l'existence et à la nécessité des catégories juridiques". La catégorie juridique désigne un cadre conceptuel "auquel la règle de droit attache des

(48) Y. Gaudemet, op. cit., p. 31 s.

(49) B. Jeanneau, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, thèse, Poitiers, 1953.

(50) R. Chapus, *Droit administratif général*, Montchrestien, 1989.

(51) Y. Gaudemet, op. cit.

(52) M. Waline, *Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : Faut-il tuer les catégories juridiques ?* in *Mélanges Dabin*, 1963.

conséquences juridiques, c'est-à-dire dont elle fait la condition nécessaire et suffisante pour que certaines solutions s'imposent au juge" -ainsi en est-il de la catégorie de "faute dommageable" qui se distingue de celle de "responsabilité sans faute" et qui correspondent toutes deux à des régimes différents.

De ce bref examen, il résulte qu'un concept juridique ou qu'un système de concepts juridiques peut, suivant la perspective dans laquelle on le considère, appartenir à plusieurs "constructions juridiques" et même indifféremment à plusieurs "constructions juridiques" et à plusieurs "techniques juridiques" -comme par exemple la théorie des fonctionnaires de fait et la théorie du défaut d'entretien normal de l'ouvrage public qui illustrent à la fois une *théorie* et une *technique juridique* (fiction ou présomption accompagnée d'ailleurs d'un standard). Cette mobilité des concepts et systèmes de concepts juridiques à travers "constructions" et "techniques" juridiques m'amène à émettre une hypothèse, celle de l'identité de leur fonction et de leur nature qui réside dans leur statut commun de *normes secondaires* et que l'on pourrait traduire en regroupant toutes les "techniques" et "constructions" juridiques sous le terme générique de "paradigme juridique". Le terme de "paradigme" serait d'autant plus justifié qu'il correspond au "code juridique". Selon Georges Mounin en effet, le code s'oppose au message comme la langue à la parole, le système à la chaîne, le *paradigmatique* au *syntagmatique* (53). Cette remarque permet de préciser la distinction entre *langage du droit* (ici langage de la jurisprudence administrative) et *méta-langage des juristes*. Alors que le langage du droit se déroule selon l'axe syntagmatique des rapports *in praesentia* (de Ferdinand de Saussure), rapports directement observables dans l'énoncé, le méta-langage des juristes s'efforce de détecter l'axe paradigmatique des rapports *in absentia*, rapports qui existent entre les termes pouvant figurer dans un même contexte, et qui, au moins dans ce contexte, s'excluent mutuellement (54).

Mais, si tous les instruments d'administration du droit, les "techniques" et "constructions" juridiques qui forment les arguments d'interprétation du droit objectif peuvent être unifiées sous le concept de "paradigme juridique" en vertu de leur statut de normes secondaires, une ultime généralisation est possible en étendant le qualificatif de "paradigme juridique" à la fois aux arguments d'interprétation du droit positif (les adages) et aux arguments d'interprétation de la loi puisque tous deux partagent également le même statut de normes portant sur des normes ou normes secondaires.

Or, à partir de cette analyse, la spécificité du langage du juge dans le symbolisme juridique peut être particulièrement mise en lumière.

SECTION II - LA SPÉCIFICITÉ DU LANGAGE DU JUGE DANS LE SYMBOLISME JURIDIQUE

La distinction entre les axes paradigmatique et syntagmatique du langage paraît revêtir un caractère fondamentalement opératoire dans la théorie juridique, tout d'abord en permettant de délimiter la spécificité du langage du juge au cœur du symbolisme juridique (§ 1), ensuite en permettant de poser, d'une façon nouvelle, le célèbre problème de la contradiction, du silence et de l'obscurité du droit (c'est-à-dire de son imperfection), problème qui est lié à celui, non moins célèbre, de l'interprétation en droit (§ 2).

(53) G. Mounin, *La notion de code en linguistique*, in *Introduction à la sémiologie*, Éd. de Minuit, 1970, p. 78.

(54) A. Martinet, *Éléments de linguistique générale*, A. Colin, 1967, p. 27.

Rappelons au préalable, parce que je l'emploierai constamment dans ce qui suit, la distinction que j'ai déjà utilisée (55) entre le *jurislatureur*, le *jurisdiseur* et le *justhéricien*.

J'emprunte l'expression de *jurislatureur* à Haesaert pour désigner uniquement l'organe investi de la compétence constitutionnelle, législative ou réglementaire (ou même infra-réglementaire). Ainsi, à la différence de certains auteurs et, notamment du Professeur Chapus, j'exclus de cette expression le "juge-normateur". Cette exclusion me semble être justifiée non seulement à cause de la parenté phonétique entre le "jurislatureur" et le "législateur", mais surtout parce que ce dernier reste le jurislatureur de référence (La *jurislation* englobe donc constitution, législation et réglementation).

J'emprunte l'expression de *jurisdiseur* au professeur Amselek qui désigne fort pertinemment par cette expression l'organe habilité à dire le droit, l'organe chargé de la *juris-diction* et qui peut être aussi bien l'administrateur que le juge.

Quant au *justhéricien* ou *juristhéricien*, il désigne tout simplement le juriste (celui que l'on appelait autrefois du beau nom de "jurisconsulte") c'est-à-dire toute personne qui, par sa pratique ou son savoir, est appelée à apporter sa contribution à la connaissance du droit, à la *doctrine*, à la théorie juridique.

Mais, si jurislatureur, jurisdiseur et juristhéricien sont les trois vecteurs de la vie du droit, ils ne jouent pas du tout le même rôle dans le déploiement et le fonctionnement du symbolisme juridique.

§ 1 - LA DISTINCTION DES AXES PARADIGMATIQUE ET SYNTAGMATIQUE DU SYMBOLISME JURIDIQUE

A la lumière de la distinction introduite par les linguistiques entre l'*axe paradigmatique* et l'*axe syntagmatique* du langage, il apparaît que c'est notamment au moyen des différents "paradigmes juridictionnels" que le jurisdiseur -le juge et l'administrateur- peuvent "dire le droit" en tenant un discours, un langage qui, du point de vue linguistique, réside dans la construction de "syntagmes" (le syntagme désignant toute combinaison de *sèmes* qui sont les véritables unités significatives minima du langage, les atomes de la signification).

Or, en vertu du caractère mixte du langage du jurisdiseur dans lequel le langage ordinaire et le langage normatif sont irrémédiablement solidaires, ces syntagmes peuvent être aussi bien des syntagmes du langage ordinaire que des syntagmes du langage normatif c'est-à-dire des "syntagmes juridiques", ceux-ci désignant toute combinaison de *juri-sèmes* autrement dit de normes. Le "langage mixte" du jurisdiseur peut ainsi aboutir à l'énoncé d'un nouveau juri-sème, d'une nouvelle norme que la documentation juridique appelle la "solution normative ponctuelle" (56). Précisons qu'en vertu également du "raisonnement régressif" du juge et du "syllogisme judiciaire" dans lequel la conclusion est posée d'avance dans la majeure, le langage du jurisdiseur peut non seulement aboutir, dans le dispositif, à la solution normative ponctuelle, mais aussi l'énoncer déjà dans les motifs, et parfois même la poser dès les visas comme ce fut le cas dans la célèbre décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 où la solution normative ponctuelle la plus importante est peut-être déjà contenue dans le premier visa : "Vu la Constitution de 1958, et notamment son *Préambule*" (57).

(55) Dans *Les normes de l'action*, précité.

(56) Voir la *Documentation juridique*, dans ma *Sémiotique juridique - Introduction à une science du droit*, P.U.F., Les Voies du droit, 1990.

(57) Je souligne.

A partir de là, posons-nous une première et importante question : le jurisdiseur peut-il utiliser d'autres "arguments", d'autres "paradigmes" que les "juridictionnels" que nous venons d'inventorier depuis les "arguments d'interprétation de la loi" en passant par les "arguments d'interprétation du droit positif" jusqu'aux "arguments d'interprétation du droit objectif" qui englobent à la fois les standards, présomptions, fictions, et les catégories, notions, principes et théories ? C'est à n'en pas douter le cas puisque la solution normative ponctuelle qu'établit le jurisdiseur peut "faire jurisprudence" et être ensuite utilisée par le jurisdiseur lui-même pour construire de nouveaux "syntagmes juridiques" et énoncer de nouvelles solutions normatives ponctuelles. Il s'agit ici du "pouvoir jurisprudentiel" du juge que le professeur Linotte avait opposé naguère au "pouvoir juridictionnel" du juge (58). Or, si l'on s'interroge sur la nature des ces "paradigmes jurisprudentiels", force est de constater, avec le professeur Linotte, que ce ne sont pas des "instruments d'administration du droit", mais des "règles de fond du droit" (même si elles sont "en déclin" par rapport aux premiers). Autrement dit, ces paradigmes jurisprudentiels partagent tous la propriété d'être des *normes primaires de fond du droit*, et c'est d'ailleurs là la véritable distinction entre le "pouvoir jurisprudentiel" du juge et son "pouvoir juridictionnel" : le pouvoir juridictionnel réside dans la création de *normes secondaires d'administration* du droit et le pouvoir jurisprudentiel dans la création de *normes primaires de fond du droit*. Ainsi, le jurisdiseur pour construire ses "syntagmes juridiques" et énoncer les solutions normatives ponctuelles, peut-il utiliser aussi bien des "paradigmes juridictionnels" que des "paradigmes jurisprudentiels", c'est-à-dire aussi bien des instruments d'administration du droit (des normes secondaires) que des règles de fond du droit (des normes primaires) qu'il a lui-même forgées.

Or, au cours d'un célèbre débat, le professeur Rials a dénoncé cette "définitive différence de nature" que le professeur Linotte avait introduite entre "fond du droit" et "administration du droit" (59). En effet, se référant aux cinq derniers *Grands arrêts de la jurisprudence administrative* retenus par MM. Long, Weil et Braibant dans leur édition de 1978, le professeur Linotte observait qu'un seul de ces arrêts, l'arrêt *Crédit Foncier de France* se rapportait assurément à une règle de fond du droit tandis que les quatre autres concernaient tous "le contrôle contentieux, son degré et sa technique", à savoir le contrôle de l'erreur manifeste et le contrôle de proportionnalité (60).

Or le professeur Rials reconnaît que par ces deux jurisprudences de l'erreur manifeste et de la proportionnalité, le juge s'est doté d'un instrument lui permettant d'"exercer un contrôle là où il croyait devoir s'abstenir". Mais, ajoute-t-il aussitôt "comment ne pas voir que *la mesure du perçu n'est indirectement que la mesure de l'étant ?*". Dire qu'une erreur est manifeste, c'est présupposer une norme qui la proscrie, et cette norme est un "élément de fond du droit", "une composante de la légalité qui s'impose à l'administration". Dès lors, "le contrôle de l'erreur manifeste se ramène ainsi à un classique contrôle de la qualification juridique" (61).

Le professeur Rials peut alors dénoncer la distinction introduite par le professeur Linotte entre un *pouvoir jurisprudentiel* ou pouvoir de création des règles de fond -qui serait en "déclin"- et un *pouvoir juridictionnel* ou pouvoir d'administration du droit -qui serait en "ascension" (62).

De mon côté, j'ai essayé non seulement de confirmer l'analyse du professeur Rials, mais encore de la compléter en montrant que l'arrêt *Crédit Foncier de France*

(58) D. Linotte, *Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel*, A.J.D.A., 1980, p. 632 s.

(59) S. Rials, *Sur une distinction contestable et un réel déclin*, A.J.D.A., 1981, p. 115 s.

(60) D. Linotte, art. cit., p. 637.

(61) S. Rials, art. cit., p. 116, souligné par l'auteur.

(62) S. Rials, art. cit., p. 116.

concerne lui aussi l'administration du droit, au même titre que les quatre autres arrêts et peut-être à un degré encore plus élevé dans la mesure où il m'est apparu être l'un des meilleurs exemples de la "concrétisation" du travail du juge administratif puisque la directive en question s'est trouvée être directement utilisée comme standard jurisprudentiel (63). En somme, à partir de l'arrêt *Crédit Foncier de France*, j'ai essayé d'établir que s'il n'y a pas de différence de nature entre pouvoir jurisprudentiel et pouvoir juridictionnel du juge, ce n'est pas seulement parce que l'administration du droit présuppose, comme l'a montré le professeur Rials, une règle de fond du droit, mais également et inversement parce que la règle de droit détectée par le juge provient elle-même de l'administration du droit. Ainsi, la démonstration du professeur Rials était-elle à sens unique, n'allait que dans un sens, de l'administration du droit vers la règle de fond du droit, alors qu'il fallait montrer que le même mouvement s'effectue également en sens inverse, de la règle de fond du droit vers l'administration du droit.

Dès lors, c'est pour une double raison qu'il n'y a pas de différence de nature entre pouvoir jurisprudentiel et pouvoir juridictionnel. Certes, lorsque le juge dégage une règle de fond du droit (règle primaire), la jurisprudence qu'il introduit est peut-être plus visible, plus lisible et plus spectaculaire, mais lorsque le juge forge un instrument d'administration du droit (norme secondaire) son activité normative, pour être moins apparente n'en est pas moins fondamentale puisqu'en détectant une norme secondaire d'administration du droit, il se confère une plus grande possibilité d'action qu'en énonçant une norme primaire de fond du droit. Ainsi, je propose de réunifier "pouvoir jurisprudentiel" et "pouvoir juridictionnel" du juge ci-devant opposés, sous le terme générique de *pouvoir juris-dictionnel* qui est vraiment le pouvoir de "dire le droit" et qui, en outre, est l'apanage du *jurisdiseur* dans toute l'acception du terme c'est-à-dire aussi bien du juge que de "l'administrateur-juge" au sens le plus large.

Or, ces dernières remarques m'invitent à poursuivre mon interrogation généralisante. Les paradigmes juridictionnels et jurisprudentiels sont-ils les seuls "paradigmes" à être utilisés par le jurisdiseur ? Et, c'est ici la question essentielle que je pose : est-ce que les sources constitutionnelles (au sens strict, c'est-à-dire l'écrit du constituant), législatives et réglementaires -ce que j'ai proposé d'appeler les sources "jurislatives"- ne se présentent-elles pas elles-mêmes aussi comme des ensembles de "paradigmes" qu'utilise couramment et parfois constamment le jurisdiseur pour tenir son discours, son langage c'est-à-dire pour construire ses "syntagmes juridiques" et énoncer ses solutions normatives ponctuelles. Là encore, la réponse affirmative s'impose. Ces paradigmes d'origine jurisrelative qui sont innombrables (puisque'ils se confondent avec les traditionnelles "sources écrites" du droit) jouent un rôle analogue aux paradigmes juridictionnels et jurisprudentiels : comme ces derniers, ils peuvent être aussi bien des normes secondaires de compétence que des normes primaires (pas seulement de comportement). Ainsi, pour construire ses "syntagmes juridiques", c'est-à-dire pour émettre son message (juridique), le jurisdiseur utilise-t-il aussi bien des paradigmes juridictionnels et jurisprudentiels que des "paradigmes jurislatifs", ces différents paradigmes pouvant être unifiés sous le terme générique de "paradigmes juridiques".

Mais, revenons un instant aux paradigmes jurislatifs. Dans sa typologie des standards, le professeur Rials distingue, parmi les "standards textuels", les *standards constitutionnels*, les *standards législatifs ou réglementaires* et les *standards des conventions internationales* (64). Ce qui signifie que, parmi les paradigmes jurislatifs, se trouvent des standards (eux-mêmes jurislatifs). En outre, toujours à la suite de l'analyse du professeur Rials, j'ai pu introduire un peu plus haut la distinction

(63) Mon ouvrage précité.

(64) S. Rials, op. cit., p. 37.

entre *standards restreints* et *standards non-restreints* suivant leur proximité plus ou moins grande aux normes qu'ils ont pour fonction d'engendrer. Or, ne peut-on pas effectuer encore ici une nouvelle généralisation pour faire remarquer que toute règle de droit, quelle qu'elle soit, fonctionne toujours un peu comme un standard. Elle reste en effet à l'état de virtualité, de potentialité tant qu'elle n'a pas été appliquée c'est-à-dire à la fois interprétée mais aussi incarnée et réalisée par le jurisdiseur. Cette analyse n'est-elle pas confirmée aujourd'hui lorsque l'on reconnaît que la règle de droit est un "modèle" (65), le schéma général et prévisionnel d'une normalité que l'on veut imposer, ou, comme l'avait déjà clairement perçu Carlos Cossio, un schéma de connaissance, d'action et de prévision (66). Ainsi, la règle de droit n'est-elle, elle-même, rien de plus qu'un standard généralement (mais pas nécessairement) fortement restreint tant il est vrai que la normalité et la moralité qui lui sont liées sont des composantes irréductibles de la juridicité. Dès lors, il apparaît que la véritable unité juridique pertinente, le véritable *juri-sème* est le standard. Celui-ci n'est donc pas seulement et peut-être même pas vraiment une "technique juridictionnelle" ainsi que l'avaient établi et explicité les professeurs Gaudemet et Rials, mais plutôt l'atome juridique, le "primitif" du droit, l'élément constitutif et fondamental du langage du droit, ce que Jhering appelait l'élément de base de "l'alphabet du droit". Mais, à la différence de la véritable unité significative minima du langage ordinaire, le "sème" qui renvoie à un concept, le standard (qui est à la fois un concept et un modèle d'action) est le signifié d'un "paradigme juridique" qui connaît *en principe* sa plus grande "restriction" dans le paradigme jurislatif (la règle de droit "écrite") et sa moins grande restriction dans le paradigme juridictionnel et singulièrement dans la *théorie juridique*.

En outre, la notion de paradigme juridique (ou *juri-sème*) peut encore être étendue, en dessous même des règles de droit proprement dites, aux *directives* (*Crédit Foncier de France*) qui se trouvent elles aussi être des paradigmes juridiques (à la fois jurislatifs et juris-dictionnels) puisqu'elles renvoient, tout comme les règles de droit mais de façon encore plus évidente, à un standard. A l'instar du signe linguistique ou "sème" qui est constitué du lien indissoluble qui unit un signifiant à un signifié, le "juri-sème" ou paradigme juridique est constitué du lien indissoluble qui unit un signifiant (la proposition normative) à un signifié (le standard). Ainsi, le paradigme juridique est bien l'élément ultime, l'atome du symbolisme juridique depuis la directive jusqu'à la théorie juridictionnelle en passant par la règle de droit, la fiction, la présomption, la notion, la catégorie et le principe.

A cet égard, lorsqu'à la suite de Roscoe Pound, Edouard Lambert et ses disciples opposaient la "jurisprudence sociologique" du *common law* reposant sur le standard à la "jurisprudence mécanique" du droit continental reposant sur la "règle de droit fixe et rigide" (67), pour lumineuse que soit cette opposition, n'était-elle pas fortement exagérée s'il est vrai que la règle de droit n'est elle-même rien de plus qu'un standard généralement fortement restreint ? Personnellement, et malgré toute mon admiration pour E. Lambert, je n'ai jamais pu admettre son opposition entre le "droit anglo-américain" qui, reposant sur la "méthode des standards", serait un droit évolué, au droit continental ("romano-français" disait Lambert) qui, utilisant des constructions législatives rigides tel le Code civil (nouveau "Corpus juris civilis"), serait un droit archaïque. En réalité, que ce soit à partir des standards reconnus comme tels, ou à partir des règles de droit prétendues fixes et rigides, le juge peut et

(65) A. Jeammaud, *La règle de droit comme modèle*, Dalloz, 1991, p. 199 S.

(66) Voir ma *Pensée juridique avant et après le Code civil*, Livre II, Chap. VIII, *Compléments sur la théorie de Cossio*, L'Hermès, 1992.

(67) Mon ouvrage précité, Livre II, Chap. II, *Roscoe Pound et Edouard Lambert. De Harvard à l'Institut de droit comparé de Lyon*.

doit toujours interpréter, se livrer à une pesée minutieuse des intérêts en présence, effectuer une authentique "expérimentation judiciaire" : c'est elle et elle seule qui devrait être la preuve de la justice parce qu'elle en est l'épreuve. Or, précisément, la contre-épreuve expérimentale de cette réalité, c'est que la "méthode des standards" peut elle-même aboutir à des solutions injustes ainsi que l'a admirablement montré E. Lambert lui-même dans son célèbre ouvrage de 1921 *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis* (68).

Quelle est la conséquence de cette analyse pour la connaissance du droit et de son langage ? Il apparaît clairement que les sources jurislatives du droit ne forment pas, à proprement parler, le langage du droit, mais seulement les grandes parties d'un immense "lexique juridique" de paradigmes jurislatifs parmi lesquels le jurisdiseur vient opérer ses choix pour construire ses syntagmes juridiques c'est-à-dire pour émettre ses messages juridiques. Dès lors, les sources jurislatives du droit ne forment pas un véritable "langage du droit" mais plus exactement un *méta-langage* lexical et paradigmatique (au sens où l'on dit que le lexique d'une langue n'appartient pas à la langue elle-même mais à sa méta-langue). Le jurislature ne crée donc qu'un "langage du droit" virtuel, *en puissance*, qui ne devient le langage du droit réel et effectif, le langage du droit *en acte*, proprement dit, que lorsqu'il est utilisé par le jurisdiseur pour construire ses syntagmes juridiques, pour tenir son discours qui apparaît dès lors comme le seul et unique véritable langage du droit. Dans cette perspective, le jurisdiseur joue, dans le domaine du langage juridique, un peu le même rôle que le sujet parlant qui, dans le domaine du langage ordinaire, se caractérise, selon Chomsky, par son aptitude à émettre ou à comprendre un nombre indéfini de phrases à partir des différents systèmes de la langue. Le jurisdiseur se caractérise lui aussi par son aptitude à émettre (ou à comprendre) un nombre indéfini de messages juridiques à partir de ces différents "systèmes" du droit, qu'il s'agisse du système des paradigmes jurislatifs ou des paradigmes juris-dictionnels. En ce qui concerne les différents paradigmes jurislatifs, c'est uniquement le jurisdiseur qui leur donne leur valeur juridique. En particulier, c'est le juge (d'une Cour suprême) qui donne à la Constitution sa valeur constitutionnelle, à la loi sa valeur législative ou au décret sa valeur décrétole, et s'il ne veut pas reconnaître à certains de ces paradigmes jurislatifs leurs valeur juridique respective, il dispose d'un moyen très simple : il s'abstient de les appliquer ! C'est encore le juge suprême qui peut intercaler entre le règlement et la loi un paradigme (juris-dictionnel) de valeur intermédiaire, les *principes généraux du droit*, comme il peut placer au-dessus de la loi un autre paradigme de valeur supérieure, les *principes à valeur constitutionnelle*, de même qu'il peut placer encore, au-dessus de la Constitution elle-même des principes de *valeur supraconstitutionnelle*. Et, c'est encore lui qui, au bas de la pyramide des validités, décide de donner à la directive la valeur juridique de la règle de droit, en métamorphosant et érigeant la directive en un paradigme juridictionnel. Ainsi, paradigmes jurislatifs et paradigmes juridictionnels ne sont-ils pas aussi opposés qu'il paraît. Ces deux catégories de paradigmes ne prennent leur valeur juridique que par l'acte du juge ; la seule différence c'est que les paradigmes jurislatifs préexistent à l'activité du juge et disposent d'une valeur juridique prédéterminée, virtuelle et "en puissance", mais qui ne sera consacrée, qui ne deviendra effective et "en acte" que par l'activité du juge.

Ainsi se trouve justifiée la vieille idée que l'on rencontre chez Duguit et Hauriou selon laquelle les lois elles-mêmes ne sont rien de plus que des "propositions de loi" jusqu'à ce qu'elles reçoivent une acceptation plus définitive de la Nation (69) -acceptation représentée ici par le travail de ces organes habilités à dire le droit

(68) Mon ouvrage précité, Livre II, Chap. II.

(69) Mon ouvrage précité, Livre I, Chap. XIII, *La rencontre de Duguit et d'Hauriou*, p. 231.

et qu'à la suite du professeur Amssek j'ai appelé le "jurisdiseur". A cet égard, dans quelle mesure le discours du juriste (justhéricien) peut-il lui aussi avoir la prétention d'incarner cette "acceptation plus définitive de la Nation" ? C'est ici tout le problème du statut du langage du juriste qu'il faut envisager brièvement.

En effet, si les lois et, de façon générale, les normes jurislatives ne sont rien de plus que des "propositions de droit", elles se voient attribuer le même rôle et peut-être la même valeur que les propositions de droit du juriste, celles-ci pouvant -au même titre que celles du jurislatureur- devenir des normes véritables par leur réception, leur acceptation et leur application par le jurisdiseur. Ainsi, et paradoxalement, le langage du juriste est, de ce point de vue, plus proche du langage du jurisdiseur que le prétendu langage du jurislatureur qui n'est en réalité qu'un méta-langage du droit. A cet égard, le langage du juriste apparaît bien -à l'instar de celui du jurisdiseur- comme le véritable langage du droit, ce langage mixte dans lequel langage ordinaire et langage normatif sont irrémédiablement solidaires, le justhéricien pouvant lui aussi -tout comme le jurisdiseur- construire des "syntagmes juridiques" c'est-à-dire énoncer des messages juridiques en opérant ses choix aussi bien dans le système de la langue ordinaire que dans les différents systèmes des "paradigmes juridiques" (jurislatifs, jurisprudentiels et juridictionnels). D'ailleurs, ne dit-on pas que le grand justhéricien, le vrai jurisconsulte est celui qui maîtrise parfaitement la langue du droit : en ce sens, le chancelier Daguesseau disait que nul n'avait mieux parlé la "langue du droit romain" que Cujas.

Cependant, il faut ajouter que le justhéricien contribue constamment à la modification, à la mise à jour des paradigmes jurislatifs en proposant la suppression de ceux qui sont inutiles ou nuisibles, la réformation de ceux qui sont imparfaits ou inopérants, et enfin la création de ceux dont le besoin se fait particulièrement ressentir. En outre, et de façon encore plus décisive et plus caractéristique de son travail, le justhéricien détecte et énonce aussi bien les paradigmes jurisprudentiels que les paradigmes juridictionnels, c'est lui qui en éclaire la portée et la signification, qui en explique le rôle et le fonctionnement dans la vie du droit c'est-à-dire dans le langage du droit, et c'est encore lui qui en propose la typologie et la théorie. Ainsi, le justhéricien occupe-t-il également une place éminente dans l'édification de ces différents "systèmes" du langage du droit que sont les systèmes des paradigmes jurislatifs, jurisprudentiels ou juridictionnels. C'est dire que le justhéricien participe au plus haut point à la confection de ce méta-langage du droit que forment les trois grands "lexiques" (jurislatif, jurisprudentiel et juridictionnel) du langage du droit. C'est pourquoi le langage du justhéricien a la particularité d'être à la fois (successivement ou cumulativement) un langage du droit et un méta-langage du droit. Il va sans dire que le langage du juriste n'est un langage du droit, analogue à celui du jurisdiseur, que dans la perspective de l'analyse que je suis en train de conduire, car du point de vue strictement étatique, le seul véritable "langage du droit" est celui de l'organe habilité à "dire le droit", le jurisdiseur. De même, en ce qui concerne la confection des paradigmes jurislatifs, le seul véritable "méta-langage du droit" est celui du jurislatureur c'est-à-dire de l'organe investi de la compétence constitutionnelle, législative ou réglementaire. Et, en ce qui concerne la découverte, la mise à jour des paradigmes jurisprudentiels et juridictionnels, le seul véritable méta-langage du droit est encore celui du jurisdiseur, de l'organe habilité à dire le droit, même si dans ce dernier cas c'est le jurisdiseur qui s'est habilité lui-même à effectuer cette création normative, se donnant pour l'occasion une certaine souveraineté, une "compétence de la compétence". En somme et pour être bref, le jurislatureur est habilité à parler le seul méta-langage du lexique jurislatif. Le jurisdiseur est habilité à parler à la fois le langage du droit et le méta-langage des lexiques jurisprudentiel et juridictionnel. Quant au justhéricien, sans y être habilité, il parle aussi bien le

langage du droit que méta-langage des différents lexiques juridiques. Ajoutons que par son influence sur la jurislotion (Constitution, législation, réglementation), le jurisdiseur parle également d'une certaine façon, sans y être habilité, le méta-langage du lexique jurislatif et sur ce dernier point il rejoint le juristhéricien sauf à considérer que son statut d'organe étatique constitué lui donne généralement une plus grande autorité pour avoir une influence sur le jurisloteur.

Mais, le point central de cette analyse reste la profonde parenté qui existe entre le jurisdiseur et le juristhéricien puisque tous deux parlent le "langage du droit". Car, ne saurait être retenu le critère traditionnel de distinction accepté par la presque unanimité de la science juridique moderne à la suite de Kelsen (lui-même héritier de la vieille opposition cartésienne entre l'*entendement* et la *volonté*) selon lequel le langage du jurisdiseur procéderait de la "fonction de volonté" tandis que le langage du juristhéricien procéderait de la "fonction de connaissance". Dans ces deux langages respectifs en effet, et aussi bien dans l'un que dans l'autre, "fonction de connaissance" et "fonction de volonté" sont absolument inséparables. Ces deux langages ne prennent forme et vie que par une série de choix (fonction de volonté) mais qui eux-mêmes ne peuvent s'opérer qu'à partir d'une compréhension d'ensemble, d'une "culture juridique" (fonction de connaissance) qui est d'ailleurs commune au juristhéricien et au jurisdiseur.

Ainsi, du point de vue logico-linguistique c'est-à-dire normatif, rien ne sépare ces deux langages : celui du justhéricien n'est pas le métalangage de celui du jurisdiseur, tous deux appartiennent au même niveau de langage, tous deux "sont du même type", dirait Wittgenstein. La seule différence -répétons-le, est que le langage du jurisdiseur procède d'un appareil expressément et strictement institutionnalisé (l'appareil juris-dictionnel) qui lui-même est assorti d'un appareil coercitif chargé de l'exécution sanctionnatrice des décisions prises par l'appareil juris-dictionnel, tandis que le langage du juristhéricien même s'il procède lui aussi d'un appareil institutionnalisé (la "communauté scientifique" des juristes) n'atteindra jamais -du moins faut-il l'espérer- la perfection de l'appareil juris-dictionnel d'État et n'aura jamais à sa disposition l'appareil public de coercition. Or, l'institutionnalisation juris-dictionnelle et coercitive du langage du jurisdiseur, même si elle a une profonde influence sur ce dernier, n'en est pour ainsi dire qu'un caractère externe, surajouté et qui relève beaucoup plus de la science politique et administrative que de la science juridique et normative : en tout état de cause, cette institutionnalisation est extra-linguistique et extra-normative, elle ne saurait fonder une distinction entre un langage-objet et un métalangage, entre le droit et la science du droit, entre langage du juge et langage du juriste et notamment quand il s'agit d'aborder les grands problèmes typiquement juridiques comme celui de l'imperfection du droit.

§ 2 - LE LANGAGE DU JUGE ET LE PROBLÈME DE L'IMPERFECTION DU DROIT

Les réflexions qui précèdent emportent des conséquences capitales sur ces grands problèmes typiquement juridiques que sont ceux des conflits de normes, des lacunes dans le droit, de l'obscurité des normes, des notions floues ou indéterminées, des règles imprécises ou "à contenu variable", mais également sur ces autres problèmes, étroitement liés aux précédents, que sont ceux de l'application, de la création et de l'interprétation du droit -tous problèmes qui débouchent encore sur ceux des rapports du droit et de la liberté, du droit et de la morale.

Certes, je n'ai pas la prétention d'apporter une réponse définitive à ces problèmes séculaires, mais seulement de les éclairer, de montrer qu'ils ont peut-être été mal posés. Car, la première remarque qui s'impose est que tous ces problèmes en

apparence différents, rejoignent en réalité un seul et même problème qui est celui de la *normativité du droit*, celui de l'organisation et du fonctionnement interne du symbolisme juridique, c'est-à-dire du langage et des différents méta-langages du droit que j'ai essayé d'explorer dans les pages qui précèdent.

Tout d'abord, comment se fait-il qu'au moins depuis le XIX^{ème} siècle, de grandes doctrines juridiques comme celles de l'École de l'Exégèse, de la dogmatique juridique ou de la Théorie pure du droit de Kelsen, ont toujours affirmé que l'ordre juridique est un ordre complet et cohérent, qu'il ne saurait y avoir dans le droit ni contradiction ni lacune (70) ?

Il est sûr que la réponse de l'École de l'Exégèse considérant le Code civil comme un ensemble complet et cohérent et assignant comme seul rôle au juge l'application réglée et préétablie de règles de droit, est vouée à l'échec. En effet, il s'agit ici d'une conception purement lexicale et "paradigmatique" de l'ordre juridique. Affirmer dans ces conditions que l'ordre juridique est un ordre complet et cohérent n'a alors pas plus de sens que d'affirmer que le lexique d'une langue est lui-même complet et cohérent : ce qui serait, par exemple, à la fois nier l'existence des antonymes et la possibilité d'introduire de nouveaux termes alors que les éléments du lexique d'une langue appartiennent à ce qu'André Martinet appelle des "listes ouvertes", des "inventaires illimités". A cet égard, la dogmatique juridique (71) apparaît comme un raffinement moins mécaniste mais tout aussi réducteur que la méthode exégétique. Et, il en va de même pour la Théorie pure du droit où, malgré la distinction entre la *statique juridique* comme ordre de contrainte et la *dynamique juridique* comme ordre de validité (processus par lequel les normes sont créées et appliquées), les affirmations kelseniennes sur la complétude et la cohérence de l'ordre juridique font figure de véritables pétitions de principe.

Ces différentes tentatives sont vouées à l'échec parce que, restant prisonnières de ce seul méta-langage du droit qu'est la jurisprudence, elles refusent de prendre vraiment en considération l'unique et authentique "langage du droit" qu'est celui du juge et, de façon générale, du juriste. Car, la prise en compte de la seule jurisprudence ne peut montrer à l'évidence que la contradiction des normes, les lacunes du droit, l'imprécision ou l'obscurité des règles.

On a tendance en effet à présenter parfois ces grands problèmes de la contradiction, du silence, ou de l'obscurité du droit -c'est-à-dire ceux de l'imperfection du droit- comme des accidents de la vie du droit, des "irrationnels" du symbolisme juridique. Mais, c'est le contraire qui est vrai, car le droit n'apparaît véritablement que lorsqu'il rencontre l'échec, lorsqu'il est mis en face de ses imperfections. Le droit n'est apparu qu'avec la première controverse qui fut le premier procès ; et le procès lui-même ne pose véritablement un problème juridique que dans la mesure où la solution n'est ni simple ni claire. Le seul "cas d'espèce" intéressant est toujours celui qui se heurte à l'imperfection du droit. Ainsi, dans la vie juridique, la rencontre de l'imperfection du droit n'est pas le moment exceptionnel, accidentel, mais au contraire le moment typiquement juridique. La contradiction, le silence et l'obscurité des règles sont l'essence de la juridicité, exactement au même titre qu'ils sont également l'essence de la moralité ; sans leur irréductible permanence au cours des âges, le problème juridique ne se poserait pas plus que le problème moral. C'est uniquement à cause de l'imperfection des règles de droit que surgit le cas juridique litigieux de même que c'est uniquement à cause de l'imperfection des règles morales que surgit le cas de conscience ou le conflit de devoirs. Or, de même qu'il appartient à l'agent moral de répondre au cas de conscience, de résoudre le conflit de devoirs, de même il

(70) Sur ces trois écoles, voir mon ouvrage précité, *Livres I et II*.

(71) Mon ouvrage précité, *Livre I, 2^{ème} partie, Chap. II et III*.

appartient au jurisdiseur d'apporter une solution au problème qui lui est posé et auquel il ne peut se dérober ainsi que le lui rappelle l'article 4 du *Code civil*. En outre, pour le jurisdiseur comme pour l'agent moral, la solution ne réside pas toujours dans le choix de l'un des termes du dilemme, mais dans l'invention d'une solution originale qui résout la contradiction qui lui est soumise. C'est pourquoi, affirmer avec l'École de l'Exégèse, avec la dogmatique juridique et dans une certaine mesure avec la théorie pure de Kelsen, que l'ordre juridique est complet et cohérent, en se référant à la seule jurislotion et en passant sous silence le rôle du juge, semble être une gageure tant il est vrai qu'il appartient au seul jurisdiseur (parfois aidé du justhégoricien) de porter remède aux imperfections du droit dans la mesure où il est seul habilité à "dire le droit", à parler le véritable "langage du droit".

Ainsi, le langage du jurisdiseur ne peut plus être considéré comme une simple interprétation du prétendu "langage" du jurisloteur, celui-ci n'étant qu'un méta-langage du droit. En réalité, par chaque "message juridique" qu'il émet, par chaque solution normative ponctuelle à laquelle il parvient, le jurisdiseur effectue à la fois un acte d'interprétation, un acte d'application et un acte de création du droit, et il est impossible de séparer ces trois actes qui forment un tout, qui fonctionnent ensemble.

A cet égard, il est très remarquable de noter que dans les conceptions de l'École de l'Exégèse, de la dogmatique juridique et de la Théorie pure du droit de Kelsen, ce n'est finalement pas l'ordre juridique lui-même qui est complet et cohérent, mais seulement la description de l'ordre juridique donnée par les représentants de ces trois Écoles. Or, ces derniers ne font que se mettre à la place du juge et résoudre -avec une plus grande généralité- les mêmes problèmes que le juge. C'est ainsi que les "professeurs de Code civil" acceptent avec empressement pour eux, théoriciens, la défense que fait l'article 4 du Code civil aux *juges* "de calomnier la loi, en refusant de juger, sous prétexte qu'elle est silencieuse, obscure ou insuffisante" (72). C'est ainsi, en ce qui concerne la dogmatique juridique, qu'Aubry et Rau montrent, qu'en suivant leur exemple, le juge devrait dominer les grands principes directeurs du Code civil, telle la notion de *patrimoine*, en raison de leur valeur unificatrice et opératoire (73). C'est ainsi enfin que Kelsen ne résout laborieusement le problème des conflits de normes et des lacunes dans le droit, qu'en se mettant finalement -comme tous les auteurs qui ont tenté de résoudre ce problème- dans la position du jurisdiseur.

Remarquons en outre que le langage du juge se rapproche aussi, paradoxalement, du langage mathématique qui n'est pas contrairement à une opinion reçue la négation de la liberté (Cantor disait que l'essence des mathématiques c'est la liberté). En effet, le langage mathématique réside dans des architectures purement syntaxiques. Ce qui veut dire que le mathématicien élabore lui aussi sans cesse ses propres paradigmes à partir de la construction de ses syntagmes. Mais, alors que les "paradigmes juridiques" sont des règles de droit, les "paradigmes mathématiques" sont des règles de syntaxe. Il apparaît alors que les paradigmes mathématiques s'apparentent plus aux "paradigmes juridictionnels" qu'aux "paradigmes jurisprudentiels" dans la mesure où les "instruments d'administration du droit" que sont les paradigmes juridictionnels sont plus proches des règles syntaxiques que les "règles de fond du droit" dégagées par le juge et qui correspondent aux paradigmes jurispruden-

(72) Après avoir cité l'article 4, Proudhon écrit : "Si le texte paraît silencieux à celui qui n'en fait qu'une lecture légère, les principes qu'il établit sont éloquentes pour celui qui a soin de les méditer". (*Cours de droit français*, Dijon, 1810).

(73) Comme l'écrit René Sève, la notion de patrimoine est invoquée pour rendre compte des règles qui régissent le droit de gage, la transmission du patrimoine, la subrogation réelle, l'absence et la substitution. (*Détermination philosophique d'une théorie juridique*, A.P.D.t. 24).

tiels. Les paradigmes mathématiques sont donc plus des normes secondaires de compétence que des normes primaires de contenu. Mais, le mathématicien, comme le juge et comme le sujet parlant, doit toujours opérer ses choix parmi des systèmes de paradigmes -ce qui d'ailleurs révèle "l'aspect créateur" du langage ordinaire aussi bien que celui du langage mathématique et du langage juridique.

Ainsi le jurisdiseur fait constamment l'expérience de sa liberté puisqu'il doit appliquer la règle de droit c'est-à-dire le "paradigme juridique" fonctionnant toujours plus ou moins comme un standard. La règle de droit reste donc à l'état de potentialité, de virtualité tant qu'elle n'est pas concrétisée, réalisée et incarnée par l'acte du jurisdiseur qui est à la fois un acte d'application, d'interprétation et de création du droit -ce qui confirme le caractère créateur du langage du jurisdiseur analogue à "l'aspect créateur" du langage ordinaire révélé par Chomsky. Sur ce point la règle de droit fonctionne comme le symbole dont Jean de Salisbury disait déjà que son mode d'être est "esse in futuro" et au sujet duquel Charles Sanders Peirce répète qu'il est "tourné vers l'avenir". Dès lors, il n'est pas étonnant que, construisant ses messages juridiques à partir de ces schèmes de connaissance, d'action et de prévision que sont les règles de droit, le langage du jurisdiseur puisse apparaître bien souvent comme un jaillissement continu d'incessantes et parfois d'imprévisibles nouveautés. Car la liberté du jurisdiseur, son pouvoir de création, sa capacité d'invention de solutions nouvelles et originales réside toujours dans la faille, dans le décalage entre la règle de droit et son application c'est-à-dire dans la marge d'indétermination qui préside à la construction des "syntagmes juridiques" par les choix qu'opère le jurisdiseur à l'intérieur du lexique des "paradigmes juridiques" ; autrement dit, cette liberté créatrice du jurisdiseur est liée aux relations entre l'axe paradigmatique (vertical) et l'axe syntagmatique (horizontal) qui caractérisent le symbolisme juridique, de même qu'elles caractérisent, selon l'expression de Gilles-Gaston Granger, tout "symbolisme articulé" qu'il s'agisse du symbolisme linguistique ou du symbolisme logico-mathématique.

A cet égard, il est intéressant de confronter cette analyse au point de vue de Dworkin qui a comparé le travail du juge à celui du critique littéraire. Selon Dworkin, la meilleure interprétation littéraire est celle qui fournit l'explication "la plus convaincante", la plus plausible pour aboutir à l'accord des spécialistes, de même que la bonne décision de justice est celle qui s'insère le mieux dans le discours juridique, celle qui donne la "meilleure justification" du système juridique (74) : l'interprétation littéraire la plus satisfaisante est celle qui procède des "faits de cohérence narrative" (75) de même que la bonne décision de justice procède de ce que Bernard Jackson, commentateur de Dworkin, appelle symétriquement les "faits de cohérence juridique" (76). L'interprétation littéraire n'est donc pas plus livrée à l'arbitraire et à la pure fantaisie du critique que la décision de justice n'est livrée au pouvoir discrétionnaire du juge.

Or, malgré toutes les réserves et précautions de Dworkin, il est difficile d'assimiler la "latitude d'action" du critique à celle du juge, il est difficile de ramener la marge de manoeuvre de la critique littéraire à celle de "l'interprétation" juridique. Les deux "marges de manoeuvre" respectives du juge et du critique littéraire sont incommensurables, ne sont pas du même ordre (malgré une ressemblance apparente) dans la mesure où la tâche du juge est de dire le droit tandis que le critique littéraire ne vise qu'une satisfaction purement intellectuelle ou esthétique ; mais surtout, les deux marges de manoeuvre ne répondent pas au même fonctionnement. Et, à travers

(74) R. Dworkin, *No Right Answer ? in Law, Morality and society*, Oxford, Clarendon Press, 1977? p. 75.

(75) R. Dworkin, *op. cit.*, p. 78.

(76) B. Jackson, *Hort et Dworkin sur le pouvoir discrétionnaire*, in A.P.D., Sirey, n° 34, 1989.

cette différence, c'est toute la théorie dite "interprétationniste" ou "réaliste" du droit qui révèle ses insuffisances. Mais, expliquons cette différence.

La situation du juge par rapport au symbolisme juridique est en effet totalement différente de celle du critique par rapport au texte de l'auteur. L'interprétation littéraire réside dans la traduction, effectuée au sein d'une même langue, d'un texte dans un autre texte, elle réside dans le passage d'un langage (celui de l'auteur) vers un autre langage (celui du critique). Or, le juge ne traduit pas un premier langage dans un second langage, mais parle d'emblée un premier langage, celui du droit, en effectuant ses choix dans un triple lexique, jurislatif qui lui est proposé (et dont il reste le plus souvent maître), jurisprudentiel et juridictionnel qu'il a (pour ces deux derniers) lui-même confectionné. C'est pourquoi, si l'on veut garder le mot "interprétation", il faut dire que le juge interprète le droit, c'est-à-dire le symbolisme juridique, au même titre que le sujet parlant "interprète" le langage en l'utilisant chaque fois qu'il prononce une phrase, cette dernière étant toujours "nouvelle", comme l'a montré Chomsky, en vertu de "l'aspect créateur" du langage.

A cet égard, l'interprétation littéraire ne pourrait se rapprocher du langage du juge que dans la mesure où le critique aurait d'abord réduit la langue de l'auteur à un système de paradigmes (littéraires) et qu'il parlerait ensuite la langue de l'interprète en opérant ses choix parmi le système de paradigmes préalablement constitué. Mais dans ce cas, à l'opposé des analyses de Dworkin, tout aussi bien que de celles de Greimas et Landowski (77), ce n'est plus la critique littéraire qui devient le modèle de l'interprétation juridique, mais à l'inverse l'interprétation juridique qui devient le modèle de la critique littéraire - ce qui, soit dit en passant, pourrait donner naissance à une nouvelle forme de critique littéraire ("normative ou juridique") qui ne serait peut-être pas moins pertinente que certaines formes de critique moderne dites "méta-critique" ou "ultra-critique". Notons - toujours au passage - que l'on peut faire à Dworkin, Greimas et Landowski, le même reproche (et encore plus sévère) que nous avons déjà fait à André-Jean Arnaud pour son analyse structurale du Code civil, puisque, pour les appliquer à la science juridique, ce dernier empruntait les méthodes de l'ethnologie structurale comme les premiers empruntent pour le même office celles de la critique littéraire, "science" (?) encore beaucoup plus "complexe" que la science juridique : tous nous ramènent donc (mais avec moins de poésie) à l'époque des alchimistes et de Paracelse qui voulaient expliquer la physique par la biologie !

C'est pourquoi ne paraît ni possible ni même souhaitable l'idéal préconisé avec insistance par Dworkin et dont le justiciable aurait un ardent besoin, celui d'un juge aux aptitudes surhumaines, d'un "Hercule du droit" (78) qui aurait la parfaite maîtrise des "faits de cohérence" du système juridique, des valeurs qui y sont intégrées, des différents droits individuels qui en découlent. Car ce dernier, d'après le modèle postulé de la critique littéraire, devrait être comparable à un "Hercule de l'interprétation littéraire", à un critique qui posséderait la parfaite connaissance de l'auteur et de son oeuvre, dominant de celle-ci tous les "faits de cohérence narrative" qu'elle génère.

Un tel idéal est d'abord impossible. Maurice Blanchot, me semble-t-il, disait qu'aujourd'hui personne n'avait vraiment compris les *Fables* de La Fontaine, car il faudrait avoir connu en détail toutes les expériences vécues par La Fontaine, il faudrait être La Fontaine lui-même. Et quand bien même cette connaissance exhaustive de l'oeuvre et de l'auteur serait possible, elle serait encore insuffisante dans la mesure où l'oeuvre échappe toujours en partie à son auteur, contient toujours des significations, des possibilités d'interprétation auxquelles l'auteur lui-même n'avait

(77) A.J. Greimas, *Sémiotique et sciences sociales*, Paris, Le Seuil, 1976.

(78) R. Dworkin, *Taking Rights seriously*, London, Duckworths, 1978.

pas pensé. Rappelons l'exemple de la pièce de Claudel *L'Otage* qui est centrée sur le problème du salut et sur celui de la femme (on a dit que le théâtre claudélien était "gynocentrique"). Cette pièce se termine sur une ambiguïté : la jeune, belle et claudélienne héroïne Sygne de Coufontaines est-elle ou non sauvée ? Comme les critiques se divisaient sur ce problème, un journaliste eut l'occasion d'interroger Claudel à ce propos. Avec une prétention qui n'avait d'égal que sa conscience d'être un authentique dramaturge, Claudel répondit : "je ne sais pas". A cet égard, reconnaissons qu'il arrive parfois au législateur (de façon générale au jurislatureur) d'être ce dramaturge, ce démiurge créant des normes dont il ne prévoit pas toutes les implications, toutes les significations, des normes qui donc lui échappent en partie -ce qui rend bien vain le célèbre procédé remontant au moins à l'École de l'Exégèse, celui du recours à l'intention du législateur ! Cependant, là encore, la comparaison tourne court dès que l'on rappelle que le législateur ne parle pas le langage du droit mais élabore seulement le lexique jurislatif du symbolisme juridique, ce qui nous ramène au problème précédemment évoqué : le juge n'interprète pas le droit comme le critique interprète le langage littéraire mais comme le sujet interprète le langage en l'utilisant.

Mais, un "Hercule du droit" n'est également pas plus souhaitable qu'un "Hercule de la critique littéraire". Me référant à l'opposition établie par Lucrèce entre Hercule et Épicure, on pourrait dire que le justiciable n'a pas besoin d'un "Hercule du droit", d'un juge aux aptitudes surhumaines, mais bien plutôt d'un "Épicure du droit", d'un juge aux aptitudes spécifiquement et exclusivement humaines. Dans une très belle page du *De natura rerum* qui, à l'instar de l'Éthique spinoziste et avant elle, est déjà, comme le remarque Jean Lacroix, une oeuvre de "psychanalyse intégrale" (79), Lucrèce compare son maître Épicure à Hercule. Épicure, nous dit-il, a fait mieux qu'Hercule car, si celui-ci a libéré l'homme de la peine physique, Épicure l'a libéré d'une peine beaucoup plus grave, la peine morale, l'inquiétude -le pire de tous les maux- représentée par la crainte de la mort et la crainte des dieux.

Il en va un peu de même dans l'univers juridique. Tout juge peut d'ailleurs être parfois plus facilement que le pense Dworkin un "Hercule du droit" grâce à l'ordinateur et à la documentation juridique (et sans se fatiguer autant qu'Hercule) puisqu'à tout instant, sur tel problème, l'informatique peut lui donner l'état de la jurisprudence, de la jurislature et de la doctrine, elle peut même lui révéler à l'occasion ces "faits de cohérence juridique" que représentent "l'horizontalité du droit" selon Henriette Mignot et J. Delahodde, la "logique conceptuelle" de Dunes et Desché, les "invariants" de Pierre Catala (80). Il est plus difficile et plus important pour le juge d'être un "Épicure du droit", quelqu'un qui n'oublie jamais le "sens du dialogue", le sens de l'humain et de l'autre, quelqu'un qui effectue constamment l'individualisation de la justice en fonction du cas traité, dans la mesure où il n'y a pas de cas de litigieux mais seulement des justiciables et des juges. A cet égard, la liberté de "l'Hercule du droit" est à la fois plus grande et moins grande que celle de "l'Épicure du droit" : plus grande puisqu'il croit pouvoir donner n'importe quelle interprétation, moins grande parce que, soumis comme il le croit au précédent, il serait incapable d'opérer les inflexions et revirements de jurisprudence qui tiennent pourtant à l'essentiel du travail juridictionnel. Au contraire, l'Épicure du droit, comme le mathématicien dont Evariste Galois disait qu'il doit "sauter à pieds joints au-dessus des calculs", est capable de "sauter à pieds joints au-dessus des jurisprudences" lorsqu'il en va de l'intérêt supérieur du droit et de la justice. Ce dont nous avons besoin, ce n'est pas d'un technocrate du droit, mais d'un moraliste du droit, un mora-

(79) J. Lacroix, *Spinoza et la problème du salut*, P.U.F., 1970.

(80) Voir ma *Documentation juridique*, précitée.

liste (au sens français des XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles) qui a constamment recours à la causalité psychique inconsciente, qui n'a pas peur de descendre dans les "oubliettes de l'idéal" moral et social. Le technocrate du droit peut bien "nettoyer les écuries d'Augias" c'est-à-dire assimiler les déferlements de la jurisprudence, de la jurislotion et de la doctrine, il reste "malpropre" au sens nietzschéen du terme tant qu'il n'a pas nettoyé, avec celles du justiciable, les écuries de sa propre conscience.

Mais, confirmons cette idée selon laquelle l'interprétation juridique se rapproche beaucoup plus de "l'interprétation linguistique" c'est-à-dire de l'utilisation du langage par le sujet parlant, que de l'interprétation littéraire, en examinant la notion de *code juridique* au sens linguistique et sémiologique du terme.

Un code apparaît d'abord comme un système permettant de construire des messages à partir d'éléments choisis dans un lexique, ces choix étant limités par des règles syntaxiques ; autrement dit, un code peut être défini par l'assortiment d'un *lexique* (ensemble de termes, d'éléments) et d'une *syntaxe* (ensemble des règles d'agencement de ces éléments). Cette définition correspond exactement à la définition générale du langage et convient aussi bien pour le langage ordinaire que pour le langage scientifique. Si un *assemblage* désigne toute suite finie de symboles (appartenant au lexique), un *message* est un assemblage bien construit (c'est-à-dire conforme aux règles syntaxiques). Dans un article décisif (81), Georges Mounin rappelle d'ailleurs que le mot "code" a fait son entrée dans le domaine de la linguistique comme synonyme de *système* et de *langue* : on parle de code et message là où on parlait auparavant ou parallèlement de langue et de parole, de système et de chaîne, de paradigmatic et de syntagmatic" (82).

Or, lorsque Jean Ray présente le Code civil comme un "système" qui est à la fois "un ensemble de termes" (c'est-à-dire un lexique) et "un ensemble de catégories" (c'est-à-dire une syntaxe), il révèle d'emblée la nature logico-linguistique, la nature *codique* (au sens linguistique et sémique) du code civil. Le code civil -comme tout système juridique- est peut-être d'abord et surtout un code sémique, fonctionne comme ce dernier. Car, contrairement à la remarque que Claude Lévi-Strauss a pu faire à André-Jean Arnaud, il s'agit moins de "découvrir sous le code, un autre code" plus fondamental, que de montrer comment le Code est déjà lui-même un code, fonctionne comme tel, c'est-à-dire de détecter une similitude de stratégie et d'organisation entre le Code juridique et le code sémique -c'est cela qui paraît le plus fondamental.

Cependant, une première différence entre *code* et *langage* a pu être établie par Frédéric François (83). En effet, si un code opère la traduction de ce qui est déjà un langage dans un autre langage (par exemple de la langue orale "système direct" selon Buysens vers le morse "système substitutif" selon Buysens), le langage opère la traduction de ce qui n'est pas encore un langage mais de ce qu'on appelle de façon générale "l'expérience" vers un message. Or, cette différence n'altère pas forcément la nature codique du système de la langue et, en outre, ne retient pas dans le domaine du langage juridique qui nous intéresse ici, puisque l'expérience qui doit être traduite en message (juridique) est déjà formulée dans le langage ordinaire, "langage-origine" devant aboutir, par l'intermédiaire du code et notamment de l'opération de qualification juridique vers le "langage-cible" qui est le langage juridique.

Pierre Guiraud, de son côté, a pu établir d'autres différences entre code et langue. Si chacun est un système de conventions permettant de transformer un message, le code est un ensemble *clos* et *figé* de règles *explicites*, *préétablies* et *impératives*, tandis que la langue est un système ouvert et évolutif de règles *non explicites*,

(81) G. Mounin, *op. cit.*, p. 77-87.

(82) G. Mounin, *op. cit.*, p. 78-79.

(83) F. François, *Le langage Encyclopédie La Pléiade*, Gallimard, 1968, p. 11, cité par G. Mounin, *op. cit.*, p. 81.

non préétablies, non impératives (84). Or, synchroniquement, la langue apparaît elle-même comme un système clos et figé dont les règles sont impératives dans la mesure où il n'appartient pas à un individu de les changer ; en outre, par sa grammaire générative, Chomsky a pu énoncer certaines règles explicites de ce système qui apparaissent aussi comme préétablies car renvoyant aux structures syntaxiques qui sont des structures a priori de l'esprit humain, quelque chose comme l'invariant linguistique universel. Or, ce qui est vrai du langage ordinaire l'est ici *a fortiori* du langage juridique qui est d'abord presque toujours un langage *écrit* (c'est-à-dire un "système substitutif"), rédigé de façon précise et rigoureuse, dans un style généralement très surveillé, mais qui est surtout un langage dont l'organisation tant lexicale que syntaxique est chaque jour un peu mieux détectée par les travaux des juristes de toutes spécialités.

Mais, René Moreau (85) a pu découvrir encore d'autres différences entre le fonctionnement des langues et celui des codes. Dans les codes stricts, il y a une relation bi-univoque entre chaque signifiant et chaque signifié. Dans les langues au contraire, cette relation bi-univoque est l'exception. Tantôt il y a plusieurs signifiants pour un seul signifié ; tantôt il y a plusieurs signifiés pour un même signifiant. Or, le langage juridique échappe encore en partie à cette particularité du langage ordinaire pour se rapprocher d'autant des codes stricts. En effet, le juriste, dans la mesure du possible, *mais aussi du nécessaire*, s'efforce d'éviter ou de lever les synonymies, polysémies et homonymies, et de façon générale de pourchasser les ambivalences, ambiguïtés ou confusion du langage ordinaire. Mais, quelquefois par négligence, le plus souvent de propos délibéré, le juriste laisse subsister dans le langage juridique ces imperfections (ou ces prétendues imperfections) du langage ordinaire. Alors, cette latitude législative est soumise à un double contrôle : à celui du juge d'abord, du "jurisdisseur" à qui il arrive de déqualifier ou de requalifier un fait ou une activité que le juriste aurait mal qualifié ; à celui du juriste-théoricien ensuite qui effectue ce même travail de déqualification et requalification soit sur l'activité législative, soit sur l'activité jurisprudentielle. Donc, si le langage juridique n'atteint pas la perfection des codes stricts, il s'en approche singulièrement et, en tous cas, à un degré beaucoup plus élevé que ne le fait le langage ordinaire.

Enfin, Georges Mounin a pu trouver une confirmation des analyses de René Moreau dans les recherches effectuées sur les codes par Luis-Juan Prieto et la classification qui en découle (86). Prieto distingue en effet deux types de code : ceux "qui ne comportent que des sèmes dont les signifiés sont en rapport d'exclusion entre eux" (87) (ils correspondent aux *codes stricts* de René Moreau dans lesquels chaque signifiant renvoie à un seul signifié), et ceux qui comportent des sèmes dont les signifiés se trouvent en rapport d'inclusion ou d'intersection entre eux (on pourrait les appeler des *codes souples* dans la mesure où le même signifiant peut avoir plusieurs signifiés et où le même signifié peut correspondre à des signifiants différents).

On comprend maintenant tout l'intérêt des analyses de Mounin et de Prieto pour la connaissance du langage juridique. Ce dernier apparaît non comme un *code strict* (code qui ne comporte que des sèmes dont les signifiés sont en rapport d'exclusion entre eux), mais comme un "code souple", un *code linguistique* (code qui comporte des sèmes dont les signifiés se trouvent en rapport d'inclusion ou d'intersection entre eux). Cependant, comme il vient d'être dit au sujet de la conception de René

(84) P. Guiraud, *Études de linguistique appliquée*, Vol. 2, 1963, p. 37, cité par G. Mounin, op. cit., p. 82-83.

(85) R. Moreau, *Mathématiques et description des plans du contenu et de l'expression*, cité par G. Mounin, op. cit., 83-83.

(86) L.J. Prieto, *Messages et signaux*, P.U.F., 1966, p. 188-165, cité par G. Mounin, op. cit., p. 85.

(87) L.J. Prieto, op. cit., p. 129.

Moreau que la classification de L.-J. Prieto ne fait que corroborer, le langage juridique n'est pas seulement un code linguistique, il tend à prendre les caractères des codes stricts. Le passage du langage ordinaire au langage juridique est le passage (toujours inachevé et à recommencer) d'un code souple, "non strict" (c'est-à-dire du code linguistique) vers un code strict. J'ai rappelé, au sujet des analyses de René Moreau, que le travail législatif, juridictionnel, "juris-théorique" (si on permet cette expression pour désigner le travail du juriste-théoricien) réside effectivement dans ce passage qu'il a pour but d'opérer.

Or, -et ceci est essentiel- ce même travail (du législateur, jurisdiseur, juristhénéoricien) s'effectue également parfois en sens inverse, c'est-à-dire du code plus strict du langage juridique vers le code plus souple du langage ordinaire -sans que cela soit une quelconque régression pour le langage juridique, un retour en arrière pour la science juridique. En effet, si ce travail ne s'effectuait que dans le premier sens, le langage juridique une fois constitué demeurerait figé et bientôt sclérosé. Ainsi, le langage du législateur, du jurisdiseur et juristhénéoricien ne doit pas être interprété comme le simple et le seul passage d'un code souple vers un code plus strict, mais également comme le passage d'un code plus strict vers un code plus souple. Ces deux mouvements incessants et entrecroisés rapprochent le langage juridique tantôt du code linguistique, tantôt d'un code strict, entre les deux se crée une auto-régulation continue, une dialectique de l'échange qui forme la vie même du droit. Le langage juridique -que l'on pourrait appeler ici le code juridique- n'est ni le code linguistique ni un code strict, mais il est bien plutôt une certaine tension entre code linguistique et code strict.

Dans le domaine du langage ordinaire, c'est seulement grâce à l'existence du code linguistique ou code souple que l'on peut espérer traduire en partie la richesse et la complexité de l'expérience et des rapports humains. Comme l'a montré Georges Mounin, le langage instaure une traduction de l'expérience et une communication qui peut toujours commencer, se poursuivre et s'approfondir (88). Prieto a pu noter que seules les langues appartiennent à ce type de code que sont les codes souples, et il ajoute que la souplesse ou la plasticité de leur code "semble être le trait le plus caractéristique des langues" (89).

Il en va de même pour le code juridique dans la mesure où l'inachevé, l'indéterminé, le variable qu'il contient, recèle un incoercible pouvoir créateur et générateur. Ces polyvalences et ces potentialités du code juridique sont constitutives des "règles imprécises", de ces directions générales ou "standards" dont l'importance est si grande dans la vie du droit. Goldenberg a pu dire que "la question des règles imprécises est la question centrale de la science du droit" (90) et Stéphane Rials a montré que la "technique juridictionnelle" du standard ne fait qu'exprimer le traitement juridique des potentialités du langage ordinaire lors de sa traduction en langage du droit par le juge (91).

Selon Prieto, les langues sont le seul code "où il soit possible d'adapter aux circonstances la quantité d'indication significative qu'on fournit au signal" (92). Et cette adaptation n'est rendue possible que par le jeu des différents sèmes dont les signifiés se trouvent en rapport d'inclusion ou d'intersection entre eux -jeu qui n'apparaît que dans la construction du message par l'émetteur. Le code juridique fonctionne exactement de la même façon dans la mesure où les différents paradigmes juridiques (les jurisèmes) ont pour caractéristique de renvoyer à des signifiés qui se

(88) G. Mounin, *Les problèmes théoriques de la traduction*, Gallimard, 1963.

(89) L.J. Prieto, op. cit., p. 164.

(90) Cité par S. Rials, op. cit., p. 218.

(91) S. Rials, op. cit. (sous-titre : *Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*).

(92) L.J. Prieto, op. cit., p. 134.

trouvent eux-mêmes en rapport d'inclusion ou d'intersection entre eux. Et, "l'adaptation aux circonstances" de la "quantité d'information significative" qu'on fournit au paradigme juridique est réalisée par le jeu même de la décision juridictionnelle (qui apparaît bien comme la véritable manifestation du "langage du droit"). Le problème de l'interprétation en droit réside précisément dans cette adaptation aux circonstances des paradigmes juridiques adaptation qui détermine vraiment le paradigme juridique en réalisant ses potentialités, ce qui confirme que l'interprétation est aussi application et création du droit.

Prieto ajoute que "seules les langues laissent à l'émetteur la marge de *choix* qui constitue sans doute la condition générale permettant d'exécuter une opération donnée avec un *style* particulier" (93). C'est en cela que le *code linguistique*, "code souple", se distingue des codes stricts, et l'on mesure toute l'importance de cette caractéristique lorsque l'on sait que c'est précisément la possibilité de choix (lui permet la création, les anticipations et inventions. Prieto a parfaitement raison d'associer ici la "marge de choix" à l'exécution d'une opération "avec un style particulier". On peut d'ailleurs trouver une confirmation de cette analyse dans l'oeuvre de Gilles-Gaston Granger qui, dans sa "philosophie du style" et dans ses recherches sur l'individualisation du message, a montré que c'est dans le décalage, dans la frange d'interférences entre les signifiants et les signifiés que prennent place les "faits de style" : ceux-ci se glissent dans la marge d'indétermination, dans le "contenu latent" des polyvalences resté libre, au-delà de la structuration et de l'objectivation, pour donner naissance aux "conjectures", aux "pressentiments", aux "inventions" enfin -ce qui est vrai non seulement pour le langage de l'écrivain et du poète, mais aussi pour celui du savant et notamment du mathématicien (94).

Là encore, le code juridique fonctionne de la même façon. Seule la souplesse du code juridique permet au juge de parler le langage du droit avec un "style particulier", de transformer son travail juridictionnel en une "pratique individuée", en une activité authentiquement créatrice. Seule cette souplesse permet au juge -comme l'ont montré des auteurs aussi différents que Lambert et Perelman- d'effectuer "l'individualisation de la justice", l'adaptation créatrice des paradigmes juridiques aux protagonistes et aux circonstances de l'affaire qu'il faut régler. En effet, si le code juridique tendait toujours à se rapprocher de façon exclusive et unilatérale d'un code strict, il se condamnerait à réduire sans cesse sa marge de "déviation", de choix, de liberté -les possibilités combinatoires d'un code strict étant vite épuisées- toute manifestation du *style juridique* serait gravement hypothéquée, partant toute invention, toute création juridique deviendrait impossible -on n'aurait fait que substituer à la fécondité et à la créativité du code linguistique, la stérilité du code strict. Au contraire, l'invention juridique n'est rendue possible qu'en laissant subsister et même en recherchant parfois les ambivalences et ambiguïtés (c'est-à-dire les polyvalences et potentialités) du langage ordinaire qui en font la faiblesse, mais aussi la force parce que la richesse.

Ainsi, la distinction introduite par G-G. Granger entre le *sens* et la *signification* -et qui correspond en gros à la distinction entre la *dénotation* et les *connotations*- garde toute sa pertinence dans le langage juridique. La signification est le "renvoi à ce qui échappe à une certaine structuration manifeste dans une expérience" (95), le sens étant le contenu de cette "structuration manifeste". Le sens s'oppose donc à la signification comme "le contenu d'une objectivation manifeste, qui est structure, (s'oppose) au contenu d'une organisation latente de l'expérience, non

(93) L.J. Prieto, op. cit., p. 164.

(94) G.G. Granger, *Essai d'une philosophie du style*, A. Colin, 1968, p. 118.

(95) G.G. Granger, op. cit., p. 112.

actuellement objectivée, à laquelle les éléments du symbolisme structural secondairement et éventuellement renvoient" (96). De la même façon, le paradigme juridique n'a pas de sens, il n'a que des significations dans la mesure où le contenu latent de l'expérience juridique auquel il renvoie ne sera objectivé et déterminé que par la décision juridictionnelle, que par l'acte du juge.

A cet égard, il faut préciser que si la règle de droit (paradigme juridique) ne trouve sa valeur, c'est-à-dire sa portée et sa signification, que dans l'acte juridictionnel, cette valeur et cette signification sont encore précisées et délimitées par l'application des autres règles de droit qu'effectue également presque nécessairement tout acte juridictionnel. En effet, le jurisdiseur ne peut construire ses messages juridiques (ses syntagmes juridiques) qu'à partir de plusieurs règles de droit et appartenant parfois, en plus, à des registres différents, ceux des trois lexiques jurislatif, jurisprudentiel et juridictionnel. En outre, en vertu du caractère mixte du langage du jurisdiseur, la signification effective et appliquée des règles de droit dans la décision juridictionnelle, se trouve encore précisée et délimitée par les expressions du langage ordinaire qui sont irrémédiablement solidaires des expressions du langage normatif. Ainsi, la règle de droit, comme le mot selon la célèbre formule de Wittgenstein, "n'a pas de signification, elle n'a que des emplois". Or, c'est encore la combinaison des différentes "significations appliquées" tant des règles de droit entre elles que des règles de droit et des expressions du langage ordinaire, qui contribue, au cœur même de l'acte juridictionnel, à faire de ce dernier un acte vivant, un acte créateur de nouveauté et un acte porteur de liberté. L'acte juridictionnel est donc à la fois un acte d'application, d'interprétation et de création du droit parce qu'il est également un acte de combinaison de significations différentes, un acte de liberté, de choix. Et c'est précisément cet acte créateur qui permet de combler la *faille* qui existe nécessairement entre la règle de droit et son application.

Ainsi, de même que selon Wittgenstein les mots ne prennent véritablement leur signification que dans l'usage effectif d'un "jeu de langage" particulier, les règles de droit ne prennent elles aussi leur signification que dans l'usage effectif de ce "jeu de langage" particulier qu'est la décision juridictionnelle. S'il est vrai en effet, selon le "second Wittgenstein" (celui des *Investigations philosophiques* par opposition à celui du *Tractatus*), qu'un "jeu de langage" est une "forme de vie" correspondant à une activité spécifique par rapport à laquelle, seule, les mots ne prennent toute leur signification que par la fonction et le mode d'emploi (97) qui leur y est donné, il en va exactement de même pour la signification c'est-à-dire "l'emploi" des règles de droit dans la décision juridictionnelle. La comparaison wittgensteinienne du langage à la *vie*, à un *fleuve* et à un *flux* convient encore parfaitement au langage du droit : "l'application et l'interprétation des mots, écrit Wittgenstein, s'écoulent comme un fleuve, et c'est seulement dans le flot que le mot a sa signification" (98), il en va de même pour les règles de droit qui ne trouvent leur détermination que dans le "flux" de la décision juridictionnelle qui est une création continue de nouvelles déterminations et significations pour la règle de droit. Il est en effet de l'essence de la décision juridictionnelle, comme de celle de la proposition selon Wittgenstein, de nous "communiquer un sens nouveau" (99) : dans le langage ordinaire, ce processus créatif est rendu possible par la faille qui existe entre la règle grammaticale ou "ordre" (la *compétence* linguistique de Chomsky) et son application ou "exécution" dans la phrase (la *performance* linguistique de Chomsky). "Entre l'ordre et l'exécution, écrit Wittgenstein, il y a une faille. Il faut qu'elle soit comblée par l'acte de

(96) G.G. Granger, op. cit., p. 133.

(97) L. Wittgenstein, *Investigations philosophiques*, I, § II.

(98) L. Wittgenstein, *Zettel*, 135.

(99) L. Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, 4027.

compréhension" (100) -il en va exactement de même dans le langage du droit où la faille entre la règle et son application doit être comblée par l'acte juridictionnel. Mais la formule wittgensteinienne qui connaît sans aucun doute sa manifestation la plus lumineuse et la plus pertinente dans le domaine du droit, et singulièrement dans le problème de la réalisation de la règle de droit par le jurisdiseur, est cette formule des *Investigations philosophiques* : "La règle ne travaille pas, car tout ce qui arrive selon la règle est une interprétation de la règle" (101). Le contexte de cette formule et le commentaire de Jacques Bouveresse (102) permet de penser tout d'abord que, selon Wittgenstein, la règle "ne travaille pas" au sens où elle mettrait en mouvement le déroulement matériel d'un programme comme le ferait une machine mathématique. Au contraire, et cela est vrai pour la règle logico-grammaticale qui préoccupe Wittgenstein tout aussi bien que pour la règle de droit, la règle joue, dans les trois sens du mot "jouer": elle joue d'abord au premier sens qui se rapporte à une règle, c'est-à-dire qu'elle s'applique, elle joue ensuite dans un second sens plus spécifiquement wittgensteinien dans la mesure où elle est au coeur d'un "jeu de langage", et là, elle pourrait jouer au sens ludique du terme si la reconnaissance et la manifestation des jeux de langage n'étaient des activités plus que sérieuses, caractérisées par leur haute valeur opératoire et critique, enfin la règle joue dans un dernier sens qui est confirmé par la seconde partie de la formule de Wittgenstein, elle joue au sens où l'on dit qu'une porte "joue", c'est-à-dire qu'elle a besoin d'une souplesse, d'une plasticité que lui confère précisément l'interprétation dans la mesure où il n'y a pas de règle sans interprétation de la règle. C'est pourquoi Wittgenstein a été amené à donner un statut à l'inexact, à l'indéterminé. Les règles d'un jeu de langage, écrit-il dans les *Investigations*, sont des concepts "à bords flous" (103), des concepts inexacts. Or, s'il est vrai que la décision juridictionnelle n'est rien d'autre qu'un jeu de langage particulier, elle fonctionne elle aussi à partir de ces concepts à bords flous, indéterminés, que sont les paradigmes juridiques qui, en dernière analyse, renvoient tous (depuis la règle de droit jusqu'à la théorie juridictionnelle) à ces notions indéterminées ou à contenu variable que sont les standards.

S'il est vrai que l'exploration wittgensteinienne des jeux de langage est le plus grand effort jamais tenté pour rendre compte de la spécificité et de la créativité du fonctionnement du langage, cette exploration devrait occuper une place essentielle dans la compréhension et l'élucidation de la "structure profonde" de la décision juridictionnelle qui seule est pertinente -répétons-le- pour la véritable connaissance du langage du droit. A cet égard, notons que l'expression "structure profonde" ne correspond ici que très imparfaitement à la même expression employée par Chomsky pour l'opposer, à la "structure, superficielle" du langage. En effet, si j'ai pu me référer à la grammaire générative pour souligner "l'aspect créateur" du langage du juge, Wittgenstein aurait rejeté cette référence comme étant encore trop mécaniste. Récusant par avance toute tentative de mécanisation, de réduction du langage à un système d'instructions explicites, même logico-mathématiques, de type algorithmique, tel qu'après lui s'efforcera de l'opérer la grammaire générative, Wittgenstein n'aurait-il pas pour les mêmes raisons récusé également l'application qui est faite, dans le domaine du droit, de la *logique des normes* pourtant découverte,

(100) L. Wittgenstein, *Investigations philosophiques*, I, 431.

(101) L. Wittgenstein, *Bemerkungen über die Grundlagen der Mathematik*, III, 48.

(102) J. Bouveresse, *La notion de "grammaire" chez le second Wittgenstein*, in *Revue Internationale de Philosophie*, 1969, 2-3.

(103) L. Wittgenstein, *Investigations philosophiques*, § 71.

en même temps que par Georges Kalinowski, par son propre disciple et successeur Georges-Henrik von Wright (104) ?

En outre, l'analyse de Wittgenstein confirme l'impossibilité de considérer le langage du jurislatureur comme un langage authentique : il serait difficile en effet d'y découvrir des "jeux de langage". Tout au plus, et conformément à la comparaison wittgensteinienne du jeu de langage à une "boîte à outils" (105), la jurislation représente certains de ces outils qui, en vrac, seraient mis à la disposition du jurisdiseur, mais c'est toujours à ce dernier qu'il appartient de confectionner la boîte à outils, de la modifier, de la compléter par des outils qu'il aura lui-même aménagés et parfois créés de toutes pièces en fonction de ses besoins.

En fin de compte, ce qu'il y a de plus remarquable ici, c'est que les analyses conduites par Wittgenstein pour le langage ordinaire, prennent un retentissement éminemment opératoire et peut-être même privilégié dans le domaine du droit - ce qui accreditte singulièrement la thèse du "parallélisme juridico-grammatical", car, s'il y a, comme le pensait Leibniz, "de la morale jusque dans la géométrie", du juridique jusque dans le mathématique, il y a peut-être également *a fortiori* "de la morale jusque dans la grammaire", du juridique jusque dans le grammatical.

Cependant, le parallélisme juridico-grammatical n'est pas seulement la croyance en une concordance parfaite entre la *forme linguistique* et la *forme juridique* car si le langage ordinaire remplit la fonction de communication et le langage scientifique la fonction d'*élaboration* de la pensée (ou structuration de l'expérience), le langage juridique remplit d'abord la fonction normative grâce à ces instruments *ordonnateurs* de l'action - dans les deux sens du mot "ordonner" : "donner un ordre" (fonction de volonté) et "mettre en ordre" (fonction de connaissance) - que sont les normes et les valeurs, les paradigmes juridiques renvoyant toujours à des standards, inséparables le plus souvent de "paradigmes axiologiques" qu'il appartiendrait à une véritable *science de la morale* d'explorer et de recenser afin d'en dresser la typologie et d'en faire la théorie (106).

CONCLUSION

Ce qui caractérise la théorie normative du droit c'est d'abord sa prétention unificatrice des différentes branches du droit et des différents systèmes juridiques, ainsi que son effort corrélatif pour détecter l'élément ultime de l'alphabet du droit, le *paradigme juridique*, véritable atome du langage du droit, depuis la directive et la clause contractuelle jusqu'à la théorie juridictionnelle, en passant par la norme constitutionnelle, législative ou réglementaire.

C'est ensuite sa tentative de dévoiler la véritable place du législateur, du juge et du juriste (plus précisément du jurislatureur, du jurisdiseur et du juristhéricien) en essayant de déterminer leur rôle respectif et spécifique dans la vie du droit.

En ce qui concerne le jurislatureur, il ne fait pas de doute que la plupart des lois et des décrets s'inscrivent dans une politique d'ensemble, poursuivent des fins spécifiques, s'appuient sur de grands principes directeurs et s'efforcent d'incarner un système de valeurs plus ou moins librement choisi. Il est donc clair que cette production normative, soigneusement rédigée, subdivisée en titres et en articles, présente une unité caractéristique, une logique qui lui est propre, et donc effectue incontestablement une objectivation, une structuration de l'expérience juridique.

(104) Mon ouvrage précité, *Livre II, Chap. XI, Kalinowski : la logique des normes, la sémiotique juridique et la science normative*.

(105) L. Wittgenstein, *Investigations philosophiques*, I, § II.

(106) Sur ce dernier point, voir mes ouvrages précités, *Les normes de l'action*, et le *Livre II* de ma *Pensée juridique*, en particulier le *Chap. IX L'existentialisme et le droit*.

Cependant, elle demeure une objectivation de proposition, d'orientation, elle reste "en puissance", potentielle et virtuelle tant qu'elle n'est pas devenue une objectivation "en acte", réelle et effective grâce à l'intercession du jurisdiseur.

Pour ce qui est du jurisdiseur, la théorie normative du droit ne fait qu'exalter sa tâche, mettre en lumière son rôle puisque lui seul peut créer les paradigmes juridiques ou (ce qui revient un peu au même) leur donner l'estampille de leur authenticité c'est-à-dire de leur existence et de leur valeur juridique et par le fait même leur conférer un visa d'efficacité. Ainsi, cette théorie rappelle-t-elle que le jurisdiseur doit impérativement échapper à toute pression idéologique, mais aussi montre-t-elle que si, par manque d'objectivité, ou "mauvais vouloir", le jurisdiseur ne veut pas (par exemple "en filtrant le moustique et laissant passer le chameau") ou ne peut pas (engorgement des tribunaux et des administrations aboutissant au déni de juridiction) accomplir sa mission, le droit est bien près de disparaître complètement.

Quant au juristhéricien, la théorie normative du droit montre que ce sont non seulement les théories sociologique, historique, psychologique ou ethnologique du droit, mais de façon générale la plupart des théories juridiques modernes qui, reposant sur la distinction du droit et de la science du droit, et par conséquent étant toutes de nature fondamentalement méta-linguistique c'est-à-dire méta-juridique, se révèlent être dans leur essence même, extra-juridiques et donc juridiquement dépourvues de sens. Car, une théorie du droit qui n'est pas normative, qui ne se situe pas dans le prolongement même du droit, ne peut être qu'une fausse théorie du droit ; en outre, une telle théorie ne peut reconnaître la vraie place de la morale et des valeurs dans la vie du droit, elle ne peut que récuser la possibilité d'une véritable "science de la morale" au sens où l'entendait Renouvier (107), science qui se situerait aux antipodes de la "physique des mœurs" telle que voulut l'édifier naguère Lucien Lévy-Brühl.

C'est pourquoi enfin, la théorie normative du droit nous conduit à reconsidérer la place de la science juridique dans l'édifice scientifique. La conception traditionnelle de cet édifice semble en effet exclure catégoriquement la possibilité des *sciences de la raison pratique* pour ne reconnaître que la seule existence des *sciences de la raison théorique*, celles-ci se répartissant en trois groupes : les sciences formelles ou logico-mathématiques, les sciences de la nature et les sciences sociales parmi lesquelles leur place est évidemment assignée à la science du droit ainsi qu'à la science morale reléguée au rang de "science des mœurs".

La théorie normative du droit met au contraire en lumière la spécificité de la science juridique et de la science de la morale comme étant au cœur des sciences de la raison pratique qui devraient également régir, au moins en partie, la science religieuse et même la science politique. Elle nous suggère par conséquent de dissocier les sciences sociales des sciences de la raison théorique pour les associer dans une certaine mesure aux sciences de la raison pratique -ce qui justifie pleinement la remarquable anticipation de A. Edel citée par C. Grzegorzcyk : "quand l'histoire intellectuelle de la science sociale contemporaine aura été écrite, un de ses thèmes majeurs sera la relation de la science sociale à la valeur" (108). Ainsi, conformément à une vieille intuition, les sciences de la raison pratique regroupent-elles d'une certaine façon non seulement les sciences juridique et religieuse mais également ce qu'il est convenu d'appeler les "sciences morale et politique".

Les sciences du langage elles-mêmes qui occupent une place stratégique dans l'édifice scientifique (comme le confirme la théorie normative du droit) ne peuvent

(107) Ch. Renouvier, *La science de la morale*, Alcan, 1908 : "La morale et les mathématiques ont cela de commun que, pour exister à titre de sciences, elles doivent se fonder sur de purs concepts", *Préface*, p. 1.

(108) A. Edel, *Social science and value : a study of interrelations in the new sociology*, New-York, 1965, cité par C. Grzegorzcyk, *La théorie générale des valeurs et le droit*, L.G.D.J., 1992, p. 271.

continuer à être exclusivement rapportées aux sciences sociales. En effet, elles relèvent elles aussi, pour partie, des sciences logico-mathématiques qui sont à n'en pas douter des sciences du langage, mais également et corrélativement elles se trouvent en rapport avec les sciences de la raison pratique puisqu'elles sont inséparables d'une normativité même si celle-ci a surgi spontanément de la découverte et de l'utilisation du langage dans les sociétés humaines : les règles grammaticales n'étant rien d'autre que des règles normatives, constitutives du langage lui-même.

Mais, cette "révolution normative" ne se limite pas au domaine des sciences sociales : les sciences logico-mathématiques et même les sciences de la nature pourraient être éclairées à la lumière des sciences de la raison pratique.

En ce qui concerne les sciences logico-mathématiques, rappelons simplement que la logique, la première des sciences, discipline normative par excellence chez les Anciens (puisqu'elle dicte les "règles du vrai") le reste chez les Modernes, et à un double titre, en tant que *prescription* de la légalité de la pensée d'une part, en tant que *description de la légalité* du discours d'autre part, c'est-à-dire en tant que "canonique de la pensée" d'une part, en tant que "constitutionnalisation" (au sens juridique du terme) du discours d'autre part (109).

Enfin, et même si la thèse est beaucoup plus difficile à admettre que pour les sciences logico-mathématiques, les sciences de la nature elles-mêmes qui d'emblée et par définition semblent avoir pour objet la connaissance de *ce qui est* et non de *ce qui doit être*, ne sauraient exclure définitivement le normatif. Toutes les sciences en effet, et pas seulement les logico-mathématiques, sont l'oeuvre de l'esprit dont Brunschvicg disait admirablement qu'il se reconnaît à son "pouvoir de dépasser tout donné et de le structurer en fonction d'une norme" (110). Car si la norme correspond à un principe d'intelligibilité spécifique au secteur du réel qu'elle vise, la vérification expérimentale elle-même n'a de sens que par rapport à cette norme. Les phénomènes de la nature, avant d'être des expériences sont des exigences, avant d'être des faits ce sont des hypothèses et donc des normes. Comme les instruments selon Bachelard, les phénomènes de la nature ne sont que des "théories matérialisées", des systèmes normatifs concrétisés. En ce sens, Brunschvicg n'avait pas tort de dire qu'en construisant la science, l'esprit construit le monde des phénomènes : le "choc expérimental" ne renvoie à aucun fait prétendu brut, c'est l'esprit lui-même accusant réception de sa propre limitation et se dirigeant toujours suivant ce que Spinoza appelait "la norme de l'idée vraie donnée".

Ainsi, toute science, qu'elle soit mathématique, culturelle ou naturelle, est normative à un double titre : en tant que "langue bien faite", elle est à la fois prescription d'une organisation symbolique c'est-à-dire normative et description de cette organisation, elle est à la fois canonique de la pensée et constitutionnalisation d'un discours scientifique. Car les normes constitutives du langage scientifique, celles qui définissent l'ordonnement normatif de son discours, sont à la fois des normes de prescription et des normes de description d'une normativité : elles donnent lieu à une véritable "dialectique normative" du prescriptif et du descriptif qui est au cœur du fonctionnement interne du symbolisme scientifique. C'est pourquoi, l'expression "science normative", bien loin d'être, comme nous invitent à le penser certains positivistes, une contradiction dans les termes, est-elle au contraire un véritable pléonasme. Et il serait pour le moins curieux d'invoquer la science juridique, science normative par excellence, afin de s'inscrire en faux contre cette assertion.

(109) Sur l'expression "canonique de la pensée", voir Ch. Serrus, *Le parallélisme logico-grammatical*, Alcan, 1933, et son examen critique chez J.L. Gardies, *Esquisse d'une grammaire pure*, Vrin, 1975.

(110) R. Boirel, *Léon Brunschvicg*, P.U.F., 1964, p. 30.

SERMENT ET QUÊTE DE SENS (1)

Par

Pierre DAUCHY

Maître de Conférences à l'Université de Valenciennes et du Hainaut Cambrésis,

Membre du LERADP

(Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé - Lille II),

A l'heure où le tunnel sous la Manche est prêt d'entrer en exploitation il est intéressant de noter qu'en son temps la presse française avait accueilli avec soulagement la nouvelle de la signature solennelle, en la cathédrale de Canterbury, du traité franco-anglais sur le lien fixe transmanche. On s'est plu à répéter que l'engagement pris par la Grande-Bretagne excluait désormais tout retour en arrière.

Cet événement nous permet de formuler quelques réflexions introductives à notre propos. On se souvient des multiples tentatives de réalisation d'un tunnel, et plus particulièrement de celle de 1975, quand la Grande-Bretagne avait interrompu unilatéralement les travaux. Qu'en face d'un partenaire imprévisible on ait tout spécialement insisté sur l'irrévocabilité de l'engagement est significatif. Au-delà des impératifs financiers, l'engagement est un moyen d'assurer une réalité humaine définie et stable, située hors des contingences appartenant au temps historique. Comme le montre Jean Cazeneuve, le devenir est porteur d'impureté, de vicissitude (2). Mircea Eliade, de même, affirme que l'histoire est un principe de malheur et d'angoisse pour la conscience primitive (3), tandis que Michel Maffesolo transpose au monde actuel ce phénomène de la négation du temps (4).

Par ailleurs le lieu de la signature est hautement symbolique. Là-même où se sont violemment opposés le pouvoir religieux et le pouvoir politique, avec l'assassinat de Thomas Becket commandité par Henry II en 1170, les deux pouvoirs de retrouvent à nouveau, mais le pouvoir politique n'a plus rien à retirer au pouvoir religieux : la cérémonie de signature est une grand'messe profane.

A vrai dire, il n'existe pas ou peu de notions certaines ni d'études approfondies sur le serment. Pourtant, nous avons tous une appréhension intuitive de la valeur de la parole donnée et nous pouvons observer autour de nous nombre d'exemples de serments. Sans doute l'ethnologie et l'histoire peuvent aider à dresser une typologie des serments dans l'espace et dans le temps. Ce travail peut sembler préliminaire à toute réflexion sur l'essence du serment. Mais il n'est pas inutile non

(1) Cet article est une version remaniée d'une conférence prononcée au Centre droit et culture de l'Université de Paris X ; le cycle de conférences ayant donné lieu à la publication de l'ouvrage, *Le Serment*, 2 tomes, CNRS Paris 1991.

(2) *Sociologie du rite*, P.U.F. 1971, p. 116.

(3) *Le mythe de l'éternel retour. Archétype et répétition*, Gallimard, 1949.

(4) *La conquête du présent*, P.U.F., 1979, p. 95-102.

plus de formuler certaines hypothèses de travail à partir de la philosophie et de l'anthropologie (au sens où l'entend Levi-Strauss, qui affirme l'unité substantielle de l'homme). Nous reconnaissons volontiers que ces hypothèses de travail, qui se présentent comme exploratoires et non contraignantes, pourront n'embrasser que partiellement la réalité. Leur intérêt reste cependant de fournir une première approximation cognitive du corpus étudié.

Il convient tout d'abord de définir à grands traits le serment. Selon le *Petit Robert* ce mot vient du latin *sacramentum* et comporte deux acceptions : soit 1) Affirmation ou promesse solennelle faite en invoquant un être ou un objet sacré, (une valeur morale reconnue) comme gage de sa bonne foi ; soit 2) Engagement solennel fait en public (serment politique : promesse de fidélité à une autorité). L'étymologie est importante, car *sacramentum* renvoie à *sacer* (sacré) et indique la liaison avec le rite. Le serment est une forme rituelle, soit un rite à lui seul, soit inséré dans une cérémonie rituelle. Cette cérémonie est plus particulièrement une invocation qui permet au serment de fonder une réalité humaine définie et stable sur une réalité transcendante, ou plus exactement numineuse, au sens où l'entend Rudolf Otto, c'est-à-dire perception vague d'un inconnu, d'un tout autre, étranger à l'ordre du monde et à notre vie quotidienne. Selon Jean Cazeneuve "*le sacré est un aspect du numineux par lequel celui-ci apparaît comme l'archétype transcendant qui fonde l'ordre humain sans lui être asservi*"(5).

La structure du serment est donc complexe. Il faut distinguer d'abord les personnes impliquées : celui qui prête serment, celui qui le reçoit, et qui peut être un simple témoin de l'engagement ou parfois la même personne que le jureur ; celui qui garantit le serment, et qui est soit Dieu soit tout être ou objet numineux. Il faut ensuite distinguer le contenu du serment : soit l'affirmation d'une vérité (on parle alors de serment assertoire ou affirmatif), soit engagement de faire (on parle alors de serment promissoire ; un parallèle peut être tiré avec la théorie des actes de langage d'Austin).

On remarquera qu'il s'agit toujours de témoigner soit d'une disposition intérieure, d'une volonté personnelle, soit de faits extérieurs qu'on rapporte.

Le serment est un moyen de manifester, de mettre en exergue ce témoignage en l'opposant au dit quotidien. C'est donc une forme de rituel élevée. Mais étymologiquement on retrouve la racine *testis* (témoin) dans attester, contester, détester, ce qui indique que le serment lui aussi peut être vécu au quotidien. Il existe d'ailleurs des rites du quotidien.

Le serment est une forme d'action linguistique déployée par l'individu au contact avec autrui, car le serment implique toujours un auditoire, même si celui-ci est fictif (cas où on se jure dans son for intérieur, où on se fait un serment). C'est une forme rituelle, originellement marquée, mais utilisée aussi sous sa forme faible dans la vie quotidienne. Il s'agit toujours de marquer, d'attester, de fixer. L'esprit humain a en effet besoin de fixité et de certitude. Bergson, dans *La pensée et le mouvant* (6), rapporte l'activité de l'entendement humain à ce même besoin : "*Si l'intelligence, spontanée ou réfléchie, écarte le temps réel, ne serait-ce pas que la destination de notre entendement l'exige ? C'est bien ce que nous crûmes apercevoir en étudiant la structure de l'entendement humain. Il nous a paru qu'une de ses fonctions était justement de masquer la durée, soit dans le mouvement soit dans le changement*".

Le serment ne serait-il pas une production de l'intelligence "spontanée" en vue de dissiper l'incertitude de l'environnement ? Il mettrait ainsi fin au caractère

(5) Op. cit. p. 315.

(6) Alcan, 1939, p. 13.

fluctuant du monde (recours au serment assertoire) et à l'insaisissabilité d'autrui (recours au serment promissoire).

Le serment naît ainsi de la situation de l'homme au sein du monde et du besoin qu'il ressent d'une fixité garantie des choses et des hommes. Le recours à l'anthropologie philosophique apparaît parfaitement justifié pour l'analyse du serment et peut nous éclairer sur la situation mondaine de l'homme. Dans un second temps, on verra comment le serment répond à un quête de sens en garantissant le fondement de la croyance vraie et la légitimité de la parole.

I - LA SITUATION MONDAINE DE L'HOMME

Nous donnerons ici seulement quelques indications, car le thème de l'angoisse existentielle est très développé en anthropologie et en ethnologie et, depuis Mauss, fait l'objet d'une très abondante littérature à laquelle il suffira de renvoyer. Notons brièvement que l'individu a à construire et à maintenir son moi, et que dans cette entreprise il se heurte à la fois à son environnement matériel et à autrui.

A - LE CHOC D'UN MONDE FLUANT

En France, Jeanne Favret, du CNRS, a conduit pendant plusieurs années une recherche, dans le bocage normand, sur les pratiques de sorcellerie comme remède et assurance face à l'explicabilité et l'insaisissabilité du monde pour les paysans emplis de désarroi lorsqu'un événement de quelque importance vient troubler la continuité du quotidien, tandis que Sabine Hargous met en évidence dans les sociétés sud-américaines le phénomène du *susto* ou perte de l'âme par l'effet de la surprise. Pour elle, *"la notion de séparation accidentelle de l'esprit, comme entité indépendante, sans perte de la vie, est une croyance universellement répandue et que l'on rencontre dans toute société archaïque où la vision sociale de l'existence est encombrée d'angoisses, d'insécurité. L'individu est alors cerné par ces flux de forces multiples qui couvrent la communauté et agissent sur lui dès qu'il s'écarte de la sphère unie du groupe en transgressant le tabou, (pris ici dans son sens le plus large de règlement à valeur d'interdit), et entre, solitaire et vulnérable, dans le monde du non-donné"* (7). Les travaux de l'ethnologue italien Ernesto De Martino, qui a observé dans le même sens les sociétés africaines et celles d'Italie méridionale ont également tout particulièrement passionné Giovanni Jervis, qui est au centre du mouvement anti-psychiatrique italien et qui a obtenu en 1978 la fermeture des hôpitaux psychiatriques dans ce pays.

Enfin il semble que les analyses de De Martino puissent s'autoriser, au moins en partie, de grands précurseurs. Marcel Mauss, étudiant la pensée magique dans *Esquisse d'une théorie générale de la magie* (8) constate que chez les peuples primitifs *"sans cesse les habitudes populaires sont dérangées par ce qui paraît troubler l'ordre des choses, sécheresse, richesse, maladie, mort, guerre, météores, pierres à formes spéciales, individus anormaux, etc. A chacun de ces heurts, à chaque perception extraordinaire, la société hésite, elle cherche, elle attend"* (9). Cette perception extraordinaire, parce que ne correspondant pas à une signification reconnue, renvoie à la notion de "manitou" chez les Algonquins, notion similaire au "mana" mélanésien et qui *"désigne plus particulièrement tout être qui n'a pas encore un nom commun, qui n'est pas familier : d'une salamandre, une femme disait qu'elle*

(7) *Les appeleurs d'âmes*, Robert Laffont, 1975, p. 70.

(8) in *Année sociologique* 1902-1903, repris dans *Sociologie et anthropologie*, P.U.F., 1973.

(9) Op. cit. p. 132.

avait peur, c'était un manitou ; on se moque d'elle en lui disant le nom" (10) (c'est nous qui soulignons).

Cette problématique du sens et du risque existentiel est constante chez Mauss. Étudiant "*l'effet physique chez l'individu de l'idée de mort suggérée par la collectivité*" (11), il écrit ce qui suit : "*(les exemples qui viennent d'être donnés) sont ceux où la nature sociale rejoint très directement la nature biologique de l'homme. Cette peur panique qui désorganise tout dans la conscience, jusqu'à ce qu'on appelle l'instinct de conservation, désorganise surtout la vie elle-même. Le chaînon psychologique est visible, solide : la conscience. Mais il n'est pas gros ; l'individu enchanté, ou en état de péché mortel, perd tout contrôle de sa vie, tout choix, toute indépendance, toute sa personnalité*"... "*ces faits confirment et étendent la théorie du suicide anomique que Durkheim a exposée dans un livre modèle de démonstration sociologique*".

B - L'INSAISSABILITÉ D'AUTRUI

Les développements précédents ont montré que ce n'est pas seulement le monde matériel qui fait difficulté, mais également et plus encore les rapports intersubjectifs. Ce second élément devient prédominant ; en effet, à l'heure actuelle, l'homme a transformé la nature et partout l'on trouve son empreinte : ce n'est plus tant le milieu naturel que le milieu social qui compose son environnement. C'est donc sur le plan des rapports interindividuels que seront créées des règles générales visant à écarter ce risque primitif, en permettant des relations interindividuelles stables et prévisibles.

L'individu va donc se trouver amené à produire un discours descriptif et rassurant du monde. Mais il lui faut aussi s'assurer de la légitimité de ce qui est affirmé. Le serment trouve naturellement ici son point d'ancrage. Il importe cependant de faire remarquer que le rôle du serment évolue avec le développement de la société humaine et le déclin du sentiment religieux au profit du politique.

II - DU SERMENT RELIGIEUX AU SERMENT POLITIQUE

La quête de sens en vue d'écarter l'angoisse basale vise nécessairement à chasser l'équivoque et le chaos polysémique du monde pour y subsister un discours univoque, attribuant un sens et un seul à chaque objet de représentation, y compris autrui. En même temps il importe que ce discours soit intégralement légitimé. Vis-à-vis de cet environnement à maîtriser, l'homme peut adopter deux attitudes, l'une défensive, l'autre offensive. L'attitude défensive consiste à limiter l'emprise du sens à une sphère restreinte autour du groupe social. Au-delà béé un monde toujours trop plein de sens multiples pour qu'on puisse l'appréhender. L'attitude offensive correspond à celle de l'homme prométhéen, qui ne reconnaît au monde aucun sens autre que celui qu'il lui attribue, qui investit l'ensemble du monde et multiplie ses connaissances, fournissant un discours scientifique de la réalité, exclusif de tous les autres.

Ces deux attitudes sont fonction des capacités de l'entendement humain. C'est sans doute chez les Grecs anciens que le discours magique laisse pour la première fois place au discours scientifique. Mauss explique ainsi le passage de l'un à l'autre (la datation est également de lui) : la magie suppose une manipulation du monde et

(10) Op. cit., p. 109.

(11) *Journal de psychologie normale et pathologique*, 1926, repris dans *Sociologie et anthropologie*, op. cit., p. 311-330.

fournit un cadre à l'éclosion des techniques, par exemple la métallurgie et l'art des émaux naissent de l'alchimie ; mais aussi, plus profondément : "*on peut croire que c'est dans les écoles de magiciens que se sont constituées une tradition scientifique et une méthode d'éducation intellectuelle (...) ainsi nous pensons trouver à l'origine de la magie la forme première de représentations collectives qui sont devenues depuis les fondements de l'entendement individuel*" (12) (c'est nous qui soulignons).

Observons-le, cette datation correspond également à l'invention de la politique comme gouvernement de la société, lequel implique toujours, selon le mot de Paul Valéry, "*une idée de l'homme et de l'esprit, une représentation du monde*". Dès lors, il n'est pas sans objet de rattacher l'attitude défensive à la prédominance du religieux et l'attitude offensive à la prédominance politique, étant entendu que ce sont là des types idéaux qui dans la pratique coexistent.

A - L'ÉTREINTE DU GROUPE SOCIAL

Au moyen de l'attitude défensive, l'individu cherche essentiellement à éviter l'envahissement de son moi par l'extériorité. De Martino donne des exemples de tel envahissement, appelé olonisme. Il relate comment un indigène, s'étant aventuré dans une portion inconnue de la forêt, est saisi par le frémissement soudain des hautes cimes sous le vent, et se met lui-même à trembler sur place et à émettre des sons imitant le bruissement. Ou encore, il rappelle cet incident survenu dans l'armée tsariste, lorsque des cosaques au garde à vous sont abreuvés d'injures par leur officier russe : blancs de peur, ils répètent automatiquement les mêmes injures. Dans ces hypothèses, le moi, insuffisamment constitué et garanti, cède devant un stimulus qu'il ne peut intégrer par la raison connaissante. On peut dire que dans ces cas de situations extrêmes (selon la terminologie de Bruno Bettelheim), il y a une véritable possession du sujet par l'extériorité (ou un engloutissement pour reprendre l'expression imagée de Ronald Laing dans *Le moi divisé* (13)).

L'individu se trouve alors en position obsidionale, assiégé par l'extériorité. Le remède est en ce cas de renforcer la frontière entre le moi et l'extériorité. Cette démarche vaut aussi bien pour l'individu isolé dans le monde moderne que pour l'ensemble de la tribu primitive. On institue des gardes aux frontières sous forme de tabous, pour empêcher l'extériorité de s'engouffrer. On tente également de domestiquer en partie l'extériorité en expliquant le monde au travers d'une interprétation autorisée : il s'agit de recourir à des mythes fondateurs qui, selon Mircea Eliade, seuls révèlent "*le réel, le surabondant, l'efficace*". Dans le réel ainsi délimité et constitué, il faut ensuite réduire l'ambiguïté des individus et les ramener à des termes opératoires. Interviennent ici le statut et le rôle dévolus à chacun. Le serment, souvent dans le cadre d'un rite de passage, dont Arnold van Gennep a montré l'importance et l'expansion, a pour effet de fixer l'individu. Enfin il convient d'obtenir l'assentiment des individus en ce qui concerne l'organisation du monde défini dans les mythes fondateurs, et là aussi le serment, acquiescement individuel, conforte le statut dans le cadre duquel il est traité. Ainsi se rejoignent volonté individuelle et statut collectif. George Davy l'avait déjà établi dans *La foi jurée*.

On voit que le serment est lié à la foi à la représentation de cosmos et à la représentation de la société. Refuser le serment, c'est rejeter la société dans ce qu'elle a à la fois de plus profond et de plus évident. Cette mise en question aboutit à détruire toute l'objectivité garantie, car elle démontre son côté conventionnel et donc discutable. Selon Jean Cazeneuve "*on veut fixer la condition humaine dans un*

(12) *Esquisse d'une théorie générale de la magie*, op. cit., p. 136-137.

(13) Stock, 1970, p. 39.

système stable en l'entourant de règles, et alors on a recours à des rites pour écarter de ce système tout ce qui symbolise son imperfection" (14). Si, comme l'expose Claude Lévi-Strauss dans son Introduction à l'oeuvre de Marcel Mauss (15), le problème central de la condition humaine est de faire correspondre le langage de l'homme avec l'univers tout entier devenu d'un seul coup signifiant à l'aube de l'humanité, on comprend que, à défaut de connaissance scientifique certaine, il faille établir cette correspondance du langage et du monde -faute de quoi l'homme ne peut se constituer en sujet au sein d'un ordre stable- sur une valeur extérieure au monde, absolument intransitive : le numineux.

Le rite est alors allocation de sens au monde, et allocation de sens aux individus. Par l'invocation du numineux, le rite est le seul à même de garantir la véracité de l'investissement de sens et la légitimité de la parole. A ce stade, l'homme vit en symbiose avec la tribu et le serment, forme individuelle d'expression, n'apparaît pas directement. Il est enchâssé dans le rite social comme l'homme l'est dans le groupe social. Ce qui n'empêche pas de constater qu'il existe des sortes de prestations collectives de serment, des cérémonies où l'on invoque collectivement le numineux. Par ailleurs reste toujours la pratique des rites de passage individuels (entrée dans l'âge adulte par exemple), qui sont l'occasion de serment au sens étroit.

B - L'HOMME PROMÉTHÉEN

La situation est différente lorsque s'affirme la connaissance scientifique en même temps qu'apparaît la pensée politique. L'attitude face au monde peut alors devenir offensive, prométhéenne. Georges Gurvitch désigne sous le vocable de prométhéen les sociétés dont la volonté consciente est de rompre avec la légitimation religieuse traditionnelle, afin de s'organiser et de se développer sur la base de la raison, de la science, de la technique (16). Dans cette configuration, l'homme investit la nature, fournissant un discours scientifique de la réalité, exclusif de tous les autres. Il applique également cette connaissance scientifique à l'homme lui-même (la politique est la première des sciences humaines). Enfin il n'a plus recours au numineux pour garantir l'être-là des personnes. Cette garantie est désormais donnée par les institutions objectives (société civile, État, administration...). A vrai dire ceci n'intervient véritablement et totalement qu'à la fin du XVIIIe siècle avec *"l'affirmation de l'État souverain, affichant la spécificité d'un pouvoir sans commune mesure avec quelqu'autre forme d'autorité ou de hiérarchie que ce soit, s'arrogeant une omniscience administrative, et acquérant par là-même le relief d'une référence absolue dans la société, devenant foyer auquel n'importe qui dans la société peut directement se rapporter, abstraction faite de ses appartenances concrètes à une communauté, une famille ou une corporation"* (17).

L'État apparaît comme une réalité extérieure, massive, une référence absolue, qui prend la place du religieux. Il instaure un ordre légitime du monde et de la société. Il est source des normes de conduite comme de la représentation du monde : c'est lui qui fixe le langage et en garantit le sens (cf. les lois sur la défense de la langue française). Dès lors, l'homme est amené à considérer les règles et les représentations du système social objectif comme nécessaires, comme expression de l'ordre universel des choses. Il pourrait sembler que le serment perde toute utilité comme moyen de fixer la représentation du monde et d'autrui, puisqu'aussi bien

(14) *Sociologie du rite*, op. cit., p. 35.

(15) *Préface à Sociologie et anthropologie*, Recueil d'articles de Marcel Mauss, P.U.F. 1973.

(16) Jean-Pierre Sironneau : *Sécularisation et religions politiques*, Mouton 1982, p. 549.

(17) Marcel Gauchet et Gladys Swain : *La pratique de l'esprit humain*, Gallimard 1980, p. 389.

l'objectivité est garantie par l'État. Ce serait oublier que le sacré, s'il se trouve déplacé, n'est pas annulé pour autant.

D'abord se fait jour une resurgence du sacré. Ce qui avait contribué à désacraliser le monde, c'est-à-dire la rationalité technique, devient à son tour source de sacré ainsi que le note Jacques Ellul (18) : "*C'est la société qui devient le champ et le lieu de forces que l'homme discerne ou ressent comme sacrées, mais une société qui est devenue technicienne parce que la technique est devenue le milieu de vie de l'homme. Or ce milieu technicien n'est pas plus compréhensible, pas plus signifiant que le milieu naturel (...) ainsi la désacralisation de la nature s'accompagne d'une sacralisation de la société à cause de la technique*". L'État lui-même est sacralisé à son tour. Les caractéristiques du religieux (*myterium, tremendum et fascinans*) sont réinvesties dans la politique ; selon le mot de Raymond Aron, on voit apparaître des religions politiques. Enfin l'État lui-même est fondé sur un passé mythique (le plus souvent l'état de nature et le pacte social).

En contrepartie on assiste à la resurgence des attitudes rituelles dans les sociétés prométhéennes, mais cette fois-ci, étant donné que l'homme y est beaucoup plus indépendant que dans la tribu primitive, c'est la forme volontariste du serment qui est utilisée, et ceci aussi bien dans la vie privée que dans la vie publique.

Dans la vie privée tout d'abord la resacralisation de la technique et son caractère incompréhensible peuvent entraîner chez les individus une insécurité ontologique analogue à celle frappant les populations primitives. Vance Packard, dans *The naked Society*, a dénoncé il y a un certain temps déjà l'utilisation généralisée aux États-Unis du détecteur de mensonges ; ne s'agit-il pas de remplacer le serment par une technique ? Il est intéressant de constater que des parlementaires américains ont tout récemment refusé la substitution de cette technique à leur prestation de serment : ils y ont donc vu une mise en cause de la légitimité de leur parole. Dans les rites du quotidien décrits par Erving Goffman combien de fois ne prête-t-on pas serment, même s'il s'agit de serments camouflés ou dégradés ? C'est que, en présence d'un monde à nouveau obscur à notre entendement, nous avons tendance à reprendre une attitude défensive, où la légitimité de la représentation du monde et d'autrui s'appuie sur le serment. Le serment est également exigé pour entrer dans certains groupes, certaines castes : il faut s'assurer que l'impétrant adopte un langage qui ne dissimule rien de ses intentions ni de sa personnalité. Le serment est exigé par de nombreuses organisations privées, d'adultes ou d'enfants : formations militaires, corporations, bandes de jeunes, mafias... Également certaines professions telles qu'agent de change, architecte, avocat, magistrat, médecin, titulaires d'offices publics ou ministériels. Il s'agit de s'assurer que la personne aura un comportement conforme aux intérêts de la profession ou de la caste, et de réduire l'ambiguïté de l'individu. Le terme de Huguenot ne vient-il pas de *eidgenossen* : lié par le serment ?

En droit public il faut remarquer que l'État a pour origine mythique un pacte en vue de mettre fin à l'état de nature. Et les États entre eux ne restent-ils pas dans l'état de nature ? La multiplication de déclarations des droits, les engagements solennels au nom des droits de l'homme, l'importance des conventions internationales semblent indiquer ici encore que le serment est la seule forme d'organisation du sens entre ces souverainetés indépendantes plongées dans un contexte incertain.

Pour conclure, on pourrait se demander s'il n'existe pas une troisième position de l'homme face à la nature, position neutre où l'homme se reconnaît

(18) *Les nouveaux possédés*, Fayard 1973, p. 89.

comme une partie de la nature, sans solution de continuité avec elle, soumis à des règles naturelles gouvernant même la société humaine. Cette position, correspondant à l'enseignement du droit naturel classique d'origine aristotélicienne, devrait permettre d'éviter l'attitude défensive schizoïde et autistique tout comme l'attitude offensive paranoïde. Le serment, comme moyen de verrouiller une réalité, n'y aurait plus de place puisque l'homme ne serait plus dépositaire du sens à allouer au monde. Il suffirait alors de suivre l'enseignement de l'Évangile dans l'épître de Saint Jacques, verset 12 : *"Surtout, mes frères, ne jurez ni le ciel ni la terre, ni par quelque autre serment : mais que votre oui soit oui et votre non soit non, afin que vous ne tombiez pas sous le coup du jugement"* (voir aussi Évangile selon Saint Matthieu, versets 33-37 : *"... que votre langage soit : "cela est, cela n'est pas". Ce qui se dit de plus vient du malin"*).

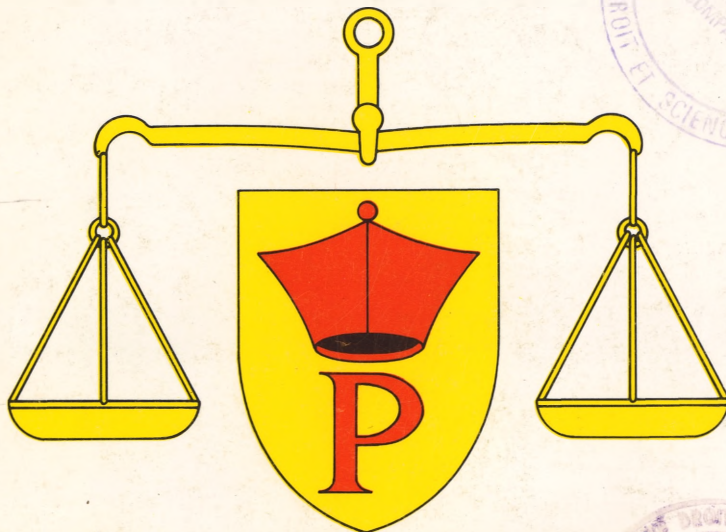
Cependant il faut bien observer qu'il ne s'agit là que d'une position d'arrêt dans un mouvement de balançoire entre l'attitude défensive et l'attitude offensive car le propre de l'homme est d'être un animal en quête de sens.

DÉPÔT LÉGAL 2ème Trimestre 1994

- Alain BOYER, L'article 75 de la Constitution du 4 octobre 1958 : une limite à la constitutionnalisation du statut civil de droit commun ?
- Diane-Isabelle PHILIPPE-CAUHÉPÉ, Le principe d'égalité devant les charges publiques dans la jurisprudence constitutionnelle.
- Marie-Hélène PLANCHON, Le principe de confiance légitime devant la Cour de Justice des Communautés.
- Patrice JEAN, La Jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme en matière de terrorisme.
- Patrice COLLAS, Le « dépeçage » de l'Administration.
Un nouveau pas : La tentative d'autonomiser la Banque de France.
- Louise LANGEVIN et Denise PRATTE, Du Code Civil du Bas-Canada au nouveau Code civil du Québec : L'influence de la codification française.
- Anne ENSMINGER, Balzac patrimoniographe : Le contrat de mariage ou le prix de l'apprentissage juridique.
- Paul DUBOUCHET, La théorie normative du droit et le langage du juge.
- Pierre DAUCHY, Serment et quête de sens.

DROIT PROSPECTIF

FACULTAS JURIS



AQUARUM SEXTIARUM MASSILIAEQUE

TABLE DES MATIÈRES

- Editorial
- **Hommage à Maurice FLORY, par Charles DEBBASCH.**

I. ARTICLES

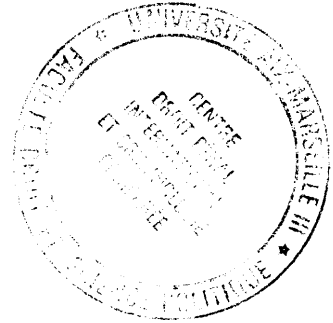
- Geneviève KOUBI, La laïcité sans la tolérance.
- Paul DUBOUCHET, Herméneutique et théorie normative du Droit.
- Eros Roberto GRAU, Notes sur les concepts juridiques.

(Suite page 4 de couverture)

REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE

DROIT PROSPECTIF

1994-3



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

Abréviation de référence : R. R. J.

N. XIX - 58 (19ème année - 58e numéro)
(4 Numéros par an)

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE

COMITÉ DE PATRONAGE

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

..*.*

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

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

COMITÉ SCIENTIFIQUE

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

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

ÉQUIPE DE RÉDACTION

L. FAVOREU
M. GARCIN
J. MESTRE

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

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

ABONNEMENT : 4 numéros par an - Tarif 1994

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

Abonnement étranger : 450 F
Numéro (France) : 110 F

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

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

Sciences Juridiques, Économiques et Sociales

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

Cartes de Fidélité - Recherches Bibliographiques

TABLE DES MATIÈRES

ÉDITORIAL..... 709

HOMMAGE à Maurice FLORY, par Charles DEBBASCH 711

I - ARTICLES

- Geneviève KOUBI, *La laïcité sans la tolérance*..... 715
- Paul DUBOUCHET, *Herméneutique et théorie normative du droit*..... 735
- Eros Roberto GRAU, *Notes sur les concepts juridiques*..... 769
- Jean-François NIORT, *La naissance du concept de droit social en France : une problématique de la liberté et de la solidarité*..... 773
- Emmanuel PUTMAN, *L'injonction d'exécuter une dette* 795
- Elie Joseph LOKO-BALOSSA, *L'octroi judiciaire d'un délai de grâce*..... 807
- Bérengère LASSALLE, *Les pourparlers* 825
- Bérengère DALBIÈS, *L'agrément dans les cessions de titres sociaux*..... 865
- Olivier LALIGANT, *Fragment d'un discours sur la notion d'œuvre de l'esprit : œuvre et réalisation* 887
- Olivier LALIGANT, *Fragment d'un discours sur la notion d'œuvre de l'esprit : œuvre et interprétation* 897
- Odile de DAVID-BEAUREGARD-BERTHIER, *L'intervention de l'État, fait justificatif en droit communautaire de la concurrence*..... 905
- Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Les pouvoirs spéciaux conférés à la Commission par l'article 90, § 3 du Traité de Rome* 923

- Pierre-Alexis FERAL, La participation aux Communautés et à l'Union européennes : les problématiques de l'adhésion de quatre nouveaux États ou de la possibilité d'une Union européenne à seize.....	945
- Éric SEIZELET, La Constitution sud-coréenne de 1987 et les libertés publiques.....	957
Ouattara SAMBARÉ-NATCHABA, Les régimes constitutionnels provisoires en France.....	975
- Palouki MASSINA, De la souveraineté des conférences nationales africaines.....	993
- Viviana RAVASI, Naissance du fédéralisme helvétique.....	1017

II - Conférences

- Marceau LONG, Le Livre Blanc de la Défense nationale Conférence à l'Institut d'Études Politiques d'Aix-en-Provence (Vendredi 13 mai 1994).....	1031
--	------

III - Actualités doctrinales

- Religion et droit dans le développement de la pensée constitutionnelle par Brian TIERNEY (Présentation par Alain SÉRIAUX).....	1049
- Théorie du droit et science, Varii auctores, sous la Direction de Paul AMSELEK (Présentation par Alain SÉRIAUX).....	1051

IV - Informations

- L'Ordre public à la fin du XXème siècle, Colloque Faculté des Sciences Juridiques d'Avignon.....	1057
--	------

ÉDITORIAL

LA COUR D'ASSISES EST-ELLE CONDAMNÉE À MORT ?

De récentes affaires ont remis en vedette un débat récurrent dans notre système judiciaire : faut-il réformer -supprimer- le "système" de la Cour d'assises ?

Il est toujours malsain, et contraire à une saine déontologie, de critiquer une institution à l'occasion de l'exercice de ses attributions légales : cela fait quelque peu "tricheur" ou mauvais joueur. En revanche, il n'est jamais interdit de réfléchir au devenir d'une telle institution, à froid, en toute sérénité.

Une première question soulevée par l'existence de Cours d'assises est celle de l'extrême subjectivité qui caractériserait leurs décisions et spécialement le quantum des peines infligées.

Il faudrait pouvoir comparer avec les autres juridictions et se demander si, à situations très comparables, ces dernières ne font pas montre d'une aussi grande subjectivité.

Mais surtout, pour répondre, il faut avoir pris partie sur un point essentiel : quelle est la finalité de la Cour d'assises ? Punir une personne déterminée ? Prévenir des comportements futurs a-sociaux ? Manifester la réprobation populaire ? Sans doute, tous ces éléments se rencontrent dans la fonction assignée à cette juridiction. Mais quel est celui d'entre eux qui prédomine ? Si, par exemple, on retient le dernier but, il n'est pas aberrant que, pour une même infraction, la Cour d'assises de Paris soit beaucoup moins sévère que celle de Mende. Le traumatisme social et psychologique résultant d'une infraction est évidemment plus durement ressenti à Mende qu'à Paris, cette dernière ville étant infiniment plus criminogène que la capitale de la Lozère.

Une seconde question concerne l'absence de possibilité d'appel-contre les arrêts de Cours d'assises. C'est là une situation étrange au regard du principe fondamental du double degré de juridiction. Il n'est pas sûr qu'elle soit compatible avec les exigences de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, même si le Conseil constitutionnel n'a pas voulu en faire un principe constitutionnel.

On observera que la Cour d'assises n'est point la seule juridiction en ce cas : le Conseil constitutionnel statue sans possibilité d'appel, certaines matières relèvent

du Conseil d'État statuant en premier et dernier ressort, les décisions des prud'hommes pêcheurs des ports de la Méditerranée sont traitées de la même façon...

On sait que le motif avancé pour justifier l'absence d'appel contre les arrêts de Cours d'assises tient à leur composition populaire. Si les décisions de justice sont rendues "au nom du peuple français", celles de la Cour d'assises sont rendues "par" le peuple français lui-même en quelque sorte. On ne saurait censurer le souverain, d'où l'exclusion de l'appel. L'argument n'est pas convaincant. Il n'y a aucune souveraineté populaire s'exprimant à travers les jurés d'une Cour d'assises.

Une troisième question s'attache au caractère "mixte" d'une telle juridiction, qui comporte à la fois de simples citoyens et des magistrats chevronnés. Ces derniers seraient susceptibles d'influencer fortement, voire de déterminer complètement, le vote du jury populaire. Ce n'est pas exclu, c'est loin d'être certain. En tous cas, on ne saurait partir du principe que les magistrats, animés d'une sourde ambition, sont nécessairement enclins à capter les suffrages du jury dans un certain sens, ou que les jurés sont de doux rêveurs dont la naïveté n'aurait d'égale que la pureté de leurs sentiments. Ce serait, bien inutilement, faire injure aux uns et aux autres. Plus fructueusement, ce serait l'occasion de se demander pourquoi il a été mis fin au système antérieur où la Cour et le jury délibéraient séparément sur la culpabilité et sur la peine.

Une dernière question, la plus importante parce qu'elle met en jeu la métaphysique même du système de la Cour d'assises, a trait au principe de l'intime conviction qui fonde la conception française.

On sait que selon l'article 353 du Code de procédure pénale : *"La loi ne demande pas compte aux juges des moyens par lesquels ils se sont convaincus, elle ne leur prescrit pas de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve ; elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes, dans le silence et le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite, sur leur raison, les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs : "Avez-vous une intime conviction ?"*

Tout est dit : en France, on n'a pas réellement besoin de preuves pour condamner quelqu'un, on a seulement besoin que les juges aient acquis, à l'égard de cette personne, une conviction. On peut regretter un tel mécanisme de décision, on peut lui préférer la méthode anglo-saxonne, tout en observant qu'aujourd'hui s'élèvent Outre-Manche des voix pour que soit retenu dans ce pays un système plus proche de la solution française...

Il faut cependant soigneusement réfléchir aux implications des différentes possibilités théoriques ou techniques. Si la Grande-Bretagne n'a pas le même procédé que la France c'est aussi parce que le principe de motivation des décisions de justice y est fondamentalement différent : le juge britannique ne rend pas la justice au nom du peuple, il doit user de persuasion pour obtenir l'acceptation de ses sentences. Le juge français, lui, parle au nom du peuple souverain, c'est-à-dire, suivant la forte formule dont use Bossuet, qu'il "n'a pas besoin d'avoir raison pour valider ses actes".

Jean-Claude RICCI

HOMMAGE À MAURICE FLORY *

En me rendant dans cette prestigieuse salle de l'Institut d'Etudes Politiques d'Aix, je m'interrogeais sur ce qui me valait l'honneur d'avoir été choisi pour présider cette dernière séance de l'important colloque d'hommage à Maurice Flory, et je me demandais si, en plus de l'indulgence des organisateurs, ce n'était pas, tout simplement, parce que j'ai eu la grande chance d'être un des premiers étudiants aixois du Maître, en 1956-1957.

Il enseignait le droit d'outre-mer. La mer alors était "outre", elle était "autre". Voici qu'aujourd'hui, elle est devenue sienne. Maurice Flory, qui a longtemps hésité entre les deux rives de la Méditerranée, voit celle-ci venir à lui. Et, avec elle, cette foule d'amis, de fidèles venus fêter et honorer un des hommes qui a le plus contribué à rapprocher les deux rives de la Méditerranée.

D'autres ont dit, mieux que moi, tout ce que, cher Maître, vous avez apporté à la coopération, thème de cette importante rencontre. Permettez-moi d'insister sur ce qui nous a rapproché. Certains parleront du hasard, il n'est pour moi que l'autre nom du destin.

C'est à vos côtés et à ceux des Letourneau, Adam, Mantran que j'ai participé à la première réunion de l'équipe de ce qui allait devenir l'important Annuaire de l'Afrique du Nord.

Alors que votre profonde connaissance du Maroc vous appelait, une nouvelle fois, à Rabat pour prendre le poste de Conseiller culturel, j'avais l'honneur de vous succéder à la tête de ce qui était alors le Centre d'Etudes et de Recherches sur les Sociétés Méditerranéennes.

Doyen de la Faculté de Droit, vous fûtes un de mes plus proches fidèles avant de contribuer à la création, puis au rayonnement de notre Université.

Au Maroc, vous avez participé à la formation du père et moi à celle du fils et, quand le père songea à me confier le fils, c'est, sans doute, parce qu'il savait que l'élève d'hier avait pris un peu de la graine de son Maître.

Mais, je m'aperçois que je parle de moi alors que c'est de vous qu'il faudrait parler.

De votre modestie qui vous fait toujours choisir de rester en deça alors que votre autorité vous permettrait d'aller au-delà.

* Intervention du Doyen Charles DEBBASCH au colloque en l'honneur du Professeur Maurice FLORY "La Méditerranée, espace de coopération ?".

De votre obstination, tous les administrateurs de l'Université savent qu'elle n'est que l'autre visage de votre sens du service public et de votre souci légitime de défendre vos collaborateurs.

De votre curiosité et de votre ardeur scientifiques qui vous ont conduit à labourer de nombreux champs de la connaissance et à boursifler des pays arabes au droit international sans oublier toutes les facettes de la réflexion politique.

De votre fidélité à votre famille et, notamment, à la réflexion de Maurice Blondel, de votre attachement à vos amis.

Et je voudrais terminer par un sourire.

Arrivant à Aix, vous circuliez sur un magnifique scooter. Un autre de nos points communs, encore que "vous étiez Vespa alors que j'étais Lambretta" ! Cet engin avait une histoire qui me fut contée plusieurs années après par le Roi du Maroc qui riait encore de la plaisante farce que celui -qui était alors le Prince Héritier- vous avait faite. Celui-ci vous avait offert la machine qui était alors rare et recherchée et les étudiants se réjouissaient de vous voir arriver sur cet engin dont vous étiez très fier. A la sortie de votre cours, vous eûtes pourtant, un jour, une grande déception. Il manquait une roue de votre scooter. Elle avait été dérobée. Il fallut donc commander une autre roue et, en attendant, remiser votre machine au garage. Quelques jours après, le Prince vous invita à un de ces somptueux dîners marocains faits de raffinement dans l'accueil et de délicatesse dans les mets. C'est à vous qu'il revint d'avoir l'honneur de découper la pastilla. La tâche n'est jamais facile mais, là, elle était encore plus complexe car, après de vains efforts, vous découvrites que, sous la croûte craquante, se cachait la roue de votre scooter !

Cette roue est peut-être un symbole. La vie est une roue qui tourne. Je n'ai pas de doute qu'avec vous, elle tournera encore très longtemps et dans le bon sens.

Charles DEBBASCH
Doyen honoraire
de la Faculté de Droit et de Science Politique
d'Aix-Marseille
Président honoraire
de l'Université de Droit, d'Economie et des Sciences
d'Aix-Marseille

R.R.J. 1994-3
Pages 713 à 1028

I -

ARTICLES

LA LAÏCITÉ SANS LA TOLÉRANCE

Par

Geneviève KOUBI

Professeur de Droit Public à la Faculté de droit et des sciences politiques de Nantes

La laïcité est un principe juridique de valeur constitutionnelle qui s'attache aux institutions publiques françaises, politiques, administratives et juridictionnelles. Elle n'est pas un mode de conciliation entre ces institutions et l'exercice de la liberté religieuse, entre autres libertés. Elle assure la cohérence du discours juridique en permettant l'inter-action entre liberté et systèmes de normes. Elle est alors un "réfèrent" pour une analyse des rapports entre l'ordre juridique étatique et les systèmes normatifs religieux.

La laïcité n'est pas un principe de tolérance. La tolérance est par essence une notion située "hors" du juridique. Élaborée autour d'une perception morale de la socialité, elle rétroagit sur la lecture et non sur l'écriture de la norme juridique, sur l'interprétation et l'application d'une règle de droit en tant qu'elle pourrait se doter d'une valeur supplétive positive : elle est destinée à contrer les effets d'une norme qui, trop abrupte ou trop discriminante, générerait les risques d'un arbitraire (administratif ou judiciaire dans le jeu d'application des lois et des règlements). Alors que la laïcité est une notion juridique relevant de la loi fondamentale, la tolérance se reporte à un ensemble d'attitudes et de comportements socio-politiques toujours contingents, relevant de la foi en un principe d'ordre supérieur ou de la conscience morale. Car, "la tolérance est un assouplissement, ce qui ne la définit pas, mais la caractérise : assouplissement d'une attitude pré-déterminée, d'un refus postulé, d'un principe moral préétabli... La tolérance est donc une entorse, une dérogation plus ou moins souvent réitérée ; bref, elle est une variable" ; ainsi, J. Mourgeon observe que "précisément parce qu'elle est un assouplissement, une variable, elle [la tolérance] est incompatible avec la Règle de droit" (1). La règle de droit est caractérisée par une rigidité inhérente à sa nature et à sa fonction de régulation des conduites sociales tandis que la tolérance s'empare des aléas déterminants des phénomènes sociaux, souvent flous et instables (2) : la règle de droit, d'essence normative et dotée d'une autorité juridique, ne peut être une des formes juridiques de la tolérance, "il ne peut y avoir place pour celle-ci que par une certaine utilisation de la règle, qui soit une utilisation tolérante ou non-tolérante.(3)". Lieu d'émergence

(1) J. Mourgeon, "Tolérance et règle de droit" *Ann. de l'Univ. de Sciences Sociales de Toulouse* 1988, p. 191.

(2) Voir les observations de J. Bauberot "Stratégies de la liberté" in. C. Sahel (dir.), *La tolérance - pour un humanisme hérétique* éd. Autrement, série "morales" n° 15 1991, p. 85 et s.

(3) J. Mourgeon, "Tolérance et règle de droit" *Ann. de l'Univ. de Sciences Sociales de Toulouse* 1988, op. cit. p. 193.

d'une antinomie juridique, en relation avec la notion de "norme" sociale ou comportementale et non avec celle de "norme juridique" ou de règle de droit, la tolérance est absente des processus d'engendrement du droit.

La problématique juridique de la laïcité (4) n'ouvre pas sur une institutionnalisation de la notion de tolérance ; permettant l'appréhension juridique des phénomènes sociaux de la manifestation de l'opinion religieuse, elle s'implique dans la théorie des droits de l'homme.

La laïcité n'est pas un principe d'indifférence. Le principe de laïcité, fondamentalement essentiel de l'ordre juridique, imprègne la nature des institutions publiques et régit l'ensemble des activités politiques, administratives, juridiques et juridictionnelles (5). La laïcité est une des marques de la tradition républicaine, elle est aussi et surtout le terreau et le terrain du respect des droits fondamentaux. Survaloriser la notion de "Séparation" en y associant directement ses effets (6) modifie substantiellement la perspective d'analyse et crée progressivement une faille dans l'approche de l'ordonnement juridique. Confinant au déplacement de la problématique de la laïcité vers l'idée anachronique d'un droit français des religions (7), ce discours inscrit "en creux" la notion a-juridique de tolérance en la fondant sur "l'indifférence" de l'État envers les ordonnancements confessionnels. L'indifférence conçue à partir de la loi du 9 décembre 1905 sur la Séparation des Églises et de l'État ne signifie que la non-ingérence des pouvoirs publics dans les affaires religieuses. Fonder indéfiniment le "principe de neutralité" de l'État et des services publics sur cette notion d'indifférence est faire l'impasse sur la progression de la science du droit en éludant la complexité de la théorie juridique de la laïcité (8). Et, paradoxalement, la distinction entre le politique et le religieux, la dissociation du civil et du confessionnel, la distance entre le droit et le dogme, la frontière entre la règle juridique et le rite, la ligne de démarcation entre l'obéissance à la norme juridique et l'observance des préceptes religieux remettent en cause la conception traditionnelle de la laïcité-séparation.

Par ailleurs, si la liberté d'opinion, de conscience et de conviction religieuse est un principe de valeur constitutionnelle basé sur la lecture de l'article 10 de la Déclaration des droits de 1789 (9), aucun développement relatif à une notion obsolète de "culte reconnu" établie sous l'empire du droit concordataire (10) (sauf en Guyane et Alsace-Moselle (11)) n'interfère dans ce domaine : la question de la liberté religieuse, individuelle ou/et collective ne se pose pas dans le discours de

(4) Voir E. Picard, "Le juge administratif et l'interdiction faite aux élèves de porter 'le foulard islamique'" *Administration* 1993, n° 158 p. 171 et s.

(5) Voir F. Mejan, "La laïcité de l'État en droit positif et en fait" in. *La Laïcité*, C.E.S.S. Nice/Aix, P.U.F. 1960, p. 201 et s.

(6) Toutefois, cette relecture de la notion de laïcité à travers le principe de Séparation, outre une attention excessive portée aux processus de la construction historique du droit français, peut trouver une de ses justifications dans la construction européenne : si certains États de l'Europe des Douze aménagent la séparation entre les Églises et le Pouvoir politique, la France constitue l'exception laïque ; voir F. Champion, "Entre laïcisation et sécularisation - des rapports Églises-État dans l'Europe communautaire", *Le Débat* 1993, n° 77, p.46 et s.. Voir aussi D. Lochak, "Les ambiguïtés du principe de séparation" *Actes- Les cahiers d'action juridique* 1992 n° 79/80 p. 9 et s.

(7) Voir par exemple, J.-F. Flauss, "Les sources internationales du droit français des religions" *Les Petites Affiches* 1992 n° 95 p. 19 et s. et n° 96 p. 9 et s. ; A. Boyer, *Le droit des religions en France*, éd. P.U.F Paris, 1993.

(8) Voir M. Barbier, "Esquisse d'une théorie de la laïcité" *Le Débat* 1993, n° 77, p. 73 et s.

(9) Décision du Conseil Constitutionnel, 23 novembre 1977, note L. Favoreu, *R.D.P.* 1978, p. 830 et s. ; J. Rivéro, *A.J.D.A.* 1978 p. 565 et s.

(10) Voir J.-M. Leniaud, *L'administration des cultes pendant la période concordataire* éd. N.E.L. Paris, 1988, p. 27 et s. sur "les grands principes du droit concordataire", précisant que "le droit concordataire s'adresse exclusivement aux cultes reconnus, sans pour autant que les cultes non reconnus soient des cultes proscrits, puisque la liberté de conscience est absolue et qu'un culte n'a pas besoin d'être reconnu pour exister..."

(11) Voir M. Zimmermann et J. Schlick, *Églises et État en Alsace et en Moselle* éd. Cerdic, Strasbourg, 1979.

droit en liaison avec les activités et actions culturelles ; le problème de l'exercice des cultes ne se confronte ni avec l'idée de liberté religieuse, ni avec la notion juridique de la laïcité. Dès lors, la mise en relation de la laïcité avec le principe de "neutralité" justifie la relégation du phénomène de "déconfessionnalisation" de l'État (le mot signalant en lui-même le préalable confessionnel). En face de l'acquis historique, devant le progrès du droit, comment appréhender l'ensemble des débats actuels qui a pour effet de brouiller le construit juridique de la laïcité ?

Le champ du discours de Droit expose les lieux d'une confrontation non entre laïcité et liberté ou entre laïcité des institutions publiques et manifestations individuelles ou collectives de la liberté religieuse, mais entre ordre public et libertés : la dimension de la liberté religieuse n'étant pas isolée des autres problématiques relatives à la connaissance des libertés. Plus particulièrement, il assure la connexion entre égalité en droits et liberté de la différence.

La combinaison juridique du principe de laïcité et du principe de liberté religieuse assure la saisie du pluralisme normatif et prédétermine les modes d'interactivité entre systèmes de règles. Elle est le pivot de la recherche sur la logique de conciliation entre le système juridique étatique et les systèmes normatifs infra-étatiques de types religieux, et entre les différents systèmes d'ordonnement social et religieux eux-mêmes (12). Repenser la laïcité est signaler l'achèvement de sa construction historique, et signifier sa fonction dialogique dans l'ordre du juridique.

Pendant, la multiplicité des approches de la laïcité, de la liberté religieuse et des systèmes normatifs de fondements confessionnels accroît la difficulté d'une réflexion générale sur les rapports entre Droit et religions. S'entremêlent des notions indéterminées, des concepts arrêtés et des interprétations diversifiées qui font varier chacun des termes entre règle et valeur, entre droit et morale (13), confirmant ainsi "la teneur indécise du droit" (14). En effet, la conciliation entre les systèmes juridiques et religieux repose toujours sur l'existence d'une forme de médiation. Celle-ci peut autant relever de la notion inconsistante de morale que du concept de "flou du droit". La "texture ouverte" de la réglementation juridique affecte ainsi la lecture du postulat juridique selon lequel la laïcité garantit la liberté religieuse, mais elle ne modifie pas l'appréhension de la tolérance comme une négation de la liberté religieuse (Ière partie - Égalité en droits). Car, dans un État de droit, l'interprétation qui déconstruit le caractère univoque de la règle de droit n'a pas pour objectif de démanteler le système juridique en l'associant à l'ensemble des préceptes religieux. Ainsi, la laïcité assure la garantie de la liberté contre la contrainte de nature religieuse, et expédie la mesure de la tolérance dans le champ des rapports inter-confessionnels, inter-religieux (IIème partie - Liberté de la différence).

(12) ... car, existe une corrélation sociale entre des systèmes, l'un juridique faisant référence au système de droit en vigueur dans la société française et les autres religieux, inévitablement pluriels. Voir entretien (C. Sahel) avec C. Geffre, "Conscience oblige" in. C. Sahel (dir.), *La tolérance - pour un humanisme hérétique* éd. Autrement, série "morales" n° 15 1991, p. 55 et s.

(13) Voir J. Carbonnier, "Morale et Droit" *Rev. jur. du Centre-Ouest* 1993 n° 11, p. 3 et s.

(14) Pour reprendre le titre d'une étude de P. Amselek, *R.D.P.* 1991, p. 1199 et s.

I - LA LAÏCITÉ, GARANTIE DE LA LIBERTÉ RELIGIEUSE : L'ÉGALITÉ EN DROITS

Joindre les significations de la laïcité à celles de la tolérance serait dénier toute effectivité au principe de l'égalité en droits ou toute efficacité à la protection juridique de la liberté religieuse (15).

Charnière entre le civil et le politique, point de jonction entre le social et le religieux, la laïcité est une articulation juridique des relations entre individus et groupes, elle assure la transition entre les réseaux normatifs. Elle suppose que la réflexion sur l'exercice individuel de la liberté religieuse s'extrait d'une connexion factice entre les aspects collectifs de l'extériorisation de la liberté d'opinion religieuse et les groupes, les communautés religieuses et les organisations culturelles. La confusion latente entre le pensé et le vécu, entre la croyance et la pratique, entre l'idée et le dogme tend à fragiliser la fonction de pacification sociale que devrait assurer le système juridique et relativise l'autorité de la règle de droit en cherchant à y introduire la notion indéterminée de tolérance.

En conséquence, la laïcité ne garantit la liberté religieuse (B) que si sa définition se détache de tout appel à la notion de tolérance (A), ce, d'autant plus que l'idée de tolérance (re)construit des schémas de dominance, puis de condescendance, autour de l'expression de la différence religieuse, privilégiant l'une à l'encontre de l'autre.

A - DÉFINIR LA LAÏCITÉ SANS RÉFÉRENCE À LA TOLÉRANCE...

Définir la laïcité sans faire référence à la tolérance est confirmer son insertion dans le système juridique, non comme une "valeur" mais comme un "principe", c'est la délivrer de l'ambiguïté du concept incertain d'indifférence.

Certes, l'historique de l'écriture de la laïcité de l'État est l'indice de complexité de sa lecture en termes juridiques. Or, la notion juridique de laïcité n'a pas sa source dans l'article 10 de la Déclaration des droits de 1789 qui ne se préoccupe que de la liberté individuelle d'opinion ; elle ne dispose pas d'un fondement direct dans les principes tirés de la loi du 9 décembre 1905 qui n'a que pour objet de signifier la fin du Concordat, la Séparation des Églises et de l'État, donc le désinvestissement de l'État de toute affaire religieuse et notamment des cultes auparavant "reconnus" (16). Simplement, depuis la Constitution du 27 octobre 1946, elle est l'une des qualités intrinsèques de la République française (au même titre que l'indivisibilité, que la nature démocratique du régime et que la préoccupation sociale de l'action étatique (17)). Décalée des diverses sources marquées par leur attachement à la chose religieuse, la définition de la laïcité appartient à l'ordre juridique et ne peut se reporter à l'indéfini de la tolérance.

Certes, liée à la perception d'une histoire sociale et politique mouvementée, une gamme d'affects entre combat et inertie perturbe la lecture juridique de la laïcité. Perçue sous l'angle de l'action comme un combat, la notion de laïcité est un des révélateurs d'un commencement, d'un objectif plus que d'une fin ; cette perspective contribue à son rapprochement avec le terme de "laïcisation" et lui donne un aspect inachevé qui fonde sa construction permanente dans l'ordre du discours juridique. Dite alors "laïcité militante", elle est toutefois susceptible de plusieurs degrés dans

(15) Voir cependant, J. Lemoyne de Forges, "Laïcité et liberté religieuse en France" in J. B. d'Onorio (dir.), *La liberté religieuse dans le monde - Analyse doctrinale et politique* éd. Éditions Universitaires 1991, p. 149 et s.

(16) Voir D. Lochak, "Les ambiguïtés du principe de séparation" *Actes 1992*, n° 79/80, *op. cit.*

(17) Voir G. Koubi, "Les voiles de la laïcité ou la laïcité sans le voile" *Les Petites Affiches* 1989, n° 145, p. 4 et s. ; "De la laïcité à la liberté de conscience : le port de signes d'appartenance religieuse" *Les Petites Affiches* 1990 n° 3 p. 8 et s.

son appréhension et n'exclut pas les tendances nouvelles exprimées dans les termes de "laïcité ouverte" ou de "laïcité plurielle" qui prennent acte du pluralisme religieux dans la société française (18). Entendue comme une tradition historique fondatrice de la République, comme une valeur d'adhésion et d'appartenance à une communauté nationale "d'avenir ou de destin", la notion de "laïcité républicaine" se réduirait à une notion affectée d'une relative passivité qui justifierait l'indifférence bienveillante des institutions publiques en face des mouvements qui la remettent en cause sous le prétexte d'un "consensus social" ou d'une "cohésion sociale" à maintenir ou à défendre (19). Cet attentisme ouvre également sur différentes sensibilités proches des implications de la "laïcité plurielle" sur le mode du "respect mutuel" entre les adeptes des religions (20).

Ces deux mouvements (militantisme et conservatisme), laïques plus que laïcistes, s'opposent aux discours excessifs dans lesquels : d'un côté, est exposé le rejet absolu de l'idée même de laïcité, prônant le retour à la notion de "religion d'État" ou de religion "majoritaire" ou bien exigent l'affirmation constitutionnelle d'une religion "dominante" (21) ; de l'autre côté, s'exprime la revendication intransigeante d'une application stricte d'un principe de laïcité qui confinerait à l'exclusion de toute considération sur les aspects sociaux collectifs ou individuels des religions. Ces dissensions traduisent les désarroi nés de l'incompréhension de la texture juridique de la laïcité. L'éclosion d'une série de compromis législatifs ou administratifs qui en résulte, en désorganise la connaissance. Peu à peu la laïcité s'inscrit dans l'ordre des valeurs et la côte de l'idée de tolérance pénètre progressivement le discours de droit, fragilisant le système juridique de régulation sociale.

Retenir ces variations et variables historiques et sociologiques pour penser la laïcité est déformer le référent : "valeur" et non "principe", la laïcité serait tolérance. Or, "la tolérance consisterait à supporter, à ne pas interdire, à admettre, comme un moindre mal, alors que la liberté serait la reconnaissance positive de l'autre, de son droit à la différence (22)". Comment assurer la garantie de la liberté d'opinion, d'expression, de conviction, de conscience, etc. quand le "règne du relatif" opère dans le jeu du droit ?

La flexibilité de la règle multiplie les "creux" du droit, et si la tolérance envahit ces espaces de non-dit juridique, l'exercice d'une liberté dépendrait de schèmes sociaux dont les influences sur les applications des règles de droit feraient évoluer la "normativité" vers la "normalité".

Sans pour autant lui ôter son caractère idéologique, refuser à la laïcité une fonction de "valeur" exclue de l'approche juridique, est empêcher les compromis entre les autorités publiques et les organisations religieuses dominantes, majoritaires ou des plus actives et revendicatives. Ces compromis affectent la lecture du Droit. Dans un État de droit, c'est-à-dire un État qui assure, par le biais des règles juridiques fondamentales (constitution), par celles qu'il produit (lois et règlements) et/ou aux-

(18) Voir J. Bauberot, *Vers un nouveau pacte laïque* éd. du Seuil, 1990.

(19) Voir E. Balibar, "Faut-il qu'une laïcité soit ouverte ou fermée ?" *Mots/ Les langages du politique* 1991, n° 27 p. 73 et s.

(20) Voir les observations de B. Perret, R. Rémond, P. Warnier, "Éclairer des consciences libres" in *Le Monde* 21 Janvier 1994, à propos d'un rapport entre morale privée et morale sociale à propos des prises de position de l'Église catholique ; voir aussi D. Kessler, "Laïcité : du combat au droit" *Le Débat* 1993, n° 77, p. 94 et s.

(21) Comme cela est le cas en Grèce ; l'article 3-1 de la Constitution de la République de Grèce dispose : "La religion dominante en Grèce est celle de l'Église orthodoxe orientale du Christ. L'Église orthodoxe de Grèce, reconnaissant pour chef Notre Seigneur Jésus-Christ, est indissolublement unie, quant au dogme à la Grande Église de Constantinople et à toute autre Église chrétienne homodoxe, observant immuablement, comme les autres Églises, les saints canons apostoliques et synodiques ainsi que les saintes traditions..."

(22) J. Bauberot, "Stratégies de la liberté" in C. Sahel (dir.), *La tolérance* -éd. Autrement, op. cit. n° 15 1991, p. 95.

quelles il adhère (traité), toujours auxquelles il obéit et se soumet, la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la laïcité n'a pas à se définir par rapport à la religion. Dans cette perspective, "la laïcité s'analyse simplement comme une garantie de la liberté" (23). La définition juridique de la laïcité se décharge ainsi de l'odeur de souffre ou des relents d'encens (24).

Dès lors, l'analyse de la notion de laïcité ne convoque l'étude de la liberté religieuse, individuelle, collective (voire culturelle) que parce qu'elle est un principe actif qui s'adresse aux institutions publiques, à leurs activités et actions. Elle est le cadre d'une garantie substantielle de l'égalité de tous dans l'exercice des libertés, et notamment des libertés d'opinion comme de conscience, d'expression comme de manifestation et non pas seulement de la liberté religieuse et de la liberté des cultes. Fondement du "principe de neutralité" de l'État, de l'administration et des services publics, garants de l'égalité des citoyens devant la loi et les charges publiques, elle suppose l'application d'un principe "d'impartialité" que, pourtant, l'État ne peut strictement observer face aux réalités sociales françaises.

Il n'y a pas de failles du discours juridique. La qualité de "charnière" de la laïcité est seulement amplifiée : toute question relative à l'exercice et à la protection des libertés et des cultes se compose à partir de la pluralité normative étatique et infra-étatique, et oppose une religion socialement dominante ou majoritaire à des religions "minoritaires". L'autorité de la loi est indispensable pour assurer la coexistence des options religieuses, quelles qu'elles soient, pour fonder la convivialité et la socialité ; en signifiant les bornes et les limites aux libertés comme au pouvoir de dire-droit ; elle exclut toute idée de "tolérance" : "Ce qui peut limiter la liberté de ces religions, c'est le droit et la loi. La garantie de la non-intolérance des religions, c'est la laïcité même de l'État (25)".

Comme un hiatus ou un lapsus, la formule imprécise de l'article 2 de la Constitution française introduit un doute : la République "respecte toutes les croyances". Cette phrase "isolée" ne saurait constituer le fondement juridique de la notion absconse de tolérance : elle renforce et conforte la problématique de l'égalité des citoyens et de l'interdiction des discriminations fondées non seulement sur la religion, mais aussi sur toutes les formes de croyances et opinions. Cette formule refuse l'enfermement de la conscience dans des réseaux d'appartenance, dans des doctrines compactes, dans des identités culturelles et sociales tribales. (Faire) Respecter toutes les croyances est "interdire l'intolérance" plus que signaler l'obligation de la tolérance.

Dans la dichotomie implicite de cet article 2 qui temporeise le concept d'égalité par le respect des différences, se comprend la dualité des implications du principe de laïcité en "obligations" pour les institutions publiques d'une part d'abstention, d'autre part, d'intervention. D'un côté, l'obligation dite "négative" traduite en une "abstention d'action" proscrit tout choix, toute faveur, toute préférence donc toute forme d'intervention, non pas vaguement "en matière religieuse", mais dans le domaine relevant de l'ordre des (in-, non-,) croyances ; de l'autre côté, l'obligation dite "positive" révélant "l'action de protection" expose la nécessité d'une lutte active contre toute règle, mesure, comportement ou attitude dont les tenants et aboutissants seraient de susciter l'intolérance ou d'instituer l'existence d'une discrimination (négative) sous le prétexte de l'exercice de la liberté religieuse. La fonction de

(23) Voir E. Picard, "Le juge administratif et l'interdiction faite aux élèves de porter 'le foulard islamique'" *Administration* 1993, *op. cit.* p. 180 et s.

(24) Voir J. Rivéro, "La notion juridique de la laïcité" *D.* 1949 chr., I, p. 30 et s. ; voir cependant, les contributions aux *Arch. de Philo. du droit* 1993, sur *Droit et religion*.

(25) C. Geffré, "Conscience oblige" (entretien) in. C. Sahel (dir.), *La tolérance* éd. Autrement 1991, *op. cit.* p. 58.

“garantie des droits et libertés” que doit assumer tout État de droit se révèle explicitement dans ces jeux croisés d’une laïcité entre abstention et protection (26).

Ces interférences ont suscité une atténuation de la problématique de l’“indifférence étatique” envers les questions ou affaires religieuses mais n’ont pas signifié une occultation de la prégnance des valeurs chrétiennes dans le système juridique français. Aménager les voies juridiques de la non-discrimination en raison de l’option religieuse conduit à recomposer l’implication juridique de la laïcité comme modèle de protection de la liberté religieuse.

B - PROTÉGER LA LIBERTÉ RELIGIEUSE AU-DELÀ DE LA TOLÉRANCE...

Envisager la protection juridique de la liberté religieuse au-delà de la mesure relative de la tolérance devrait être l’une des tâches substantielles des discours menés par les juristes et les diseurs de droit qu’ils soient législateurs, autorités administratives ou juges - ce d’autant plus qu’ils se trouvent confrontés à de nouveaux mouvements sociaux de nature identitaire et de stature revendicative (27). Le relativisme qui affecte la notion de tolérance, la disqualifie et l’exclut des discours de Droit, mais non de ceux de la morale...

Les entraves d’une connaissance parcellaire de l’évolution de la parole juridique de la laïcité devraient être dénouées pour permettre l’appréhension de la “liberté religieuse” d’abord comme une liberté fondamentale, et ensuite comme une liberté dont l’objet est le champ de l’irreligieux ou du religieux. L’opération de qualification de la liberté est née de l’enchevêtrement de libertés connexes, initiales ou complémentaires. Initialement, la qualité “religieuse” de [l’exercice de] la liberté ne se démarquait pas des problématiques de la liberté d’opinion (art. 10 de la Déclaration des droits de 1789 (28)). Par la suite, en évoquant la liberté de conscience, dans son article 1^o, la loi du 9 décembre 1905 relative à la Séparation des Églises et de l’État, signifiait une ouverture sur les choix et raisonnements philosophiques, sur les mouvements de pensée rationalistes, ou sur les doutes et les refus de toute forme de “croyances” religieuses ou non. Scindé en deux propositions, cet article a fait se rejoindre la liberté de conscience et la fin du système des cultes reconnus (29) ; cette combinaison s’est projetée sur les lectures de la liberté de conscience et de la liberté d’opinion religieuse, et s’est trouvée, ensuite, doublée d’une association antinomique entre liberté de conscience et liberté de culte.

Opinion, conscience, croyance ne sont pas des termes synonymes (30). La conscience ne peut exclusivement ou supplétivement, essentiellement ou accessoirement désigner la croyance. La conscience mêle la pensée, le raisonnement, l’analyse, la recherche. Elle dessine une faculté comme un devoir pour tout individu :

(26) Modifier l’approche en évoquant la fonction des “devoirs de l’État” donc de ses obligations expulse la référence à la distinction problématique entre “neutralité passive et neutralité active” ; voir J.-C. Ricci, “Laïcité, vieux débat ou question nouvelle. Les rapports entre Églises et État en France” *R.R.J. Droit prospectif* 1988 p. 705 et s. Les appréciations de J. Robert, in “La liberté des cultes, une liberté fondamentale” *Administration* 1993 n° 161, (p. 80 et s.), apparaissent sujettes à critique quand il écrit (p. 82) à propos de la notion de “neutralité négative” : “... Cela ne signifie certes point que l’État ne puisse avoir lui-même ses secrètes préférences. Mais il doit se garder de les afficher...” !!

(27) Voir J.-P. Willaime, “État, pluralisme et religion en France” in J. Bauberot (dir.), *Pluralisme et minorités religieuses* éd. Peters, Louvain-Paris, 1991 p. 33 et s.

(28) Voir G. Koubi, Commentaire de “l’article X” : “nul ne doit être inquiété pour ses opinions même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l’ordre public établi par la loi” in G. Conac, M. Debene et G. Teboul (dir.), *La déclaration des droits de l’homme et du citoyen* éd. Economica 1993 p. 209 et s.

(29) art. 1 - Loi 9 décembre 1905 : “La République assure la liberté de conscience. Elle ne reconnaît aucun culte”.

(30) Voir D. Laszlo-Fenouillet, *La conscience* éd. L.G.D.J. 1993.

"C'est son intelligence, son aptitude à comprendre, cette faculté de connaître qui est dans son esprit : plus ou moins vive, plus ou moins éclairée, bien que native en tous, puisqu'il est dans le cours des choses qu'elle s'éveille, s'affermisse, s'approfondisse, décline et s'obscurcisse (31)". Réflexion, raisonnement, référence à un savoir construit plus que donné, à un travail ou à une recherche sur soi, sur son identité, sur sa place dans la société... toujours au-delà de l'ignorance, la conscience s'expose hors du champ religieux, mais demeure liée à une perception morale de ses propres responsabilités. La conscience (des autres comme de soi) est présente dans la sphère politique, sociale, philosophique, psychologique, psychanalytique,...etc., tout comme la liberté d'opinion. Liberté de conscience et liberté d'opinion se conjuguent sans difficultés dans la philosophie des droits de l'homme, mais leurs associations avec la question religieuse en modifient la nature.

Quand s'opposent la liberté individuelle et dogme religieux, quand s'affrontent la conscience individuelle et l'enseignement religieux, quand se heurtent la connaissance et la croyance, quand s'entre-déchirent la science et la religion, quand se cognent les distinctions vrai/faux et bien/mal, la problématique de la liberté de conscience ne peut être immobilisée sur un objet religieux, ni être concentrée sur un sujet d'étude religieux. L'exposition d'un lien entre liberté de conscience et liberté de croyance déforme les analyses juridiques et transforment les constructions intellectuelles dans la sphère sociale (32).

D'autre part, le déplacement du religieux vers le culturel n'est pas pris en considération par le droit. En France, la définition du "religieux" revient aux instances étatiques (juridictionnelles, surtout) qui dissocient strictement le "culturel" du "religieux" et, en quelque sorte, marginalise la "pratique individuelle" dans l'ensemble des phénomènes sociaux. La distanciation juridique rétroagit sur la construction du principe de la liberté religieuse en la détachant des systèmes normatifs infra-étatiques confessionnels. Recomposer la notion de "liberté religieuse" en termes de choix ou d'option individuelle, familiale ou collective entre diverses religions, croyances, foies, convictions..., sans appel à la tolérance, apparaît nécessaire pour que soit tracée la frontière qui sépare, dans toute association politique, l'exercice légitime de la coercition et le fonctionnement légal du pouvoir de contraindre de ce qui est l'exercice d'une pression morale (souvent exclusive, parfois inquisitrice...) qui, quelles que soient les circonstances, est toujours l'expression d'un abus de pouvoir pour l'individu, le groupe et le corps social. Cette reconsidération de la liberté religieuse la réintègre dans la sphère de la laïcité et contourne les défauts d'une construction par référence aux actes d'adhésion à une doctrine, à un dogme, à une religion, qui sont le ferment de la désignation ou le germe de la déclaration d'appartenance à une communauté religieuse, ou à un groupe religieux, à une association culturelle ou confessionnelle et culturelle (33). La protection de l'égalité comme de la liberté repose sur cette césure entre le civil et le religieux.

S'ajoute à ces croisements d'interprétation des textes juridiques nationaux, l'intégration des instruments internationaux, Conventions et Pactes relatifs aux

(31) G. Cornu, "Préface" à la thèse de D. Laszlo-Fenouillet, *La conscience* éd. L.G.D.J. 1993, p. XVII.

(32) ... par exemple, l'étude de l'objection de conscience et l'analyse de la clause de conscience tend progressivement à en évacuer les autres paramètres, notamment de facture morale et politique ; voir, dans l'effort de contournement de cette dérive, D. Laszlo-Fenouillet, *La conscience* éd. L.G.D.J. 1993, *op. cit.* p. 212 et s.

(33) ... ce qui ne laisse pas d'inquiéter. Contraires à la logique du système de droit français, les systèmes "d'appartenance" signalent l'existence de germes "discriminatoires" révélateurs de tensions, instaurateurs de "différences" et fondateurs des scissions sociales ou politiques, etc. Voir avis C.E. 27 novembre 1989 sur "le port de signes d'appartenance à une communauté religieuse" *Rev. fr. Droit adm.* 1990 p. 6 et s. Voir également G. Koubi, "L'entre-deux des droits de l'homme et des droits des minorités : un concept d'appartenance ?" *Rev. trim. Dr. Homme.* 1994 n° 18 à paraître.

droits de l'homme et à la lutte contre toute forme de discriminations, dans le système de droit interne (34). La notion de liberté individuelle ou collective en matière de croyances religieuses s'est ouverte sur la manifestation de l'opinion et sur l'exercice collectif de la religion, mais elle n'est pas spécifiquement rattachée à la fonction spécifique du libre exercice des cultes. Malgré l'incertitude de la combinaison entre liberté de conscience et liberté religieuse, le déploiement de la perspective d'une liberté individuelle au libre exercice du culte a été effectué du fait d'une approche déformée, réductrice ou destructrice, des principes juridiques. Reposant sur des interprétations particulières au système français qui s'accrochent maladroitement à une liaison problématique entre libertés individuelles et droits collectifs (35), ce déplacement de l'analyse juridique perturbe les logiques du droit. Cette transmutation de la liberté d'opinion, puis de la liberté de conscience en "liberté religieuse" se réalise par sa mise en rapport avec l'exercice collectif d'une liberté individuelle, lequel, pourtant, ne s'effectue pas toujours par le biais du "culte".

Le rétablissement du pensé juridique de la "liberté religieuse" consiste à le délivrer du rapport aux cultes (36) : la liberté religieuse est une liberté protégée et garantie comme un droit fondamental, en tant qu'elle est l'exercice d'une liberté individuelle et/ou collective, [et non culturelle], d'opinion, d'expression, de manifestation, etc. de nature religieuse ou plus justement, relative à la "croyance" (37). Cette garantie est assurée non par la notion de tolérance qui nie l'égalité en droits, mais bien par le principe de laïcité.

En effet, si la fonction culturelle d'une liberté était surexposée par rapport à l'expression d'une libre choix ou d'une libre adhésion des personnes à une pensée religieuse ou à une croyance, le principe de laïcité ne saurait valablement assurer la garantie de la liberté religieuse en ce qu'il conduirait la confrontation directe des activités de l'État et des autorités administratives à la connaissance des dogmes et des systèmes normatifs de chacune des options religieuses. Et au delà de la reconnaissance d'un "droit à la différence", l'élaboration d'un "droit de la différence" se révélerait source de conflits et contraire à la gestion graduelle du principe d'égalité des citoyens devant la loi, devant les normes juridiques (38).

Assurer la protection de la liberté religieuse individuelle et/ou collective implique l'action des autorités dans un système de régulation normative contre non pas le culte en lui-même (puisque le libre exercice des cultes est garanti par la loi) mais contre l'oppression socio-religieuse et culturelle, sans retour sur la notion de tolérance. La dynamique d'un groupement religieux ne peut enfermer l'individu dans son

(34) Doivent être retenues les dispositions de l'article 9 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales (1950) et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg qui y est relative : " 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion : ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites. - 2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé, ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui." Voir R. Goy, "La garantie européenne de la liberté de religion. L'article 9 de la Convention de Rome" *R.D.P.* 1991 p. 5 et s.

(35) N.B. : Le terme de "culte" n'est pas mentionné dans l'article 10 de la Déclaration de 1789 et n'apparaît qu'une seule fois dans le texte de l'article 9 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

(36) En quelque sorte, introduire l'idée "d'un droit français des religions" est retenir cette distance entre l'option personnelle (individuelle, familiale, collective ou communautaire) et le culte (rites, cérémonies, dogmes, doctrine, enseignement...), mais c'est renverser l'analyse à partir de la religion et par cela, remettre en cause la garantie de la liberté religieuse.

(37) Voir J.-P. Deconchy, "Croyances et logique de la nécessité" *Connexions* n° 61 1993, p. 27 et s.

(38) Voir D. Lochak, "Les minorités et le droit public français : du refus des différences à la gestion des différences", in A. Fenet et G. Soulier (dir.), *Les minorités et leurs droits depuis 1789* éd. L'Harmattan, Paris, 1989 p. 111 et s.

adhésion, ni dans son appartenance (réelle ou prétendue ?), ni dans les cadres restreints d'une stricte observance des rites et pratiques. Toutes les interrogations sur la transformation de la notion juridique de la laïcité dans l'approche de la "pluralité" se trouvent désormais confrontées à de nouveaux schémas de socialité nés de la problématique de la reconnaissance juridique toujours différée et incompatible avec la philosophie de notre droit constitutionnel, des droits des minorités.

Le dépassement de la confrontation rigide entre le juridique et le religieux engage le concept de laïcité dans la recherche de la "conciliation entre droit et religions".

Ce premier temps d'une réflexion inscrit les définitions juridiques de la laïcité et de la liberté religieuse dans une boucle fermée par la notion même de laïcité garante de la liberté. Il ne s'accommode pas de la mouvance que suppose la notion a-juridique de tolérance : "La religiosité n'a pas à interférer avec la vie publique, ni encore moins politique. Une partie de la société peut bien s'agenouiller, se prosterner, se signer ou se couvrir la tête, cela n'a rien en soi de dérisoire, ni de choquant, tant qu'on ne force personne à en faire autant, tant que l'État n'en subit pas les conséquences, tant que les lois sont les mêmes pour tout le monde, et tant que la puissance publique n'incite en aucune façon, ni directe, ni indirecte, les citoyens à se resacraliser, pas plus qu'elle ne se laisse en rien influencer par les souffles confessionnels (39)". Inversement, comme la laïcité assure et garantit la liberté religieuse, elle ouvre pour le refus de l'intolérance.

Cette interdiction de l'intolérance fait de la laïcité un principe actif. Principe actif de liberté, la laïcité bloque toute forme d'oppression sur la conscience des individus qu'elle émane des institutions publiques ou des communautés. Principe actif de solidarité et d'égalité, elle s'oppose à la transcription juridique des phénomènes communautaires sources d'exclusion et de marginalisation sociales. Luttant contre prosélytisme débridé qui d'agression se mue en enfermement de la conscience individuelle dans un système de normes (infra-juridiques) et non de croyances, la laïcité garantit le droit à la différence et son revers, le droit à la ressemblance, donc assure ce "droit à l'in-différence" qui permet à chacun de vivre selon sa propre conscience d'individu libre et de citoyen responsable (40).

II - LA LAÏCITÉ, INTERDIT DE LA CONTRAINTE RELIGIEUSE : LA LIBERTÉ DE LA DIFFÉRENCE

La laïcité garantit la liberté religieuse en assurant la primauté des droits de l'homme sur les systèmes religieux. Le développement d'une société pluriculturelle a transformé la fonction de la laïcité en posant la question des minorités religieuses (41). Toutefois, le concept associé de laïcité-liberté, plutôt que de confirmer le "pluri-culturel", engage le système juridique dans "l'inter-culturel" jouant sur des valeurs de solidarité et de convivialité. Doctrine positive, la laïcité postule que "l'ordre public étatique doit l'emporter sur les prescriptions contraires des sociétés religieuses qui veulent vivre dans son sein (42)".

(39) Voir E. Pion, *L'avenir laïque* éd. Denoël 1991, p. 84.

(40) Voir G. Koubi, "Le droit à la différence, un droit à l'indifférence ?" *R.R.J. Droit prospectif* 1993 p. 425 et s.

(41) ... et non seulement celle de la coexistence sur le territoire de la République de deux régimes juridiques, l'un basé sur les règles concordataires, l'autre sur les principes de la laïcité...

(42) F. Coulombel, "Le droit privé français devant le fait religieux depuis la séparation des Églises et de l'État" *Rev trim. droit civil* 1956, p. 1.

Le discours juridique respecte la différence sans la relativité de la tolérance, admettant la pluralité religieuse (43). Il apaise la déchirure morale que l'individu ou le groupe ressentent quand des règles morales ou injonctions confessionnelles sont contrariées par le droit positif. Mais, comme l'exercice ou la manifestation de la liberté personnelle et individuelle connaissent les limites définies par les exigences de l'ordre public, l'obéissance à la loi et le respect des autres libertés. Ces limites sont les lieux de confrontation entre valeurs religieuses et ordre public (44).

Entre les préceptes religieux mis en oeuvre par les individus et les groupes et les principes défendus par l'association politique ou le corps social (laïque) existent des failles que des exceptions et des dérogations à la règle de droit combler indirectement. Avaliser la différenciation est désamorcer les risques de conflits (affrontements potentiellement générateurs de violence) entre les mouvements religieux (45), mais c'est aussi protéger l'individu contre la pression religieuse, c'est reconnaître la liberté de la différence (A).

Partiellement maîtrisés par les modulations du principe d'égalité, endigués maladroitement par le droit qui les réduit à l'état de polémiques, hors de l'espace public, ces jeux s'inscrivent dans un champ moral ; et, la tolérance supplante la laïcité pour la déconflictualisation des rapports inter-religieux (B).

A - PROTÉGER LA LIBERTÉ CONTRE LA PRESSION RELIGIEUSE...

Le principe de laïcité assure la coexistence des différents courants religieux et l'exercice des libertés de conviction et de croyance. Ce, "tant que cette liberté [religieuse] ne porte pas atteinte aux droits de l'homme et au bien commun de la société, l'État va respecter ces religions. Dès que ces religions, d'une manière ou d'une autre, portent atteinte aux droits de l'homme et risquent d'être un facteur de troubles par rapport à l'ordre public ou de compromettre le bien commun du groupe social, c'est à l'État de faire respecter la loi (46)". L'éthique laïque se propulse dans la connaissance des droits de l'homme (47) ; elle inscrit le processus de création juridique et de décision juridictionnelle dans les régulations qui déconnectent le conflit entre ordre et liberté, entre égalité et liberté, et entre libertés ; elle interroge particulièrement le jeu du dire-droit lorsque surgit la nécessité d'une conciliation entre l'exercice des droits et libertés et les morales défendues par les collectivités religieuses (48).

La recherche d'une harmonisation de l'ordre juridique unitaire et national avec les libertés et les formes de libertés religieuses plus que culturelles (49) repose indéfiniment la question de la laïcité. Le principe de laïcité oppose aux associations

(43) Voir D. Lochak, "Les minorités et le droit public français : du refus des différences à la gestion des différences", in A. Fenet et G. Soulier (dir.), *Les minorités et leurs droits* 1989 *op. cit.* p. 111 et s.

(44) ... mais elles brouillent les logiques juridiques, voir G. Koubi, "Droit et religions : dérives ou inconsciences de la logique de conciliation" *R.D.P.* 1992 p. 723 et s. ; "Le rite contre la règle? réflexions à partir de C.A. Paris 25 mai 1990 (Brami c/ Arbib)" *Actes - cahiers d'action juridique* 1992 n° 79/80 p. 47 et s.

(45) Voir J. Freund, "Conflictualité sociale et intolérance" in *Le champ éthique* n° 20, *L'intolérance et le droit de l'autre* éd. Labor et Fides, Genève 1992, p. 75 et s.

(46) C. Geffré, "Conscience oblige" in C. Sahel (dir.), *La tolérance* éd. Autrement *op. cit.* 1991, p. 58.

(47) Voir (ouvr. coll.) G. Haarscher (éd.) *Laïcité et droits de l'homme - deux siècles de conquête* éd. de l'Univ. de Bruxelles 1989.

(48) Et fonder l'analyse sur la seule notion de "conscience" ne suffit pas, voir la tentative de D. Laszlo-Fenouillet, *La conscience* éd. L.G.D.J. 1993, *op. cit.*

(49) toujours élaborée à partir des principes relatifs aux droits de l'homme, c'est-à-dire, entre autres : liberté d'opinion "même" religieuse (art. 10 - DDHC 1789) ; liberté de conscience (art. 1 - L. 9 décembre 1905) et accessoirement, liberté des cultes (id.) ; interdiction de discrimination dans l'emploi en raison des croyances religieuses (Préambule de 1946 et Code du travail) ; liberté de manifestation des convictions (art. 10 DDHC 1789, art. 9 - CEDH 1950) ; respect des croyances de chacun par la République française (art. 2 - Const. de 1958) ; etc.

culturelles ou autres formes de groupements religieux, l'obéissance aux règles de droit ainsi que le respect des libertés, de la liberté d'opinion et de la vie privée.

L'existence de forces d'intérêt religieux ou de pression morale et religieuse brise la logique de la neutralité qui préconise l'abstention des autorités publiques ; ainsi, la charge d'une conciliation entre ordre public et exercice des libertés ... religieuses... est transférée aux juridictions, au juge judiciaire ou au juge administratif. Dès lors, l'intégration du phénomène religieux dans le juridique ne se réalise pas par les réglementations procédant à "un renvoi explicite à l'ordre juridique de l'institution" confessionnelle (50). Elle procède de décisions juridictionnelles lorsque la requête, le différend ou le litige concernent les relations normatives ou comportementales entre la règle de droit, l'individu et la morale défendue par le groupe.

Cette insertion du religieux dans le juridique répond aux logiques du système de droit français. Ainsi, intervenant dans les relations conjugales et familiales, le juge judiciaire se penche sur les questions religieuses invoquées dans la mesure où elles en affectent le déroulement et la vie quotidienne (51). A propos des conflits de nature professionnelle, il peut retenir, au delà du caractère "propre" de l'entreprise ou de l'association - employeur, la nature des fonctions exercées qui confirmerait la religiosité du rapport de subordination des employés (52). Le juge administratif, quant à lui, mesure la qualité culturelle des associations en la dissociant rigoureusement des activités de nature culturelle ou d'inculcation d'une doctrine (53). De même, il assure un contrôle vigilant sur les formulations comprises dans les règlements intérieurs des entreprises et établissements privés (54).

L'avis du Conseil d'État du 27 novembre 1989 sur le port de signes d'appartenance religieuse à l'école, et ses prolongements juridictionnels et administratifs, modifient les référents sociaux de l'approche juridique : il oblige une mutation de la perspective puisque désormais, la manifestation d'une conviction religieuse relève autant de l'expression écrite ou orale ("parler") que de l'expression vestimentaire et comportementale ("afficher"). Mais, non seulement une des composantes de l'exercice de la liberté religieuse, elle tend à devenir de plus l'une des marques de l'attachement à un groupe, une communauté. Ce déroulement signale par là-même l'exposition de l'appartenance à un ensemble social, l'extériorisation de l'adhésion à une doctrine, un dogme. La formulation de l'avis (réitérée par la jurisprudence (55))

(50) Les autorisations préalables souvent dérogatoires, investissent les organismes religieux d'un pouvoir de désignation, d'habilitation, de formation.. par exemple, pour la nomination des sacrificateurs de l'abattage rituel. Ainsi que le signale D. Lochak, cette problématique suppose la reconnaissance préalable des organismes représentatifs d'une communauté donnée, or, certaines religions, et notamment, la communauté islamique, ne sont pas dotées d'institutions centrales admises par l'ensemble des adeptes ou des membres, ni officieusement investies par l'État, in. "Les ambiguïtés du principe de séparation" *Actes* 1992, n° 79/80, *op. cit.* p. 12. Voir par ailleurs, S. Pierré-Caps, "Les "nouveaux cultes" et le droit public" *R.D.P.* 1990 p. 1069 et s.

(51) Par ex., Cass. Civ. 29 mars 1989 *Clavet es-qualités c/ Mme A.*, note F. Bouscau, *J.C.P.* 1990 II 21586 ; ou lorsque l'intérêt de l'enfant est en jeu : C.A. Rennes 18 février 1993 *Epx Durand*, note Y. Benhamou, *J.C.P.* 1994 II 22210. Voir aussi, T. Massis, "La liberté de conscience, le sentiment religieux et le droit pénal" *D.* 1992, chr. p. 113 et s.

(52) ... malgré quelques hiatus : à propos de Cass. Soc. 17 avril 1991 *X... c/ Association Fraternité Saint-Pie X*, note A. Sériaux, *J.C.P.* 1991 II 21724 ; P. Bouaziz, *Droit ouvrier* 1991 p. 201 et s. ; voir G. Koubi, "Droit et religions : dérives ou inconséquences de la logique de conciliation" *R.D.P.* 1992 *op. cit.* p. 723 et s.

(53) Par ex., C.E. 6 juin 1986 *Association culturelle "Troisième Église du Christ" scientiste de Paris* ; C.E. 29 octobre 1990 *Association culturelle de l'Église apostolique arménienne de Paris* ; C.E. Ass. 1er février 1985 *Association chrétienne "Les Témoins de Jéhovah"*, concl. F. Delon et note J. Robert, *R.D.P.* 1985 p. 483 et s. ; L. Richer, *A.J.D.A.* 1985 p. 232 et s. ; P. Keller-Couteaux, *Rev. Fr. Dt Adm.* 1985 p. 566 et s.

(54) Par ex., C.E. 2 novembre 1992 *Khérouaa et autres*, concl. D. Kessler, *Rev. Fr. Dt Adm* 1993 p. 112 et s. ; P. Sabourin, *R.D.P.* 1993 p. 220 et s. ; note P. Tedeschi, *J.C.P.* II , 21998 ; G. Koubi, *D* 1993, J. p. 108 et s. ; G. Lebreton, *Les Petites Affiches* 1993 n° 62 p. 4 et s. ; D. Mardesson, *Gaz. Pal.* 24/25 novembre 1993 p. 9 et s.

(55) in. C.E. 2 novembre 1992 *Khérouaa et autres*, *précit.*

induit la confrontation de la norme religieuse au principe croisé de laïcité-liberté. La lecture de la règle de droit qui se doit de garantir la liberté de la différence, est au confluent des systèmes normatifs juridique et religieux et concentre la compréhension des systèmes de normes socio-religieuses différents (56).

Les interventions des tribunaux décomposent progressivement l'application stricte et juridique du principe de laïcité. Désormais, "rester sur le terrain strictement juridique" n'est pas "assurer les combinaisons entre liberté et laïcité en considérant les différences de nature et de fonction" (57) mais exige de repenser la laïcité en ce qu'elle contient la diversité religieuse de la société politique ; en effet, la notion juridique de laïcité s'adapte aux mouvements sociaux et religieux, elle ne s'impose que parce qu'elle est l'un des moyens d'action juridique pour composer les données d'une coexistence entre différents courants religieux.

Cette évolution justifiée par le pluralisme socio-religieux de la société française, a, par contrecoup, pour effet de signifier un lien entre conviction personnelle et groupement religieux. Par cela même, elle renforce le repli identitaire qui fait surgir, dans le débat relatif à la conciliation des différentes libertés entre elles, la question de l'engagement religieux de type militant ou du prosélytisme des membres (ou sympathisants) des diverses associations ou communautés religieuses. Sans doute, le prosélytisme est l'une des manifestations de la liberté religieuse : "aux termes de l'article 9, la liberté de manifester sa religion ne s'exerce pas uniquement de manière collective, "en public" et dans le cercle de ceux dont on partage la foi : on peut aussi s'en prévaloir "individuellement" et "en privé" ; en outre, elle comporte en principe le droit d'essayer de convaincre son prochain (...) sans quoi du reste "la liberté de changer de religion ou de conviction, consacrée par l'article 9, risquerait de rester lettre morte (58)". Peu d'études concernent cet aspect spécifique de la liberté religieuse (59), mais les raidissements des autorités scolaires françaises face au "port du foulard" par des enfants - soumises à l'autorité du père au nom d'une morale partagée par bien des religions ! - frôlent ce problème (60).

Ces confrontations ont induit une dérive de la logique de conciliation contribuant au déplacement du jeu juridique de la laïcité vers la fonction indéterminée de la tolérance. Or, "dans une société démocratique où plusieurs religions coexistent au sein d'une même population, il peut se révéler nécessaire d'assortir cette liberté [religieuse] de limitations propres à concilier les intérêts des divers groupes et à assurer le respect de chacun (61)". Quand la liberté religieuse se dissocie du champ général des libertés garanties par l'État de Droit, elle perd une de ses qualités substantielles : soudain dépendante des institutions confessionnelles, elle est exclue des formes du droit étatique (par le fait même d'une irrelevance). La modification du référent juridique laisse l'individu démuné devant toute forme d'inculcation d'une croyance ; l'individu dispose d'une "autonomie de conscience" mais peut-il construire son identité sociale dans la béance juridique qui sépare le culturel du politique et le religieux du juridique ? La protection de la liberté de conscience le dégage de la quadrature confessionnelle tandis que la protection de la liberté religieuse l'en-

(56) Par exemple, C.A. Paris 30 mars 1990 *Association la Fraternité Saint-Pie X C/P...* note J. Villaceque, D. 1990 J. p. 596 et s., sur conclusions contraires de J. Alzuyeta, ("Les éléments de la vie privée du salarié sont-ils susceptibles de servir de cause à son licenciement ?" in. *Droit Ouvrier*, 1990 p. 296-297).

(57) comme le propose E. Picard, in. "Le juge administratif et l'interdiction faite aux élèves de porter 'le foulard islamique'" *Administration* 1993, n° 158 p. 181.

(58) Cour E.D.H. 25 mai 1993 *Kokkinakis c/ Grèce*, *Rev. trim. dr. hom.* 1994 n° 17, p. 137 et s.

(59) Voir cependant, A. Garay, "Liberté religieuse et prosélytisme : l'expérience européenne" *Rev. trim. dr. hom.* 1994 n° 17 p. 20 et s.

(60) Voir C. Bontems, "A Dieu foulard ... islamique !" *Rev. adm.* 1993, p. 583 et s.

(61) Cour E.D.H. 25 mai 1993 *Kokkinakis c/ Grèce*, *Rev. trim. dr. hom.* 1994 précit. (en référence à art. 9 CEDH) p. 137 et s.

ferme peu à peu dans une désignation collective d'appartenance, source de la discrimination sociale (62). La liberté de "changement de croyance ou de conviction" risque de ne plus apparaître comme l'exercice d'une liberté individuelle et personnelle relevant d'un choix ou d'une éthique de vie privée : elle deviendrait l'expression soit d'un endoctrinement ou d'une conversion forcée, soit d'une démission, volontaire ou provoquée, sous la forme d'un refus ou d'un rejet émis à l'encontre d'un groupe, d'une doctrine ou d'un dogme religieux.

Le flou et l'imprécision dans lesquels se jouent les méthodes de conciliation entre Droit et religions atténuent l'autorité de la règle juridique et légitiment la mainmise progressive des religions sur la conscience des individus ; le mouvement d'émancipation sociale qui se dessine au niveau des pratiques et des rites, se révèle freiné et la "croyance" devient signe d'alliance, signe d'appartenance, signe d'adhésion (63)... L'enfermement du croyant dans le statut de fidèle et d'observant qui puise sa légitimité dans la défiance des institutions représentatives des religions envers le système juridique d'un État laïque, n'a pas à être conforté par les actes juridictionnels, par les jugements et arrêts des tribunaux judiciaires comme administratifs. La fonction de la laïcité dans la pratique d'une intervention ne peut absoudre l'introduction de la question religieuse dans l'espace public, elle est le front sur lequel butte l'argumentation morale des systèmes juridiques ; elle ne peut non plus couvrir l'intrusion de la force morale dans la sphère de vie privée, elle est le mur auquel se heurte la propension des institutions religieuses à pénétrer la vie quotidienne au-delà de l'enseignement des doctrines.

B - CONTRER L'OPPRESSION DES NORMES RELIGIEUSES

L'appréhension de la laïcité comporte des variables qui relèvent de la philosophie des droits de l'homme : les notions de "laïcité ouverte" ou "laïcité plurielle" qui oeuvrent pour l'insertion de la tolérance dans le juridique, sont les indices d'un renouvellement du discours juridique vers la reconnaissance implicite d'une distinction entre religion majoritaire et religions minoritaires. L'analyse du rapport entre droit et religions confirme la convertibilité des processus juridiques et juridictionnels dans la considération du pluralisme religieux (64). Si l'interdiction juridique de l'intolérance empêche l'inégalité de traitement entre les individus de confessions différentes, elle a aussi pour fonction de lutter contre l'oppression du groupe religieux qui s'exercerait à l'égard de l'individu.

Quand 'la liberté des uns offense la liberté des autres', la tolérance est un mot dépourvu de validité juridique, le système de droit doit colmater les brèches pour établir non directement l'entente sociale mais bien essentiellement la paix civile. L'implication des règles religieuses ne peut être opposée à l'application des règles de droit. Le libre exercice des cultes ne peut être protégé au détriment de la simple liberté individuelle de penser, de dire, de faire, de croire ou non...

La liberté d'opinion et d'expression n'exclut pas la liberté du "sacrilège" ou du "blasphème" dans un État laïque, à la seule condition que le trouble provoqué dans la collectivité religieuse ne se répande point dans l'espace public. L'affichage d'opinions contraires aux idées et principes défendus par les différentes associations

(62) ... cette dérive se conçoit dans la mesure de la définition proposée par R. Minnerath in. "La spécificité de la liberté religieuse par rapport aux autres libertés de l'esprit" *Conscience et liberté* 1990 n° 40, p. 17 : "la liberté religieuse est la liberté d'appartenir à une collectivité religieuse".

(63) ... et ce "signe" individuel est conforté parfois même à l'encontre des dogmes religieux : T.A. Grenoble, 5 juillet 1993 *Epx Darmon*, note P.H. Prelot (qui ne soulève pas la question) *J.C.P.* 1994 II 22198.

(64) Voir G. Koubi, "Vers une évolution des rapports entre ordre juridique et systèmes religieux ?" *J.C.P.* 1987 doct. 3292.

religieuses, églises ou communautés ne se définit pas comme un blasphème, il serait plutôt compris comme une injure ou une insulte si la limite d'une bienséance juridicisée était relevée.

La liberté de la différence est dans la protection de ces droits à ne pas penser, à ne pas agir, à ne pas vivre comme les institutions et doctrines religieuses le préconisent. Lorsque ces opinions et attitudes heurtent de front les croyances et les convictions, leur protection relève d'une application scrupuleuse de la notion de laïcité (65). Si les créations artistiques et propagandes publicitaires des uns choquent et perturbent les consciences des autres, la fonction de la laïcité est non pas de les encadrer par un régime juridique spécifique relevant d'une perception floue de "morale publique" (ô combien proche de la morale religieuse dominante!) mais de les conforter en précisant l'autonomie de conscience des individus et leur propre responsabilisation dans leur choix de croyance.

Ainsi, "le moral ne coïncide pas toujours avec le légal", et par-delà les repères éthiques des Églises, consistoires ou comités représentatifs des membres ou des adeptes de religions données, les préoccupations d'une culture juridique moderne sont primordiales pour la santé publique, pour l'ordre public, pour les libertés publiques. Au-dessus de ces morales parcellaires, souvent contradictoires et toujours fermées à des ouvertures nouvelles sur la vie quotidienne, le droit n'a pas à rejoindre la morale (66). Or, progressivement cette commissure s'insinue dans les dispositifs des jugements et des règlements, conduisant à un affaiblissement de la généralité de la règle et à un affaiblissement de l'autorité de la règle de droit.

Sous la pression des églises, des associations, des communautés religieuses, la relecture du dispositif du Droit par les juges désarticule la dynamique de la laïcité et déchire la garantie de la liberté pour le compte d'une morale... prêchée par la religion dominante. L'idée de tolérance s'engouffre dans cette trouée alors que protéger des droits et des libertés n'est pas construire une lucarne sur des avantages toujours instables, ni des faveurs sujettes aux variations conjoncturelles. Le premier temps d'une garantie d'harmonisation sociale, sans saisie juridique de la tolérance, est ainsi de rappeler que la liberté de l'individu ne saurait s'effacer devant le groupe. Le second temps serait d'exclure toute référence à la notion relative de la tolérance, et de signifier que chacun assume les conséquences de son choix devant la société civile. Si la tolérance a un rôle à jouer, elle est en marge du champ juridique, quand l'autonomie et la responsabilité de la conscience individuelle ou collective s'exposent devant les groupes religieux que ce soit celui auquel chacun, individu ou groupe, se réfère, ou celui duquel il se défie. Or, c'est la liaison de chacun avec le groupe dont se saisit le juge, et ainsi l'interrogation sur la conciliation de la morale religieuse avec les règles légalles pénètre subrepticement la sphère du droit.

Cependant, lorsque le juge se réfère à l'une des prescriptions ou l'un des axiomes moraux des religions, pour étayer la résolution du litige, il étudie la complexité intrinsèque à toute pensée religieuse -- puisque toutes les religions, basées sur un corpus de textes ou sur une tradition orale, sont sujettes à des variables dans l'interprétation et l'application des préceptes religieux. Outre le fait qu'il est ainsi conduit à une lecture primaire, ou archaïque, des systèmes infra-juridiques ou plus justement infra-étatiques que constituent les systèmes de normes religieux, chargé d'opérer une conciliation entre le civil et le religieux, il n'utilise de la référence à une norme socio-religieuse que lorsque celle-ci se révèle non seulement compatible avec

(65) Par ex., à propos du film "La dernière tentation du Christ", Cass. Civ. 19 octobre 1990 *Alliance française contre le racisme et pour le respect de l'identité française et autres*, c/ Martin Scorsese, J.C.P. IV p. 424...

(66) Voir cependant, P. Jestaz, "Les frontières du droit et de la morale" *R.R.J. Droit prospectif* 1983, p. 334 et s.; du même auteur, "Pouvoir juridique et pouvoir moral" *Rev. trim. dr. civil* 1990 p. 625 et s.

le système juridique imposé, mais encore subsidiaire, comme assurant un joint fondamental entre la communauté et la convivialité.

La notion de "compatibilité" fait inévitablement surgir le concept de religion "dominante" plus que "majoritaire", lequel signifie expressément les lieux d'inspiration du système de droit positif. Sans doute, permet-elle une projection du raisonnement dans la logique des droits de l'homme, telle qu'elle est intégrée dans le système de droit français, mais aujourd'hui, elle expulse toute compréhension à l'égard des contraintes, charges, sujétions ou licences, dispenses que des doctrines religieuses non chrétiennes peuvent imposer ou proposer à leurs fidèles (67). La défaite de la pensée juridique laïque se love dans ce démembrement de l'attention juridictionnelle à l'égard des différences et dans le dévoiement de la lecture des règles juridiques au prisme de la morale publique à forte connotation religieuse et non suivant les objectifs du maintien de l'ordre, de la santé et de la sécurité publiques.

Certes, en vertu de l'application du principe de neutralité fondé improprement sur les dispositions de la loi du 9 décembre 1905, les instances publiques, administratives et juridictionnelles, évitent de s'immiscer dans les conflits d'influence des communautés et églises ou les débats internes aux doctrines et confessions (68). En effet, "le droit se refuse irréductiblement à se prononcer dans le domaine du dogme : aucun organe de l'État, aucun agent de l'État ne doit mettre en cause le bien-fondé du dogme, l'existence même de tel ou tel dogme (69)". Mais, de plus en plus, l'intérêt de la "majorité" est en passe de devenir le paramètre substantiel de la définition de "l'intérêt général".

Cependant, les juridictions ne se refusent pas à intervenir lors de rivalités ou de revendications concurrentes pour l'utilisation de lieux de cultes, en vertu des règles d'affectation des biens relevant du domaine public (70) ; là encore, elles prennent acte d'une histoire spécifique qui fait se perdurer implicitement le système des "cultes reconnus". Par ailleurs, comme les institutions confessionnelles émettent des prescriptions s'imposant à leurs membres et notamment aux impétrants et servants, l'ordre juridique étatique est amené à reconnaître leur pouvoir décisionnel (71) ; privilégier cette connaissance par rapport au système de droit est décomposer le champ de la laïcité dans le prisme déformant de la tolérance.

Par contre, les réglementations ayant pour objet de permettre aux tenants des religions autres que chrétiennes de respecter certaines des obligations rituelles ne remettent pas en cause l'application du principe de laïcité (72). La liberté religieuse est garantie par le principe de laïcité puisque ces pratiques rituelles concernent ceux qui adhèrent effectivement aux principes mis en oeuvre par la religion en cause, mais la séparation entre la vie privée, familiale, sociale et culturelle et la vie publique ne doit pas être affectée.

(67) Par exemple, le mariage polygamique est reconnu dans ces effets juridiques. Cependant, après la reconnaissance "administrative" de ses implications pour les étrangers résidant en France, en ce qui concerne l'application du droit au regroupement familial, le législateur, dans une problématique de lutte contre l'immigration, conduit la démarche des "rejets". Une mutation juridique de même type se développe à propos des "répudiations", d'abord reconnues et protégées, puis, décomposées et ignorées.... etc...

(68) Par ex. : T.G.I. Paris, 13 juillet 1977, *Association de la Fraternité Saint-Pie X D.* 1997, I.R. p. 458 ; T.G.I. Paris 9 juillet 1985, *Sté Bayard-Presse c/ Lemaire*, D. 1986 I.R. p. 51.

(69) D. Laszlo-Fenouillet, *La conscience* éd. L.G.D.J. 1993, p. 41 (N.B. : la note (224) qui suit cette affirmation apparaît anachronique et peu pertinente).

(70) Voir M. Lonjou, *Édifices et lieux de culte en droit français* Th. Bordeaux I 1992.

(71) ce, notamment en ce qui concerne le statut des ministres du culte ; voir entre autres, A. Boyer, *Le droit des religions en France*, op. cit. p. 107 et s.

(72) Voir D. Lochak, "Les minorités et le droit public français : du refus des différences à la gestion des différences" in. A. Fenet et G. Soulier (dir.), *Les minorités et leurs droits depuis 1789* 1989, op. cit. p. 111 et s.

Dès lors, affirmer que "le droit à la liberté religieuse ne peut s'enfermer dans la définition d'un droit subjectif : il est d'abord et essentiellement objectif et relatif à une relation interpersonnelle ; il ne peut se comprendre sans le droit de la communauté religieuse dont il participe : le droit de l'Église et celui des communautés naturelles dans lesquelles l'être humain se développe (de la famille à la nation) (73)", est opposer les systèmes normatifs propres aux différentes religions. C'est aussi refuser toute distinction entre liberté de croyance et liberté de culte ; or, le libre choix de l'option religieuse, de croire ou de ne pas croire (opinion), renvoie à des comportements individuels (manifestation) d'inspiration morale et/ou religieuse (autonomie). La pratique d'une religion par les fêtes, cérémonies, messes ou prières (culte) sont des agissements collectifs guidés par l'institution, l'association, l'Église ou la communauté. Empêcher leur effusion et leur extension sur le domaine public et réglementer leur "sortie" (processions, sonneries de cloches, muezzin) confortent la distinction entre la liberté de croyance et la liberté de culte qui consolide la protection des libertés d'opinion, d'expression, de manifestation mêmes religieuses, donc, la protection de la liberté de la différence. Or, deux types d'action fragilisent cette fonction : d'une part, les divers groupements d'obédience religieuse ont de plus en plus tendance à peser sur les circuits juridiques, cherchant à asseoir leur influence sur les législations, les réglementations comme les jugements en dépit des aspirations sociales générales (par exemple, l'enseignement religieux dans les programmes scolaires (74), la mise en oeuvre des modes d'interruption volontaire de grossesse (75), les progrès de la science et les variables de la bioéthique (76)) ; d'autre part, ces divers groupes accaparent les individus suivant des processus identitaires et les rassemblent dans un concept d'appartenance qui renforce leur puissance sociale sur l'individu, la famille, l'association (aménagement des lieux de rencontre), pesant sur les comportements (notamment dans les relations conjugales (77) et familiales (78)), contenant les désirs (79) et même culpabilisant les doutes et errements individuels (80). Lorsque le discours entérine la coïncidence entre liberté religieuse et liberté de culte, il met face à face les différentes religions au risque de choisir favoriser l'une, la "majoritaire" plutôt que l'autre ou les autres. Ainsi, "les minorités religieuses ne souffrent généralement pas en Europe d'une dénégation de leur identité spirituelle en tant que telle mais plutôt de l'organisation de la société qui reflète les cultures reli-

(73) P. André-Vincent, "Le droit à la liberté religieuse dans l'État de droit" in *L'Église et l'État en France* actes du 3^e colloque des Juristes catholiques, éd. Téqui, Paris, 1983 p. 158

(74) Voir entre autres, J. Fialaire, "Rythmes scolaires et exercice du droit à l'enseignement religieux", *Les Petites Affiches* 1991 n° 21 p. 14 et s.

(75) C.E. Ass. 21 décembre 1990 (2 espèces) *Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres ; et, Association pour l'objection de conscience à toute participation à l'avortement et Association des médecins pour le respect de la vie*, A.J.D.A 1991 p. 157 et s., chr. C.M., F.D., et Y.A. "Le Conseil d'État, le droit à la vie et le contrôle de conventionnalité" A.J.D.A. 1991 p. 91 et s.

(76) Voir, entre autres, P. Kayser, "Les limites morales et juridiques de la procréation artificielle" D. 1987, chr. p. 189 et s..

(77) Voir par exemple, C. Atias, "Les convictions religieuses dans la jurisprudence française en matière de divorce" J.C.P. 1984, doct. 3151.

(78) Voir par exemple, A. Sériaux, "Tes père et mère honoreras" Réflexions sur l'autorité parentale en droit contemporain" R. trim. dr. civil 1986 p. 265 et s.

(79) A titre anecdotique, certains romans de David Lodge rendent compte des difficultés de vie quotidienne lorsque l'individu est déchiré entre la réalisation d'un désir licite qui sur le plan religieux est fautive, donc induit la sanction sociale et la sentence morale, par exemple : (traduit de l'anglais) *La chute du British Museum* éd. Rivages 1991, et *Jeux de maux* éd. Rivages 1993.

(80) En France, la "conversion" ne fait l'objet d'aucune sanction juridique et la liberté de changer de religion est opposée à la pression sociale. La culpabilisation des doutes peut conduire, en d'autres États et pour certains groupements religieux, à l'emprisonnement jusqu'à la sentence de mort pour apostasie....

gieuses dominantes et les déterminismes sociaux de la majorité traditionnelle (81)". La neutralité de l'État comme du droit n'est qu'un mythe...

Ce mythe valide l'action juridique destinée à instaurer une relative cohésion sociale. Un doute sur le maintien de l'équilibre socio-religieux interfère lorsque la Cour Européenne des Droits de l'Homme transforme les références relatives à la liberté religieuse en renvois aux lectures dogmatiques des préceptes chrétiens. Lorsqu'elle énonce la distinction entre le "témoignage chrétien et le prosélytisme abusif", à propos d'une affaire mettant en cause le fondement constitutionnel de la République de Grèce, elle use de termes tendancieux qui préfigurent des déformations du raisonnement juridique : "le premier correspond à la vraie évangélisation qu'un rapport élaboré en 1956, dans le cadre du Conseil oecuménique des Églises, qualifie de "mission essentielle" et de "responsabilité de chaque chrétien et de chaque église". Le second représente la corruption ou la déformation... (82)". F. Rigaux s'indigne à juste titre : "Quel est ce langage dans le chef d'une juridiction qui devrait, plus qu'une autre, respecter la règle du pluralisme idéologique et de l'égalité de toute forme de croyance ou d'incroyance ?.. appartient-il au juge laïc de se prononcer sur la "vérité d'une évangélisation" ? (83)". Ne faudrait-il pas ajouter qu'utilisant les recommandations d'un rapport émanant d'un organisme "religieux" pour fonder son argumentation, la Cour entérine la problématique de la "dominance" (qui, présente dans le texte constitutionnel grec, ne devrait pas être affirmée par ce type d'analyses, ce d'autant plus que la Cour avait auparavant refusé de solidifier une problématique de dominance identique à l'égard de la République d'Irlande !). Ainsi, elle recompose le traitement juridique des religions minoritaires par référence à l'ordre juridique religieux majoritaire. Comment affirmer alors que "La Cour européenne des droits de l'homme existe et fonctionne parce que l'Europe dans sa relative unité culturelle connaît une forme tolérante de laïcité qui protège toutes les religions" (84) ? Pour contrer cette tendance des juges à puiser leurs raisonnements dans les doctrines religieuses pensées "majoritaires", la laïcité devient un principe de vigilance qui s'impose désormais, en France.

Or, les antagonismes qui surgissent entre les différents systèmes religieux reposent sur le rappel du respect d'un principe de tolérance, principe social et moral et non juridique : institutions, ordres, congrégations, églises, communautés, toutes formes de collectivités religieuses ou confessionnelles prennent en charge leur propre enseignement et décident de leurs rapports mutuels dans la conscience de la diversité indéniable, dans le souci de la paix civile et sociale, dans le respect de l'ordre public. Chaque religion aménage son propre fonctionnement et suscite les voies de la tolérance à partir de ces thèmes qui ne peuvent en appeler à l'État. Car, si les conflits s'enveniment, aucun dogme ne doit être surexposé, ni être privilégié, ni être doté d'une valeur suprême, pas même celui qui serait présenté comme partagé par une fraction "majoritaire" de la population de l'État, pas même celui qui pourrait être pensé comme "source d'inspiration" des phénomènes de création juridique (législative ou réglementaire).

(81) A. Garay, "Liberté religieuse et prosélytisme : l'expérience européenne" *Rev. trim. Dr. Homme* 1994 *op. cit.* p. 20.

(82) C.E.D.H. 25 mai 1993 *Kokkinakis c/ Grèce*, *Rev. trim. dr. hom.* 1994 *précit.* p. 137 et s. précisant qu'il peut revêtir la forme de "chantage", de pression sur des personnes en état de détresse, qu'il peut impliquer le recours à la violence ou le "lavage de cerveau" toujours en référence au même rapport du Conseil oecuménique des Églises !!

(83) C.E.D.H. 25 mai 1993 *Kokkinakis c/ Grèce*, *Rev. trim. dr. hom.* 1994 *précit.* p. 137 et s.

(84) M. Flory, "Religion, laïcité et droit international" in *Les relations internationales à l'épreuve de la science politique*, Mel. en l'honn. de M. Merle, éd. Economica 1993, p. 330.

Ainsi, selon le principe actif de laïcité, les organes publics ne sauraient demeurer indifférents dès l'instant où ils seraient sources de troubles publics et de scissions sociales : le rétablissement de l'ordre public comme de la convivialité sociale passe nécessairement par la connaissance juridique du principe de laïcité...

HERMÉNEUTIQUE ET THÉORIE NORMATIVE DU DROIT (*)

Par

Paul DUBOUCHET

Maître de Conférences au Centre Universitaire de Polynésie Française

RÉSUMÉ

Si depuis Dilthey on oppose *explication* et *compréhension* comme deux modes antagonistes d'appréhension de la nature d'une part, de l'humain d'autre part, l'herméneutique moderne, en substituant à la compréhension romantique "un art de la conjecture" et à l'explication positiviste "une science de la validation", montre les rapports dialectiques qu'entretiennent désormais les deux termes, le double mouvement convergent, qui les rapproche. La théorie normative du droit qui, à l'instar de l'herméneutique, considère l'univers linguistique et sémiologique comme un univers au-delà duquel il n'y a rien, ne fait, sous une autre terminologie, que montrer la rencontre, dans le discours juridique (du juge et du juriste), d'un "art de la conjecture" et d'une "science de la validation".

-.**

S'il est vrai que le droit est inséparable d'un langage, il faut d'abord chercher l'esprit des lois dans l'organisation et le fonctionnement interne du symbolisme juridique. Certes, je ne conteste pas l'importance des conditions sociologiques et économiques qui, en dernier ressort, expliquent certainement beaucoup du phénomène juridique. Mais, cette seule considération risque de nous faire perdre de vue la spécificité de cette structure normative qu'est le droit, nous faire oublier d'étudier le droit en lui-même et pour lui-même. En outre, cette considération reste la mieux partagée parmi les juristes, puisque, depuis la fin du XIX^{ème} siècle jusqu'à nos jours, la science juridique, donnant lieu d'ailleurs à des travaux fort remarquables, s'est principalement développée sous l'influence d'un certain

(*) Cette étude prolonge et complète mes deux articles de cette revue *Pour une théorie normative de l'institution*, 1993-3, et *La théorie normative du droit et le langage du juge*, 1994-1.

Plutôt que de renvoyer à certains passages de ces articles, j'ai préféré les réutiliser purement et simplement (en m'efforçant de réduire ces emprunts au strict nécessaire de la démonstration) afin que ce nouvel article y gagne -je l'espère- en clarté et autonomie, et puisse être lu indépendamment des deux précédents.

positivisme reposant sur les deux postulats corrélatifs du primat de la sociologie et de l'exclusion de la morale -cette dernière étant rapidement évacuée par les quelques considérations superficielles qui décorent obligatoirement les premières pages de toute *Introduction au droit*. Aujourd'hui encore, la plupart de nos thèses comme la grande majorité des recherches de fort brillants juristes -jeunes et moins jeunes- acceptent ce cadre théorique totalement périmé. Fort heureusement, le plus souvent, la référence à ce cadre n'est qu'une clause de convenance "scientifique" sans réelle incidence sur le contenu de leurs travaux. Plus fâcheuse en revanche est cette référence pour les auteurs qui se targuent de se consacrer à la théorie juridique : ils n'ont alors pas loin de cent ans de retard, et peut-être même davantage s'il est vrai que souvent et indirectement, ils se nourrissent du plus mauvais Kant et du plus mauvais Descartes.

C'est donc vers les recherches sur le langage et la logique du droit que je devais me tourner. Mais là, mon attente allait être grandement déçue dans la mesure où les linguistes et logiciens du droit me semblaient souvent oublier le phénomène juridique, et parfois bien plus encore que les sociologues du droit.

Surtout, ce que je ne comprenais pas c'est que l'on puisse dissocier le problème du langage du droit et celui de la logique du droit, alors que ces deux problèmes m'ont toujours paru ne faire qu'un seul et même problème, celui de la normativité du droit.

C'est pourquoi, me référant à ce général irrévérencieux disant "il y a deux solutions : la bonne et celle de l'École de Guerre", j'ai pu appeler "solution de l'École de Guerre" la dissociation des études de linguistique et de logique juridiques (représentées notamment par la linguistique et la documentation juridiques d'une part, par la logique des normes d'autre part) et "bonne solution" la théorie normative du droit, l'approche logico-linguistique spécifique à la connaissance du droit qui, par-delà toutes les distinctions de disciplines ou d'Écoles, vise à détecter l'originalité de cette structure normative qu'est le droit (1).

En effet, aujourd'hui plus encore d'hier je reste persuadé qu'une véritable théorie générale du droit -comme l'indiquait le sous-titre du premier ouvrage que j'y ai consacré- ne peut être qu'une exploration des "rapports du normatif et du logico-grammatical".

Cependant, il se trouve que la philosophie herméneutique et la "révolution" qu'elle a provoquée, l'avènement d'une authentique science de l'interprétation, "va comme un gant" à la théorie générale du droit que j'avais développée en dehors de toute influence de l'herméneutique et indépendamment d'elle. De plus, cet éclairage herméneutique a permis -du moins je l'espère- de préciser ma recherche, de la rendre plus cohérente, et même d'améliorer l'exploration des rapports du normatif et du logico-grammatical, et cela, de façon d'autant plus remarquable que si l'herméneutique nous donne une compréhension plus large des problèmes, débouche sur une conception renouvelée et plus souple de la raison, elle n'a pas -autant que je puisse le savoir- intégré la dimension normative et axiologique (la "révolution normative") au renouvellement de la pensée et de la raison qu'elle opérait par ailleurs de façon si lumineuse.

Néanmoins, à bien d'autres égards, la révolution herméneutique ne manque pas d'instruire, d'enrichir, et même d'approfondir la révolution normative. Telle est -jointe au souci de me faire mieux entendre en empruntant le canal d'une philosophie prestigieuse et remarquable- la raison d'être de cet essai.

(1) Mon ouvrage *Pour une théorie générale du droit. Essai sur les rapports du normatif et du logico-grammatical*, L'Hermès, 1993.

Je confronterai tout d'abord révolution normative et révolution herméneutique (Première partie) avant de montrer en quel sens la théorie normative du droit consacre l'avènement de l'herméneutique juridique (Deuxième partie).

PREMIÈRE PARTIE RÉVOLUTION NORMATIVE ET RÉVOLUTION HERMÉNEUTIQUE

L'approche logico-linguistique spécifique à une théorie normative du droit a pour point de départ la "révolution normative" (§ 1er) qui est tout simplement la reconnaissance du langage normatif ou juridique comme faisant partie intégrante du langage ordinaire. Cette révolution est *a priori* fort éloignée et totalement indépendante de la "révolution herméneutique" (§ 2) introduite en France par Paul Ricœur. Il nous faut cependant rappeler ce qu'il en est de ces deux "révolutions" puisque notre essai a précisément pour but de montrer leur convergence et leur rencontre.

§ 1 - LA RÉVOLUTION NORMATIVE OU LE PARALLÉLISME JURIDICO-GRAMMATICAL

Selon Charles Serrus, "le parallélisme logico-grammatical" désigne la croyance en une exacte correspondance entre la forme de la pensée et celle du langage, c'est-à-dire entre les structures de la logique et celles de la grammaire (2). Le "parallélisme juridico-grammatical" n'est donc rien d'autre que la croyance en une correspondance entre la forme du droit et celle du langage, entre les structures juridiques et les structures linguistiques.

Si la linguistique moderne a pu détecter puis analyser la distinction fondamentale entre la *substance* et la *forme linguistiques* (I), nous devons nous demander dans quelle mesure la science juridique est arrivée à mettre à jour une distinction analogue, celle de la *substance* et de la *forme juridiques* (II).

I - La distinction de la substance et de la forme linguistiques

Il n'est pas étonnant que la découverte de la linguistique moderne par Ferdinand de Saussure, au début du XX^{ème} siècle, soit liée à une approche logique du langage, c'est-à-dire au rapport organique et profond qu'introduit Saussure entre la logique et la linguistique par les quatre "postulats" de sa théorie du langage (3) :

1) *Le primat de la synchronie sur la diachronie* permet de délimiter un ensemble fermé, un corpus statique qui échappe aux aléas et vicissitudes de l'histoire, et qui ainsi fixe la première condition d'une appréhension logique du phénomène linguistique.

2) *Le primat de la langue sur la parole* confirme la légitimité de cette approche en isolant et éclairant le système de la *langue* qui doit sa stabilité et son objectivité à sa nature de fait collectif qui l'oppose à la relativité et à la subjectivité du fait individuel de la *parole*.

3) *La théorie du signe*, par laquelle Saussure retrouve l'un des thèmes majeurs de la philosophie du langage d'Aristote à Condillac en passant par les Stoïciens et Port-Royal, en affirmant que tout *signe* résulte du lien indissoluble qui unit un *signifiant* (la représentation sonore, visuelle et tactile du signe) à un *signifié*

(2) Ch. Serrus, *Le parallélisme logico-grammatical*, Paris, Alcan, 1933.

(3) F. de Saussure, *Cours de linguistique générale*, republication Payot, 1958. G. Mounin, *F. de Saussure ou le structuralisme sans le savoir*, Seghers, 1968.

(l'objet ou le concept auquel renvoie le signifiant). Sur ce point, Georges Mounin a clairement établi la dette de Ferdinand de Saussure envers les grammairiens français de l'époque classique : "dans la mesure, écrit-il, où c'est une réflexion sur la théorie des signes (de tradition aristotélicienne et condillacienne) qui donne au saussurisme son élan, on peut soutenir avec justice que Saussure rétablit un contact organique et profond entre la logique et la linguistique". Ce contact est renforcé chez Saussure par son "goût prononcé pour l'introduction des mathématiques en linguistique" (4). C'est ce qui fait dire au maître genevois : "la linguistique m'apparaît comme un système de géométrie", et encore "il n'y a pas, il ne peut y avoir d'expressions simples pour les notions linguistiques. L'expression linguistique sera algébrique ou elle ne sera pas" (5).

D'autre part, c'est au sujet de la théorie du signe que Ferdinand de Saussure effectue cette nouvelle révolution en affirmant que la linguistique ou science du langage n'est qu'une partie d'une science plus générale, la sémiologie ou science des signes (6). Certes, ainsi que l'a remarqué Louis Hjelmslev, "c'est sur une base essentiellement sociologique et psychologique" que Saussure conçoit cette nouvelle discipline, "bien qu'il esquisse en même temps une *théorie de la forme pure*, une conception du langage comme *structure de transformation abstraite*" (7). Or, cette "théorie de la forme pure" réside dans le quatrième "postulat" de sa linguistique : la notion de système.

4) *La notion de système* forme ce que G.-G. Granger a pu appeler "l'idée maîtresse de la linguistique saussurienne" (8). Pour illustrer cette notion d'après laquelle un signe linguistique n'a de sens que dans le système auquel il appartient, Saussure prend, à quatre reprises, l'exemple du jeu d'échecs : "si je remplace les pièces de bois par des pièces d'ivoire, écrit-il, le changement est indifférent pour le système, mais si je diminue ou augmente le nombre des pièces, ce changement-là atteint profondément la grammaire du jeu" (9). Ce qui veut dire que ces pièces n'ont pas de signification en elles-mêmes, mais seulement les unes par rapport aux autres, puisque chacune, comme le remarque G. Mounin, "représente, symbolise ses relations avec les autres" (10).

Or, Saussure qui détecte la notion d'"unités significatives minima" (les "monèmes" de Martinet ou "unités de première articulation") établit clairement que celles-ci peuvent être aussi bien les éléments du "système" morphologique de la langue (les "morphèmes" de Martinet) que ceux de ses différents "systèmes" lexicaux ou champs sémantiques (les "lexèmes"). C'est ainsi, pour emprunter un exemple à Georges Mounin (11), que l'expression *au fur et à mesure* constitue une seule unité significative minima, un seul monème, tandis que le mot *réembarquons* comporte quatre de ces unités, quatre monèmes (les trois premiers étant des lexèmes, le quatrième un morphème) - l'expression entière formant un "syntagme" c'est-à-dire une "combinaison de monèmes" (12).

Pendant, les monèmes sont eux-mêmes construits à partir d'éléments ultimes, les "unités distinctives minima" dont André Martinet dira qu'elles forment la "seconde articulation du langage. Par exemple, dans le monème père,

(4) G. Mounin, *op. cit.*, p. 26-27.

(5) Cité par G. Mounin, *op. cit.*, 27.

(6) F. de Saussure, *op. cit.* 33.

(7) L. Hjelmslev, *Prolégomènes à une théorie du langage*, Éd. de Minuit, 1966, p. 146.

(8) G.-G. Granger, *Pensée formelle et sciences de l'homme, Avertissement au lecteur sur les structuralismes*, 2ème éd., 1967, Aubier.

(9) F. de Saussure, *op. cit.*, 43.

(10) G. Mounin, *op. cit.* p. 63.

(11) G. Mounin, *Clés pour la linguistique*, Seghers, 1969.

(12) A. Martinet, *Éléments de linguistique générale*, A. Colin, 1960.

phonétiquement /per/, le premier élément /p/ permet de distinguer ce monème des séquences voisines /mer/, /tær/ ; /ser/. Ces éléments sont des unités à une seule face : ils n'ont pas de signifié. Leur fonction est distinctive, non significative. Il s'agit des unités de seconde articulation, unités distinctives minima ou *phonèmes*. C'est la commutation qui permet de dégager le phonème /p/ qui se retrouve dans d'autres séquences telles que /par/, /pir/, /pur/, de même qu'elle permet de dégager les autres phonèmes /m/, /t/, /s/ (13).

La notion de phonème fut découverte dans les années 1920-1930 par Troubetzkoy en Europe, Sapir et Bloomfield en Amérique. Cependant, dès la fin du XIX^{ème} siècle, le linguiste polonais Baudoin de Courtenay était presque parvenu à l'élaboration de cette notion et, avec lui, dit Georges Mounin, la phonologie ou étude des phonèmes était à deux doigts d'être découverte. Mais c'est le prince russe N.S. Troubetzkoy qui, dans ses *Éléments de phonologie* (1926-1938), est le véritable fondateur de cette science (14). Il peut être comparé sans exagération à son compatriote du XIX^{ème} siècle, Dimitri Mendéléeff. Ce dernier a découvert les éléments ultimes de la matière, les atomes, et en a dressé le tableau qui montre, dit François Dagognet, les "relations multiples et variées" que chacun entretient avec les autres (c'est d'ailleurs cette "relativité" qui a permis de constituer le Tableau) (15). Troubetzkoy a découvert les éléments ultimes du langage, les phonèmes ; il a mis à jour leurs *oppositions* et par le fait même il a ouvert la voie qui allait permettre de dresser le tableau phonologique qui rend visible à la fois la définition de chaque phonème et la multiplicité des liens que chacun entretient avec les autres. C'est pourquoi Troubetzkoy est le véritable Mendéléeff de la linguistique ; comme le remarque Georges Mounin, le linguiste russe avait pensé à cette comparaison et ne l'aurait-il pas rejetée (16).

Mais c'est surtout le linguiste danois Louis Hjelmslev qui, par sa confrontation de la logique et de la linguistique, est arrivé à détecter certains traits essentiels du fonctionnement interne de l'organisation symbolique du langage ; il a particulièrement mis en lumière l'opposition entre la *substance linguistique* et la *forme linguistique*. Dans les *Prolégomènes à une théorie du langage* au début du chapitre XXI intitulé *Langage et non-langage*, Hjelmslev, faisant selon son habitude le pont de ses investigations précédentes, affirme que les différentes parties de la théorie du langage qu'il vient d'exposer en prenant des exemples dans les langues *naturelles* "ont un caractère universel, et sont valables pour les systèmes de signes en général". Car "les langues *naturelles* peuvent être décrites sur la base d'une théorie extrêmement peu spécifique dont les conséquences encore inexplorées sont d'une portée considérable" (17). Hjelmslev rappelle que cette exigence remonte à Saussure lui-même : "Depuis Saussure la linguistique admet que les langues ne sauraient être étudiées comme des phénomènes isolés. Il exigeait que la linguistique, au sens étroit du terme, se fonde sur une théorie des systèmes de signes en général, discipline qu'il avait baptisée sémiologie (de *séméion* : signe)" (18). Or, cette ouverture lui permet d'introduire la distinction entre la *substance* et la *forme* linguistiques. "On a cru (pendant longtemps), écrit Hjelmslev, que la substance de l'expression des langues devait exclusivement consister en *sons*". Or il n'en est rien. Tout d'abord la substance sonore est presque toujours accompagnée par la substance gesticulatoire et

(13) Toute séquences sonore et phonème est représenté entre barres obliques /.../ et le signe e correspond au è ouvert.

(14) N.-S. Troubetzkoy, *Éléments de phonologie*, trad. franç. Jules Cantineau, Préface A. Martinet, Klincksieck, 1949.

(15) F. Dagognet, *Tableaux et langages de la chimie*, Éditions du Seuil, 1969.

(16) G. Mounin, *La linguistique du XX^{ème} siècle*, P.U.F., 1973, p. 101.

(17) L. Hjelmslev, op. cit., p. 140.

(18) L. Hjelmslev, op. cit., 146.

gestuelle. En plus "on peut remplacer la substance sonore et gesticulatoire et gestuelle habituelle par n'importe quelle autre substance appropriée quand des circonstances modifiées s'y prêtent" (19). Hjelmslev cite en premier la substance graphique. Mais "il peut aussi exister d'autres *substances* : il suffit de penser aux codes signalétiques des flottes de guerre qui peuvent fort bien être employés comme manifestation d'une langue naturelle ou au langage des sourds-muets" (20). Tous les systèmes de signes procèdent donc, selon Hjelmslev, de la même *forme linguistique* qui se manifeste dans des substances qui leur sont propres. La seule différence entre le langage naturel et les systèmes de signes envisagés est une différence de substance : la substance sonore vocale du langage ordinaire étant remplacée par une autre substance sonore (le morse), ou par une substance graphique (langage écrit), ou par une autre substance visuelle (signalisation routière), ou par une substance gestuelle (alphabet des sourds-muets), ou par une substance tactile (alphabet des aveugles), etc...

Selon Hjelmslev, le linguiste ne doit pas s'intéresser à la *substance du contenu* c'est-à-dire au sens en tant qu'entité abstraite, ni à la *substance de l'expression* c'est-à-dire au son en tant que matériel concret ; la *substance linguistique* est, en tant que telle, hors de portée du linguiste. Ce dernier doit seulement s'intéresser aux rapports de la forme du contenu et de la forme de l'expression qui constituent la *forme linguistique*, c'est-à-dire aux rapports de la partie structurée du sens et de la partie structurée des sons. La forme linguistique est l'ensemble des *signes* de la langue : "il semble adéquat, écrit Hjelmslev, d'employer le mot signe pour désigner l'unité constituée par la forme du contenu et la forme de l'expression et établie par la solidarité que nous avons appelée fonction sémiotique" (21).

C'est pourquoi, "l'étude linguistique de l'expression ne sera pas une phonétique, ou étude des sons, et l'étude du contenu ne sera pas une sémantique, ou étude des sens. La science linguistique sera une sorte d'algèbre" (22). Le linguiste danois renouvelle ainsi la célèbre affirmation de Ferdinand de Saussure : "l'expression linguistique sera algébrique ou elle ne sera pas" ; et il peut considérer ce dernier comme "le seul devancier indiscutable". C'est d'ailleurs au sujet de la comparaison saussurienne de la langue avec le jeu d'échecs qu'il écrivait : "Saussure affirme que des traits essentiels de la structure sémiotique, et peut-être tout l'essentiel, se retrouvent dans les structures qu'on appelle jeux". C'est à partir de là qu'apparaît, dit Hjelmslev, "la possibilité et la nécessité d'une collaboration étroite entre la linguistique et la logique" ; et il note enfin que la logique moderne représentée par la méta-mathématique de Hilbert, la métalogue des logiciens polonais et la syntaxe logique de Carnap, semble s'être engagée dans cette voie car elle s'efforce de décrire les règles des signes logiques, "comme on décrirait les règles d'un jeu, indépendamment de leurs interprétations possibles" (23).

En révoquant une sémantique ou étude du sens et une phonétique ou étude des sons au profit d'une sorte d'algèbre, il entend étudier la *forme linguistique* et rien d'autre. Il veut, selon le mot-d'ordre de Ferdinand de Saussure, envisager "la langue en elle-même et pour elle-même". Et, c'est pour marquer l'indépendance de sa théorie du langage vis-à-vis de toutes les recherches linguistiques précédentes qu'il l'appelle "glossématique" (de *glōssa* : langue) (24).

(19) L. Hjelmslev, op. cit., p. 141.

(20) L. Hjelmslev, op. cit., p. 142.

(21) L. Hjelmslev, op. cit., p. 83, souligné par l'auteur.

(22) L. Hjelmslev, op. cit., par G. Mounin, *Les problèmes théoriques de la traduction*, Gallimard, 1963, p. 38.

(23) L. Hjelmslev, op. cit., p. 146-147 et 149 souligné par l'auteur.

(24) L. Hjelmslev, op. cit. p. 109.

Ainsi, les remarquables anticipations saussuriennes, tout comme la phonologie de Troubetzkoy, l'analyse de la double articulation chez Martinet et la glossématique de Hjelmslev attestent déjà de l'insigne mérite de la linguistique structurale pour dépasser l'étude de la *substance* linguistique au profit d'une véritable exploration de la *forme* linguistique.

II - La distinction de la substance et de la forme juridiques

Transposée dans l'univers du droit (qui est un univers du langage) la distinction entre la forme et la substance linguistiques se révèle riche d'enseignements, et d'abord pour éclairer les fondements d'une véritable *anthropologie du droit* ainsi que ceux d'un véritable *droit comparé*.

En effet, aujourd'hui et depuis longtemps, dans la plupart des pays développés ou même en voie de développement, le droit est principalement un droit écrit. Le droit jurisprudentiel et le droit du *common law* des pays anglo-américains sont eux-mêmes des droits écrits. La coutume elle aussi qui joue un si grand rôle en droit anglais et qui est d'abord un droit oral pourrait facilement être transcrite, comme ce fut le cas en France, au moins depuis le XIII^{ème} siècle, avec les grands Coutumiers de certaines Provinces ou la volonté de Louis XI de procéder à une rédaction et à une unification des différentes coutumes. Et même dans le plus ancien droit romain, les célèbres "formules orales" de la procédure privée, par leur fixité et leur solennité, étaient équivalentes à des "formules écrites" qu'elles deviendront d'ailleurs par la suite. Néanmoins, le droit, comme le langage, a certainement un caractère oral originare qui ne contredit pas sa "juridicité" mais qui emporte toutes les faiblesses de l'oralité, à savoir son évanescence, l'effort démesuré de mémorisation qu'elle exige...

C'est pourquoi, malgré sa grande efficacité et sa grande rationalité, malgré le quasi-monopole dont elle bénéficie dans la plupart des systèmes de droit contemporains, la *substance écrite* n'est pas la substance exclusive de l'expression juridique ; d'autres substances sont possibles : la substance orale tout d'abord, mais aussi bien d'autres substances sonores (le coup de sifflet de l'arbitre ou, naguère, de l'agent de la circulation, le tam-tam de certains peuples africains, amérindiens ou océaniens), ou encore une substance gesticulatoire ou gestuelle (celle des rites qui seraient éminemment juridiques puisque le mot latin *jus* proviendrait d'une racine indo-européenne *yos* signifiant "rite"), ou même d'autres substances visuelles (la signalisation routière ou le "langage de la fumée" chez les Indiens d'Amérique) et plus particulièrement d'autres substances graphiques que l'écrit (le dessin, la gravure sous toutes ses formes).

A cet égard, il appartient à l'anthropologie juridique d'étudier les différentes substances (non écrites) dans lesquelles s'exprime le droit chez les peuples en voie de disparition que Lévi-Strauss a proposé d'appeler fort justement "peuples sans écriture". Rejoignant la philosophie du droit ou la théorie générale du droit, l'anthropologie juridique devrait alors pouvoir nous indiquer s'il est possible de détecter, à travers la diversité de ces "substances juridiques", quelque chose comme des "invariants juridiques" fondamentaux, autrement dit s'il est possible de dévoiler une "forme juridique" qui resterait sensiblement la même quelque soit le système de droit envisagé et la substance de l'expression à laquelle il a recours.

C'est pourquoi, le grand problème de l'anthropologie du droit, tout comme celui du droit comparé (avec toutefois une plus grande généralité), n'est peut-être que celui de la traduction d'un système de droit dans un autre. Avec l'anthropologie juridique, il s'agit de traduire un ou des systèmes de droit non-écrits dans un système de droit écrit tandis qu'avec le droit comparé, cette traduction s'effectue généralement à l'intérieur de systèmes de droit écrits. Mais, pour l'anthropologie juridique comme

pour le droit comparé, apparaît la nécessité d'une véritable théorie générale du droit qui, décrivant les conditions de possibilité de la "forme juridique", trace le cadre, le canevas dans lequel doivent s'engager leurs recherches. A l'instar du grand ouvrage qu'écrivit naguère Georges Mounin (25) ce sont les *problèmes théoriques de la traduction juridique* qu'il faudrait aujourd'hui étudier comme propédeutique indispensable tant aux recherches d'anthropologie juridique que de droit comparé, faute de quoi la tâche semble bien être désespérée : autant essayer de vider la mer avec une cuillère !

Cependant, à l'intérieur même des systèmes de droit écrits - systèmes du droit continental aussi bien que du *commun law* - une nouvelle caractérisation, plus précise, de l'opposition entre la *substance* et la *forme* juridiques peut être trouvée dans l'œuvre des deux grands juristes, initiateurs au début du XXème siècle d'une véritable révolution et purification juridique, le français Duguit et l'autrichien Kelsen. Pour des raisons que nous expliquerons, nous évoquerons la purification kelsénienne (A) avant la purification du guiste (B).

A - La purification kelsénienne

En purifiant la théorie du droit de tous les éléments qui ne sont pas spécifiquement juridiques, le juriste autrichien refuse "l'amalgame" de la science du droit avec les autres sciences, "psychologie, sociologie, éthique et théorie politique" (26). 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" (27).

La démarche de Kelsen doit l'amener à découvrir la spécificité du 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" (28). "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 comme un ensemble de normes" (29).

Ainsi, le grand mérite de la "purification kelsénienne" est-il, en découvrant, selon l'expression de Paul Amselek, "dans le phénomène juridique, le phénomène

(25) G. Mounin, *Les problèmes théoriques de la traduction*, Gallimard, 1962.

(26) K. Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduction Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 2.

(27) 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. Pedone, 3e éd., 1978, p. 305.

(28) P. Amselek, o.c., 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).

(29) H. Kelsen, *Théorie du droit international public*, cours La Haye, R.C.A.D.I., 1953, p. 9-10.

normatif le plus typique", de déboucher sur une exploration purement formelle, c'est-à-dire purement logique des normes.

Le juriste autrichien veut donc s'intéresser à la seule *forme logique* des normes, à leur seul *caractère formel*, non à leur contenu.

Ainsi, une distinction kantienne 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 la masse indistincte et indifférenciée correspondant au domaine du "non-droit" doit être "informée", c'est-à-dire ordonnée et organisée par le "caractère formel des normes" pour être érigée en un véritable droit. Le passage du "non-droit" au "droit" s'opère chez Kelsen par le passage du contenu à la forme, 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" (30).

Aussi, n'est-il pas étonnant que l'on puisse trouver chez Kelsen une nouvelle illustration de la distinction entre la substance et la forme juridiques, et -de ce qui l'accompagne- le primat de la forme sur la substance juridique, avec la subordination qu'il a lui-même opérée des *droits subjectifs* au *droit objectif*. En effet, les premiers qui désignent les prérogatives multiformes dont peuvent se prévaloir les sujets de droit, correspondent à la conception classique, individualiste et subjective du droit : ils nourrissent la *substance juridique*. Le droit objectif qui renvoie à l'ordre juridique comme système de normes extérieures et supérieures aux individus et qui s'imposent à eux, correspond à une conception plus moderne, anti-individualiste et anti-subjective du droit, révélatrice de la *forme juridique*. C'est pourquoi Kelsen a pu renverser la conception classique et traditionnelle du droit : le moteur de la vie du droit n'est plus la liberté individuelle, la libre détermination du sujet de droit, mais l'ordre juridique défini comme un ordre hiérarchisé et comme un système d'engendrement de normes.

Ainsi, sous une autre terminologie, Kelsen n'a fait qu'affirmer le primat de la forme juridique sur la substance juridique. Cependant, fidèle héritier de l'École de la Puissance Publique, le juriste autrichien assimile, avec cette dernière, le droit à l'État et identifie le critère organique et formel au critère étatique. C'est précisément parce que Duguit refuse cette identification du droit à l'État qu'il rejette le critère organique et formel. En ce sens, sa théorie est encore plus pure que celle de Kelsen, sa purification encore plus exigeante.

B - La purification duguiste

Notons tout d'abord qu'il peut paraître paradoxal de faire de Duguit un apologiste de la *forme* juridique par opposition à la *substance* juridique, alors qu'il est au contraire resté célèbre pour avoir substitué au *critère organique et formel* le *critère matériel*, pour avoir voulu expliquer l'acte juridique non par la forme dans laquelle il est pris et l'organe dont il émane, mais uniquement par son contenu intrinsèque. Cependant, ces fameux critères organique et formel ne sont en réalité que des critères étatiques issus de la conception classique et individualiste du droit et

(30) H. Kelsen, op. cit., p. 133.

notamment de cette véritable théorie du droit privé appliqué à l'État qu'est la théorie de la Puissance Publique. Mais, comme c'est souvent le cas pour les pionniers et les novateurs, Duguit est contraint d'employer le langage de ses adversaires, ici les partisans de la Puissance Publique et de la conception classique du droit. A la vérité, le prétendu critère matériel de Duguit est un critère objectif, authentiquement juridique, puisque fondé sur les notions de *solidarité*, d'*intérêt général* -c'est-à-dire de *service public*- qui tiennent peut-être à l'essence même du droit. C'est pourquoi, en introduisant la notion de service public comme norme fondamentale de l'ordre juridique, Duguit fait intervenir un concept "normatif", organisateur de la substance juridique c'est-à-dire révélateur de la forme juridique, puisqu'il commande toute sa conception du droit, d'abord sa critique des droits subjectifs 1), de la personnalité morale 2), de la souveraineté 3), ensuite sa théorie des actes juridiques 4) et des fonctions juridiques 5), enfin sa résorption du droit privé dans le droit public 6).

1) La critique des droits subjectifs

Duguit dénonce dans la notion de "droit subjectif" une pure création métaphysique, une construction abstraite qui ne vient pas de l'expérience mais qui est un produit artificiel de l'esprit. En outre, cette notion est dangereuse car elle distend les liens sociaux, elle va à l'encontre de la grande loi de solidarité. Après Auguste Comte et Émile Durkheim, Duguit estime que "l'individu n'a pas de droits, il n'a que des devoirs". Pour Duguit, il n'existe pas de droits subjectifs, mais seulement des *situations subjectives* créées par le droit objectif.

2) La critique de la personnalité morale

Cette notion est aussi métaphysique et indémontrable que celle de droits subjectifs puisqu'elle consiste à reconnaître de prétendus droits subjectifs qui seraient propres à un groupe d'individus. Cette notion ne vise en réalité qu'un type de groupement, le groupement patrimonial et ne correspond qu'à une simple association d'individus. D'où le mot célèbre de Duguit : "je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale".

3) La critique de la souveraineté

Liée aux notions de droits subjectifs et de personnalité morale, la notion de souveraineté est également aussi métaphysique et indémontrable que celles-ci. C'est une notion scolastique (théologico-métaphysique disait Auguste Comte), superflue pour la construction du droit public.

La notion de souveraineté en effet est inséparable de la thèse de la personnalité juridique de l'État, elle désigne les droits subjectifs dont seraient titulaires les gouvernants et en vertu desquels ils détiendraient le pouvoir de contrainte, la puissance publique.

4) La théorie des actes juridiques

Duguit distingue trois sortes d'actes juridiques sur le critère de la modification qu'ils apportent à l'ordonnement juridique.

1 - *L'acte-règle* qui est fait "avec l'intention que se produise une modification dans les règles de droit" (31) ; il donne naissance à des situations juridiques objectives, générales et permanentes ; ainsi, les traités internationaux, les lois et règlements posant une règle générale et impersonnelle, les statuts d'une société en droit privé, les conventions collectives de travail, sont des actes-règles ;

(31) L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3e éd., 1928, t. I, p. 327.

2 - *L'acte-condition* qui est la condition de l'application d'un acte-règle ; il est fait dans l'intention qu'une règle de droit objective puisse s'appliquer ou non, il est la condition de réalisation d'une situation juridique objective au profit de certains individus ; selon André de Laubadère, l'acte-condition "est le complément de l'acte-règle car il investit les individus de situations dont le contenu a été déterminé par des actes-règles mais qui généralement, en dehors de leur concrétisation par des actes-conditions, resteraient des situations abstraites, théoriques" ; ainsi, la nomination de fonctionnaires, la célébration d'un mariage, la légitimation d'un enfant, sont des actes-conditions -remarquons que toute norme juridique peut être considérée comme l'application d'une norme supérieure, c'est-à-dire comme le résultat d'un acte-condition, d'où l'objection faite à Duguit d'avoir été obligé de rallonger sans cesse la liste des actes-conditions ;

3 - *L'acte subjectif* qui est fait dans l'intention que se réalise une situation juridique subjective, c'est-à-dire qu'apparaissent "à la charge d'un sujet une obligation spéciale, concrète, individuelle, momentanée, qui n'était point créée par le droit objectif" (32) ; l'exemple-type de ces actes est le contrat de droit privé.

5) *La théorie des fonctions juridiques*

Cette théorie est elle aussi commandée par la notion de service public. En effet, toutes les fois que se réalise un but de service public, une fonction d'ordre juridique est accomplie. C'est pourquoi la classification des fonctions repose uniquement sur la nature des actes juridiques que chacune des fonctions est appelée à remplir. Sur cette base, Duguit distingue trois fonctions :

- 1 - la fonction législative,
- 2 - la fonction administrative,
- 3 - la fonction juridictionnelle.

On pourrait penser qu'il existe un exact parallélisme entre ces trois fonctions et les trois sortes d'actes juridiques que distingue Duguit. Il n'en est rien, car si la fonction législative consiste effectivement à émettre des actes-règles, la fonction administrative, comme la fonction juridictionnelle, consiste à émettre aussi bien des actes-conditions que des actes subjectifs (33).

6) *La résorption du droit privé dans le droit public*

Duguit, partant du primat de l'objectif sur le subjectif, affirme non seulement l'antériorité logique et phénoménologique du droit public par rapport au droit privé, mais encore effectue une véritable révolution qui consiste à fondre le droit privé dans le droit public. Duguit en effet n'est pas loin de penser avec Durkheim que tout droit est droit public, et que, dans la mesure où ils remplissent une fonction sociale, tous les individus sont les fonctionnaires de la société.

C'est pourquoi la révolution juridique du doyen de Bordeaux est très exactement une inversion ou plutôt une conversion par laquelle les droits subjectifs qui étaient les piliers de la science juridique classique sont relégués au rang de "situations subjectives" elles-mêmes déterminées par les règles de droit : celles-ci procèdent de la théorie des actes juridiques et de celle des fonctions juridiques qui définissent l'ordre juridique dont le service public est la norme fondamentale et dont les "situations subjectives" occupent au contraire la base la plus extrême. A cet égard, la révolution juridique de Duguit se rapproche beaucoup de celle qu'effectuera quelques temps après Kelsen en renversant la doctrine juridique classique (34).

(32) L. Duguit, o.c., t. I, p. 329.

(33) L. Duguit, o.c., t. II, p. 289.

(34) Notre ouvrage *Les normes de l'action : droit et morale, introduction à la science normative*, L'Hermès, 1990, p. 91-92.

D'ailleurs, la théorie duiguite des actes juridiques ne préfigure-t-elle pas déjà la pyramide kelsénienne des validités qu'elle indique en filigrane (35) ?

En ce sens, Duguit est notre véritable Kelsen, et, pour l'un comme pour l'autre, le dualisme du droit privé et du droit public se résorbe dans l'unité de l'ordre juridique. Ainsi, avant la révolution kelsénienne, il existe bien une révolution juridique de Duguit comparable à la révolution riemannienne en mathématiques et à la révolution einsteinienne en physique qui ne sont que des "libérations" puisqu'elles ont consisté à dépasser une conception préexistante pour l'englober à titre de cas particulier. De façon analogue, la révolution duiguite a consisté à libérer le droit du carcan privatiste dans lequel il était depuis trop longtemps enfermé pour le faire évoluer sur une nouvelle dimension révélatrice de l'être juridique dans la mesure où le véritable protagoniste de la vie juridique n'est pas l'individu considéré comme "un bloc erratique dans un monde disjoint" mais l'être social.

C'est pourquoi, avant celle de Kelsen, l'œuvre de Duguit représente au début du XX^{ème} siècle le plus grand effort jamais tenté pour décentrer la réflexion juridique par rapport à l'individu et la recentrer à partir du tout dont l'individu fait seulement partie.

Ainsi, les notions d'"ordre juridique" et de "système de normes" (chez Kelsen), de "service public" et de "fonction juridique" (chez Duguit) sont véritablement des concepts organisateurs de la substance juridique et donc révélateurs de la forme juridique. Avec eux, "on échappe à la suffocation des apparences". Les droits subjectifs que la doctrine classique, malgré leur diversité et leur disparité, avaient érigés en principes explicatifs, sont resitués à leur juste place. Duguit et Kelsen ont bien effectué une "conversion" qui, selon la remarquable formule de Jean Lacroix, n'est que "l'inversion d'une diversion ou plutôt d'une dispersion". Cependant, en débarrassant le phénomène juridique de ses alluvions étatiques, Duguit va plus loin que Kelsen, défend une conception plus pure du droit et de la normativité -le prétendu "normativisme" kelsénien n'étant qu'un succédané de la théorie de la Puissance Publique et du positivisme étatique qui l'accompagne presque toujours. C'est donc à Duguit, et à lui seul, que revient la paternité de la "révolution normative" (36).

§ 2 - LA RÉVOLUTION HERMÉNEUTIQUE

La "révolution normative" qui a une origine proprement et spécifiquement juridique puisque c'est la vie et la science même du droit qui ont permis d'en prendre conscience, est fondamentalement apparentée à la "révolution herméneutique" qui semble revêtir d'emblée une portée beaucoup plus générale puisqu'elle a pris naissance sur le terrain des sciences philologiques et historiques. Cette révolution herméneutique a couvé puis explosé dans la pensée allemande, cependant il devait appartenir à Paul Ricœur non seulement de la révéler en France mais aussi -parce qu'il en tirait toutes les conséquences- de l'effectuer véritablement. Rappelons le plus brièvement et le plus simplement possible, à la suite du philosophe français, les grandes étapes de cette révélation qui passe par les allemands Schleiermacher, Dilthey, Heidegger et Gadamer (37).

Dès le début du XIX^{ème} siècle, c'est le prédicateur protestant Schleiermacher qui, à partir de l'exégèse de textes sacrés et profanes -plus précisément littéraires, religieux et juridiques- a le premier mis en lumière la parenté qui existe entre les méthodes d'interprétations propres à ces différents domaines pour en faire l'objet

(35) Notre article *La tierce opposition en droit administratif*, R.D.P., 1990, 3, p. 759-760.

(36) Révolution qui sera poursuivie et approfondie par Georges Renard, voir *infra*, deuxième partie.

(37) P. Ricœur, *Du texte à l'action. Essais d'herméneutique, II*, Esprit/Seuil, 1986.

d'une seule et même science. C'est donc sur le terrain des sciences philologiques que Schleiermacher posait, dans sa plus grande généralité, la question herméneutique fondamentale : "qu'est-ce que comprendre ?".

À cet égard, le fondateur de l'herméneutique distinguait déjà deux sortes d'interprétation : l'*interprétation grammaticale* qui concerne la langue c'est-à-dire le système linguistique et l'*interprétation* qu'il appelait "*technique*" ou *psychologique* qui concerne le discours c'est-à-dire l'usage même qui est fait de la langue par des actes concrets (et écrits) de parole. La première porte donc sur un système qui est extérieur à l'individu et s'impose à lui tandis que la seconde au contraire prend en compte l'individu qui écrit toujours la langue avec un style qui lui est propre et qui, par là, lui confère cette particularité et cette tonalité unique et irremplaçable qui est celle du discours. Ces deux interprétations correspondent à la double filiation critique et romantique de l'herméneutique. "Critique, dit Ricœur, est le propos de lutter contre la mécompréhension au nom du fameux adage : *il y a herméneutique là où il y a mécompréhension* ; romantique est le propos de *comprendre un auteur aussi bien et même mieux qu'il ne s'est compris lui-même*" (38). L'interprétation grammaticale procède ainsi de la "virtuosité philologique" alors que l'interprétation psychologique relève de la "généralité romantique". La première est négative, elle vise à chasser les idées confuses, seule la deuxième est positive, elle ne met pas en lumière les idées claires qui ne sont que des idées mortes, mais elle découvre plutôt les idées créatrices qui sont les idées-force de tout véritable auteur. La première *explique* au sens étymologique du terme, elle développe le préétabli, déroule un programme dans la mesure où "expliquer c'est rapprocher deux choses que l'on a toujours rapprochées". La seconde instaure la compréhension véritable par divination et comparaison, par invention, dans la mesure où "inventer c'est rapprocher deux choses que l'on n'a jamais rapprochées". En un mot, la première pourchasse la mécompréhension là où la seconde favorise la pré-compréhension (toute compréhension étant pré-compréhension) ; la première a rapport à la grammaticalité, la seconde à la génialité.

C'est ensuite Dilthey qui effectua le second moment de la révolution herméneutique en opérant le passage des sciences philologiques aux sciences historiques, en affirmant d'emblée que ces dernières qui se trouvent au cœur des sciences humaines ou sciences de l'esprit obéissent à une approche qui leur est propre, la compréhension qui, dans leur domaine, ne le cède en rien à la méthode explicative des sciences de la nature reposant sur le principe du déterminisme.

Maillon incontournable de l'herméneutique moderne, entre Dilthey et Gadamer, Heidegger devait donner de celle-ci sa dimension ontologique en subordonnant la question herméneutique fondamentale "qu'est-ce-que comprendre ?" à la question ontologique elle-même fondamentale "qu'est-ce-que l'Être ?", la nouvelle interrogation devenant alors "qu'est-ce-que l'Être qui comprend ?". C'est d'abord un être qui se situe toujours plus du côté de la génialité que de celui de la grammaticalité. Si pour Heidegger en effet le langage n'est que "la maison de l'Être", la grammaticalité est seconde tandis que la génialité précède parce qu'elle est pressentiment, anticipation de la Vérité. C'est pourquoi Heidegger met singulièrement en lumière tout ce qui touche à la pré-compréhension, à ce que Ricœur appelle la "structure d'anticipation". L'interprétation suppose une "pré-compréhension ontologique de l'être", à l'instar de la philosophie, elle est liée à la question de l'oubli de l'être. Dans cette question, dit Ricœur, "nous sommes guidés par cela même qui est cherché" (39). Pour Heidegger, comme pour Spinoza, la philosophie n'est pas distinction du vrai et du faux mais plutôt surrection du vrai,

(38) P. Ricœur, op. cit., p. 79.

(39) P. Ricœur, op. cit., p. 89.

exhibition de la Vérité qui, conformément au mot grec *Alétheia*, est "sortie de l'Oubli". L'interprétation, comme la philosophie, est déploiement de l'Être, appréhension d'une possibilité d'être, elle "ne transforme pas la compréhension en autre chose, mais la fait devenir elle-même" (40). Par là Heidegger effectue le transfert du problème de la Méthode sur celui de la Vérité, il rejette même catégoriquement la Méthode au profit de la Vérité.

Dans la philosophie herméneutique de Gadamer, le problème des rapports de la méthode et de la vérité devient le problème central. La méthode des sciences humaines implique en effet une mise à distance sans laquelle elles perdraient toute valeur objective : il s'agit de la "distanciation aliénante" qui caractérise la méthode. Cependant, la vérité des sciences humaines implique également une co-appartenance aux choses vécues et dites : c'est "l'expérience d'appartenance" qui caractérise par ailleurs notre rapport à l'Histoire. L'Histoire me précède et devance ma réflexion ; j'appartiens à l'Histoire avant de m'appartenir. Cette prise de conscience débouche sur une "théorie de la conscience historique" : nous ne pouvons nous extraire du devenir historique, nous mettre à distance de lui, nous sommes toujours situés dans l'histoire car la conscience de l'histoire est une conscience située dans l'histoire. Ce débat entre Vérité et Méthode, entre "distanciation aliénante" et "expérience d'appartenance" est au cœur de l'herméneutique de Gadamer qui "confronte le concept heideggerien de vérité au concept diltheyien de méthode". Le problème est donc bien celui des rapports de la vérité à la méthode. Gadamer intitule son grand ouvrage *Vérité et Méthode* (41). Son véritable titre ne devrait-il pas être *Vérité ou Méthode* interroge Ricœur (42). Ainsi, chez Gadamer, l'exploration herméneutique des rapports de l'expliquer et du comprendre devient-elle celle des rapports de la Méthode et de la Vérité, de la distanciation aliénante et de l'expérience d'appartenance. Cependant, Ricœur qui pense que l'expérience d'appartenance ne doit pas répudier la distanciation aliénante mais au contraire l'assumer, peut-il relever chez Gadamer une "série de suggestions" allant dans le sens d'une dialectique de la participation et de l'aliénation, de l'appartenance et de la distanciation, par une réhabilitation de cette dernière qui n'est plus la négation de la première. Tout d'abord la prise de conscience de notre situation dans l'histoire introduit une distanciation, une objectivation dans la mesure où la prise de conscience de la subjectivité est un premier pas vers l'objectivité. Ensuite, dès qu'il y a deux consciences différemment situées, il y a également "recoupement de leurs visées vers le lointain et l'ouvert", il y a "fusion des horizons" car "là où il y a situation, il y a horizon". Enfin, l'expérience d'appartenance ne peut être connue que si elle passe par la médiation du langage et singulièrement par la distanciation du texte car ce dernier porte au plus haut point l'effacement des interlocuteurs devant le dialogue, devant les choses dites, devant ce que Gadamer appelle "la chose du texte" : "le caractère universellement langagier de l'expérience humaine ... signifie que mon appartenance à une tradition ... passe par l'interprétation des signes, des œuvres, des textes" (43). Ainsi trouve-t-on déjà chez Gadamer une tentative pour dépasser l'alternative de la distanciation aliénante et de l'expérience d'appartenance, dépassement qui, centré sur la notion de "chose du texte", fait précisément l'objet de l'herméneutique de Ricœur. L'herméneutique n'est donc déjà plus chez Gadamer la seule exploration des rapports de la distanciation aliénante et de l'expérience d'appartenance, mais la tentative de dépasser leur alternative, tandis que chez Ricœur c'est cette tentative même qui fait l'objet de l'herméneutique.

(40) P. Ricœur, op. cit., p. 89.

(41) H.-G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*.

(42) P. Ricœur, op. cit., p. 97.

(43) P. Ricœur, op. cit., p. 100.

La notion médiatrice, fédérative entre l'expliquer et le comprendre, entre la distanciation aliénante et l'expérience d'appartenance est précisément celle de "chose du texte" telle que l'a révélée Gadamer et que Ricœur appelle le "monde de l'œuvre" pour en faire l'objet d'une "théorie du texte" au bénéfice de laquelle le maître français de l'herméneutique se propose de montrer l'interpénétration de l'explication et de la compréhension, le double cheminement de la compréhension vers l'explication et de l'explication vers la compréhension.

Ainsi, à la lumière de sa "théorie du texte", Ricœur soumet-il la célèbre opposition diltheyenne de l'expliquer et du comprendre à une double et drastique révision. L'expliquer ne relève plus de la traditionnelle méthode explicative des sciences de la nature mais de la linguistique structurale du discours, tandis que le comprendre n'a plus rapport à la psychologie d'autrui, à la quête de l'intention de l'auteur, mais à la signification objective inhérente à la "chose du texte".

Dilthey avait en effet introduit un décalage fondamental et même un fossé infranchissable entre l'expliquer et le comprendre. Si ce dernier terme -la compréhension d'autrui- du moins sous sa forme la plus intéressante et la plus "philologique" de découverte de l'intention de l'auteur se situe dans un univers de langage et de signes (le "texte"), il n'en va pas de même pour la méthode explicative des sciences de la nature qui, sur le modèle classique tel que le conçoit Dilthey, est étrangère à tout univers linguistique et même sémiologique. Par conséquent, en substituant à la méthode explicative traditionnelle des sciences de la nature la linguistique structurale du discours, Ricœur fait accéder l'explication à un univers linguistique et sémiologique qu'elle partage désormais avec la compréhension. Ainsi, malgré toutes leurs différences, explication et compréhension procèdent déjà d'un même dénominateur commun, se trouvent placées sur la même longueur d'ondes puisque toutes deux relèvent du même univers linguistique et sémiologique.

Or, parce qu'elle est liée à l'analyse structurale du discours, la révision ricœurienne de l'explication ne se borne pas à transférer cette dernière dans un univers linguistique et sémiologique indifférencié qui serait propre au langage en général, mais dans un univers linguistique et sémiologique spécifique au discours et plus précisément au texte. En effet, alors que depuis Saussure et avec Troubetzkoy, Hjelmslev ou Martinet, la linguistique structurale est une linguistique de la langue centrée sur les unités minima du langage (les monèmes et les phonèmes), la linguistique du discours est centrée sur la phrase qui est l'unité de base du discours comme le signe phonologique ou lexical est l'unité de base de la langue. Autrement dit, aux petites unités minima (phonologiques et lexicales) de la langue, la linguistique du discours substitue ces grosses unités minima du discours qui se situent au moins au niveau de la phrase. Après Charles Bally qui avait déjà montré la nécessité de compléter la linguistique de la langue par une linguistique de la parole, il devait appartenir à Émile Benveniste de prendre en compte "l'instance du discours" et d'édifier une véritable "linguistique du discours" (44).

Par son analyse structurale des mythes, Lévi-Strauss a pu détecter les unités minima (les "mythèmes") d'un discours mythique qu'il avait lui-même recueilli et transcrit, un peu comme le romancier (que depuis *Tristes tropiques* Lévi-Strauss n'a jamais cessé d'être) qui se livrerait lui-même à la propre critique structurale de son œuvre. Mais, dans le domaine du texte littéraire proprement dit, du récit de fiction, la linguistique structurale du récit (la "sémiotique textuelle") fut véritablement inaugurée par Barthes et Greimas s'efforçant de détecter les *codes narratifs* du discours. Ces derniers qui reconnaissent la phrase comme élément ultime, comme "grosse unité minima", sont construits par analogie avec le *code linguistique* dont

(44) E. Benveniste, *Problèmes de linguistique générale*, Gallimard, 1966.

les éléments ultimes sont les "petites unités minima" (distinctives ou significatives) de la langue. Ainsi, les codes narratifs relèvent-ils de ce que l'on pourrait appeler une "macro-linguistique du discours" élaborée dans le prolongement de la "micro-linguistique de la langue".

Par conséquent, la révision ricœurienne de l'expliquer diltheyien, en substituant à la méthode explicative des sciences de la nature non seulement l'univers linguistique et sémiologique de la linguistique de la langue mais celui de la linguistique du discours, se donne toutes les chances, grâce à l'exploration des codes narratifs, d'appréhender l'organisation et le fonctionnement interne du texte, d'en révéler l'originalité et la spécificité, et ainsi de favoriser le plus adéquatement possible cette "appropriation" du texte qui résulte de sa véritable compréhension.

Cependant, au bénéfice d'une autre révision de la célèbre opposition de Dilthey touchant cette fois le second terme, le *comprendre*, Ricœur décrit le cheminement inverse qui doit être opéré, de la compréhension vers l'explication. Ce qui compte en effet, dans la compréhension d'un texte, ce n'est pas l'intention de l'auteur, les significations subjectives qu'il a voulu donner à son œuvre, mais le sens objectif du texte tel qu'il peut être dégagé de ce que Gadamer appelle "la chose du texte" et Ricœur "le monde de l'œuvre". Cette démarche ne fait tout d'abord que reprendre à son compte la prise de conscience du décalage qui existe toujours entre la *signification apparente* donnée par l'auteur et la *signification profonde et cachée* que recèle le texte. La dénonciation de ce décalage a déjà été effectuée, depuis fort longtemps, par Nietzsche, Marx et Freud, et en France, au moins depuis le XVII^{ème} siècle, par La Rochefoucauld et les moralistes jansénistes qui ont constamment recours à la causalité psychique inconsciente. Ainsi, et comme le souligne Ricœur, l'herméneutique se doit-elle d'intégrer la dénonciation des illusions du discours, la critique des idéologies, elle devient exploration des rapports entre le sens objectif du texte et les significations subjectives de l'auteur. La compréhension se "dépsychologise", opère, à la suite d'Heidegger, le "transfert d'autrui vers le monde"; elle n'a plus pour objet de communier avec les états de conscience de l'auteur, mais de révéler la signification profonde et objective de l'œuvre, la potentialité de sens qu'elle retient. La compréhension est donc *appropriation*, application du texte à la situation du lecteur : le sens, dit Ricœur "n'est pas derrière le texte comme le serait une intention cachée mais devant lui, comme ce que l'œuvre déploie, découvre révèle" (45). Là encore, on peut mesurer, en sens inverse, tout le chemin parcouru depuis la "psychologisante" et romantique compréhension de Dilthey : celle-ci est purifiée de sa subjectivité mais fécondée dans ce qu'elle a de positif, sa tentative d'appropriation du texte, son effort pour détecter, dans sa génialité, la spécificité et l'originalité de l'œuvre. Alors que chez Dilthey la compréhension excluait l'explication, la compréhension ricœurienne, bien loin d'exclure l'analyse structurale du récit, l'appelle au contraire, dans la mesure où il s'agit d'une "compréhension par la distance" qui "passe par toutes les objectivations structurales du texte" et qui a pour but non pas d'exiler le texte, mais de le réaliser, de le féconder, de mettre à jour son total de sens et sa plénitude de signification.

En fin de compte, l'herméneutique moderne a comblé le fossé infranchissable creusé naguère entre l'expliquer et le comprendre, la distanciation aliénante et l'expérience d'appartenance, la méthode et la vérité. C'est Ricœur qui, à l'alternative des deux termes, a substitué leur exploration dialectique. C'est lui qui a traité de la conjonction Vérité et Méthode, là où Gadamer, malgré un effort de dépassement, n'avait traité que de l'alternative Vérité ou Méthode. Or, c'est bien la dialectique de

(45) P. Ricœur, op. cit., p. 116.

l'explication et de la compréhension, l'exploration de leurs rapports qui définit le "cercle herméneutique".

Je me propose donc de montrer maintenant que cette révolution herméneutique ne trouve pas seulement dans l'univers juridique une exemplification particulière mais au contraire une illustration tout à fait privilégiée.

DEUXIÈME PARTIE LA THÉORIE NORMATIVE DU DROIT ET L'AVÈNEMENT DE L'HERMÉNEUTIQUE JURIDIQUE

La "solution de l'École de Guerre", la dissociation des études de linguistique et de logique juridiques me semble attester, au cœur de la science juridique moderne, d'une certaine rémanence du positivisme, c'est-à-dire correspondre à une phase "pré-herméneutique" qui, accordant une place privilégiée à la seule *explication*, risque bien de s'interdire toute *compréhension* véritable du phénomène juridique : c'est *l'explication sans la compréhension*.

Malgré tout, et bien que dissociant le langage et la logique du droit, il est juste de remarquer que cette phase n'est pas entièrement pré-herméneutique ou anti-herméneutique, dans la mesure où, en nous introduisant dans une sphère linguistique et logique, elle a déjà le mérite de nous faire entrer (peut-être sans le vouloir) dans le "cercle herméneutique", et cette intrusion n'est pas négligeable lorsque l'on sait que, pour Ricœur, "l'important n'est pas de sortir du cercle herméneutique mais d'y entrer". En outre, au cœur même de cette première phase, l'entrée dans le cercle herméneutique est singulièrement confirmée par la *Linguistique juridique* du Doyen Cornu qui, en explorant les significations des termes du droit, dépasse la simple explication au profit d'une authentique compréhension du phénomène juridique.

C'est donc uniquement la "bonne solution", la théorie normative du droit, l'approche logico-linguistique spécifique à la connaissance du droit qui marque l'avènement de l'herméneutique juridique qui a non seulement renouvelé l'*explication* et la *compréhension* au sens où les entendait Dilthey, mais qui en plus a montré les rapports dialectiques qu'entretiennent les deux notions. Selon Ricœur en effet, l'explication ne se réfère plus à la méthode déterministe des sciences de la nature mais à l'analyse structurale du discours, tandis que la compréhension n'a plus rapport à une communion privilégiée avec l'intention de l'auteur mais à une "appropriation" de la "chose du texte", du "monde de l'œuvre" spécifique à l'auteur étudié. Dans le domaine du droit, l'explication fait tout naturellement place à l'analyse structurale du discours juridique, et la compréhension à l'"appropriation" de la "vie du droit", de la "pratique juridique" tant par le juge que par le juriste. En outre, les rapports dialectique entre l'explication et la compréhension renouvelées, sont peut-être encore plus étroits, leur interpénétration encore plus grande dans le domaine juridique que dans n'importe quel autre domaine ainsi que je vais essayer de l'établir en suivant les deux mouvements complémentaires *de l'explication vers la compréhension et de la compréhension vers l'explication*.

A cet égard, l'organisation et le fonctionnement interne du symbolisme juridique peuvent être particulièrement éclairés à la lumière de la distinction introduite par les linguistes entre les axes *paradigmatique* et *syntagmatique* du langage.

Dans ses *Éléments de linguistique générale*, André Martinet a présenté de façon très claire cette distinction. "Les unités linguistiques, écrit-il, qu'elles soient signe ou phonème, sont entre elles dans deux types distincts de rapports : on a d'une part les rapports dans l'énoncé qui sont dits *syntagmatiques* et sont directement observables ; ce sont, par exemple, (dans l'énoncé *c'est une bonne bière*) les rapports

de /bon/ avec ses voisins /ün/ et /bier/, et ceux de /n/ avec le /o/ qui le précède dans /bon/ et le /ü/ qu'il suit dans /ün/. On a, d'autre part, les rapports que l'on conçoit entre des unités qui peuvent figurer dans un même contexte, et qui, au moins dans ce contexte s'excluent mutuellement ; ces rapports sont dits *paradigmatiques* ; *bonne, excellente, mauvaise*, qui peuvent figurer dans les mêmes contextes (sont en de tels rapports) ; il en va de même entre /n/, /t/, /l/ qui peuvent figurer à la finale après /bol/" (46). Saussure avait déjà fort bien perçu ces deux types distincts de rapports qu'il appelait respectivement "rapports *in praesentia*" (syntagmatiques) et "rapports *in absentia*" (paradigmatiques).

J'étudierai donc tout d'abord l'axe paradigmatique du symbolisme juridique illustrant le cheminement de l'explication vers la compréhension (§ 1) avant d'aborder son axe syntagmatique illustrant le cheminement inverse, de la compréhension vers l'explication (§ 2).

Rappelons au préalable, parce que je l'emploierai constamment dans ce qui suit, la distinction que j'ai utilisée dans un précédent ouvrage entre le *jurislateur*, le *jurisdiseur* et le *justhéricien*.

L'emprunte l'expression de *jurislateur* à Haesaert pour désigner uniquement l'organe investi de la compétence constitutionnelle, législative ou réglementaire (ou même infra-réglementaire). Ainsi, à la différence de certains auteurs et notamment du professeur Chapus, j'exclus de cette expression le "juge-normateur". Cette exclusion me semble être justifiée non seulement à cause de la parenté phonétique entre le "jurislateur" et le "législateur", mais surtout parce que ce dernier reste le jurislateur de référence. (La *jurislation* englobe donc constitution, législation et réglementation).

L'emprunte l'expression de *jurisdiseur* au professeur Amselek qui désigne fort pertinemment par cette expression l'organe habilité à dire le droit, l'organe chargé de la *juris-diction* et qui peut être aussi bien l'administrateur que le juge.

Quant au *justhéricien* ou *juristhéricien*, il désigne tout simplement le juriste (celui qu'on appelait autrefois du beau nom de "jurisconsulte") c'est-à-dire toute personne qui, par sa pratique ou son savoir, est appelée à apporter sa contribution à la connaissance du droit, à la *doctrine*, à la théorie juridique.

§ 1 - L'AXE PARADIGMATIQUE DU SYMBOLISME JURIDIQUE : DE L'EXPLICATION À LA COMPRÉHENSION

Explorer l'axe paradigmatique du symbolisme juridique revient d'une part à rechercher quelles sont les véritables unités significatives minima du langage juridique, les véritables *jurisèmes* ou *paradigmes juridiques* (I), d'autre part à s'interroger sur le système qui permet d'agencer ces différents jurisèmes c'est-à-dire sur la *notion de code en science juridique* (II).

En effet, un code apparaît d'abord comme un système permettant de construire des messages à partir d'éléments choisis dans un lexique, ces choix étant limités par des règles syntaxiques ; autrement dit, un code peut être défini par l'assortiment d'un *lexique* (ensemble de termes, d'éléments) et d'une *syntaxe* (ensemble des règles d'agencement de ces éléments). Cette définition correspond exactement à la définition générale du langage et convient aussi bien pour le langage ordinaire que pour le langage scientifique. Si un *assemblage* désigne toute suite finie de symboles (appartenant au lexique), un *message* est un assemblage bien construit (c'est-à-dire

(46) A. Martinet, *Éléments de linguistique générale*, A. Colin, 1967, p. 92 (/bon/ = "bonne" ; /ün/ = "une" ; /bier/ = "bière").

conforme aux règles syntaxiques). Dans un article décisif (47), Georges Mounin rappelle d'ailleurs que le mot "code" a fait son entrée dans le domaine de la linguistique comme synonyme de *système* et de *langue* : on parle de code et message là où on parlait auparavant ou parallèlement de langue et de parole, de système et de chaîne, de paradigmatique et de syntagmatique" (48).

I - Les paradigmes juridiques ou jurisèmes

Il n'est pas question de nier l'utilité, l'efficacité des vocabulaires juridiques, des lexiques de termes juridiques. Il en existe d'irremplaçables qui rendent des services éminents aussi bien à l'étudiant qu'à l'enseignant ou au praticien. Cependant, ces entreprises présentent le défaut de ne pas traiter la véritable unité significative minima du langage juridique, le véritable jurisème dans la mesure où ce dernier n'est pas le terme juridique mais d'abord la règle de droit, la norme juridique. Et les tentatives actuelles de sémantique juridique présentent le même vice rédhibitoire de considérer les termes et non pas les normes. Seule la documentation juridique atteste à cet égard de sa supériorité puisqu'elle a été obligée de dépasser le traitement des termes juridiques pour tendre vers une structuration des normes juridiques (la véritable unité de base de la documentation juridique étant la "solution normative ponctuelle").

Toutefois, considérer la norme juridique comme le véritable jurisème est encore insuffisant. Une réflexion sur ce problème conduit en effet à reconnaître que le véritable jurisème est le *standard* (A) à partir duquel peuvent être éclairés tous les autres jurisèmes, tous les autres paradigmes juridiques, à savoir le *paradigme juridictionnel* (B), le *paradigme jurislatif* (C) et "*l'institutionnisme*" (D).

A - Le standard

Le professeur Rials définit le standard comme "une technique de formulation de la règle de droit qui a pour effet une certaine indétermination *a priori* de celle-ci. Souvent d'origine jurisprudentielle, et en principe dénoté par l'utilisation de certaines formes, le standard vise à permettre la mesure de comportements et de situations en termes de neutralité" (49).

A la suite du professeur Rials, j'ai pu distinguer trois niveaux d'intervention des standards suivant leur proximité plus ou moins grande avec les règles de droit qu'ils ont pour fonction d'engendrer (50) :

1 - les standards les plus proches des règles qu'ils ont pour fonction d'engendrer ou *standards restreints* tels que "normal", "exceptionnel", "particulier", "spécial", "excessif", "raisonnable", "suffisant", "sérieux", etc.

2 - les standards les moins proches des règles qu'ils ont pour fonction d'engendrer ou *standards non-restreints*, tels que ceux qui naissent de l'idée qu'un juge normal se fait d'un certain nombre de relations normales entre certains faits (théories de la présomption ou de la causalité) ou de l'idée qu'il se fait d'un acte clair (théorie de l'acte clair) ou encore de la reconstitution qu'opère le juge de la volonté d'individus présumés normaux par applications diverses de la *ratio legis* (51) ;

(47) G. Mounin, *La notion de code en linguistique* in *Introduction à la sémiologie*, Éditions de Minuit, 1970, p. 77-87.

(48) G. Mounin, *op. cit.*, p. 78-79.

(49) S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard*, L.G.D.J., 1980, p. 120.

(50) *Les normes de l'action : droit et morale, Introduction à la science normative*, L'Hermès, 1990, p. 99-126.

(51) S. Rials, *op. cit.*, p. 156.

3 - les standards qui occupent une place médiane entre les deux catégories précédentes, tels que l'évaluation du caractère *normal* d'un délai, ou du caractère *sérieux* d'un moyen ou du caractère *manifeste* du mauvais vouloir de l'administration (52).

Ces différents standards ayant tous pour but d'engendrer des normes, partagent tous le statut de *normes secondaires sur la production juridique*

Or, à partir du standard, peuvent être éclairés tous les autres paradigmes juridiques et d'abord ceux qui sont l'œuvre du jurisdiseur, les paradigmes juridictionnels.

B - Les autres paradigmes juridictionnels

Je reprendrai la distinction introduite par le professeur Yves Gaudemet entre les "techniques juridictionnelles" (standard, présomption, fiction) et les "constructions juridictionnelles" (catégories, notions, principes et théories) (53).

1 - Les autres "techniques juridictionnelles"

L'analyse du standard occupe une place vraiment stratégique dans l'étude des méthodes du juge administratif. Grâce à elle, et à travers la fiction et la présomption, peut être expliqué un aspect essentiel de ce que le professeur Yves Gaudemet appelle les "techniques juridictionnelles", puisque, à l'instar du standard, fiction et présomption fonctionnent comme des instruments de production normative, c'est-à-dire comme des normes secondaires de changement. Le Doyen Gény avait bien vu la parenté entre fiction et présomption, instruments du même ordre qui consistent tous deux à "faire comme si" et qui n'ont de sens que par leur finalité qui est de tirer des conséquences juridiques, de dégager des règles de droit. Cependant, si la référence à un standard est manifeste dans la présomption, "fiction conditionnelle" qui correspond en général à une *appréciation de bon sens* (comme dans la *théorie* du défaut d'entretien normal de l'ouvrage public), elle n'est pas absente non plus de la fiction qui consiste à faire produire des effets à une erreur *réputée bienfaisante* ou du moins *acceptable* pour sauvegarder des droits ou des situations créées (comme c'est le cas dans la *théorie* des fonctionnaires de fait).

2 - Les "constructions juridictionnelles"

Or, ces remarques qui dépassent le cadre des standards proprement dits pour s'appliquer en aval de ceux-ci à certaines directives, et en amont, à travers la présomption et la fiction, aux "techniques juridictionnelles" dans leur ensemble, ne pourraient-elles pas encore être généralisées à ce que le professeur Yves Gaudemet appelle les "constructions juridictionnelles" : *catégories, notions, principes et théories* (54) ? En effet, ne peut-on pas admettre qu'il n'y a pas une différence de nature, mais peut-être seulement une différence de degré entre ces différentes "constructions juridictionnelles" ? Le professeur Gaudemet définit la "construction juridictionnelle" de façon générique comme toute "référence à un système de concepts". Ce système peut être la plus large qui soit dans la *théorie*, ensemble logique autonome qui gravite généralement autour d'un principe" (théorie des actes détachables, de l'imprévision, des actes de gouvernement, par exemple) (55).

(52) S. Rials, *op. cit.*, p. 192.

(53) Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, L.G.D.J., 1972.

(54) Y. Gaudemet, *op. cit.*, p. 31 s.

(55) Y. Gaudemet, *op. cit.*

De l'analyse du professeur Gaudemet, il résulte qu'un concept juridique ou qu'un système de concepts juridiques peut, suivant la perspective dans laquelle on le considère, appartenir à plusieurs "constructions juridictionnelles" et même indifféremment à plusieurs "constructions juridictionnelles" et à plusieurs "techniques juridictionnelles - comme par exemple la théorie des fonctionnaires de fait et la théorie du défaut d'entretien normal de l'ouvrage public qui illustrent à la fois une *théorie* et une *technique juridictionnelle* (fiction ou présomption accompagnée d'ailleurs d'un standard). Cette mobilité des concepts et systèmes de concepts juridiques à travers "constructions" et "techniques" juridictionnelles nous amène à émettre une hypothèse, celle de l'identité de leur fonction et de leur nature qui réside dans leur statut commun de *normes secondaires* et que l'on pourrait traduire en regroupant toutes les "techniques" et "constructions juridictionnelles" sous le terme générique de "paradigme juridictionnel". Le terme de "paradigme" serait d'autant plus justifié qu'il correspond au "code juridique". Selon Georges Mounin en effet, le code s'oppose au message comme la langue à la parole, le système à la chaîne, le *paradigmatique au syntagmatique* (56).

C - Le paradigme jurislatif

Or, les paradigmes juridictionnels sont-ils les seuls "paradigmes" à être utilisés par le jurisdiseur ? Et, c'est ici la question essentielle que nous posons : est-ce que les sources constitutionnelles (au sens strict, c'est-à-dire l'écrit du constituant), législatives et réglementaires -ce que nous avons proposé d'appeler les sources "jurislatives"- ne se présentent-elles pas elles-mêmes aussi comme des ensembles de "paradigmes" qu'utilise couramment et parfois constamment le jurisdiseur pour tenir son discours, son langage c'est-à-dire pour construire ses "syntagmes juridiques" et énoncer ses solutions normatives ponctuelles. Là encore, la réponse affirmative s'impose. Ces paradigmes d'origine jurisrelative qui sont innombrables (puisqu'ils se confondent avec les traditionnelles "sources écrites" du droit) jouent un rôle analogue aux paradigmes juridictionnels : comme ces derniers, ils peuvent être aussi bien des normes secondaires de compétence que des normes primaires (pas seulement de comportement). Ainsi, pour construire ses "syntagmes juridiques", c'est-à-dire pour émettre son message (juridique), le jurisdiseur utilise-t-il aussi bien des paradigmes juridictionnels que des "paradigmes jurislatifs", ces différents paradigmes pouvant être unifiés sous le terme générique de "paradigmes juridiques".

Le véritable jurisme ou paradigme juridique n'est donc pas le terme juridique mais la règle de droit, la norme juridique au sens le plus large (qu'elle soit primaire ou secondaire) telle qu'elle se manifeste dans les différentes catégories que j'ai reconnues jusqu'alors, du standard à la théorie juridictionnelle.

Or, à la suite de Benveniste prenant en compte "l'instance du discours" et complétant la linguistique de la langue par une "linguistique du discours", il devait s'avérer que l'unité minima du discours n'est pas l'*unité lexicale ou phonologique* (qui est l'unité minimal de la langue) mais la *phrase* : ainsi, aux "petites unités minima" de la langue (le lexème ou le phonème) faut-il substituer ces "grosses unités minima" du discours (qui se situent au moins au niveau de la phrase). Par son analyse structurale des mythes, Lévi-Strauss a mis en lumière ces "grosses unités minima" du discours mythique (les "mythèmes"), tandis que Barthes et Greimas s'efforçaient de détecter les "codes narratifs" du discours littéraire c'est-à-dire la structure des "grosses unités minima" pertinentes pour ce discours.

(56) G. Mounin, art. cit., p. 78.

Parallèlement, si les petites unités minima du *langage juridique* sont les termes juridiques, il faut rechercher, au-dessus de ceux-ci, les grosses unités minima du *discours juridique* : mon hypothèse et précisément que ces dernières se situent au moins au niveau de la règle de droit, de la norme (qui est l'équivalent de la phrase dans la linguistique du discours en général). Ainsi, substituer la norme au terme juridique, c'est passer d'une "micro-linguistique de la langue juridique" (celle des *Vocabulaires juridiques* et des recherches actuelles de sémantique juridique) à une "macro-linguistique du discours juridique" (celle que je m'efforce d'ébaucher ici).

Cependant, il faut aller plus loin et se demander si le discours juridique ne met pas en œuvre d'autres "grosses unités minima" relevant d'un niveau encore supérieur à celui des normes. Ma nouvelle hypothèse est que ces dernières se situent au niveau de l'*institution* et résident dans ce que l'on pourrait appeler (pour recourir à un néologisme aussi disgracieux que le "mythème") l'*institutionnème*, celui-ci étant le véritable "syntagme" du discours juridique puisqu'il résulte -ainsi que nous allons le voir- de la combinaison de plusieurs "juri-sèmes" c'est-à-dire de plusieurs normes juridiques.

D - L'*institutionnème*

Cette nouvelle catégorie, ce nouveau paradigme juridique comme "grosse unité minima" du discours juridique, trouve son origine dans la *théorie de l'institution* initiée par M. Hauriou et précisée par son disciple Georges Renard.

Or, l'aspect le plus fécond de la "théorie de l'institution" chez Renard réside peut-être dans la critique qu'il a opérée du *droit privé* au profit du droit qui naît de l'institution ou *droit institutionnel* (57).

Par "droit institutionnel", il faut d'abord entendre une conception fort extensive du droit qui, dépassant le clivage traditionnel du droit privé et du droit public, a pour objet la *structure de droit collectif*, ce droit *objectif* qui gouverne les rapports d'organe à organe, et qui est préalable au "droit des rapports subjectifs", le droit privé au sens classique et traditionnel qui gouverne les rapports de personne à personne.

Georges Renard élabore sa conception du droit institutionnel à partir d'une compréhension fort générale du *droit constitutionnel* qui ne se limite pas à l'étude des grandes structures de l'État et des règles juridiques qui gravitent autour d'elles, ainsi que le pensaient Esmein et Carré de Malberg. C'est en effet non seulement la plus grande partie du droit public et notamment du droit administratif (ainsi, "la décentralisation par régions, par services ou par collaboration"), mais également des pans entiers du droit privé, en particulier du droit civil et du droit commercial (avec le *status familiae*, la constitution des sociétés et des associations) qui relèvent de ce droit constitutionnel *lato sensu*. Renard ajoute que "le droit constitutionnel ainsi compris embrasse tout le domaine de la personnalité morale... ; il se confondrait même avec lui, s'il ne le dépassait pas la considération d'individualités juridiques secondaires, dont l'autonomie ne s'élève pas jusqu'au plan de la capacité patrimoniale" (58) (ainsi les "individualités comptables"). En revanche, Renard note que ce droit constitutionnel se confond avec le domaine de "l'institution", "cet organisme juridique, engendré par une fondation humaine, dont l'existence autonome pénètre dans l'atmosphère juridique au stade inférieur de l'individualité comptable... pour se hausser de là à la personnalité et parvenir, enfin, dans ses plus hautes cimes,

(57) G. Renard, *Qu'est-ce que le droit constitutionnel ? Le droit constitutionnel et la théorie de l'institution*, in *Mélanges Carré de Malberg*, 1933, p. 495.

(58) G. Renard, art. cit., p. 488.

à la souveraineté" (59). Le droit institutionnel est donc véritablement un droit organique dans la mesure où il régit à la fois le fonctionnement de ces organes juridiques que sont les institutions ainsi que les rapports qu'ils peuvent entretenir ; il mérite pleinement le qualificatif de "constitutionnel" puisqu'il est à la fois constitutif et recteur des institutions.

Or, comment ne pas reconnaître dans cette analyse de Georges Renard une vision prophétique du droit constitutionnel actuel puisque notamment en France la jurisprudence du Conseil constitutionnel élaborée depuis 1970 a pu, ainsi que l'a remarquablement mis en lumière le doyen Favoreu, constitutionnaliser, consolider de grandes branches du droit tant public que privé en leur donnant l'assise constitutionnelle qui jusque-là leur faisait défaut -ce qui d'ailleurs, tout en remettant en cause la distinction traditionnelle du droit privé et du droit public, introduit une mutation radicale, une véritable révolution dans le droit constitutionnel qui non seulement devient véritablement le "droit de la Constitution" mais encore le droit fondamental, le droit premier et constitutif des différentes branches du droit (60) ?

Le droit constitutionnel *lato sensu* de Renard est aussi un droit fondamental et transversal qui traverse les différentes branches du droit. Chaque branche du droit forme ainsi une *institution* dont la base est constituée par des normes qui relèvent du droit constitutionnel *lato sensu* et qui, en accord avec la pyramide kelsénienne, confèrent sa validité au développement même de chacune de ces branches. Ce qui revient à dire que les normes constitutionnelles *lato sensu* sont des normes secondaires de compétence (de changement ou de décision) tandis que les autres normes ont, par rapport à celles-ci, le statut de normes primaires (même s'il ne s'agit pas seulement de normes de comportement). Autrement dit, l'institution au sens de Renard, c'est-à-dire chaque branche du droit unifié, organisée et structurée par ses bases constitutionnelles *lato sensu*, forme ce que Bobbio appelle un "système normatif complexe", système défini précisément par l'articulation entre des normes primaires et secondaires. Or, la jurisprudence du Conseil constitutionnel français, en "consolidant et constitutionnalisant" certaines branches du droit tant public que privé, donne en tous points raison aux analyses prophétiques de Renard, en même temps qu'elle confère à chaque branche droit ainsi consolidé et constitutionnalisé le statut de "système normatif complexe" -mutation d'autant plus significative qu'à la différence des anticipations de Renard, elle ne se situe plus au niveau du langage du juriste, mais à celui du langage du juge qui est peut-être le seul véritable "langage du droit".

Ainsi, conformément aux anticipations prophétiques de G. Renard, le nouveau droit constitutionnel français, celui qui procède de la jurisprudence du Conseil constitutionnel élaborée depuis 1970, apparaît-il vraiment comme la base constitutive des systèmes juridiques et des différentes branches du droit, il fait figure aujourd'hui en France de véritable "théorie des ensembles de la science juridique" un peu à la manière de la "théorie des ensembles" qui, lancée par Cantor vers 1880, devait être reconnue comme la théorie la plus générale des mathématiques, celle qui semblait devoir leur donner un fondement inébranlable. La théorie normative de l'institution n'est donc plus une vue de l'esprit ; elle se confond aujourd'hui en France avec la pratique pour ainsi dire quotidienne du Conseil constitutionnel qui marque, comme l'a souligné le doyen Favoreu, un nouveau départ pour la vie du droit, une aventure pleine de promesses dans l'histoire de la conscience juridique.

(59) G. Renard, art. cit., p. 488.

(60) L. Favoreu, *Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit*, in *Revue Française de droit constitutionnel*, 1990, I, p. 71-89.

Dans cette nouvelle "théorie des ensembles" de la science juridique, si le jurisme reste l'élément de base, l'institution (l'institutionnisme) correspond à l'ensemble, et la "vie du droit" (qui a rapport à ce que Gadamer appelle la "chose du texte" et Ricœur le "monde de l'œuvre") n'est rien d'autre que le "commerce juridique", la dynamique des rapports entre les différentes institutions.

Ainsi, le paradigme juridique (du standard à l'institutionnisme) est bien l'élément de base du symbolisme juridique, c'est-à-dire du code juridique qu'il me faut examiner maintenant.

II - La notion de code en science juridique

Si la langue naturelle est à n'en pas douter un code (le code linguistique), la notion de code est encore plus large, plus compréhensive que la notion de langue ainsi que l'ont bien montré Georges Mounin, René Moreau ou Luis Juan Prieto.

René Moreau (61), par exemple, a pu découvrir certaines différences entre le fonctionnement des langues et celui des codes. Dans les codes stricts, il y a une relation bi-univoque entre chaque signifiant et chaque signifié. Dans les langues au contraire, cette relation bi-univoque est l'exception. Tantôt il y a plusieurs signifiants pour un seul signifié ; tantôt il y a plusieurs signifiés pour un même signifiant.

D'autre part, Georges Mounin a pu trouver une confirmation des analyses de René Moreau dans les recherches effectuées sur les codes par Luis-Juan Prieto et la classification qui en découle (62). Prieto distingue en effet deux types de code : ceux "qui ne comportent que des sèmes dont les signifiés sont en rapport d'exclusion entre eux" (63) (ils correspondent aux *codes stricts* de René Moreau dans lesquels chaque signifiant renvoie à un seul signifié), et ceux qui comportent des sèmes dont les signifiés se trouvent en rapport d'inclusion ou d'intersection entre eux (on pourrait les appeler des *codes souples* dans la mesure où le même signifiant peut avoir plusieurs signifiés et où le même signifié peut correspondre à des signifiants différents).

On comprend maintenant tout l'intérêt des analyses de Mounin et de Prieto pour la connaissance du langage juridique. Ce dernier apparaît non comme un *code strict* mais comme un "code souple", un *code linguistique*.

Dans le domaine du langage ordinaire, c'est seulement grâce à l'existence du code linguistique ou code souple que l'on peut espérer traduire en partie la richesse et la complexité de l'expérience et des rapports humains. Comme l'a montré Georges Mounin, le langage instaure une traduction de l'expérience et une communication qui peut toujours commencer, se poursuivre et s'approfondir (64). Prieto a pu noter que seules les langues appartiennent à ce type de code que sont les codes souples, et il ajoute que la souplesse ou la plasticité de leur code "semble être le trait le plus caractéristique des langues" (65).

Il en va de même pour le code juridique dans la mesure où l'inachevé, l'indéterminé, le variable qu'il contient, recèle un incoercible pouvoir créateur et générateur. Ces polyvalences et ces potentialités du code juridique sont constitutives des "règles imprécises", de ces directions générales ou "standards" dont l'importance est si grande dans la vie du droit. Goldenberg a pu dire que "la question des règles

(61) R. Moreau, *Mathématiques et description des plans du contenu et de l'expression*, cité par G. Mounin, op. cit. 83-84.

(62) L.-J. Prieto, *Messages et signaux*, P.U.F., 1966, p. 118-165, cité par G. Mounin, op. cit., p. 85.

(63) L.-J. Prieto, op. cit., p. 129.

(64) G. Mounin, *Les problèmes théoriques de la traduction*, Gallimard, 1963.

(65) L.-J. Prieto, op. cit., p. 164.

imprécises est la question centrale de la science du droit" (66) et Stéphane Rials a montré que la "technique juridictionnelle" du standard ne fait qu'exprimer le traitement juridique des potentialités du langage ordinaire lors de sa traduction en langage du droit par le juge (67). Ainsi, le paradigme juridique n'a pas de sens, il n'a que des significations dans la mesure où le contenu latent de l'expérience juridique auquel il renvoie ne sera objectivé et déterminé que par la décision juridictionnelle, que par l'acte du juge.

Au terme de cette exploration de l'axe paradigmatique du symbolisme juridique, s'achève le premier moment de l'herméneutique juridique, celui de l'analyse structurale du discours juridique correspondant au moment explicatif renouvelé de l'herméneutique diltheynienne. On peut mesurer à cet égard tout le chemin parcouru depuis l'*explication* telle que la concevait Dilthey. Il n'est plus question tout d'abord de la méthode déterministe des sciences de la nature, mais d'un univers linguistique et sémiologique. Ensuite, le code sur lequel repose le langage du droit n'est pas un *code strict* comme celui des langues formalisées, mais un *code souple* tout à fait analogue à celui des langues naturelles et permettant, comme ce dernier, de traduire toute la complexité et toute la richesse de l'expérience humaine. Enfin, l'élément ultime de ce code, le paradigme juridique ou juri-sème, présente lui-même une grande souplesse et une extrême diversification puisqu'il se situe toujours sur un éventail multiforme et diapré allant de la directive à la théorie juridictionnelle. Ainsi, à la différence des "petites unités minima" de la *linguistique de la langue* (unités lexicales ou phonologiques), le paradigme juridique représente-t-il déjà cette "grosse unité minima" caractéristique d'une *linguistique du discours*, et plus précisément bien sûr, d'une *linguistique du discours juridique*. A cet égard, on peut mesurer également toute la distance qui sépare cette linguistique du discours juridique de la linguistique du discours en général initiée par Benveniste et illustrée notamment par l'*analyse structurale des mythes* de Lévi-Strauss et la *sémiotique textuelle* de Barthes et Greimas. En effet, les "grosses unités minima" de Lévi-Strauss, le récit, le folklore, le mythe (le "mythème"), tout comme celles de Barthes et de Greimas, la phrase et le récit comme éléments des "codes narratifs", sont loin, malgré toute la virtuosité de leurs créateurs, de présenter la clarté formelle et la rigueur fonctionnelle des paradigmes juridiques d'autant plus que ces derniers, par combinaison et articulation de certaines de leurs classes (les *primaires* et les *secondaires*), peuvent eux-mêmes engendrer des "grosses unités minima" d'un rang supérieur qui sont -comme nous l'avons vu- les *institutions* au sens renouvelé et normatif du terme (l'"institutionnème"). Or, cette supériorité de la linguistique du discours juridique sur la linguistique du discours en général n'est pas étonnante puisque, depuis le droit romain, la "raison écrite", le domaine juridique est le premier domaine des sciences humaines à avoir donné prise à une approche véritablement scientifique, à être devenu transparent à la Raison, mais à une Raison spécifique à ce domaine qui n'est pas la "raison théorique", la raison technico-scientifique des sciences de la nature, mais la "raison pratique", la raison normative qui trouve son terrain privilégié dans le domaine juridique et qui, à partir du droit, est capable d'irradier dans toutes les autres sciences de l'esprit -ce qui confirme bien que le droit devrait se voir reconnaître le rôle de "science-pilote", de "science-modèle" dans l'exploration même de toutes les sciences humaines.

Or, précisément, parce qu'elle est plus rigoureuse que la linguistique du discours en général, la linguistique du discours juridique est singulièrement apte à traduire la spécificité et la particularité de son objet d'investigation et, ainsi, elle

(66) Cité par S. Rials, op. cit., p. 218.

(67) S. Rials, op. cit., (sous-titre : *Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*).

s'éloigne d'autant plus de la linguistique de la langue pour délimiter et définir un univers linguistique et sémiologique autonome, spécifique au domaine juridique. Il n'est donc pas étonnant que cette linguistique du discours juridique (qui est l'équivalent moderne et juridique de l'explication diltheyienne) nous conduise aux portes de la compréhension juridique renouvelée c'est-à-dire de l'appropriation même de la vie du droit et de la pratique juridique telle qu'elle s'effectue concrètement par le langage du juge (et celui du juriste) - langage qui ne constitue rien d'autre que l'axe syntagmatique du symbolisme juridique.

§ 2 L'AXE SYNTAGMATIQUE DU SYMBOLISME JURIDIQUE : DE LA COMPRÉHENSION À L'EXPLICATION

L'apport de Chaïm Perelman et de sa rhétorique juridique est incontournable pour la connaissance du langage du juge et notamment pour l'exploration de son "art dialectique" (I) mais aussi pour comprendre comment le juge, par sa faculté et son pouvoir d'interprétation, peut répondre au problème de l'imperfection du droit (II).

I - L'art dialectique du juge

Ainsi que l'a montré Chaïm Perelman, l'art dialectique du juge ne contient pas seulement un *art de la conjecture* représenté par le raisonnement régressif ou finaliste du juge (la conclusion est posée d'avance, le juge se fie à son sentiment, à son intuition parfois baptisée "intime conviction"), il contient également une *science de la validation* qui a pour but de prouver et d'éprouver cette intime conviction, comme l'avait déjà fort bien compris Henri Motulsky (68).

Selon Henri Motulsky la réalisation du droit s'effectue à partir du syllogisme juridique qu'il définit ainsi : "la tentative de penser un cas particulier comme contenu dans une règle de droit et la constatation du résultat positif ou négatif de la recherche" (69).

Il s'agit d'établir un rapport de convenance ou de disconvenance entre un cas particulier et une règle de droit, rapport en vertu duquel l'effet juridique se produit ou non. La règle de droit en question est la règle de droit "possible", la majeure du syllogisme, la règle qui a été émise à titre d'hypothèse et dont il s'agit de prouver et d'éprouver la solidité.

En effet, au vu du dossier ou dès l'exposé du procès, le juge a généralement un sentiment, une idée qui donne naissance à cette hypothèse dont tout son travail de raisonnement et d'investigation vise à vérifier le bien-fondé et la justesse. Le juge procède ici à la manière de Descartes, il doit soumettre son idée à l'épreuve du doute, refuser les fausses évidences. Il procède également à la manière de Frédéric Rauh qui recommande au sujet moral de se livrer, avant d'agir, à une "expérience morale spécifique" en s'informant objectivement des causes, des conditions et des conséquences de son action (70). De la même façon, le juge doit se livrer à une "expérimentation juridique". La "règle de droit acceptable" c'est-à-dire la majeure du syllogisme qui engendre la bonne solution, la décision, est l'idée qui a résisté à l'épreuve du doute.

Cependant, pour lumineuse que soit l'analyse d'Henri Motulsky, elle reste par trop prisonnière du schéma classique du syllogisme judiciaire dans lequel le cas particulier doit être subsumé par une règle générale. Au contraire, Hart a montré que le travail du juge ne consistait pas à appliquer des lois générales à un cas particulier

(68) H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé positif*, thèse, Lyon, 1947.

(69) H. Motulsky, *op. cit.*, p. 45.

(70) F. Rauh, *L'expérience morale*, 1904.

mais à construire chaque fois des décisions à référence unique. Et déjà Hauriou avait tenté de réhabiliter le "pouvoir discrétionnaire" du juge en voyant clairement que le juge qui utilise un tel pouvoir ne fait en réalité que construire une décision qui, bien loin d'être sans référence, procède d'une référence c'est-à-dire d'une norme qui a été délibérément choisie par le juge lui-même en fonction de la portée et de la signification qu'il entend donner à sa décision, celle-ci devenant bien une "décision à référence unique". Il ne faut pas croire, disait Hauriou, qu'un pouvoir discrétionnaire soit un pouvoir qui n'a pas de règles, c'est seulement un pouvoir qui se fait à soi-même ses propres règles" (71). Ainsi, la "règle de droit possible", la "règle de droit acceptable" garde toute son importance, cependant il faut désormais la considérer comme la référence centrale, la "référence unique" de la décision juridictionnelle, beaucoup plus que comme la majeure du syllogisme judiciaire. Or, la justification de ces décisions à référence unique réside précisément dans la logique de l'argumentation spécifique au raisonnement juridique, dans l'exploration de laquelle Chaïm Perelman et son École se sont acquis d'immenses mérites.

Mais il faut analyser plus précisément le langage du juge en examinant plus attentivement le problème de l'imperfection du droit et celui qui lui est intimement lié de l'interprétation en droit, problème qui, à nouveau, met lui-même en évidence la rencontre herméneutique d'"un art de la conjecture" et d'"une science de la validation".

II - Le problème de l'imperfection du droit

De même que selon Wittgenstein les mots ne prennent véritablement leur signification que dans l'usage effectif d'un "jeu de langage" particulier, les règles de droit ne prennent elles aussi leur signification que dans l'usage effectif de ce "jeu de langage" particulier qu'est la décision juridictionnelle. S'il est vrai en effet, selon le "second Wittgenstein" (celui des *Investigations philosophiques* par opposition à celui du *Tractatus*), qu'un "jeu de langage" est une "forme de vie" correspondant à une activité spécifique par rapport à laquelle, seule, les mots ne prennent toute leur signification que par la fonction et le mode d'emploi (72) qui leur y est donné, il en va exactement de même pour la signification c'est-à-dire "l'emploi" des règles de droit dans la décision juridictionnelle. La comparaison wittgensteinienne du langage à la *vie*, à un *fleuve* et à un *flux* convient encore parfaitement au langage du droit : "l'application et l'interprétation des mots, écrit Wittgenstein, s'écoulent comme un fleuve, et c'est seulement dans le flot que le mot a sa signification" (73), il en va de même pour les règles de droit qui ne trouvent leur détermination que dans le "flux" de la décision juridictionnelle qui est une création continue de nouvelles déterminations et significations pour la règle de droit. Il est en effet de l'essence de la décision juridictionnelle, comme de celle de la proposition selon Wittgenstein, de nous "communiquer un sens *nouveau*" (74).

Mais là encore, le langage du juge ne met pas seulement en œuvre un "art de la conjecture", il s'accompagne également d'une "science de la validation". En effet, chaque jeu de langage particulier que représente la décision juridictionnelle se situe dans un ensemble plus vaste, dans un jeu de langage plus compréhensif qui est celui de la pratique juridique elle-même, de la vie du droit toute entière. Dans le sillage des *Recherches logiques* de Wittgenstein, et à la suite du "tourmant interprétatif", du

(71) H. Hauriou, note sous l'arrêt du Conseil d'État du 17 juillet 1925, *Association du personnel de la Banque de France*, S. 1925-III, p. 33.

(72) L. Wittgenstein, *Investigations philosophiques*, I, § II.

(73) L. Wittgenstein, *Zettel*, 135.

(74) L. Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, 4027.

"linguistic turn" initié par la philosophie du langage ordinaire et "l'analytic jurisprudenz", tout un courant -principalement anglo-saxon- de la philosophie moderne du droit a pu exploiter cette veine pleine de richesses pour la science du droit comme l'ont fait notamment Hart et Dworkin.

C'est le cas tout d'abord du Professeur Hart qui s'est montré particulièrement sensible au problème de l'imperfection du droit, soulignant l'existence de ces "zones d'ombre" que comporte toute règle de droit. Selon Hart en effet, toute règle présente, à côté d'un "noyau de sens établi", une pénombre de doute, une frange d'indétermination qui peut affecter d'ailleurs tout énoncé linguistique : c'est la "texture ouverte" de la règle de droit (75). Masquant la véritable intention du législateur, cette "texture ouverte" introduit une "crise de communication" juridique empêchant le juge d'appliquer purement et simplement le droit, mais le forçant au contraire d'avoir recours à son pouvoir discrétionnaire, à son pouvoir créateur et normatif. Ainsi, le "noyau de sens clair" correspond aux "cas simples" où le juge applique le droit, la "texture ouverte" aux "cas difficiles" où il le crée. Cependant, comme l'a montré le professeur Bernard Jackson commentateur de Hart (76), même dans ces cas difficiles, le juge ne trahit pas la véritable portée et signification de la règle car il est guidé par les "politiques sociales" qui ont présidé à l'édition de la règle et qui lui restent toujours sous-jacentes : "les juges, dit Hart, ne font que tirer de la règle ce qui, si elle est bien comprise, est *latent* en elle" (77). C'est pourquoi la création normative du juge n'est pas infidèle à l'essence et à la vocation de la norme juridique qui, selon Hart, apparaît lorsqu'un comportement correspond à la conduite sociale désirable, à la conviction partagée de l'obligatorité de ce comportement. Selon Hart en effet, et à la différence de Kelsen, la règle de droit ne tire pas sa validité de son seul caractère logique qui la rattache à un ordre juridique, mais aussi et surtout de ses caractères psychologique et sociologique par lesquels elle apparaît comme le modèle de comportement que les individus ont accepté. Les règles secondaires de reconnaissance supposent elles-mêmes d'être acceptées aussi bien d'ailleurs par leurs destinataires directs, les autorités publiques, que par leurs destinataires indirects, les individus. Quant à la *règle ultime de reconnaissance*, elle possède au plus haut point ce caractère d'acceptation par les membres du groupe. Fournissant en effet le "critère de validité suprême" et s'imposant comme seule authentique "source du droit" (78) c'est à la règle ultime de reconnaissance que se rattachent non seulement toutes les normes secondaires mais également toutes les normes primaires d'obligation : elle couronne donc l'ordre juridique dans son ensemble et joue un peu le même rôle que la *Norme fondamentale* de Kelsen. Cependant, à la différence de cette dernière, ce n'est pas une "norme supposée" de caractère transcendantal, c'est-à-dire une exigence logique du système, un postulat de l'ordre juridique, mais c'est au contraire un *fait* accepté par tous, à tous les niveaux et par toutes les instances, aussi bien par les autorités publiques que les particuliers, un accord largement majoritaire, fort proche de ce "consensus social", de cette entente sur les valeurs fondamentales qui caractérise les démocraties anglo-saxonnes. D'ailleurs pour Hart les règles de droit font partie d'un ensemble plus large, celui des règles sociales dont elles partagent les caractéristiques. C'est pourquoi son ouvrage *Le concept de droit* relève bien d'une "sociologie descriptive" du droit, d'une "sémiologie juridique" qui s'attache à détecter la signification sociale des règles de

(75) H.L.A. Hart, *op. cit.*, p. 77-150.

(76) B. Jackson, *Structuralisme et "sources du droit"*, in A.P.D., n° 27, 1982, et Hart et Dworkin sur le pouvoir discrétionnaire : points de vue sémiotiques, in A.P.D., n° 34, 1989.

(77) H.L.A. Hart, *Positivism and the separation of law and mores*, Harvard Law Review, vol. 71, 1958.

(78) H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, p. 133.

droit tenant compte à la fois des exigences logiques du système juridique et des impératifs de la "conduite sociale désirable". A cet égard, les professeurs Ost et de Kerchove ont raison de remarquer que Hart propose une lumineuse synthèse entre le normativisme kelsénien d'une part qui ne considère que la logique du système juridique inhérente au "noyau de sens clair" de la règle de droit, et le "réalisme américain" d'autre part qui n'envisage que la "texture ouverte" et réduit le droit à ce que fait le juge. A la *hiérarchie* kelsénienne, Hart substitue déjà le concept de *circULARITÉ*, car si la norme supérieure valide la décision du juge, c'est la décision du juge qui consacre la norme supérieure (79). Ainsi, dans le domaine juridique, Hart est véritablement le plus éminent représentant de l'*empirisme logique* dont on a pu donner cette définition aussi simple que remarquable : "la synthèse de l'empirisme et de la logique".

Cependant, si dans le phénomène juridique, Hart a parfaitement exploré, à côté de la normativité logique mise à jour par Kelsen, la normativité psychologique et sociologique qui lui avait révélé son expérience du barreau et de la jurisprudence anglaise, en revanche il n'a peut-être pas assez montré le lien qui existe entre ces deux sortes de normativité et a couru le risque, comme le mouvement dont il s'est inspiré, de cumuler à la fois les défauts de la logique et ceux de l'empirisme. D'ailleurs, le professeur MacCormick remarque que, dans ses écrits plus récents, Hart a dû nuancer l'opposition entre le "noyau de sens clair" et la "texture ouverte", entre les "cas simples" et les "cas difficiles", et qu'ainsi c'est toute sa théorie qui est remise en cause (80). N'est-ce-pas reconnaître que la normativité juridique est irréductible tant à la normativité logique qu'à la normativité psychologique et sociologique, et que, quelque soit le prestige et l'autorité de la logique, de la psychologie et de la sociologie, le droit a sa normativité qui lui est propre... N'est-ce pas reconnaître également que le problème essentiel est bien celui de l'imperfection du droit, que, dans la règle de droit, les "zones d'ombre" sont plus importantes que le prétendu "noyau de sens clair", et qu'en fin de compte, poussant à la limite le point de vue du professeur Hart, on pourrait affirmer que, selon lui, dans le travail du juge, "tout est pouvoir discrétionnaire".

Sur ce problème, et à la suite du même "tourant interprétatif", du même "linguistic turn", le célèbre philosophe du droit américain Ronald Dworkin défend une position en apparence diamétralement opposée à celle de son devancier d'Oxford, le professeur Hart, puisqu'il affirme au contraire que, dans le travail du juge, "il n'y a jamais pouvoir discrétionnaire" (81).

Comme Hart en effet, Dworkin reconnaît que le problème central du droit est celui de son imperfection c'est-à-dire celui de son interprétation. La "texture ouverte", les "zones d'ombre", la pénombre de doute, la frange d'indétermination qui, selon Hart, affectent toute règle de droit comme d'ailleurs tout énoncé linguistique, correspondent chez Dworkin aux expressions à double sens et même à sens multiple qui sont génératrices d'opacité, à cette logique de l'équivocité par surcroît de sens, cette logique de la plurivocité dont l'herméneutique nous a appris qu'elle caractérisait la science juridique au même titre que toutes les sciences exégétiques (82). Pour Dworkin, comme pour Hart, c'est dans les "cas difficiles" (les "hard cases"), que cette imperfection du droit apparaît en pleine lumière, mais alors que pour Hart les cas

(79) Fr. Ost et M. van de Kerchove, De la "bipolarité des erreurs" ou de quelques paradigmes de la science du droit, A.P.D., n° 33, 1988, p. 198-199.

(80) N. MacCormick, *La texture ouverte des règles juridiques*, in *Controverses autour de l'ontologie du droit sous la direct.* de P. Amselek et C. Grzegorzczak, P.U.F., Questions, 1989.

(81) R. Dworkin, *Taking Rights seriously*, London, Duckworths, 1978.

(82) J. Lenoble, *La théorie de la cohérence narrative en droit. Le débat Dworkin-MacCormick*, A.P.D., n° 33, 1988.

difficiles peuvent être résolus grâce aux "politiques sociales" qui sont extérieures au droit, pour Dworkin ils peuvent l'être grâce aux principes et droits naturels qui font partie intégrante du système juridique parce qu'ils sont inséparables de la pratique juridique dans son ensemble dont il appartient à la théorie générale du droit de donner une interprétation globale et à la décision juridictionnelle de donner également, à chaque occurrence de son intervention, la meilleure interprétation possible.

Dès lors, il n'est pas étonnant que pour Dworkin la clé de l'énigme du discours juridique réside dans sa thèse de "l'unité du droit" et dans le concept de "cohérence narrative" élaborée sur le modèle de la pratique de l'écrivain ou de l'historien. Ainsi s'explique la célèbre image dworkinienne de la "chaîne du droit", la comparaison de la jurisprudence à un roman écrit à la chaîne par des romanciers successifs dont chacun est appelé à apporter sa contribution en tenant compte à la fois de la narration passée et de la narration à venir. Sur ce modèle, le juge doit donner également la meilleure interprétation possible de la pratique juridique, celle qui éclaire le mieux la jurisprudence passée et ouvre le plus de perspectives à la jurisprudence future. Ce travail étant autant interprétatif que créatif, on comprend que Dworkin ait pu comparer le juge non seulement à l'écrivain mais également au critique littéraire. Le juge serait même à la fois et indissociablement les deux : ce serait l'écrivain qui ne peut poursuivre son œuvre présente qu'en fonction de l'interprétation qu'il donne de son œuvre passée, ce serait l'écrivain d'un roman au deuxième degré, l'écrivain de ce "nouveau roman" dont au moins depuis *Les Faux-Monnayeurs* d'André Gide on a dit qu'il était "le roman d'un roman en train de s'écrire et qui se sera jamais fini". C'est pourquoi Dworkin peut également comparer le juge à l'historien dont la tâche est d'expliquer et d'interpréter le passé ; tout aussi légitimement il aurait pu encore le comparer au véritable homme d'État qui écrit le présent de l'Histoire à la lumière de son interprétation du passé et en fonction de sa perspective sur l'avenir. L'interprétation littéraire, historique, politique n'est donc pas plus livrée à l'arbitraire et à la pure fantaisie du critique, de l'historien ou de l'homme d'État que la décision de justice n'est livrée au pouvoir discrétionnaire du juge. Avec Dworkin, nous ne sommes donc pas si loin de l'École de l'Exégèse à cette différence près qu'au Code civil s'est substituée la pratique juridique dans son ensemble constamment nourrie par la substance économique et sociale pourvoyeuse de "principes" et de "droits naturels" toujours nouveaux.

Au terme de cet examen, comment trancher le débat entre Hart et Dworkin ? Faut-il admettre avec le premier et à la limite que tout est pouvoir discrétionnaire, ou, au contraire, avec le second, qu'il n'y a jamais pouvoir discrétionnaire ?

Il est clair tout d'abord que les "principes et droits naturels" de Dworkin correspondent à ce que j'ai appelé plus haut des "paradigmes juris-dictionnels" : il s'agit même de ceux qui, par la jurisprudence des Conseil d'État et Conseil constitutionnel français ont la plus haute valeur juridique. Il est donc juste d'admettre, avec Dworkin, qu'ils font partie intégrante du système juridique, mais cette condition ne suffit pas pour laver les juges de tout soupçon d'utiliser leur "pouvoir discrétionnaire" ou, pour s'exprimer autrement, pour leur récuser tout droit d'user de leur "pouvoir normatif et créateur". Force est au contraire de reconnaître, avec le dernier Hart, que même dans les cas réputés "simples" les juges ne manquent pas d'utiliser leur pouvoir normatif. Cependant, par ce pouvoir normatif, le juge ne dispose pas de la liberté absolue de faire ce qu'il veut car il est soumis à toute une série de contraintes rhétoriques et argumentatives et notamment à des contraintes interprétatives. Et c'est là où la comparaison du juge au critique littéraire prend tout son retentissement.

Selon Dworkin, en effet, la meilleure interprétation littéraire est celle qui fournit l'explication "la plus convaincante", la plus plausible pour aboutir à l'accord

des spécialistes, de même que la bonne décision de justice est celle qui s'insère le mieux dans le discours juridique, celle qui donne la "meilleure justification" du système juridique (83) : l'interprétation littéraire la plus satisfaisante est celle qui procède des "faits de cohérence narrative" (84) de même que la bonne décision de justice procède de ce que Bernard Jackson, commentateur de Dworkin, appelle symétriquement les "faits de cohérence juridique" (85). L'interprétation littéraire n'est donc pas plus livrée à l'arbitraire et à la pure fantaisie du critique que la décision de justice n'est livrée au pouvoir discrétionnaire du juge.

Or, malgré toutes les réserves et précautions de Dworkin, il est difficile d'assimiler la "latitude d'action" du critique à celle du juge, il est difficile de ramener la marge de manœuvre de la critique littéraire à celle de "l'interprétation" juridique. Les deux "marges de manœuvre" respectives du juge et du critique littéraire sont incommensurables, ne sont pas du même ordre (malgré une ressemblance apparente) dans la mesure où la tâche du juge est de dire le droit tandis que le critique littéraire ne vise qu'une satisfaction purement intellectuelle ou esthétique ; mais surtout, les deux marges de manœuvre ne répondent pas au même fonctionnement. Et, à travers cette différence, c'est toute la théorie dite "interprétationniste" ou "réaliste" du droit qui révèle ses insuffisances.

La situation du juge par rapport au symbolisme juridique est en effet totalement différente de celle du critique par rapport au texte de l'auteur. L'interprétation littéraire réside dans la traduction, effectuée au sein d'une même langue, d'un texte dans un autre texte, elle réside dans le passage d'un langage (celui de l'auteur) vers un autre langage (celui du critique). Or, le juge ne traduit pas un premier langage dans un second langage, mais parle d'emblée d'un premier langage, celui du droit, en effectuant ses choix dans un double lexique, jurislatif qui lui est proposé (et dont il reste le plus souvent maître), et juridictionnel qu'il a (pour ce dernier) lui-même confectionné. C'est pourquoi, si l'on veut garder le mot "interprétation", il faut dire que le juge interprète le droit, c'est-à-dire le symbolisme juridique, au même titre que le sujet parlant "interprète" le langage en l'utilisant chaque fois qu'il prononce une phrase, cette dernière étant toujours "nouvelle", comme l'a montré Chomsky, en vertu de "l'aspect créateur" du langage.

C'est pourquoi ne paraît ni possible ni même souhaitable l'idéal préconisé avec insistance par Dworkin et dont le justiciable aurait un ardent besoin, celui d'un juge aux aptitudes surhumaines, d'un "Hercule du droit" (86) qui aurait la parfaite maîtrise des "faits de cohérence" du système juridique, des valeurs qui y sont intégrées, des différents droits individuels qui en découlent.

Me référant à l'opposition établie par Lucrèce entre Hercule et Épicure, on pourrait dire que le justiciable n'a pas besoin d'un "Hercule du droit", d'un juge aux aptitudes surhumaines, mais bien plutôt d'un "Épicure du droit", d'un juge aux aptitudes spécifiquement et exclusivement humaines. Dans une très belle page de *De natura rerum* qui, à l'instar de l'*Éthique* spinoziste et avant elle, est déjà, comme le remarque Jean Lacroix, une œuvre de "psychanalyse intégrale" (87), Lucrèce compare son maître Épicure à Hercule. Épicure, nous dit-il, a fait mieux qu'Hercule car, si celui-ci a libéré l'homme de la peine physique, Épicure l'a libéré d'une peine beaucoup plus grave, la peine morale, l'inquiétude -le pire de tous les maux- représentée par la crainte de la mort et la crainte des dieux ; il a rendu à l'homme la liberté intellectuelle et morale, alors qu'Hercule ne lui avait donné qu'une liberté physique.

(83) R. Dworkin, *No Right Answer ?* in *Law, Morality and society*, Oxford, Clarendon Press, 1977, p. 75.

(84) R. Dworkin, op. cit., p. 78.

(85) B. Jackson, *Hort et Dworkin sur le pouvoir discrétionnaire*, in A.P.D., Sirey, n° 34, 1989.

(86) R. Dworkin, *Taking Rights seriously*, London, Duckworths, 1978.

(87) J. Lacroix, *Spinoza et le problème du salut*, P.U.F., 1970.

Il en va un peu de même dans l'univers juridique. Tout juge peut d'ailleurs être parfois plus facilement que le pense Dworkin un "Hercule du droit" grâce à l'ordinateur et à la documentation juridique (et sans se fatiguer autant qu'Hercule) puisqu'à tout instant, sur tel problème, l'informatique peut lui donner l'état de la jurisprudence, de la législation et de la doctrine. Il est plus difficile et plus important pour le juge d'être un "Épicure du droit", quelqu'un qui n'oublie jamais le "sens du dialogue", le sens de l'humain et de l'autre, quelqu'un qui effectue constamment l'individualisation de la justice en fonction du cas traité, dans la mesure où il n'y a pas de cas de litigieux mais seulement des justiciables et des juges.

Seul l'Épicure du droit est capable d'opérer la *compréhension* au sens renouvelé et herméneutique du terme, c'est-à-dire l'*appropriation* de la vie du droit aux véritables exigences du justiciable. S'il est vrai en effet que ce dernier "réclame le juge comme le malade le médecin", le rôle du juge est de lui rendre sa véritable liberté. C'est en ce sens que, visitant les prisons de Gênes, Rousseau avait pu admirer l'inscription *Libertas* gravée au fronton des prisons et jusque sur les fers des condamnés, et que, chez Hegel, la peine a pour but de restaurer la véritable volonté du délinquant, celle qui est en accord avec l'universel. L'appropriation herméneutique n'est rien d'autre ici que l'application (*Anwendung*) de la vie du droit à la situation du justiciable. Mais, cette compréhension "juridictionnelle" est tout le contraire du laxisme ou de la complaisance envers le coupable car, bien loin d'être "contemporanéité" ou "congénialité" (pour reprendre les expressions de Ricœur), affinité affective avec le justiciable, elle est au contraire "compréhension par la distance", elle "passe par toutes les objectivations structurales" de la vie du droit. Dans l'acte juridictionnel qui est à la fois -répétons-le- un acte d'application, d'interprétation et de création de la norme, le symbolisme juridique n'est pas aboli par l'appropriation mais fécondé par elle. Celle-ci passe par tout le détour des signes de la culture juridique et par la médiation de toutes les contraintes du raisonnement judiciaire. La distanciation juridictionnelle est condition de l'appropriation (88). La décision juridictionnelle est "effectuation", elle est événement et instance de discours juridique, elle se réalise dans un acte qui est au symbolisme juridique ce que la parole est à la langue.

A la différence de l'Hercule du droit qui croit toujours pouvoir trouver la "bonne réponse" (d'où le reproche qui lui est fait d'être un "optimiste béat"), l'Épicure du droit n'est pas un technocrate du droit optimiste et béat, mais un chercheur inquiet et insatisfait qui ne prétend pas trouver plus que la moins mauvaise des solutions, celle qui est susceptible de rendre en partie au moins sa liberté au délinquant, d'annuler l'annulation de la liberté dont il s'est rendu coupable. C'est en ce sens que si le droit n'est pas une activité inutile et incertaine, qui ne vaut pas une heure de peine, seul l'Épicure du droit est capable d'opérer véritablement la "compréhension" de la pratique juridique, l'"effectuation" du symbolisme juridique, l'"appropriation" de la vie du droit.

CONCLUSION

La rhétorique juridique s'inscrit à part entière dans le cercle herméneutique décrit et révélé par Paul Ricœur. D'ailleurs, il n'est pas étonnant que ce dernier affirme avoir rencontré "l'intention" de Perelman (89). En effet, la règle de droit possible, cette règle émise à titre d'hypothèse correspond au moment de l'anticipation, du pressentiment, de la divination, de la génialité -ce moment qui est l'équivalent moderne de la *compréhension* au sens de Dilthey, relève du "génie de la conjecture".

(88) P. Ricœur, op. cit., p. 116-117.

(89) P. Ricœur, op. cit., p. 237.

Mais, puisqu'il s'agit d'éprouver la solidité de cette règle de droit possible, son adéquation au cas traité, un second moment est nécessaire, celui du contrôle, de l'épreuve de la critique et du doute qui relève d'une discipline argumentative, d'une "science de la validation" qui est l'équivalent moderne de l'*explication* au sens de Dilthey (90). L'épreuve cartésienne du doute et son prolongement dans "l'expérience morale" de Frédéric Rauh donne une première idée de ce que peut être ce moment de la "validation judiciaire". Une idée un peu plus précise en est fournie par le modèle de la critique historique qui elle-même ne fait qu'obéir aux grandes directives de la critique cartésienne. Le juge utilise en effet très souvent la méthode de l'historien, celle de la convergence d'indices, du faisceau de présomptions. Si, après avoir réuni et confronté les présomptions et les indices les plus différents (tout comme l'historien confronte les documents provenant des sources les plus diverses), le juge découvre des compatibilités, des concordances, des convergences, la solution recherchée s'impose alors par une sorte d'évidence qui n'est pas une évidence première mais seconde, qui n'est pas une évidence spontanée mais critique.

Cette procédure de validation est profondément différente de la vérification expérimentale (Ricœur note même qu'elle s'en distingue radicalement), cependant elle n'en demeure pas moins son équivalent pour les sciences humaines et notamment pour le raisonnement judiciaire. Ricœur souligne d'ailleurs que cette procédure est analogue à la procédure d'invalidation décrite par Popper dans sa *Logique de la découverte scientifique* - rapprochement d'autant plus remarquable que Popper envisage les sciences en général et pas seulement les sciences humaines. La règle de droit acceptable est en effet celle qui procède de la meilleure interprétation, celle qui s'est imposée face à d'autres interprétations possibles. Ainsi Ricœur souligne-t-il que le rôle de la falsification chez Popper est tenu par le "conflit entre interprétations rivales" et la bonne interprétation est la plus probable dans le champ limité des constructions possibles qu'est un texte (91). Au "monde du texte" de Ricœur correspond dans le domaine juridique la vie du droit, la pratique juridique, et "l'interprétation la plus probable" correspond à la "règle de droit acceptable", celle qui génère ce que Dworkin appelle la "bonne réponse" et qui n'est elle-même rien d'autre que la meilleure interprétation possible de la pratique juridique dans son ensemble, celle qui éclaire le plus lumineusement la jurisprudence passée et qui ouvre le plus de perspectives à la jurisprudence future.

En fin de compte, les deux moments de l'herméneutique, l'art de la conjecture et la science de la validation trouvent leur place naturelle dans le raisonnement judiciaire avec d'une part la découverte de la règle de droit possible et d'autre part l'épreuve de la solidité de cette règle, et ils y trouvent d'autant mieux leur place que les deux moments du raisonnement judiciaire sont en constante interpénétration, donnent lieu à une fructueuse dialectique de l'échange, à un rapprochement continu qui n'est autre que celui de l'explication et de la compréhension au sens renouvelé des termes, celui de la double filiation critique et romantique revivifiée par la linguistique moderne du discours juridique, et donc introduits dans le "cercle herméneutique".

(90) P. Ricœur, op. cit., p. 202.

(91) P. Ricœur, op. cit., p. 202.

NOTES SUR LES CONCEPTS JURIDIQUES

Par

Eros Roberto GRAU

1 - Le concept, dans la conception aristotélicienne, comprend, dans un sens ample, la *simplex apprehensio rei*, et il comprend aussi la représentation sensitive ou l'image de l'objet conceptué.

Dans un sens strict, le concept comprend la *simplex apprehensio essentiae rei*. Lorsqu'on le formule, on extrait mentalement de l'objet son apparence singulière ou individuelle. Voilà pourquoi le concept, en opposition à l'image ou représentation concrète ou graphique, est toujours abstrait.

A chaque concept correspond un *terme*. Celui-ci est le signe linguistique du concept.

Ainsi, le concept, exprimé dans son terme, est-il une chose (signe) qui représente une autre chose (son objet).

Le concept dans la conception aristotélicienne, donc, se réfère, à travers le *terme* (le signe du concept), à un objet.

La perturbation de la pensée claire et de l'expression lucide, par rapport à la compréhension des concepts, est le résultat, fondamental, de la circonstance que les termes sont ambigus ou imprécis.

Par rapport aux concepts juridiques, la compréhension est plus complexe puisqu'ils n'ont pas comme objet une chose, mais des *significations*.

2 - Les concepts juridiques ne se réfèrent pas à des *objets*, mais à des *significations*.

Les concepts juridiques ne sont pas, alors *essentialistes*.

"L'objet" du concept juridique n'existe pas "en lui-même"; il n'a pas de représentation concrète de lui, ni même de représentation graphique. Tel objet n'existe que "pour moi", d'une telle manière pourtant que son existence abstraite est valable seulement - dans le monde juridique- quant à ce "pour moi", par force de convention normative, correspond -je m'excuse de l'expression- un "pour nous".

"L'objet" du concept juridique -la signification- ne pourrait accomplir sa fonction (celle de permettre l'application des normes juridiques, avec un minimum de sécurité et de certitude), seulement et uniquement dans la mesure où cet objet peut être reconnu uniformément par un groupe social.

3 - Le concept -essentialiste ou non- est le produit de la réflexion lorsqu'il exprime une *somme d'idées*.

Lorsqu'il est exprimé par un terme, le concept comprend un *acte d'expression*.

Le terme, donc, est *l'expression du concept*. Cette expression est un *signe*.

Comme Peirce l'a démontré, le signe est une chose qui représente une autre chose, c'est-à-dire son *objet*. Le signe n'est pas l'objet : il ne fait que se substituer à l'objet. S'il représente l'objet, il produit dans la *mens* de l'interprète quelque chose (un signe ou quasi-signe) qui est aussi lié à l'objet, non directement, mais à travers le signe.

4 - Les concept juridiques, comme j'ai déjà affirmé, se réfèrent à des *significations* et non à des *objets* (choses).

C'est-à-dire : ses *termes* (les expressions de ces concepts) sont des signes de significations de ces choses (choses, états ou situations), en tant que *signes de concepts*.

Je peux donc dire que les concepts juridiques exprimés (à travers leurs termes) ont comme objet des *significations attribuables à des choses* (choses, états ou situations).

C'est pour cela que les concepts juridiques se distinguent des concepts essentialistes :

- le concept essentialiste, exprimé, est le signe d'une chose ; son objet est la chose ; il est à la place de la chose ; il est le *premier signe* de l'"objet" ;

- le concept juridique, exprimé, est le *deuxième* signe d'un *premier signe* : la *signification de la chose* (chose, état ou situation) ; il remplace non la chose (chose, état ou situation), mais la signification attribuable -ou non attribuable- à la chose (chose, état ou situation).

5 - Dans le concept -produit de la réflexion (somme d'idées)- on a une *idée universelle*.

Le concept est la représentation d'une *idée universelle* qui, lorsqu'elle est formulée avec une intention, conduit à la formulation d'une *image*, dans la pensée de l'interprète.

Cette *image*, dans la pensée de l'interprète -expression d'une idée universelle- est un *troisième signe*, situé dans la chaîne ainsi conçue :

- *signification attribuable* -ou non attribuable- à la chose (chose, état ou situation) = premier signe ;

- *expression* du concept (terme) = deuxième signe ;

- *image* produite par le concept = troisième signe.

De cette signification-là, en règle générale, on n'en a pas représentation concrète ou graphique.

Les concepts juridiques, dans leurs actes d'expression, c'est-à-dire, dans leurs *termes*, sont signe (observez que le concept juridique, en *lui-même*, n'est pas l'acte d'expression ; ce qui a signification est son *terme*, expression du concept). C'est-à-dire, les concepts juridiques sont signes de significations attribuables -ou non attribuables- à des choses, états ou situations.

6 - Dans le langage -ou instance- juridique, les expressions des concepts juridiques sont *signes de deuxième degré*, c'est-à-dire signes de *significations* (signes de premier degré) attribuable -ou non attribuable- à des choses, états ou situations.

L'*objet* du concept juridique exprimé est donc une *signification* attribuable à une chose, état ou situation et non la chose, l'état ou la situation.

L'énonciation (expression) du concept juridique produit dans nos esprits une *image*, qui est un signe de troisième degré, c'est-à-dire un signe -troisième- de l'expression conceptuelle -deuxième- de la signification -première.

- Image (Signe de troisième degré, du
- Terme (signe, de deuxième degré, de la
- Signification (concept) (signe, de premier degré, attribuable à
- Chose, état ou situation.

Cette image (qui est l'image d'une idée universelle, le concept) est liée à une chose, état ou situation à travers *deux signes* -l'expression du concept et la signification attribuable à une chose, état ou situation- et non à travers un seul *signe*.

7 - Lorsqu'on arrive à ce point de mon exposé, avant de suivre un autre chemin, on peut introduire une observation et une question sur la notion de concept juridique indéterminé.

L'observation : l'*indétermination* dont on a parlé dans ce cas n'est pas celle des concepts juridiques (idée universelle), mais de leurs expressions (termes) ; donc, il serait plus convenable qu'on fasse référence à des *termes indéterminés des concepts* et non à des *concepts indéterminés*.

Ce point est d'une importance fondamentale et j'y dois insister ; il n'existe pas de "*concepts indéterminés*". Si le concept est indéterminé, il n'est pas un concept. Le minimum qu'on exige d'une somme, abstraite, d'idées, pour qu'elle soit un concept, est qu'elle soit déterminée. J'insiste : tout le concept est une somme d'idées qui pour être un concept doit être, *au minimum*, déterminé ; le minimum qu'on exige d'un concept est qu'il soit déterminé. Si le concept n'est pas, en lui-même, une *somme déterminée d'idées*, il n'arrive pas à être concept.

Ainsi, "indétermination des concepts", plusieurs fois mentionnée, ne se rapporte pas à l'indétermination des concepts, mais, à l'indétermination des *termes* qui les expriment. Même si le terme d'un concept est indéterminé, le concept, en tant que concept, serait le signe d'une *signification déterminée*. Et d'une *seule signification*.

La question : l'indétermination des termes des concepts juridiques ne découlerait-elle pas, parfois, non seulement de l'ambiguïté et de l'imprécision de la langue juridique mais aussi du fait d'être des signes de *deuxième degré*, c'est-à-dire, des *signes de significations attribuables* -ou non attribuables- à des choses, états ou situations et non *signes de choses, états ou situations* ?

8 - Je reprends le chemin de mon exposé, en laissant de côté l'observation et la question suggérée. Je cherche maintenant à toucher un autre aspect de ce thème.

Les concepts juridiques ont pour but de permettre l'application des normes juridiques. Exprimés, ils sont signes des signes (significations) qui ont pour but la possibilité de cette application-là.

Ils servent à permettre (à assurer) la réalisation de la certitude et de la sécurité juridiques. A cause de cela ils existent -c'est-à-dire ils *doivent exister*- "pour nous", et non seulement "pour moi". J'ai déjà expliqué ce point. Il n'est pas, pourtant, le dernier aspect que je voudrais ici considérer.

Les concepts juridiques sont utilisés, non afin de définir des essences, mais pour permettre et rendre possible l'application des normes juridiques. Voilà leur destin et leur vocation ; ils constituent un point terminal des règles, un terme qui fait la relation de principes et de règles.

C'est pour cela que je crois qu'on peut affirmer que les concepts juridiques sont des signes de *prédicatives axiologiques*.

9 - Puisque les concepts juridiques ne sont pas signes des choses (choses, états ou situations), ils fonctionnent comme références qui, en eux-mêmes, ne sont liés à aucune chose (choses, états ou situations), bien qu'ils soient aptes à être lié à quelque chose (chose, état ou situation), dans un ensemble fini.

Le concept juridique, donc -de même que d'autres concepts qui ne sont pas signes de choses- représente une essence universelle de signification moulée aux individualités ou aux essences universelles, qui peuvent être connues par l'esprit et exprimables par d'autres signes, eux, en tant que réalités autres que le signe du concept juridique.

Prenons un exemple : une personne attaque une autre avec un couteau ; il s'agit d'un acte d'agression. Tel geste est conceptualisable ; il a un signe (conceptuel) qui lui correspond (signe du geste) ; la qualification de ce geste comme expression de légitime défense ou non, pourtant, est le résultat de l'attribution du concept de légitime défense comme référence axiologique du geste - ou non ; la "légitime défense" -*concept juridique*- n'existe pas comme une chose, état ou situation, c'est-à-dire comme réalité, mais comme signe d'un autre signe attribuable au geste ; il est évident que de l'attribution ou non attribution d'une signification de légitime défense, au geste mentionné, va dépendre un ensemble de normes juridiques.

Il faut donc, selon mon point de vue, que ce point soit souligné : les concepts juridiques sont des *signes de prédicats axiologiques*. Ou, en d'autres mots, ils servent à attribuer un *accident axiologique* à la chose, état ou situation.

Lorsqu'une signification déterminée (concept juridique) est attribuée à une chose, état ou situation, on l'appliquera ou non à des normes juridiques déterminées.

Voilà, enfin, la finalité des concepts juridiques : non la connaissance ou une description de l'essence de choses, états ou situations, mais la viabilisation de l'application à une chose, état ou situation, d'une norme juridique déterminée ou d'un ensemble déterminé de normes juridiques.

LA NAISSANCE DU CONCEPT DE DROIT SOCIAL EN FRANCE : UNE PROBLÉMATIQUE DE LA LIBERTÉ ET DE LA SOLIDARITÉ

Par

Jean-François NIORT

Université Paris I Panthéon-Sorbonne (Département de science politique)
Université du Québec à Montréal (Département des sciences juridiques)

Le propos n'est pas ici de faire l'histoire de la naissance et du développement des lois sociales, tel qu'on pourrait la construire à partir de la loi de 1841 sur la durée du travail des femmes et des enfants jusqu'aux lois de 1928 sur les assurances sociales par exemple. Il s'agit de tenter de définir comment le *concept* de droit social, élaboré dans le champ de la sociologie et de la philosophie, s'est peu à peu imposé dans le champ de l'idéologie juridique dominante de la fin du XIX^{ème} et du début du XX^{ème} siècles, avant de disparaître au profit d'une acception plus *technique* de la notion de droit social (1).

Que faut-il donc entendre ici par "naissance du concept du droit social" ? Essentiellement un processus intellectuel par lequel on va revaloriser la société par rapport à l'individu, et même en venir à attribuer au corps social la qualité de pouvoir générer spontanément des normes juridiques sans passer par les instances institutionnelles habituelles (État, Parlement, administration). Des règles qui entreront souvent en conflit avec le droit individuel, jusqu'à s'imposer à lui, et même jusqu'à le nier.

En d'autres termes, il s'agit d'une transformation du lieu et de la finalité du droit : à un droit essentiellement situé par la doctrine juridique dans l'individu et finalisé par lui, va s'opposer le droit social, localisé dans le groupe et finalisé par ce

(1) C'est-à-dire l'ensemble des règles juridiques régissant des matières comme les relations de travail, les mécanismes de sécurité sociale et de la mutualité. On en donne parfois une définition plus "engagée", entraînant une vision plus "militante" et critique des législations sociales, à savoir droit social comme "le produit dialectique des rapports entre les stratégies de revendication et les stratégies de pouvoir" (R. Bureau, K. Lippel et L. Lamarche, "Développement et tendances du droit social au Canada (1940-1984)", in *Le droit de la famille et le droit social au Canada*, Ottawa, 1986, p. 99. Sur le glissement de sens des termes "droit social", voir spécialement Jean-Guy Belley, "Le 'romantisme juridique' : la réception du droit social dans la pensée juridique traditionnelle en France et au Québec", in *Droits, liberté, démocratie*, (dir. J. Lamoureux), Montréal, ACFAS, 1991, p. 33-43.

dernier. Et c'est par ce moyen que pourront être assez paradoxalement justifiées en apparence les lois sociales protectrices et émancipatrices des individus de la fin du XIX^{ème} siècle, lois dont l'interventionnisme et le caractère obligatoire sont justement fondés sur le constat de la prégnance du social et de sa dimension légitimement normative.

On peut présenter ce mouvement dans une perspective assez dialectique. En effet, alors que domine quasi-hégémoniquement durant la plus grande partie du XIX^{ème} siècle la thèse individualiste, se développe assez tôt une réaction intellectuelle principalement née dans le camp de la sociologie. Cette réaction entraînera dans son sillage maints développements, de nombreuses œuvres, dont certaines iront jusqu'à nier tout individualisme juridique. Entre ces deux extrêmes, se constituera une "synthèse solidariste", formulant une philosophie de la solidarité sociale, qui influencera la plus grande partie de la doctrine juridique française de la fin du XIX^{ème} siècle et du début du XX^{ème} siècle : l'objectif sera ici de moins chercher à opposer qu'à concilier le droit individuel et le droit social.

Face à l'ampleur du thème et de sa bibliographie, nous nous limiterons à la pensée française et nous nous contenterons dans ce cadre géographique d'un survol qui privilégiera la compréhension des caractères saillants de chaque position intellectuelle au détriment de son analyse exhaustive, afin de ne pas perdre de vue, dans une ambition heuristique, la dynamique générale de l'évolution conceptuelle, puisque que c'est particulièrement en ce dernier aspect que réside peut-être l'originalité de ce travail (2).

(2) Les travaux d'ensemble sur l'évolution de la théorie juridique française au XIX^{ème} siècle n'abondent pas. Les auteurs contemporains utilisent encore d'ailleurs la thèse de Emmanuel Gounot, *L'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Rousseau, 1912. On pourra consulter aussi les deux volumes de Julien Bonnet, *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente. Ses variations et ses traits essentiels*, Bordeaux, Delmas, 1933. Plus récemment, on pourra recueillir des informations sur ce sujet dans l'ouvrage de A.-J. Arnaud, *Les juristes face à la société du XIX^{ème} siècle à nos jours*, Paris, P.U.F, 1975, notamment p. 75 et s. La question du droit social est par ailleurs aussi abordée par les auteurs qui ont travaillé sur l'État-providence et la sécurité sociale (notamment P. Rosanvallon, *La crise de l'État-providence*, Paris, Seuil, 1981, et *L'État en France de 1789 à nos jours*, Paris, Seuil, 1991 ; J. Donzelot, *L'invention du social. Essai sur le déclin des passions politiques*, Paris, Fayard, 1984 ; F. Ewald, *L'État-providence*, Paris, Grasset, 1986 ; H. Hatzfeld, *Du paupérisme à la sécurité sociale (1850-1940)*, Paris, Armand Colin, 1971), mais elle l'est d'une manière indirecte, notamment à cause du point de vue sociologique adopté (et non pas d'histoire des idées juridiques). Il ne semble pas en effet y avoir d'étude d'ensemble menée dans la perspective du concept de droit social, depuis l'étude de G. Gurwitsch, *L'idée du droit social. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le 17^e siècle jusqu'à la fin du 19^e siècle*, Paris, Sirey, 1931. Il semble bien que le sens actuel de l'expression "droit social" ait profondément occulté son, ou plutôt ses diverses acceptions originales (voir cependant la courte mais suggestive contribution précitée de J.-G. Belley). Les grands auteurs sociologues (Comte, Durkheim) et juristes (Duguit) sont cependant évidemment mieux étudiés, mais ce n'est pas le cas de leurs disciples, tels Pierre Alex et Gaston Morin que nous présenterons (trop) rapidement, et encore moins pour d'autres, tels Emmanuel Lévy et Georges Renard. Le solidarisme (Léon Bourgeois, Fouillée), enfin, est lui aussi actuellement peu sollicité par la recherche française (voir ce qu'en dit Pascal Ory dans son article "Un démocratisme libéral", in *Nouvelle histoire des idées politiques*, Paris, Hachette, Pluriel, 1989) : voir néanmoins de manière générale la bibliographie sur le radicalisme, une des matrices et un des lieux d'expression politique du solidarisme, et plus spécifiquement : la thèse de Pascal Dubois, *Le solidarisme*, Lille, 1985 ; l'ouvrage collectif *La solidarité. Un sentiment républicain ?*, Paris, P.U.F, Publications du CURAPP, 1992 - désormais référencé *Solidarité* (CURAPP) - et les références bibliographiques qu'on y trouve) ; et enfin Nicole et André-Jean Arnaud, "Une doctrine de l'état (sic) tranquillissante : le solidarisme juridique", *Archives de philosophie du droit*, 1976, p. 131-151. On peut cependant regretter à propos de cet article qu'un marxisme primaire et radical autant que militant en amoindrisse l'intérêt intellectuel et la richesse documentaire, en donnant une vision par trop péjorative de cette doctrine. Remarquons en dernier lieu que la philosophie solidariste est encore moins étudiée dans l'impact qu'elle a eu dans le milieu proprement juridique, c'est-à-dire chez des auteurs comme Saleilles, Gény, Capitant.

LA DOCTRINE JURIDIQUE INDIVIDUALISTE CLASSIQUE

Rappelons ici rapidement qu'à l'instar du libéralisme triomphant du XIX^{ème} siècle (3), la doctrine juridique va construire sa vision du droit sur un postulat individualiste, axé sur la philosophie contractualiste des Lumières, telle qu'elle avait été notamment réinstaurée par l'éclectisme cousinien.

Dans cette doctrine, le droit des contrats est le droit noble par excellence. Le contrat est le mécanisme-type des relations sociales du nouveau régime d'égalité juridique et de liberté. Il acquiert sa valeur symbolique en référence au contrat social fondateur, et se trouve mimétiquement organisé sur ce modèle. Ainsi, on considère que l'individu doit avoir la liberté de contracter et de déterminer librement les modalités de l'acte. A l'instar du mythe politique, le contrat juridique est pensé comme la passation d'une convention, d'un pacte entre deux ou plusieurs individus libres, raisonnables et autonomes.

La doctrine juridique, pour valider l'opération, se contentait d'exiger l'existence réelle de la volonté de s'engager, l'absence de "vices" du consentement et le respect par les clauses contractuelles de "l'ordre public et des bonnes moeurs". Mises à part ces restrictions, dont les premières n'ont pour objet que la protection de la liberté individuelle et dont les dernières émanent théoriquement du consentement des individus par contrat social et loi interposés (4), la liberté contractuelle n'est subordonnée à aucune autre considération. Par exemple, alors qu'on exalte l'article 1134 du Code Napoléon (5), on vitupère contre son article 1674, qui permet la rescision pour lésion des contrats de vente d'immeuble (6), puisque au regard de la doctrine libérale la lésion est inconcevable, aucun individu n'étant susceptible, pensait-on, de contracter au mépris de ses intérêts propres (7).

Le principe de la liberté des conventions et de ce qu'on appellera tardivement l'"autonomie de la volonté" (8), impliquaient, dans cette perspective libérale, l'absolue souveraineté des parties contractantes dans la détermination du contenu du

(3) Nous employons le terme libéral dans le sens qu'il détiend en France, c'est-à-dire d'un courant focalisé sur l'économie politique, caractérisé par le refus de l'interventionnisme étatique et ne revendiquant qu'une égalité civile abstraite. Frédéric Bastiat représente bien cette pensée (voir notamment ses *Harmonies économiques*, Paris, 1850). Il y a aussi un courant de libéralisme, étymologiquement premier d'ailleurs (le mot français est créé en 1818 par Maine de Biran) qui, en reprenant plus ou moins la doctrine de l'École libérale économique, se concentre sur la liberté politique (De Staël, Constant, Tocqueville). Sur le curieux libéralisme de l'esprit du Code Napoléon et de son époque, cf. Xavier Martin, "Sur l'essor et l'essence de l'individualisme libéral en France", *Bulletin de la Société française d'histoire des idées et d'histoire religieuse* (Paris), N° 3, 1986, p. 37-85 ; "L'individualisme libéral en France autour de 1800 : essai de spectroscopie", *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique* (Paris), N° 4, 1987, p. 87-144. Voir aussi mon étude "Droit, économie et libéralisme dans l'esprit du Code Napoléon", *Archives de philosophie du droit*, tome 37, Paris, Sirey, 1992, p. 101-119.

(4) Les institutions étatiques et la loi elle-même, formulées par la représentation populaire et nationale, se présentent donc également comme issus du consentement des individus fondateurs.

(5) "Les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites". Jean Carbonnier explique cet article "par un souvenir inversé du Contrat social" (*Droit civil. Introduction*, Paris, P.U.F., Thémis, 1990, p. 118). Cette interprétation a été contestée, mais nul doute qu'elle est pertinente pour la période qui nous intéresse ici, c'est-à-dire à peu près 1830-1880/90 (domination des idées juridiques individualistes).

(6) "Si le vendeur a été lésé de plus de sept douzième dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision (annulation) de la vente". De plus, encore plus inacceptablement pour un strict libéralisme économique, cette faculté est reconnue au vendeur "quand même il (y) aurait expressément renoncé dans le contrat".

(7) Cf. Jean-Louis Aubert et Jacques Flour, *Les obligations*, tome 1 : *L'acte juridique*, Paris, Armand Colin, coll. U, 1990, p. 76.

(8) Cf. Véronique Ranouil, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, Paris, P.U.F., 1980. (cf. imprimé).

contrat, de ses effets, et de son interprétation (9). Le droit est ici symbole de liberté, comme l'affirme le grand juriste républicain Émile Accolas :

"Le contrat est essentiellement un acte libre de la volonté des individus ; où la liberté n'est pas, ni la volonté, ni le consentement ne sauraient être, ni, par conséquent, le contrat" (10).

Dans ce contexte où l'idée qu'un tiers au contrat, y compris l'État, puisse y intervenir, à fortiori de manière autoritaire, était pour le moins hérétique, il faut reconnaître que le système juridique tout entier est théoriquement bâti sur une finalité strictement individuelle.

Point n'est besoin d'insister sur les limites, sinon les effets pervers de cette théorie individualiste libérale. La liberté des conventions ainsi conçue, dont l'intérêt général était souligné par l'École économique (11), est certes en soi un objectif démocratique. Mais on sait que son application stricte et abstraite conduisait à des profondes injustices, en matière de contrat de travail industriel notamment. On s'en tenait pourtant au dogme, en affirmant par exemple comme Arthur Desjardins que

"Le laconisme du Code civil (en la matière) ne me déplaît pas... Réglementer l'objet du contrat, c'est réglementer le travail lui-même ; or, il ne faut pas toucher à la liberté du travail" (12).

Sur le plan pratique et politique, on sait que c'est lorsque l'inégalité de ces principes apparaîtra cruellement du fait du développement industriel et de la paupérisation, et que la poussée socialiste et démocratique, relayée par l'instauration définitive du suffrage universel sous la Troisième république, rendra politiquement possible l'interventionnisme étatique en matière de justice sociale, que le modèle individualiste sera au moins partiellement abandonné dans les faits, par le développement de la législation sociale et économique, avec l'approbation d'une partie de la doctrine juridique.

Précisément, sur le plan théorique qui reste le nôtre, c'est aux nouvelles conceptions philosophiques et juridiques qui rendront justifiables rationnellement les transformations du droit qu'il faut s'intéresser. Dans cette perspective, c'est le débat doctrinal qu'il faut souligner. Il concerne notamment la question de la valeur de la volonté individuelle du point de vue du droit. Comme le rappelle Maurice Deslandres,

"But ou moyen, tels sont les deux termes de la controverse. But, si la volonté doit être le fondement du droit, si le droit est la volonté en acte, si le droit a pour but de consacrer l'autonomie de la volonté. Moyen, si le but du droit étant le bien social, la volonté n'est que l'instrument par lequel le bien social doit être édifié" (13).

(9) En cas de litige, le juge, d'après le Code Napoléon lui-même (art. 1156), devait rechercher la "commune intention" des parties et s'y soumettre.

(10) Émile Accolas, *Les contrats*, Paris, 1885, p. 7. Dans le même sens, voir l'affirmation de Charles Beudant selon laquelle "le droit est la science de la liberté" (*Le droit individuel et l'État*, Paris, 1896, p. 5). Il ne fait d'ailleurs ici que reprendre une définition classique tout au long du XIX^{ème} siècle, et que Troplong notamment a défendue.

(11) Qui développait dans ce sens le thème de la main invisible et du marché auto-régulateur, et par conséquent des bienfaits économiques et sociaux de la liberté individuelle. On pourra trouver une bonne illustration de ces théories dans le *Journal des économistes* et au sein de la Société d'économie politique, qui continuent à les défendre inébranlablement au début du XX^{ème} siècle, en plein développement théorique et pratique des théories adverses du droit social. Voir par exemple la discussion de la Société d'économie politique du 4 avril 1903 : "Qu'est-ce qu'un capitaliste ?", où Frédéric Passy, Emmanuel Vidal, Yves Guyot notamment font l'éloge de la liberté (reproduit dans le *Journal des économistes* d'avril 1903, p. 87 et s.).

(12) Cité par Raoul Jay dans le *Bulletin de la société d'études législatives* (Paris), 1906, p. 457-458.

(13) Maurice Deslandres, "Les travaux de Raymond Saleilles sur les questions sociales", in *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, Rousseau, 1914, p. 264-265.

La première solution est fondée sur le principe que la liberté est la fin en soi et l'idéal de l'édifice juridique. Le droit positif n'a d'autre mission que de consacrer, de garantir et de coordonner l'autonomie naturelle initiale des individus, et d'assurer à leur volonté le maximum d'indépendance compatible avec l'égalité de liberté d'autrui. Et, notamment sous l'influence de l'économie libérale, on estimait qu'un tel rôle du droit suffisait à créer le bien social. Jusqu'à la fin du XIX^{ème} siècle, comme le note Julien Bonbecase,

"les juristes ont pratiquement tous admis sans discussion que tout l'ordre juridique avait à sa base les droits absolus et imprescriptibles de l'individu, que l'harmonie sociale était réalisée quand tous ces droits pouvaient s'épanouir sans se heurter à ceux du voisin et qu'enfin le Droit - avec un grand D - n'avait pas d'autre mission que d'assurer leur paisible coexistence"(14).

La seconde solution tend au contraire à soumettre cette liberté et cette volonté aux impératifs économiques et sociaux de la collectivité, en conférant au droit une autre finalité que la simple coexistence des libertés : l'intérêt général, le bien commun, l'harmonie et la justice sociales.

Il est frappant de constater que ces deux conceptions s'inscrivent également dans le cadre démocratique, dans l'esprit de la Révolution française et des déclarations des droits. La première insiste cependant plus sur l'individu isolé et libre, surtout titulaire de droits à l'égard de la société ; alors que la seconde met l'accent sur l'individu social et solidaire, titulaire de droits mais aussi de devoirs à l'égard de la société.

Dans la première, c'est la liberté et l'égalité juridique qui sont exaltées. Dans la seconde, c'est la solidarité-fraternité (15) et l'égalité réelle, ou tout au moins l'égalité des chances (16).

Cette dernière conception va connaître une ascension progressive à partir de la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, notamment après l'expérience révolutionnaire de 1848, de laquelle est d'ailleurs issu le triptyque Liberté-Égalité-Fraternité. Mais son développement théorique est intimement lié à celui de la sociologie.

LA CRITIQUE SOCIOLOGIQUE DE LA LIBERTÉ

Auguste Comte (1798-1857) est un des premiers auteurs qui ait produit une critique radicale mais non réactionnaire de la philosophie des Lumières. A la différence d'un De Bonald ou d'un de Maistre en effet, le propos n'est pas chez lui de revenir au passé, mais au contraire de dépasser l'étape révolutionnaire, certes nécessaire historiquement. Il s'agit bien de préparer l'avènement de l'âge "positif", éminemment moderne, rationnel, scientifique, éclairé (17).

(14) "La pensée juridique française de l'heure présente", *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1932, cahiers 3-4, p. 368. Voir aussi son ouvrage en deux volumes sur *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente* précité.

(15) On verra que ces deux termes sont très proches, y compris dans la pensée des auteurs que nous allons présenter. Voir dans ce sens la thèse de M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français*, Paris II, 1991, notamment p. 1, 13-14 et passim.

(16) Il apparaît en effet que le Contrat social de Rousseau puisse s'interpréter aussi bien dans la première que dans la seconde conception. Par exemple, l'ouvrage abonde en affirmations du caractère absolu et strict de "l'égalité de droit" et de la "volonté générale", qui "doit partir de tous et s'appliquer à tous" : "le pacte social établit entre les citoyens une telle égalité qu'il s'engagent tous sous les mêmes conditions, et doivent jouir tous des mêmes droits" (je souligne). Mais par ailleurs, nonobstant l'individualisme atomistique de sa théorie, Rousseau entend fonder la volonté générale sur la solidarité et la vertu, sur le "noeud social" : la première devient en effet "muette" lorsque "le lien social est rompu dans tous les cœurs" (*Du Contrat social* (1762), chrono. et intro. par P. Burgelin, Paris, GF-Flammarion, 1966, p. 69-70 et 146). Voir dans ce sens Bronislaw Baczko, "Rousseau, rousseauismes", in *Nouvelle histoire des idées politiques*, op. cit., p. 108 et s.

(17) Voir par exemple son *Cours de philosophie positive* (1839), tome IV, Paris, 1893, p. 269 et s.

Cependant, la critique comtienne de l'individualisme et du droit s'avérera absolue. On sait en quels termes le plus grand fondateur de la sociologie moderne stigmatisera la "métaphysique" individualiste, son idée abstraite et atomiste d'un individu isolé par nature et d'un contrat social et plus généralement tous les dogmes révolutionnaires de la "doctrine des peuples", y compris le jusnaturalisme (18). Le pilier fondamental de sa critique réside dans la considération de la prégnance du social par rapport à l'individuel :

"la décomposition de l'humanité en individus proprement dits ne constitue qu'une analyse anarchique, autant irrationnelle qu'immorale, qui tend à dissoudre l'existence sociale au lieu de l'expliquer, puisqu'elle ne devient applicable que quand l'association cesse (...). Une société n'est donc pas plus décomposable en individus qu'une surface géométrique ne l'est en lignes ou une ligne en points"(19).

A l'individu, cellule de base dans la philosophie politique libérale moderne, Comte substituera la famille, en tant que "véritable élément sociologique"(20).

Dans ces conditions, le droit individuel devient une aberration pour le polytechnicien, et plus encore son fondement, la volonté :

"Les suprêmes volontés, qui partout (dans la philosophie des Lumières) suppléent d'abord aux lois, produisent à la fois des causes en philosophie et des droits en politiques"(21).

Et c'est parce que l'individu est spontanément plongé dès sa naissance dans une société qui le précède, lui est moralement supérieure et à laquelle il doit tant, tellement qu'il ne pourra jamais rembourser cette "dette congénitale contractée envers l'humanité", qu'il serait inconvenant pour lui d'arguer de "droits" à son égard : "Tout droit humain est donc absurde autant qu'immoral". L'état positif, en effet, "n'admet que des devoirs" (22).

Le positivisme sociologique va donc constituer un terrain privilégié de critique de l'individualisme juridique, de par l'importance qu'il accorde au social (23).

C'est dans cette voie que s'inscrira la pensée d'Émile Durkheim (1858-1917), avec certes plus de modération et d'intérêt à l'égard du droit.

Certes, le fondateur de l'École de Bordeaux partage l'analyse de son illustre prédécesseur qui fait de la sociologie une discipline essentiellement sociale :

"Une société composée d'une poussière d'individus inorganisés, qu'un État hypertrophié s'efforce d'ensermer et de retenir, constitue une véritable monstruosité sociologique (...). Une Nation ne peut se maintenir que si, entre l'État et les particuliers, s'intercale toute une série de groupes secondaires qui soient assez proches des individus pour les attirer fortement dans leur sphère d'action et les entraîner ainsi dans le torrent de la vie sociale" (24).

Dans la continuité du concept comtien de "consensus fondamental de l'organisme social" (25), Durkheim va fonder comme on sait toute sa sociologie sur

(18) Voir notamment son *Plan des travaux nécessaires pour réorganiser la société* (1822), présenté par A. Kremer-Marietti, Paris, Aubier-Montaigne, 1970, p. 64-66. On trouvera une courte mais suggestive synthèse de la critique comtienne des droits de l'homme dans Bertrand Binoche, *Critiques des droits de l'homme*, Paris, P.U.F, 1989, p. 63-73.

(19) *Système de politique positive*, tome II, Paris, 5e éd., 1929, p. 180-181.

(20) *Ibid.*, p. 181.

(21) *Ibid.*, p. 87.

(22) *Cours de philosophie positive*, tome II, Paris, Hermann, 1975, p. 238. Comme toute pensée riche, celle de Comte n'est pas sans contradictions, au moins apparentes, puisqu'il reconnaît ailleurs le droit naturel à la dignité et le droit à l'insurrection (voir Binoche, op. cit., p. 70).

(23) Un des sens du mot "positif" chez Comte est d'ailleurs justement ce qui est "social" par opposition à ce qui est "individuel" (Jean Lacroix, *Sociologie d'Auguste Comte*, Paris, P.U.F, 1956, p. 50).

(24) Préface de la 2ème édition de sa thèse *De la division du travail social*, Paris, P.U.F, 1967, p. XXXII-XXXIII.

(25) *Cours de philosophie positive*, tome IV, op. cit., p. 269 et s.

l'idée de *solidarité sociale*, dont on a pu dire de sa thèse qu'elle en constituait un "vaste commentaire" (26). Cette idée illustre bien l'importance conférée au social sur l'individuel, au tout sur les parties (27).

Durkheim cependant, à la différence de Comte, s'intéresse beaucoup au droit, auquel il consacrera des études spéciales. Convaincu néanmoins de la dimension *sociale* du droit, il en attaquera le présupposé individualiste, en déplaçant le *topos* du juridique : "C'est dans les entrailles mêmes de la société que le droit s'élabore, et le législateur ne fait que consacrer un travail qui s'est fait sans lui" (28)

Ainsi, en tant que fait social, le droit devient objet privilégié d'étude sociologique, et l'individu s'en trouve en quelque sorte dépossédé.

C'est cette dépossession que développera à l'intérieur même de la doctrine juridique Léon Duguit (1859-1928).

Ce bordelais disciple de Durkheim, éminent professeur de droit public, se lancera lui aussi dans une vigoureuse critique du volontarisme juridique, c'est-à-dire de l'opinion selon laquelle la source du droit réside dans la volonté individuelle ou étatique. Sa critique se fondera sur le postulat sociologique.

Par définition, l'objet de la sociologie est la société. Celle-ci est définie par Duguit, dans la perspective organiciste-biologique, comme "la réunion d'une série de cellules vivantes (les individus, eux-mêmes formés de cellules vivantes), intimement liées les unes aux autres, et dont l'agrégation constitue le corps social". Corps social qui, en tant que "réalité vivante", est "soumis à des lois fixes et naturelles" (29).

Or, pour Duguit comme pour Durkheim, le droit est un fait social :

"Quel est le fondement du droit ? (...). On ne peut le trouver dans l'individu. Il ne peut donc être que dans la société. Mais ce droit n'est pas un pouvoir de la collectivité, pas plus qu'il n'est un pouvoir de l'individu. Il est une règle objective (...). C'est une règle de fait : une règle qui s'impose aux hommes non pas en vertu d'un pouvoir supérieur quel qu'il soit (...), mais en vertu et par la force des faits, parce que l'homme vit en société et ne peut vivre qu'en société (...). Elle est la loi de l'homme social (...). L'homme la sent ou la conçoit, le savant la formule, le législateur positif la constate et en assure le respect ; et lui-même y est soumis, parce que ses lois ne sont rien, si elles ne sont l'expression de cette règle s'imposant à tous" (30).

La règle de droit est en fait une expression de la solidarité sociale. Précisément en effet, la règle de droit ne devient telle qu'

"au moment où la masse des esprits a le sentiment que le respect de cette règle est si essentiel au maintien de la solidarité sociale qu'elle en réclame la sanction organisée. Je ne dis pas que cette règle sera alors nécessairement bonne et conforme à un idéal de droit supérieur ; je dis seulement qu'elle est alors une règle de droit du groupe social considéré" (31).

(26) Pascal Ory, loc. cit., p. 402.

(27) Même si l'oeuvre de ce sociologue est bâtie sur l'idée que la solidarité organique et l'épanouissement individuel vont de pair, il résulte au moins des *Règles de la méthode sociologique* (1895) Paris, P.U.F. Quadrige, 1983, spécialement p. 121-122, que la société détient une absolue supériorité physique, intellectuelle et morale sur l'individu.

(28) Leçon d'ouverture du *Cours de science sociale* (1888), in *La science sociale et l'action*, Paris, P.U.F. 1970, p. 23.

(29) *Le droit Constitutionnel et la sociologie*, Paris, 1889. Passage cité par Julien Bonnet dans son petit ouvrage *La science juridique française. Quelques aspects fondamentaux de l'oeuvre de Léon Duguit*, Paris, De Boccard, 1929, p. 19. Voir notamment sur Duguit le N° spécial des *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique* qui lui est consacré en 1932 (cahiers 1-2).

(30) *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901, p. 16 et s.

(31) *Traité de droit constitutionnel*, tome I, Paris, De Boccard, 3ème éd., 1927, p. 117.

Cette règle de droit qui s'impose a un contenu indéterminé et variable, puisqu'elle est générée par la société, elle-même être vivant et évolutif (32). Et la question de savoir si une règle de droit est justifiée, est "bonne en soi", n'est pas une question qui peut être résolue par la "science positive", car "c'est proprement une question de métaphysique" (33).

Duguit rejette d'ailleurs à ce titre toute référence à la "liberté humaine" (34), affirme qu'il faut "définitivement bannir de la jurisprudence les concepts métaphysiques de substance, de sujet de droit, de droit subjectif", ainsi que "la notion de l'État, puissance publique, pouvant imposer souverainement sa volonté parce qu'elle est d'une nature supérieure à celle de ses sujets", notion "imaginaire", qui "ne repose sur rien de réel", et qui ne peut s'expliquer par le dogme révolutionnaire contractualiste de la volonté populaire, "hypothèse gratuite, indémontrée et indémontrable" (35).

Comme celle de Comte et celle de Durkheim, l'oeuvre de Duguit a pu être interprétée comme une conception qui, sous des intentions généreuses et émancipatrices, pouvait déboucher sur des applications dangereuses et négatrices des exigences philosophiques de la modernité. En effet, si le seul droit légitime est celui qui est généré par la société, et s'il est généré comme un fait social et se trouve donc au-delà de tout jugement de valeur subjectif, si l'individu doit s'y plier parce qu'il est un homme "social" et que l'État doit consacrer automatiquement ce droit social tel qu'il lui est indiqué par la "science positive", il y a un risque non négligeable de dérive et de dérapage, un risque de démagogie, et surtout un risque d'uniformisation sociale et d'oppression des minorités, donc de l'individu en dernier ressort, par la "masse" sociale. C'est donc la liberté et la démocratie qui peuvent apparaître menacées. C'est aussi l'hypothèse où le législateur politique est remplacé par le législateur sociologue, qui, bien que se présentant comme un scientifique simple descripteur de la norme sociale, n'en reste pas moins, en tant qu'être humain, faillible dans ses analyses. Et certains auteurs, dans une application radicale de la théorie du droit social comme science positive, pourront accrédi-ter cette interprétation pessimiste (36).

Georges Guy-Grand, avec nombre d'autres théoriciens du droit, ne sera pas sans remarquer cette potentialité négative. Si le fait social juridique est premier, "cette primauté n'est vraie qu'au sens chronologique (...). Au point de vue des valeurs humaines, il n'y a de primauté que celle de la raison et de la justice." L'individu, et la société elle-même ne doivent pas abdiquer totalement leur jugement

(32) Duguit dégage cependant deux critères du contenu de la règle de droit : "de ce fait que l'homme est un individu solidaire d'autres individus, naît pour lui une règle de conduite qui se résume en cette formule générale : ne rien faire qui diminue la solidarité sociale par similitude et la solidarité sociale par division du travail ; faire tout ce qui est matériellement au pouvoir de l'individu pour accroître la solidarité sociale sous ces deux formes" (*L'État, le droit objectif et la loi positive*, op. cit., p. 91).

(33) *Ibid.*, p. 90.

(34) "La question de la liberté humaine est une question de physiologie métaphysique ; la liberté humaine, si elle existe, est en dehors du monde sensible (...). N'admettre comme vraie qu'une chose prouvée par l'observation des faits, telle est la première règle de la méthode scientifique ; or, jamais on n'a démontré la liberté humaine. Au reste, dans le monde social, tout se passe comme si l'homme n'était pas libre" (*Droit constitutionnel et sociologie*, passage cité dans Bonnacase, op. cit., p. 17).

(35) *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., p. VIII-IX.

(36) On a une bonne image de ce que pourrait être le législateur-sociologue dans l'ouvrage du comtien Pierre Alex, *Le positivisme et le droit*, Paris, 1876. Le risque d'uniformisation sociale et de soumission des individualités ressort de quelques fougueux passages de l'ouvrage de Gaston Morin, *La révolte des faits contre le Code*, Paris, Grasset, 1920. Sur le terrain épistémologique et sociologique, on retrouve l'antimétaphysisme individualiste et le moralisme réaliste chez Lucien Lévy-Bruhl (*La morale et la science des moeurs*, Paris, 3e éd., 1907) et A. Bayet (*La morale scientifique*, Paris, 2e éd., 1907). Rappelons également que Duguit a été "récupéré" par la doctrine juridique soviétique, notamment sous la plume de A.G. Goikhbarg.

de valeur face au "fait" social, surtout lorsque celui-ci peut s'avérer gros de menaces pour la liberté, l'intégrité et la dignité de la personne humaine (37).

En réalité, la pensée de Duguit était bien loin de cautionner une telle interprétation. Farouche défenseur de la liberté de conscience et d'opinion, apologue des constitutions démocratiques et de la justice sociale (38), Duguit cherchait simplement, disait-il, à constituer une véritable science positive du droit. Et c'est pour cela qu'il évacuait toutes les notions de valeur, d'axiologie, de principe supérieur, en tant que "métaphysiques".

Pourtant, comme s'il était progressivement devenu conscient des risques que ses positions comportaient, il va considérablement faire évoluer sa doctrine. En effet, entre ses conceptions dans *Le droit constitutionnel et la sociologie* (1889) et le dernier état de sa pensée, tel qu'il apparaît dans la troisième édition de son *Traité de droit constitutionnel* (1927), les différences sont très sensibles, et il reconnaît lui-même avoir dû corriger sa pensée (39). Ceci est révélateur d'une tension dans l'oeuvre de Duguit, une tension (40) qui pourrait se résumer en une *problématique de la liberté et de la solidarité*.

A vrai dire, la quasi-totalité des penseurs du droit social n'ont pas eu les réticences de Duguit à l'égard de la "métaphysique", quitte à sacrifier la pureté positive de la science du droit. Ils ont accepté comme postulat, certes pour des raisons diverses, des motivations et des finalités différentes comme on va le voir, l'existence d'un principe supérieur de justice auquel même était subordonné le droit social. Il s'agit en quelque sorte d'un "élément rationnel" du droit, opposé à "l'élément expérimental" ; d'un côté un idéal individualiste, constitué par le respect de la personnalité de l'homme, de sa liberté irréductible et de son autonomie ; de l'autre côté le droit social, c'est-à-dire l'accent mis sur les aspirations des hommes

(37) Georges Guy-Grand, "La démocratie est-elle dépassée ?", *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1933, cahiers 1-2, p. 55-56. Voir aussi Louis Le Fur, "Droit individuel et droit social", in *ibid.*, 1931, vol. annuel, p. 286 et s.

(38) A tel point, et voilà d'ailleurs un aspect notable de la théorie du droit entendu comme droit social spontané, qu'il reconnaît, contre l'avis de Esmein et de Carré de Malberg, la validité juridique de la déclaration des droits de 1789 (Voir l'analyse de Philippe Raynaud, "Des droits de l'homme à l'État de droit. Les droits de l'homme et leurs garanties chez les théoriciens français classiques du droit public", *Droits. Revue Française de théorie juridique*, N° 2, 1985, p. 61-73).

(39) Voir dès 1901 dans son ouvrage *L'État, la loi objective et la loi positive*, op. cit., p. 17 et s., lorsqu'il réfute l'assimilation des lois physiques, lois de cause, et de la règle sociale, loi de but, et qu'il souligne l'autonomie de la conscience individuelle. Sa pensée évoluera encore vers l'individualisme quand il rajoutera au sentiment de socialité ("sentiment solidariste") le sentiment de justice ("sentiment individualiste") au rang des fondements du droit (*Traité de droit constitutionnel*, op. cit., p. 93 et s.). Voir sur l'évolution de la pensée duguitienne l'ouvrage de Julien Bonnecase précité, et sur son individualisme, caractérisé notamment par son rejet de la notion durkheimienne de conscience collective et la réification du social qu'elle entraîne, l'ouvrage de E. Cayret, *Le Procès de l'individualisme juridique*, Paris, Sirey, 1932.

(40) En effet, même dans le dernier état de sa pensée, il pose encore le problème de la valeur comme suit : la valeur est ce qui est conforme au réel, à l'être. Or, ce réel, dans la société, c'est la solidarité sociale. Tout ce qui va dans le sens de son développement est donc bon. L'individu n'a pas de valeur en soi, mais uniquement au regard de la société, conçue comme un organisme vivant. La valeur de la personne humaine s'établit "uniquement en fonction du rôle qu'elle joue dans la solidarité sociale". Précisément, cette valeur de l'individu se mesure à l'apport qu'elle représente pour la solidarité (*Traité de droit constitutionnel*, op. cit., p. 140, 98, XVIII et XIX). Certes, pour Duguit cette solidarité sociale implique le développement de l'autonomie individuelle, et la valeur des activités de la société pourra aussi se mesurer à ce qu'elle apporte comme possibilité à l'individu de remplir son devoir de solidarité. La société doit impérativement pour cela respecter "des institutions qui constituent l'essence même de la civilisation : le respect de l'autonomie de la personne humaine, le respect de la parole donnée, le respect de la propriété privée considérée comme fonction sociale. Tout pays qui nie ces trois principes n'est pas un pays civilisé" (voir les "inédits" de Duguit sur le problème des valeurs publiés et commentés par Roger Bonnard dans les *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique* de 1932, cahiers 1-2, p. 7-19). Ces principes sont en quelque sorte intangibles et immuables chez Duguit puisque fondée sur la loi de solidarité, qui est elle-même une loi fondamentale et définitive de la société. Mais ils ne sont pas justifiés par rapport à l'individu en soi comme réalité autonome, et éventuellement transcendante au réel social.

dans le milieu social, contingent, historique et très pertinent pour l'élaboration du droit. Cette conciliation, cette articulation entre droit individuel minimal et droit social permettra d'accéder aux exigences de la justice sociale sans y sacrifier les principes de 1789 et la philosophie du sujet.

Il est d'ailleurs explicable qu'on en soit arrivé à cette conciliation, que face à un certain déterminisme sociologique on ait rappelé l'irréductibilité de la liberté et de l'autonomie individuelles. En effet, le concept de droit social va finalement plonger ses racines aussi bien dans la science moderne que dans l'individualisme et l'idéal républicain.

D'une part en effet, la notion du droit social s'élabore et surtout se justifie scientifiquement par une réflexion sur les sciences naturelles, dont le XIX^{ème} siècle voit le plein essor. La biologie fournit l'inspiration et le cadre méthodologique de Comte (41), Durkheim (42), ainsi que celle au moins du premier Duguit (43) comme on l'a vu plus haut. Des travaux comme ceux de Darwin (44) ou de Mendel (45) renforceront l'intérêt porté à la solidarité des phénomènes de tous ordres comme loi scientifique universelle (46). Mais l'oeuvre de Pasteur (47) va elle aussi bénéficier d'un considérable retentissement sur la pensée de la solidarité, et spécialement sur Léon Bourgeois, le fondateur du solidarisme politique (48).

D'autre part et néanmoins, la racine la plus profonde de la plupart des courants de la philosophie de la solidarité doit être recherchée non pas du côté de la de la science moderne, qui a en réalité servi de caution scientifique plus que de source d'inspiration initiale, mais du côté d'un certain *idéal politique*.

LA SYNTHÈSE SOLIDARISTE

Sans remonter à la Révolution française, ou même au-delà, ce qui serait possible (49), relevons deux auteurs d'importance : Pierre Leroux (1797-1871) et Charles Renouvier (1815-1903).

(41) Voir aussi la défense par Comte de l'innéisme gallien dans sa correspondance avec J. Stuart Mill, réunie par Lucien Lévy-Bruhl dans *Lettres inédites de J.S. Mill à A. Comte. Avec les réponses de Comte*, Paris, Alcan, 1899.

(42) Voir par exemple *Les règles de la méthode sociologique*, op. cit., p. XVI.

(43) Mais de plus, il faut remarquer que la théorie duguitienne des valeurs est une transposition des thèses positivistes de Claude Bernard sur la possibilité de discerner positivement des finalités et donc des valeurs dans le domaine biologique (voir son *Introduction à la médecine expérimentale* (1865), Paris, Flammarion, 1984). La notion de finalité persiste d'ailleurs toujours aujourd'hui dans cette discipline, renforcée par la découverte de l'ADN. Finalité bien sûr sans implication "métaphysique", pour laquelle on propose le terme de "téléonomie" (cf. Jacques Monod, *Le hasard et la nécessité. Le hasard et la nécessité. Essai sur la philosophie naturelle de la biologie moderne*, Paris, Seuil, 1970).

(44) Qui publie son ouvrage sur l'hérédité et l'origine des espèces en 1859.

(45) Mendel formulera sa théorie de l'hérédité en 1865.

(46) La loi de solidarité est affirmée en effet dans les sciences physiques, chimiques, biologiques, démographiques, et dans la sociologie.

(47) Précurseur de la microbiologie, Louis Pasteur découvrira à l'occasion de l'étude de la fermentation les micro-organismes qui en sont responsables. Il en déduira la méthode de la pasteurisation, de l'asepsie, du vaccin (1855). Son étude des virus et de leur mode de circulation donnera en effet des arguments "scientifiques" à la philosophie de la solidarité.

(48) Cet infatigable apôtre de la justice sociale et de la constitution de la société internationale reconnaît en effet à Pasteur l'immense mérite d'avoir irréfutablement prouvé "l'interdépendance profonde qui existe entre tous les vivants, entre tous les êtres ; c'est lui qui en formulant de façon définitive la doctrine microbienne, a montré combien chacun d'entre nous dépend de l'intelligence et de la moralité des autres. C'est lui qui, par suite, nous a appris notre devoir mutuel" (*La politique de prévoyance sociale*, tome I, Paris, Fasquelle, 1914, p. 57-58).

(49) Rappelons que nous limitons le début de notre investigation au XIX^{ème} siècle. D'ailleurs on peut sans doute dire que jusque-là on ne trouve pas dans la modernité de pensée forte et cohérente principalement bâtie sur le concept de solidarité sociale et le développant dans ses applications politiques.

On a pu dire du premier qu'il avait inauguré, face à la tradition *organiciste* de la solidarité, une tradition plus "*humaniste*" (50).

Leroux, qui d'ailleurs est le premier à utiliser le terme de socialisme et celui de solidarité en philosophie politique (51), s'inscrit dans la pensée républicaine réformiste. Invoquant l'esprit de 1789, interprété dans un sens socialisant, il cherche en fait à concrétiser le vieux thème révolutionnaire de la fraternité au travers du concept de solidarité, sans abandonner le concept de liberté individuelle et d'autonomie (52).

Il s'agit, pour schématiser, de poser la nature essentiellement *morale* de l'homme et par conséquent de réaliser le lien social dans le champ politique, et non le souligner dans la société empirique sous les traits d'une loi sociologique déterministe. En fait, Leroux propose une solidarité "psychologique", c'est-à-dire consciente et construite, et en harmonie avec sa réfutation de "toute conception sociale qui subordonne l'individu à la collectivité", à savoir principalement le collectivisme communiste (53).

A ce titre, et en tant que fervent défenseur de la révolution de 1848 (54), il a proposé un projet de constitution (55) et plusieurs lois "de solidarité" justement, telle que celle sur la limitation de l'horaire journalier de travail et sur l'amélioration de la représentation politique des prolétaires (56).

Au moment où Charles Renouvier, d'ailleurs lecteur de Leroux, publie son retentissant *Manuel républicain de l'homme et du citoyen*.

Cet ouvrage, qui résume et exalte si bien l'idéal de 1848, est animé d'une ambition philosophique précise : formuler les principes d'une véritable démocratie sociale. La "république sociale" est en effet le vrai but de la "république politique". La liberté ne vaut que si elle est définie *concrètement*, et c'est aussi le cas de l'égalité, elle-même support de la fraternité républicaine. C'est pourquoi Renouvier, tout en postulant le principe supérieur du respect de la personne humaine, et sans renoncer au principe de la propriété individuelle, proclame le droit au travail, à l'instruction publique, à l'assistance sociale, le droit syndical, propose d'instaurer l'impôt progressif sur le revenu, et légitime l'intervention de l'État dans le secteur économique (57).

(50) Et ceci bien qu'il ait été l'élève de Comte à l'École polytechnique. Voir l'introduction de Jean-Jacques Chevalier à l'ouvrage collectif *Solidarité* (CURAPP), et l'étude d'Armelle Le Bras-Chopart dans cet ouvrage, "Métamorphose d'une notion : la solidarité chez Pierre Leroux", p. 54 et s.

(51) A partir de 1833. Voir ce qu'en dit l'auteur lui-même dans *La grève de Samarez* (Paris, Dentu, 1859, tome I, p. 254-255). En réalité, le terme de socialisme est utilisé au départ dans un but péjoratif, pour stigmatiser les utopies communistes. Mais le sens évolue très vite pour signifier plutôt les idées des "réformateurs sociaux". Leroux reprend ce nouveau sens à son compte et se proclamera lui-même socialiste. Cf. l'ouvrage d'A. Le Bras-Chopart, *De l'égalité dans la différence : le socialisme de Pierre Leroux*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1986, p. 21.

(52) *Aux philosophes*, Paris, L'auteur, 1841, p. 170.

(53) Cf. l'article précité de A. Lebras-Chopart et aussi "Pierre Leroux ou l'invitation à la démocratie", *Esprit*, janvier 1991, p. 47 et s., qui rapporte cette citation p. 51.

(54) Celle qui, rappelons-le, a officialisé le triptyque célèbre Liberté-Égalité-Fraternité. Leroux sera député de 1848 à 1851, avant d'être contraint à l'exil à la suite du coup d'État du 2 décembre.

(55) Au titre long mais évocateur : *Projet d'une constitution démocratique et sociale, fondée sur la loi même de la vie, et donnant pour organisation véritable de l'État la possibilité de détruire à jamais la monarchie, l'aristocratie, l'anarchie, et le moyen infaillible d'organiser le travail national sans blesser la liberté*, Paris, Sandré, 1848. On voit bien qu'ici le projet consiste à coordonner simultanément liberté individuelle et obligations sociales.

(56) Cf. *Discours du citoyen Pierre Leroux prononcé à l'Assemblée nationale dans la séance du 30 août 1848 sur la fixation des heures de travail*, Paris, Sandré, 1848.

(57) Voir son *Manuel républicain de l'homme et du citoyen*, Paris, Pagnerre, 1848, réédité aux éditions Garnier en 1981 avec une présentation de Maurice Agulhon. On remarquera qu'ici, Renouvier pré suppose, à la différence de Duguit, l'existence et la validité du droit subjectif, puisqu'il affirme un véritable "droit" au travail et à l'assistance, alors que Duguit ne les auraient conçu que comme "nécessité" sociale. L'inspiration de Renouvier se rapproche donc plus d'un certain *volontarisme* juridique individualiste.

De manière générale, il faudrait aussi invoquer, à titre de précurseurs de l'idée de solidarité et donc d'inspirateurs plus ou moins directs du concept de droit social, les fondateurs du socialisme français, de Saint-Simon (58) à Fourier (59), en passant par le fédéralisme de Proudhon (60). Nombre d'auteurs de la fin du XIX^{ème} siècle et du début du XX^{ème}, tels Jaurès, Georges Renard, Georges Gurwitsch s'en inspirent plus ou moins explicitement (61) et Durkheim, lui-même sympathisant socialiste, reconnaîtra cette paternité intellectuelle (62).

Mais la *philosophie* de la solidarité va bientôt se constituer en doctrine autonome sous la plume d'Alfred Fouillée (1838-1912). En synthétisant de manière originale à peu près toutes les influences que nous avons rappelé jusqu'à maintenant, et certaines autres (63), elle va s'affirmer comme une pensée forte et cohérente. L'oeuvre énorme de Alfred Fouillée va être toute entière orientée vers ce but : *justifier la démocratie sociale* (64). Comme Renouvier, il construit son système autour du triptyque Liberté-Égalité-Fraternité, mais, à l'inverse de Renouvier, en substituant à ce dernier terme celui de "solidarité", plus adéquat selon lui bien que sensiblement équivalent.

On peut, grossièrement certes, résumer l'articulation de sa pensée de la manière suivante. Fouillée *postule* qu'il doit exister une justice "réparative", qui consiste pour la société à veiller à ce que les trois principes républicains soient *effectifs*. Cette justice réparative, est elle-même décomposée en trois éléments : la "justice de liberté", qui veut que l'on respecte le développement de la personnalité individuelle ; la "justice d'égalité", qui tend à instaurer l'égalité réelle ; enfin et surtout la "justice de solidarité",

(58) Qui est symptomatiquement le maître à la fois de Comte (positivisme) et de Leroux (socialisme).

(59) Voir notamment sur cette influence de Fourier, H. Renaud, *Solidarité. Vue synthétique sur la doctrine de Charles Fourier*, Paris, 5^e éd., 1869.

(60) Gaston Morin (op. cit., p. XII et passim) entre autres, développe le thème du fédéralisme associatif. Voir sur l'ensemble de cette évolution conceptuelle l'ouvrage de G. Gurwitsch *L'idée du droit social* précité (note 2).

(61) Voir notamment Maxime Leroy, "Le temps présent et l'idée du droit social" (à propos de l'ouvrage de Gurwitsch *Le temps présent et l'idée du droit social*, Paris, Vrin, 1932), in *Archives de Philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1932, cahiers 1-2, p. 215 et s. Voir aussi Michel Mouskhéli, dans un compte-rendu d'ouvrage écrit dans la même revue, 1933, cahiers 3-4, p. 284-285, et plus généralement, sur la nature et les limites de cette inspiration, Célestin Bouglé, "Solidarisme et socialisme", *Revue bleue* du 16 décembre 1905, p. 780 et s. De manière générale, on a pu dégager un courant de droit social anti-individualiste dans le sillage de l'école sociologique, un courant marqué par le marxisme et professant le collectivisme, avec notamment pour défenseur Emmanuel Lévy. Nicole et A.-Jean Arnaud le nomment le "socialisme juridique" (cf. *Le droit trahi par la philosophie*, Rouen, Faculté de droit, 1977, p. 115-144). Voir aussi le N^o spécial en deux vol. des *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, vol. III-IV, 1974-75. Mais au-delà de ses différences avec le solidarisme au sens strict, ce courant partage avec lui la même idée de réévaluer le caractère social du droit.

(62) Tout en prenant ses distances avec le socialisme, auquel il manque selon lui l'objectivité scientifique (y compris chez Marx), Durkheim lui reconnaît, outre un discours de justice sociale globalement convaincant, le mérite d'avoir stimulé la recherche scientifique et même, d'avoir une histoire qui "se confond avec l'histoire même de la sociologie" (*Le socialisme. Sa définition, ses débuts. La doctrine saint-simonienne*, Paris, Alcan, 1928, p. 4 et s. Cet ouvrage, édité par Marcel Mauss, reprend les cours professés par Durkheim à Bordeaux de 1895 à 1896). C'est ce lien conceptuel exprimé par l'idée du droit social que l'on retrouve tant dans le "socialisme juridique" et le socialisme politique, que dans la philosophie de la solidarité et le solidarisme, ainsi que dans une bonne partie de la doctrine juridique du tournant du siècle, sans compter le développement de la sociologie du droit (Cf. sur ce dernier point l'analyse historique de A.-J. Arnaud, dans *Critique de la raison juridique. Où va la sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1981, p. 53-158). L'auteur précité affirme que tous ces courants n'ont que "peu de chose" en commun (p. 134). Mais au-delà de leurs indéniables différences, il faut néanmoins souligner qu'ils partagent tous cette promotion droit social, avec certes une intensité ou des objectifs variables.

(63) Il y a chez Renouvier comme chez Fouillée une inspiration kantienne et fichtéenne indéniable.

(64) Il développe en effet sa pensée, en la précisant progressivement, au moins depuis *Science sociale contemporaine* (Paris, Hachette, 1879), et jusqu'à son dernier ouvrage, *Les éléments sociologiques de la morale*, Paris, Alcan, 1928 (réédition) (cf. imprimé).

"trop méconnue, qui veut que, faisant partie d'un même tout, ne pouvant nous mouvoir dans le milieu social sans que nos mouvements aient une répercussion en autrui, nous prenions en considération le bien des autres en même temps que notre bien propre. Quand j'agis, mon acte retient en vous, en vertu de la solidarité qui nous lie ; dès lors, mon acte volontaire devient (...) un acte involontaire de votre vie. Or, si nous vivons en partie dans la vie des autres, il en résulte que les autres, en subissant les conséquences de notre conduite, ont un droit moral par rapport à nous. Il n'est donc que juste, au fond, que de se proposer pour fin le tout dont nous sommes parties. C'est cette justice de solidarité (...) qui, dans nos sociétés modernes, doit aboutir à des obligations déterminées de l'ordre moral et juridique" (65).

Pour fonder juridiquement ces obligations, Fouillée développera donc dans la *Science sociale contemporaine* et dans la *Propriété sociale et la démocratie* l'idée que nos actes volontaires et involontaires font naître à notre égard des quasi-contrats (66), qui nous obligent à l'égard de la société.

Cette idée sera reprise et développée par Léon Bourgeois, qui affirmera, reprenant une idée déjà très répandue (67) que dès notre naissance, nous contractons par l'effet d'un quasi-contrat une "dette sociale" puisque nous profitons de l'accumulation séculaire de richesses matérielles et intellectuelles générées par la société. Or, la "dette" des "nantis" se trouve considérablement plus importante que celle des "défavorisés", dont le compte déficitaire peut même faire apparaître une "créance" sur la société. L'équité du contrat social sera donc assuré en instaurant des mécanismes de compensation en faveur de ces derniers, et au détriment des premiers, en vertu de leur "dette" (68). Cette argumentation sera utilisée pour justifier la loi sur l'assistance aux vieillards et infirmes de 1905 (69), mais aussi les projets de loi sur les retraites ouvrières et l'impôt progressif (70).

A partir du début du XX^{ème} siècle, la notion scientifique de solidarité sociale en tant que fondement d'un droit va perdre de plus en plus de crédit - la quasi-unanimité des auteurs reconnaissant qu'il est vain de vouloir justifier une valeur, une norme éthique, et donc a fortiori juridique, à partir d'un fait naturel (71) - mais va gagner une incontestable *légitimité morale* (72). L'idée de solidarité sociale, qui

(65) *Le socialisme et la sociologie réformiste*, Paris, Alcan, 1909, p. 6 et s.

(66) Notion juridique signifiant engagement formé sans convention expresse (art. 1370 et s. Code civil).

(67) On la trouve en effet par exemple chez Comte, Renan, Taine et Fouillée.

(68) Voir son ouvrage majeur *Solidarité* (Paris, Armand Colin, 1896) et sa préface à l'ouvrage collectif *Les applications sociales de la solidarité. Leçons professées à l'école des hautes études sociales*, Paris, Alcan, 1904. Mais chez Bourgeois et chez Fouillée l'interprétation du quasi-contrat est très libre et extensive, car juridiquement seul l'acte volontaire de l'individu fait naître à son égard un engagement quasi-contractuel (art. 1371) et non pas simplement l'acte de naître par exemple (Cf. imprimé).

(69) *Lois annotées*, Recueil Sirey, nouvelle série, 2^e vol., 1906-1910, p. 125-150.

(70) On invoque également le "droit à la vie" dont l'individu est créancier à l'égard de la société (voir par exemple J. Jaurès, dans *La Petite République* du 16 juin 1903). Voir déjà pour la loi du 15 juillet 1893 sur l'assistance médicale et gratuite (*Lois annotées*, Recueil Sirey, 1891-95, année 1894, p. 681).

(71) Bourgeois le reconnaît lui-même, en concédant que la nature est "ajuste", et que finalement c'est bien la solidarité "du coeur", voulue, consciente, qui se trouve au fond du solidarisme ("La démocratie", *Revue politique et parlementaire*, décembre 1904, p. 431). Émile Boutroux abonde dans ce sens ; après avoir sapé toute légitimité "scientifique" au projet de fonder juridiquement la solidarité sociale sur son existence naturelle, il s'affirme néanmoins comme solidariste convaincu ("Le rôle de l'idée de solidarité", in *Essai d'une philosophie de la solidarité. Conférences présidées par MM. Léon Bourgeois et Alfred Croizet*, Paris, Alcan, 1902, p. 273 et s.). Voir aussi l'article de Célestin Bouglé, "Solidarisme et morale scientifique", *Revue Bleue* du 2 septembre 1905, p. 310 et s.).

(72) Outre l'influence sur cette évolution des auteurs que nous avons cités, il faut rappeler ici encore que nous passons sous silence nombre d'autres oeuvres, qui participent pourtant du courant "humaniste" de la philosophie de la solidarité, telle celle de Pierre Marion (voir notamment *De la solidarité morale. Essai de psychologie appliquée*, Paris, 1883). Voir aussi sur Charles Brunot, académicien et influent solidariste de la Belle époque, les citations rapportées par N. et A.-J. Arnaud dans leur article "Une doctrine de l'état (sic) tranquillissante...", loc. cit.

rassemble les républicains progressistes, les radicaux et les socialistes non marxistes (73), va devenir comme la "philosophie officielle" de la Troisième république (74).

Émile Combes s'exprima de manière extrêmement claire à cet égard dans un discours prononcé en 1904 et dans lequel il affirme notamment que

"La conception de la fraternité a fait place à une conception nouvelle qui se résume en un mot : solidarité. Sans doute, il en coûtera aux contribuables pour affirmer leur devoir de solidarité, mais qui donc contesterait la légitimité des charges nouvelles ?" (75).

Mais il faut s'intéresser maintenant à l'accueil et la traduction de toutes ces idées dans la doctrine juridique.

LA DOCTRINE JURIDIQUE ET LE DROIT SOCIAL (76)

On a pu remarquer, en survolant ces quelques topiques à propos de la philosophie de la solidarité, l'extrême investissement dont la notion de droit fait l'objet, ainsi que l'emploi essentiel de références et de métaphores juridiques (contrat, quasi-contrat, solidarité (77)). C'est un indice certain du rôle éminent auquel la norme juridique est promue dans le cadre de la régulation sociale globale.

Il est donc d'autant plus important de tenter de saisir l'impact de la philosophie de la solidarité au sein de la doctrine juridique. Passons rapidement sur la doctrine du droit public, plus connue et déjà abordée plus haut et qui, avec Duguit et Hauriou, mais déjà avec Laferrière (78), va majoritairement se ranger sous la bannière du droit social, soutenu par l'audace jurisprudentielle du Conseil d'État. C'est dans ce cadre que par exemple la notion essentielle de *service public* va s'élaborer et se développer (79).

Intéressons-nous maintenant à la doctrine civiliste, pour en souligner l'évolution depuis la fin du XIX^{ème} siècle. Elle va connaître deux révolutions conceptuelles principales.

Sur le plan de l'ontologie juridique, on va assister à une dissociation fondamentale entre le droit et la loi. La tendance du XIX^{ème} siècle avait en effet été,

(73) Ouvrons ici une courte parenthèse pour noter que l'orthodoxie marxiste refusera toujours l'idée d'une solidarité sociale globale, au profit d'une solidarité de classe. C'est d'ailleurs sur l'impératif de lutte des classes et de nécessaire conflit social que nombre de sympathisants socialistes, comme Durkheim, se désieront du marxisme (voir notamment l'article de C. Bouglé "Solidarisme et socialisme" précité).

(74) Voir l'article de C. Bouglé précité et J.-J. Chevalier, loc. cit., p. 5 : "Le consensus remarquable autour de l'idée de solidarité érigera celle-ci en véritable contrainte axiologique, à laquelle est tenu de sacrifier le discours politique".

(75) Cité dans le *Journal des économistes* du 5 décembre 1904, p. 467.

(76) Rappelons que nous passons sous silence nombre d'auteurs importants, qui nécessiteraient une étude entière à eux seuls, tel Maurice Hauriou (voir l'article d'Olivier Beaud, "Hauriou et le droit naturel", *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, N° 6, 1988, p. 123-138), Georges Renard, Emmanuel Lévy, Ambroise Colin, Emmanuel Gounot, Paul Pic, Raoul Jay, René Demogue, Maurice Deslandres et Albert Tissier. Le but de ce travail est en effet de saisir la dynamique et la problématique conceptuelle générale de la notion de droit social, pas d'en tenter une étude exhaustive.

(77) La solidarité s'entend, dans le langage juridique du droit civil, dans un double sens. La solidarité active est réalisée quand l'un quelconque des créanciers d'un même débiteur peut exiger de ce dernier le paiement de la totalité de la dette, sans avoir reçu mandat des autres. La solidarité passive se caractérise inversement quand un créancier peut exiger de l'un quelconque de ses débiteurs le paiement de la totalité de sa créance - sans éteindre cependant le droit de recours du débiteur qui a payé contre les co-obligés (voir art. 1197 et s. Code civil).

(78) Voir en effet les conceptions nouvelles que celui-ci défend dans son *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* (Paris, 1889), à l'encontre de la doctrine juridique traditionnelle. Voir également l'analyse de Gaston Jèze, autre grand publiciste, sur Édouard Laferrière et l'évolution de la théorie du droit public depuis 1880 dans la préface de *Les principes généraux du droit administratif* (Paris, 2^e éd., 1914).

(79) Voir sur ce point la synthèse de Évelyne Pisier, *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, Paris, LGDJ, 1972.

dans le droit fil de la tradition révolutionnaire d'ailleurs, de confondre les deux. Au contraire va-t-on dorénavant les distinguer, sinon les opposer. A côté des sources qui ne sont plus considérées que comme sources "formelles" du droit (loi, règlement, jurisprudence), la science juridique va se pencher sur les sources "réelles". C'est en ce sens que va être proposée la catégorisation fameuse de François Gény (1861-1938) entre le "donné" et le "construit" juridiques. Le premier est révélé par "la nature sociale", et "doit formuler la règle de droit". Le second réside dans l'érection subjective de cette règle brute en disposition juridique formelle (80). Sous la réserve épistémologique selon laquelle ce donné n'est pas épuisé par l'observation positive (81), Gény explique encore sa catégorisation par la distinction entre *science* et *technique* du droit.

Dans cette optique, la vieille notion de droit naturel va être réinvestie de manière originale. On va comprendre sous ce vocable un champ de connaissance qui se partage entre l'étude positive des faits sociaux et un idéalisme humaniste (82). Sous cette forme nouvelle, le "droit naturel", entendu paradoxalement dans un sens essentiellement "positif" (83), va connaître un grand engouement (84).

Henri Capitant (1865-1937), lecteur de Duguit et de Fouillée, affirme lui aussi, d'une manière moins scientifique et rigoureuse que Gény, mais toute aussi nette, que

"le droit n'est pas une création arbitraire du législateur ; il est le produit du milieu social. Il s'adapte aux conditions économiques, sociales, morales, de chaque société. Il se modifie incessamment sous leur poussée ; il évolue" (85).

(80) Cf. *Science et technique en droit privé positif* (1913), tome I, Paris, Sirey, 2e tirage, 1922, N° 33 et s. Voir aussi le premier état des idées de Gény en la matière dans *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, Chevalier-Maresq, 1899, et leur développement dans *Les méthodes juridiques*, Paris, Giard et Brière, 1911.

(81) Il se démarque en effet de l'épistémologie de "L'École sociologique" qui, "s'appuyant au postulat d'un agnosticisme positiviste et déterministe", tend, comme on l'a reproché à Duguit ainsi que nous l'avons rappelé plus haut, "à établir la morale en dehors de tous principes métaphysiques et à constituer une éthique complète, en tout cas suffisante aux besoins de l'humanité, sans recourir aux idées d'origine ou de finalité supérieures, à l'aide des seuls faits de la vie sociale, saisissables à la pure observation" (*Science et technique en droit privé positif*, op. cit., N° 30 et s. (Gény s'en prend notamment à Bayet et Lévy-Bruhl, que nous avons mentionné plus haut).

(82) Voir symptomatiquement chez Gény, op. cit., N° 176-177. Il ne s'agit donc plus du droit naturel tel que le comprenait le jusnaturalisme moderne, en tant que règles de droit déduites a priori de la raison universelle.

(83) Effectivement, une certaine confusion terminologique va s'installer à partir de ce moment. Tandis que le droit "naturel" est encore perçu par les tenants du jusnaturalisme moderne comme entièrement "rationnel", il est présenté par Gény par exemple comme au moins partiellement "donné" social, donc comme "positif". D'autres auteurs, comme Duguit, préfèrent utiliser le terme de "positif" pour ce "donné" naturel, plus exactement pour signifier le droit tel qu'il est réellement appliqué. D'autres auteurs dissocient l'élément "métaphysique" et l'élément "positif" du droit naturel social et réservent le terme de droit naturel au premier élément et le terme de droit positif au second (voir Capitant, infra). D'autres enfin conservent la définition classique du droit positif (droit officiellement en vigueur), mâtinée de positivisme scientifique (droit effectivement en vigueur), tout en réduisant le droit naturel à l'élément rationnel (Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, tome premier (1899), Paris, LGDJ, 1908, p. 2 et s.). Voir chez Gurwitch la réfutation de l'expression "droit naturel" (*L'idée du droit social*, op. cit., p. 107). Voir sur ce thème J.-L. Souriaux, "La doctrine française et le droit naturel dans la première moitié du XXème siècle", *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, N° 8, 1989, p. 155-163). Sur les innombrables sens des notions de droit naturel ou positif, on peut se reporter à l'étude d'Alfred Dufour "Droit naturel-Droit positif", *Archives de philosophie du droit*, tome 35, 1990, p. 67 et s.

(84) Joseph Charmont retrace celui-ci dans *Le renouveau du droit naturel* (1910), Paris, 2e éd., 1927. On assiste également en Allemagne de cette époque à un semblable phénomène, notamment dans le cadre du "mouvement du droit libre" et sous l'égide de Oscar Bülow (1837-1907) et de Hermann Kantorowitz (1877-1940), puis avec des auteurs comme Gustave Radbruch et Rudolph Stammler, sur les positions duquel Saleilles est particulièrement proche (cf. son analyse de la pensée stammlerienne dans "École historique et droit naturel", *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, tome I, p. 80-112).

(85) *Introduction à l'étude du droit civil*, Paris, Pédone, 2e éd., 1904, p. 7.

Certes, lui aussi se sépare de la conception "agnosticiste" à laquelle fait référence Gény, et il tient à souligner la "part d'initiative" laissée à l'homme et particulièrement au législateur, dans l'interprétation et la mise en "forme" du droit social (86). Mais il n'est resté pas moins qu'il adhère pleinement à la deuxième révolution conceptuelle de la théorie du droit française de la fin du XIX^{ème} siècle : la finalisation sociale du droit individuel.

Sur le plan du but du droit en effet, Capitant annonce clairement que "les droits privés ont un caractère social. (...). L'individu n'a pas que des droits envers le groupe social, il a aussi des devoirs. Il est tenu de supporter une partie des charges nécessitées par la vie en commun. (...). Il ne faut pas, du reste, se méprendre sur le caractère de ces charges. C'est toujours, en dernière analyse, au profit de l'individu, dans son intérêt, qu'elles sont établies. (...). L'homme (...) est toujours le destinataire du droit. Mais de ces charges à lui imposées dans l'intérêt commun, il ne profite que comme élément du groupe" (87).

Sans tomber dans son absolutisation, c'est-à-dire en conservant un point de vue individualiste, le célèbre civiliste reconnaît ainsi en quelque sorte la validité de l'acte de naissance du droit social :

"Ces charges forment donc une nouvelle catégorie de droits qui existent, non plus dans l'intérêt de l'individu, mais dans celui du groupe, de telle sorte que c'est le groupe lui-même, la collectivité, qui en est titulaire. De même que le droit objectif détermine et régleme les droits privés, c'est-à-dire les droits qui sont destinés à garantir le libre exercice de l'activité de l'individu, de même, il détermine et régleme les droits du groupe à l'encontre des individus. Ces deux sortes de droits, répétons-le, ne sont opposées qu'en apparence, parce que tous les droits ont pour destination dernière l'intérêt de l'homme social" (88).

Mais c'est en la personne de Raymond Saleilles (1855-1912) que s'illustrera le plus brillamment au début du siècle le renouveau de la théorie du droit.

Ce professeur éminent et influent (89) prend acte lui aussi de la naissance d'un "droit social" aux côtés du droit individuel. Rejetant certes le radicalisme antimétaphysique de Duguit, c'est-à-dire affirmant la nécessité au contraire de conserver la notion de droit subjectif en tant qu'elle implique en l'homme la reconnaissance de la qualité "indélébile et irréductible de sujet de droit" (90), il concède néanmoins

"qu'il n'y a de droits que par l'effet des rapports sociaux, que la société est un fait primordial et initial, et non secondaire, et que, si elle ne crée pas le droit au sens philosophique du mot, elle le conditionne nécessairement au sens historique" (91).

Il faut donc "concilier", coordonner le droit individuel et le droit social, sachant qu'ils sont inextricablement liés :

(86) Ibid., p. 7 et s. Voir aussi sa réfutation de la prétendue "scientificité" de la morale solidariste, sans qu'il en arrive pour autant à rejeter l'inspiration solidariste (p. 17 note 2).

(87) Ibid., p. 16.

(88) Ibid., p. 16-17.

(89) Professeur à Paris, il est notamment fondateur de la *Revue trimestrielle de droit civil* (1901) et de la *Société d'études législatives* (1902), qui sera à l'origine de la célébration du centenaire du Code Napoléon et de la tentative de révision dont il va faire l'objet à partir de 1904.

(90) Voir son article "L'origine du droit et du devoir", paru dans la *Revue Montalembert* et repris dans la *Revue de philosophie* (Paris), tome XV, 1909, p. 140-162, et son ouvrage *De la personnalité juridique. Histoire et théories*, Paris, Rousseau, 1910, spécialement p. 545-547.

(91) "Le Code civil et la méthode historique", in *Le Code civil. Livre du centenaire*, Paris Rousseau, 1904, tome 1, p. 110.

"Le droit n'est donc jamais purement individuel. Et, de même, devrait-on dire, ce que ne savent pas reconnaître les socialistes (92), qu'il n'est jamais purement social. Il est la résultante de la vie sociale dans sa combinaison avec la vie individuelle. Et, par suite, dans la mesure où cette expansion de l'individu est nécessaire au progrès et à la prospérité de la société, la société doit protection aux individus, non plus à l'individu abstrait (...), mais aux êtres vivants et concrets dont se compose le groupe qui la constitue, et à ceux surtout qui sont mal armés pour vivre et pour jouer leur rôle d'homme ici-bas. C'est parce qu'il y a une part de droit individuel dans le droit social que les individus pris en masse doivent protection à l'individu, et c'est parce qu'il y a une part de droit social dans tout droit individuel que la sphère juridique de l'individu reste toujours conditionnée et délimitée par l'intérêt collectif du groupe" (93).

Mais pour l'heure, Saleilles constate que l'héritage du XIX^{ème} siècle et du libéralisme triomphant a largement déséquilibré le rapport droit individuel-droit social et la juste répartition des conditions d'accession à la "vie d'homme". Il s'engage donc dans un combat passionné pour la défense des droits associatifs (94), mais aussi pour la justice sociale. Et il entend ce terme "social" dans le sens très militant qu'il avait souvent à l'époque, c'est-à-dire compris comme l'ensemble des efforts accomplis pour améliorer la condition économique ouvrière (95). A ce titre, il apparaîtra comme le promoteur de réformes du contrat de travail, de la responsabilité civile, de la législation sur les enfants naturels (96), et sera à l'origine de la loi du 17 juillet 1907 laissant à la femme mariée, quelque soit son régime matrimonial, la libre disposition de son salaire (97).

Pour justifier ses positions, il fera appel à une conception diamétralement opposée à celle du volontarisme juridique classique. La loi en effet, loin de constituer l'expression de la volonté toute-puissante et intangible du législateur, n'est plus pour lui qu'un élément sociologique et objectif, qui se transforme avec le milieu juridique, social et politique ambiant et ne peut s'interpréter qu'en fonction de celui-ci (98). En fait, cette interprétation du droit devra surtout selon Saleilles se

(92) Cette réserve, qui concerne en réalité les socialistes collectivistes et marxistes, montre, dès lors qu'on connaît les profonds sentiments chrétiens de Saleilles, que la doctrine de la solidarité sociale avait conquis de très nombreux esprits à l'époque. Il est naturel que l'idée de solidarité sociale ait été reprise par le catholicisme social, encouragé dans la recherche d'une "troisième voie" depuis l'Encyclique de Léon XIII *Rerum novarum* en 1891, réfutant également socialisme et libéralisme. Voir dans ce sens Jean-Marie Mayeur, *Catholicisme social et Démocratie chrétienne*, Paris, Cerf, 1986. Dans cette perspective, on assistera d'ailleurs à de curieuses rencontres intellectuelles entre des auteurs socialistes et des émules du droit naturel classique (Aristote et Saint-Thomas). Voir par exemple les convergences (surtout en pratique, car sur le plan épistémologique la différence est nette) mises en lumière par Louis Le Fur dans son article précité. Voir aussi la préface de Georges Renard à l'ouvrage de Suzanne Michel, *La notion thomiste du bien commun. Quelques-unes de ses applications pratiques*, Paris, Vrin, 1931.

(93) *Ibid.*, p. 110-111.

(94) Entendus au sens large, c'est-à-dire aussi bien pour les syndicats que les mutuelles, les coopératives, les associations soumises au cadre général de la loi de 1901 (cadre que Saleilles voudrait élargir et renforcer), et les "fondations". Saleilles développe notamment l'idée que ces associations sont réellement dotées d'une personnalité juridique autonome qui doit être consacrée par les lois (voir son ouvrage sur ce thème cité plus haut). C'est une idée que développera Gurwitsch (cf. infra).

(95) Voir Georges Weil, *Histoire du mouvement social en France (1852-1902)*, Paris, Alcan, 1904, ainsi que l'article précité de Maurice Deslandres sur Saleilles (note 13).

(96) Voir sur l'ensemble de son oeuvre l'ouvrage collectif *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles* précité note 13.

(97) Saleilles milite pour cette loi depuis au moins 1900, et en a fait un des buts de la *Société d'études législatives*. Voir la référence aux travaux de celui-là et de celle-ci dans le *Journal Officiel*, Sénat, 1907, p. 661.

(98) Inspirée par Gény, mais radicalisée par Saleilles, cette conception séduira nombre d'esprits influents, tel celui de Ballot-Beaupré, premier président de la Cour de cassation (voir son discours

faire au regard de ce qu'il appelle la "conscience juridique collective" (99), susceptible de fournir un critère d'appréciation morale échappant à la contingences des opinions individuelles ; au regard également du droit comparé, dont il se fait l'ardent avocat ; au regard de principes d'interprétation tels que l'analogie, pour maintenir la cohérence d'ensemble du système juridique (100).

Toutes ces conceptions juridiques, outre le fait d'avoir "accompagné" le développement d'une législation étatique interventionniste au tournant du siècle, auraient pu également transformer le visage du Code civil, si a tentative de révision notamment initiée par Saleilles en 1904 avait réussi (101).

Mais c'est sans conteste Georges Gurwitsch (1894-1965) qui mettra le point d'orgue à toute cette pensée conceptuelle du droit social. Sociologue du droit, il va élaborer une théorie complexe du droit, en tant que généré progressivement, du cœur de la société jusqu'à l'État, et même jusqu'à la "société" internationale (102).

A la base de sa théorie du droit social (103) se situe le "fait normatif", élément fondamental de la vie des groupes sociaux :

"Il y a des communautés qui, par un seul et même acte, engendrent leur droit et fondent leur existence sur lui... Ces communautés dans lesquelles la constitution par un droit et la génération d'un droit coïncident sont précisément des faits normatifs" (104).

prononcé le jour de la célébration du centenaire du code civil dans *Le centenaire du Code civil*, Paris, Imprimerie Nationale, 1904, p. 27-28).

(99) Concept assez proche de celui de volonté générale chez Rousseau, par rapport à la volonté de tous ou à la simple volonté majoritaire (*Du Contrat social*, op. cit., p. 45 et 145 notamment), et qu'on peut comparer aussi à la notion durkheimienne de conscience collective, à savoir "l'ensemble des croyances et des sentiments communs à la moyenne des membres de la société", ensemble qui forme un "système déterminé qui a sa vie propre", ensemble social objectif de nature distincte de celle des membres qui la compose (*De la division du travail social*, Paris, Alcan, 1932, p. 46). Voir aussi, sur ce dernier point précisément chez Rousseau, la définition de la personne morale créée par l'association politique, "corps moral et collectif" qui se manifeste par "son moi commun, sa vie et sa volonté" (op. cit., p. 51-52).

(100) Voir l'article de Gény sur "La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode, dans l'oeuvre de Raymond Saleilles", in *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, op. cit., p. 1-64. Rappelons que limitée à une approche synthétique de la pensée française, cette étude passe sous silence les influences étrangères sur cette pensée, qui sont pourtant très importantes. Outre évidemment l'oeuvre de Kant et celle d'Hegel, il faut noter la référence que Saleilles et Capitant font à l'École historique de Savigny et Unger, mais aussi à Otto Gierke, et surtout à Ihering. On pourra consulter une érudite présentation de ces auteurs dans l'ouvrage de Guido Fasso, *Histoire de la philosophie du droit. XIXème et XXème siècles* (1974), trad. C. Rouffet, Paris, LGDJ, 1976. Les oeuvres de Ferdinand Tönnies (1855-1936), de Eugen Ehrlich (1862-1922) et de Charles Andler et de Anton Menger entre autres, seraient sans doute également à inscrire dans le large courant du droit social.

(101) Pour lui donner un aspect qu'il prend de plus en plus aujourd'hui, dans le cadre de la législation sur le droit de la consommation par exemple ou de la socialisation des risques (cf. imprimé).

(102) Rappelons que les principaux solidaristes, tels Bourgeois et Briand, seront de fervents instigateurs de la *Société des Nations*, alors que Capitant et Saleilles feront constamment l'apologie du droit comparé et de ses effets bénéfiques sur le rapprochement et la compréhension entre les peuples. Georges Tassitch abondera aussi dans ce sens en affirmant que si l'on admet le caractère relatif de l'État dans la société interne, il faut l'admettre aussi dans la "collectivité internationale". Mais il faut pour cela qu'il existe "une conscience sociale suffisamment développée concernant le respect des traités et la solidarité internationale, solidarité dans laquelle se synthétisent et se réalisent les idéaux et les intérêts des participants" ("L'État et le droit", *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1933, cahiers 3-4, p. 201).

(103) Cette théorie s'inspire de bien des travaux antérieurs, dont ceux de Durkheim, Duguit, Hauriou, Saleilles.

(104) *L'idée du droit social*, op. cit., p. 119. Voir aussi *Le temps présent et l'idée du droit social*, op. cit. Sur le point de la communauté génératrice de droits l'influence de la théorie de l'institution développée par Hauriou est indéniable (voir les prémisses de celle-ci dans *La science sociale traditionnelle*, Paris, 1889, notamment p. X, et la synthèse présentée par son auteur dans "La théorie de l'Institution et de la fondation", in *La cité moderne et les transformations du droit. Cahiers de la nouvelle journée*, Paris, 1925.

C'est par l'idée de justice que ces faits normatifs sont constitués, car selon Gurwitsch un fait ne peut devenir normatif du fait même de sa simple durée ; il faut qu'il soit

"dès le commencement, pénétré de valeurs juridiques et morales extra-temporelles". Qu'"il représente en son essence une matérialisation du spirituel, des idées objectives devenues faits sociaux (...). Pour qu'un fait normatif puisse être considéré comme normatif, il doit pouvoir se justifier comme tel. Les valeurs qu'il incarne doivent se justifier comme des valeurs positives, s'affirmer comme rattachées à la Justice et comme servant à l'Idéal moral" (105).

Ces références fondamentales sont contingentes et évolutives, en fonction du milieu social, en perpétuelle évolution. Mais ce qui demeure est que dans tous les cas, et quel que soit le contenu qu'on leur donne, il faut que ces références soient présentes dans le comportement social concret pour qu'il puisse se voir reconnaître un caractère normatif par l'observateur. C'est donc dans le *mode* de justification que réside la dimension normative, et non pas dans son *contenu*.

En effet, "le spirituel, l'idéal, le rationnel peuvent aussi bien avoir un caractère social que l'empirique". Le droit comporte donc à la fois un élément idéal et un élément réel, concret, et c'est ces deux éléments que Gurwitsch veut réunir dans sa théorie qu'il qualifie lui-même d'"idéal-réaliste" (106).

Le fait normatif constitue la "source primaire" du droit. Tout ce qui acquiert une "forme" juridique par la suite (statut d'association, pratique des tribunaux, décisions des ordres professionnels et syndicats, loi, règlement, mais aussi promesses, déclarations sociales, contrats, doctrine juridique) n'est que "source secondaire" du droit. On le voit, l'État perd ici aussi sa souveraineté, et doit tolérer à ses côtés un droit social spontané, produisant des *normes juridiques positives* (107).

Remarquons en dernier lieu que, dans le champ purement philosophique, on pourra trouver à la même époque que la synthèse gurwitschéenne, une pensée brillamment achevée de la philosophie politique humaniste qui a largement soutenu la plupart des théories du droit social. Henri Bergson (1859-1941) publiera en effet dans *Les deux sources de la morale et de la religion* (108) un éloge du principe essentiel de la philosophie de la solidarité, à savoir la fraternité. Bergson part de l'idée que l'homme est foncièrement un être social, et c'est par cette insertion sociale originelle que naît le sentiment de l'obligation, premier degré de la morale. Mais à cette obligation quasi-instinctive s'oppose théoriquement, tout en se complétant dans la pratique avec lui, le sentiment de l'idéal humain, une aspiration qui nous tire vers le haut. Cette morale "ouverte" s'exprime totalement et à chaque fois pleine de potentialités créatives originales au sein de chaque individu, dont Bergson a montré auparavant l'irréductible liberté (109). Dans son dernier chapitre, Bergson appellera de ses vœux la constitution d'une démocratie véritable, "où les deux soeurs

(105) *L'idée du droit social*, op. cit., p. 115 et 129.

(106) *Ibid.*, p. 156.

(107) *Ibid.*, p. 137. Sur une présentation des doctrines du positivisme juridique et de leur rapport avec une définition *volontariste* ou *normativiste* du droit, voir mes suggestions dans "Formes et limites du positivisme juridique", *Droit prospectif. Revue de la recherche juridique* (Aix-Marseille), N° 52, 1993, p. 157-192.

(108) Paris, P.U.F, 1932. Un ouvrage "somme", résultat d'une enquête qui devait durer un quart de siècle et qui achevait de manière cohérente toute la démarche philosophique de l'illustre professeur (Voir l'analyse synthétique de Andre-A. Devaux dans le *Dictionnaire des philosophes*, (dir. D. Huisman), Paris, P.U.F, 1984, tome 1, p. 278-286).

(109) Liberté première et réelle, mais constamment menacée de "matérialisation", c'est-à-dire de retombée dans la nécessité et le déterminisme. Un effort doit être par conséquent accompli par chaque individu pour développer et entretenir ces deux formes de l'activité consciente que sont l'intelligence et l'intuition. Voir son *Essai sur les données immédiates de la conscience*, Paris, P.U.F, 1889, et le développement de ces idées dans *L'évolution créatrice*, Paris, P.U.F, 1907.

ennemies que sont la liberté et l'égalité seraient enfin réconciliées, parce que l'on saurait mettre au-dessus de tout la fraternité" (110).

*_*_*_*

On l'aura compris, une des caractéristiques des théories du droit social est de renverser le modèle rousseauiste à deux points de vue. A un état de nature individualiste on va substituer un état social naturel. A un pacte fondateur (111) individualiste, hypothétique et abstrait, démenti jour après jour d'ailleurs par l'expérience positive, on va substituer un contrat social *terminal et historique*, à réaliser *concrètement et progressivement*, avec l'aide de la société envers les plus défavorisés.

Ce modèle, outre le fait qu'il oppose une alternative *réaliste* aux tentatives contractualistes plus orthodoxes qui ont été élaborées jusqu'à nos jours pour donner un cadre théorique justificatif à la justice sociale (Rawls par exemple), a l'avantage aussi d'insister sur le troisième principe républicain, la fraternité (112), trop souvent oublié. En ce sens, on peut comprendre la fraternité comme la solidarité sociale conscientisée et désirée volontairement par chaque individu. Et sur ce point d'ailleurs, l'idéal rousseauiste du citoyen est retrouvé (113).

Quoi qu'il en soit, il faut reconnaître que la solidarité connaît en France un renouveau indéniable depuis les années 1980 (114), et réalise de nets progrès dans les années 1990. On peut même dire qu'aujourd'hui une certaine forme de solidarisme domine la scène politique française, au moins dans les discours. Ainsi voit-on la politique d'aide aux quartiers urbains défavorisés justifiée par la référence à la "solidarité nationale", dans le cadre d'un consensus remarquable entre la Gauche et la Droite (115). De même assiste-t-on à des déclarations, véritable manifeste solidariste, selon lesquelles, face à la crise économique actuelle,

(110) André-A. Devaux, loc. cit., p. 285. Cf. en effet *Les deux sources de la morale et de la religion*, Paris, P.U.F., Quadrige, 1982, p. 283 et s.

(111) Au sens où Rousseau démontre l'existence du contrat social en remontant à "la première convention" (*Du Contrat social*, op. cit., p. 49 et s.), que nient plus ou moins les théories du droit social en développant une vue antivolontariste du droit.

(112) Tous les auteurs du droit social font finalement référence à cette notion, soit directement tel Renouvier, soit indirectement en lui substituant le terme de solidarité mais dans un but stratégique : renforcer le caractère "positif", "scientifique", donc objectif et inéluctable de la fraternité (voir par Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., p. 101 et s.). Voir la thèse de Borgetto citée plus haut, et les analyses de Hannah Arendt (dans *Essai sur la révolution* (1963), Paris, Gallimard, Tel., 1967), qui ont le mérite de réintroduire dans la science politique la problématique de la solidarité.

(113) Chez Rousseau la solidarité et la vertu sont à construire et à entretenir par une action politique et pédagogique de la cité, notamment par la suppression de l'inégalité sociale (B. Baczkó, loc. cit., p. 116). Or, tout en reconnaissant également un grand rôle d'influence et de catalyseur aux institutions, la philosophie de la solidarité, surtout dans son versant sociologique, insiste cependant sur la valeur *morale* de la société naturelle et l'existence *spontanée* de la solidarité : ce sont ces considérations qui fondent justement le développement de la fraternité. Les théories du droit social sont en fait considérablement moins critiques que Rousseau à l'égard de la société, de l'État (spécialement du pouvoir exécutif) et de la vie sociale, mais paradoxalement tout en lui donnant d'excellents arguments pour se perfectionner tout en poursuivant l'épanouissement des individus.

(114) Voir l'article de Louis Moreau de Belaing, "Le solidarisme et ses commentaires actuels", dans *Solidarité* (CURAPP), p. 85 et s., spécialement p. 87, 95 et s. Rappelons que par exemple l'esprit de la loi du 1er décembre 1988 instituant le Revenu Minimum d'Insertion se réfère au solidarisme. Symptomatiquement d'ailleurs, cette loi fait coïncider un *droit* à l'assistance et une *obligation* d'insertion. Voir la captivante analyse critique sur les limites de cette loi par Édouard Mills dans *Le revenu minimum d'insertion : l'esprit de la loi*, mémoire DEA science politique, dir. E. Pisier, Paris I, 1989.

(115) Le gouvernement Balladur reste en effet dans la ligne politique tracée depuis au moins 1989. Voir les propos du premier ministre à propos du renforcement de cette politique : "Nous avons une grande tâche de solidarité nationale pour reconstruire une société française où chacun se sente intégré". Il faut remarquer ici que la péréquation financière demandée aux communes françaises en faveur de leurs homonymes confrontées à des problèmes sociaux se fait bien, au nom de la recherche d'une égalité réelle justifiée par la solidarité nationale, au *détriment du principe d'égalité juridique* des municipalités face à la loi (*Le Monde* du 30 juillet 1993, p. 1 et 8-9).

"l'entreprise, même si sa vocation n'est pas d'abord de créer des emplois, mais des richesses, ne peut oublier qu'elle a un double rôle social : vis-à-vis de ses employés, qu'elle doit traiter aussi bien que possible, en ce qui concerne les rétributions, les conditions de travail et la sécurité ; vis-à-vis de la société globale, dont elle ne peut s'abstraire sans se menacer elle-même. Que serait en effet une entreprise si, de quelque manière la société ne la soutenait par ses infrastructures et, par le droit, ne facilitait pas son fonctionnement ? En retour, l'entreprise se doit de considérer les problèmes de la société, d'éviter d'accroître ses difficultés, de contribuer, à sa place, à les résoudre. Et, qui peut croire qu'une entreprise prospérerait longtemps dans une société minée par le chômage ? C'est pour toutes ces raisons que l'on parle parfois d'entreprise citoyenne, c'est-à-dire qu'elle participe directement à la vie de la cité" (116).

Voir encore, du côté cette fois-ci de l'affirmation de l'irréductibilité de la liberté individuelle, le consensus général autour de la loi du 5 janvier 1988 (117).

Finalement, c'est une inspiration social-démocrate (118) qui se révèle ici, et dont les qualités ne sont sans doute pas épuisées. La richesse d'inspiration du solidarisme en général, la variété et les nombreuses nuances des théories solidaristes en particulier, permettent en effet de dégager plusieurs combinaisons possibles, plusieurs modèles socio-politiques différents (119), qui accentuent selon le cas plutôt la liberté ou plutôt la solidarité, qu'elle soit nationale ou "décentralisée" (120).

Et face aux deux autres grands courants de la modernité, le libéralisme et le collectivisme, on peut sans doute affirmer que cette philosophie de la solidarité, ces théories du droit social, certes non sans différences les unes avec les autres, tendent à proposer un plus grand équilibre entre les trois principes du triptyque républicain. Au prix justement d'un certain relativisme sociologique, au moins partiel, et certes non sans risques, alors que les deux autres grands courants se caractérisent et se sont

(116) "L'entreprise citoyenne", éditorial de François Régis Hutin, directeur de la publication de *Ouest-France*, premier quotidien provincial français (N° des 22-23 mai 1993). Dans cette optique, il faudrait rappeler aussi l'inspiration solidariste de la doctrine de la participation des salariés à la gestion des entreprises, thème repris par le général De Gaulle et défendu par nombre de "gaullistes de gauche", tout particulièrement par René Capitant (1901-1970), fils d'Henri Capitant, et dont l'oeuvre juridique a suivi les aspirations de son père (voir l'ouvrage collectif *Apports de René Capitant à la science juridique*, Paris, Litec, 1992).

(117) Loi sur la répression de la fraude informatique, votée à l'unanimité par l'Assemblée Nationale. Jacques Godfrain, député de l'Aveyron (RPR), défend cette loi en ces termes : "Devant l'utilisation croissante de l'informatique (...), l'homme doit veiller à ne pas devenir dépendant d'une technique à double tranchant (...). Car l'éthique n'est pas seulement la bioéthique : elle est aussi le respect de l'initiative de l'individu, dans la gestion de son temps, de ses gestes, de lui-même" (*Le Figaro* du 9 septembre 1993).

(118) Entendu au sens large du terme, et non dans l'acception étroite que Pierre Rosanvallon lui réserve par exemple, où la social-démocratie est associée à l'État-providence actuel et à ses postulats keynésiens (*La crise de l'État-providence*, op. cit.). Cf. aussi François Ewald (op. cit.) qui lie solidarisme et État-providence. Ce modèle est en effet très différent des conceptions de Renouvier, de Fouillée, ou de Bourgeois.

(119) Il est regrettable à cet égard de voir réduite l'inspiration social-démocrate au modèle allemand ou scandinave (Cf. notamment Bernard Manin, "Du bon usage de la social-démocratie", *Le débat*, N° 60, 1990, p. 122-125 ; Alain Bergougnoux, "Théorie et pratique de la démocratie", in *Nouvelle histoire des idées politiques*, op. cit., p. 584 et s. ; et leur livre commun, *La Social-Démocratie ou le compromis*, Paris, P.U.F., 1979). Car les termes de "démocratie sociale" sont inhérents à la démarche solidariste. Celle-ci ne se réduit pas plus, d'ailleurs, contrairement à ce qu'en dit Alain Bergougnoux dans son article précité pour la période antérieure à la guerre mondiale, à un idéal proprement socialiste (Cf. notamment A. Fouillée, *Le socialisme et la sociologie réformiste*, op. cit., p. 366 et s., pour lequel il n'est nul besoin de recourir au socialisme pour justifier les lois sur l'hygiène et la sécurité du travail ou la fixation de la durée maximale du travail). Mais c'est là aussi le sujet d'un autre débat...

(120) C'est le cas du modèle "post-social-démocrate" proposé par Pierre Rosanvallon (*La Crise de l'État-providence*, op. cit.) pour sortir de la crise actuelle des programmes sociaux étatisés. Modèle qui se veut plus modeste que celui de l'autogestion (défendue par l'auteur dans *L'Age de l'autogestion*, Paris, Seuil, 1979), et qui s'inscrirait facilement dans une inspiration solidariste. Voir aussi les idées que défend actuellement Alain Touraine à propos de la gestion des trois principes républicains (cf. imprimé).

en tout cas caractérisés jusqu'à maintenant dans l'histoire par une rigidité théorique et pratique plus importante.

Mais c'est bien ce "jeu", cette indétermination rendue possible et gérable par le concept de droit social, qui fait la richesse du solidarisme, en lui permettant d'appréhender l'avenir avec souplesse. Bien que formulé il y a bientôt un siècle, ce jugement de Saleilles par exemple conserve dans cette perspective toute son actualité pour notre futur proche :

"L'individu tend à perdre de sa souveraineté. Les groupements sociaux de formation naturelle l'obligent à tenir compte davantage des solidarités qui le relient aux collectivités dont il fait partie. Un sentiment de la justice sociale, de plus en plus prépondérant, paraît de voir assurer aux plus faibles parmi les individus un minimum de ressources que ni contrat, ni dettes ne pourront leur enlever... L'harmonie se fera, cependant, entre la liberté et la solidarité, entre les droits intangibles de l'individu et ceux du groupe ou de la collectivité, et forcément le droit civil devra poser les bases de cet équilibre social en fortifiant l'idée de droit en face des forces organiques qui menacent de tout envahir... Il faudra empêcher qu'un nouvel idéal de justice n'étouffe la liberté, fruit de l'initiative et condition du progrès. Ce sera le problème juridique de l'avenir" (121).

(121) Cité par Maurice Deslandres dans "Les travaux de Raymond Saleilles sur les questions sociales", loc. cit., p. 272.

L'INJONCTION D'EXÉCUTER UNE DETTE

Par

Emmanuel PUTMAN

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III

La mise en œuvre, par la réforme des procédures civiles d'exécution, des dispositions instituant un juge de l'exécution, ne manque pas de valeur symbolique, au-delà du cadre même de la réforme. Elle rejoint une série de dispositions qui ont progressivement consacré le rôle du juge dans la réalisation de l'effectivité des droits du créancier (Cf. S. Cimamonti, "L'effectivité des droits du créancier chirographaire en droit contemporain", th. dactyl. Aix 1990). Le rôle traditionnel du juge apparaissait plutôt œuvre de "jurisdictio", de dire le droit de créance. Une fois le jugement de condamnation obtenu, l'homme-orchestre de l'exécution devenait l'huissier, que la République mande, dans la formule exécutoire, pour mettre les jugements à exécution. Tout au plus, depuis la loi du 12 novembre 1955 (art. 48 à 57 ancien C.P.C., aujourd'hui abrogés), avait-on vu s'accroître le rôle du juge d'autoriser des mesures conservatoires (cf. Mirbeau-Gauvin, "Réflexions sur les mesures conservatoires", D. 1989, Chron. 39) auxquelles la saisie-arrêt s'assimilait partiellement (cf. art. 558 anc. C.P.C.). En revanche, son rôle d'enjoindre des mesures d'exécution demeurait limité. Lorsqu'on voulait créer un nouveau titre exécutoire le personnage principal demeurait bien souvent l'huissier (v. loi du 11 juillet 1985 sur le certificat de non paiement de chèque). L'astreinte était certes le moyen judiciaire par excellence de pression en vue d'une exécution par le débiteur. Mais l'astreinte n'est pas une voie d'exécution -les difficultés que rencontrent les créanciers pour recouvrer les astreintes en témoignent assez (cf. Civ. II, 7 fév. 1985, G.P. 1985,2, panor. jur. 142 : pas de saisie immobilière en vertu d'un jugement prononçant une astreinte ; il faut un jugement liquidant l'astreinte ; Civ. II 2 avr. 1990, R.T.D. Civ. 1990, 557 : si le jugement liquidant l'astreinte intervient après l'adjudication, celle-ci est nulle). Et, quand on requérait du juge qu'il prononce une injonction d'exécuter, c'était pour l'exécution forcée des dettes de sommes d'argent (art. 1405 et s. N.C.P.C. sur l'injonction de payer). Se méfiait-on du juge, sur le constat de l'ineffectivité de ses propres décisions ? (V. Trav. Capitant, XXXVI, 1985, "L'effectivité des décisions de justice"). Pourtant, la doctrine enseignait que la hiérarchie du code civil (principe des dommages-intérêts, art. 1142 ; exceptions en faveur de l'exécution en nature, art. 1143-1144) avait été renversée par la jurisprudence, qui n'hésitait pas à ordonner l'exécution en nature des obligations de faire (Jeandidier, "L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire", R.T.D.

Civ. 1976, 700 et s.). Fallait-il en conclure que la doctrine s'en tenait à une vision trop "civiliste" de l'exécution ? Fallait-il, comparativement, louer l'efficacité du juge anglais, qui délivre des "decrees of specific performance" pour les obligations de faire, et des "injunctions" pour les obligations de ne pas faire ? Non pas : ce ne sont que des procédés "d'equity", d'ailleurs limités (le débiteur qui n'obtempère pas étant passible de prison pour "contempt of court", l'exécution en nature est soumise à un strict contrôle de proportionnalité, cf. Jolowicz, Droit anglais, n° 196) et de son côté le droit français s'est ouvert à des procédés d'injonction de faire ou de ne pas faire, émanant tantôt d'autorités administratives (injonctions prises par le ministre en matière de concentrations, par le Conseil de la concurrence en matière d'ententes et d'abus de position dominante, sur la base de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ; cf. Jeantet, "Réflexions sur les injonctions et exemptions du droit de la concurrence", JCP 1988, I, 3348) tantôt d'autorités juridictionnelles : injonctions du juge des référés dans le droit de la concurrence ; injonctions de ne pas faire du juge des référés en droit des sociétés (pour suspendre une opération de prise de contrôle par exemple, cf. Paris 10 juin 1986, JCP 1986, éd. E, 14780 et 14781 ; 24 janv. 1986, id. n° 15739, et art. de Coffy de Boisdeffre, G.P. 20-22 sept. 1987, p. 4), en matière de contrefaçon (art. 615-3, C. propr. intell., cf. Rodhain, G.P. 1991, 2, doct. 512) ; injonction de faire du juge des référés, art. 809, al. 2 NCPC (décr. du 17 déc. 1985) ou du juge d'instance (art. 1425-1 NCPC, décr. 4 mars 1988 ; v. sur le décret de 1985, Le Ninivin, JCP 1986, I, 3226 ; sur le décr. de 1988, cf. notamm. Estoup, G.P. 1988, I, doct. 280 ; Christianos, D. 1990, Chron. 91 ; Choppin de Janvry, G.P. 27-28 fév. 1991). Sans retirer leurs compétences à ces juges, le décret du 31 juillet 1992 en ajoute une, donnée au juge de l'exécution : celle de prononcer une injonction de délivrer ou restituer une chose (art. 149 et s.). A ce vaste mouvement législatif de création d'injonctions d'exécuter, a répondu un mouvement jurisprudentiel s'efforçant lorsque c'était possible, d'inscrire les réformes dans le droit commun, ne serait-ce que le droit commun du référé (cf. Paris 20 nov. 1991, D. 1992, 193, refusant de prononcer une injonction de ne pas acheter d'actions, faute de la nécessité de prévenir un dommage imminent conformément à l'art. 809 NCPC ; Com. 27 juin 1989, JCP 1990, II, 21530, condamnant la thèse de "l'autonomie" du référé de l'art. 36 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ; cf. Marie Malaurie, JCP 1993, I, 3637, "Le référé-concurrence") : l'injonction a acquis droit de cité.

Mais qu'en est-il de l'injonction d'exécuter une dette ? Toutes les injonctions précitées n'y correspondent pas. Plusieurs d'entre elles visent moins à faire exécuter une obligation préexistante qu'à faire cesser une situation illicite (cf. aussi art. 809 al. 1 NCPC : pouvoirs du juge des référés en vue de faire cesser un "trouble manifestement illicite") : ainsi lorsque le Conseil de la concurrence enjoint à des entreprises de faire cesser des comportements anticoncurrentiels constitutifs d'ententes ou d'abus de position dominante. La suppression de l'illicite doit être distinguée de l'obligation d'exécuter une obligation envers un créancier déterminé ou de réparer les conséquences de son inexécution (cf. M.E. Roujou de Boubée, "Essai sur la notion de réparation", p. 209 et s. ; G. Viney, "La responsabilité, effets", n° 7, 11, 25, 52 et s. ; A. Sériaux, "Obligations", n° 146). D'autres injonctions ont à la fois pour résultat de faire cesser une situation illicite, de créer une obligation à la charge d'un débiteur déterminé, et d'en impartir l'exécution. Ainsi, lorsque le juge des référés enjoint à un fournisseur de livrer pour faire cesser un refus anormal de vente, il y a à la fois conclusion forcée de contrat de vente, et ordre de l'exécuter. En revanche, les textes sur l'injonction de payer, l'injonction de faire, l'injonction de délivrer ou restituer, se réfèrent toutes à un contrat, ou du moins à une obligation, préexistants.

Faut-il pour autant conclure à l'unité du droit de l'injonction d'exécuter une dette, quel qu'en soit l'objet (payer, faire, délivrer) ? Ce serait trop de hâte. Même s'il ne faut pas toujours prêter des intentions trop précises à la réforme des procédures civiles d'exécution quand, à côté du juge spécialement chargé de l'exécution, elle laisse subsister la compétence concurrente d'autres juges, il est révélateur qu'à côté de l'injonction de délivrer ou restituer, confiée au juge de l'exécution et expressément classée par le décret du 31 juillet 1992 parmi les procédures d'exécution forcée, le décret ait laissé subsister les pouvoirs d'injonction de payer ou de faire du juge d'instance, du président du tribunal de commerce, ou du juge des référés. En effet, depuis son introduction par le décret-loi du 25 août 1937, la plus ancienne de ces procédures, l'injonction de payer (d'abord limitée aux petites créances commerciales, mais elle s'est ensuite "civilisée" et depuis le décret du 28 août 1972 ne connaît plus de limitation de montant) apparaît surtout comme un moyen pour le créancier d'obtenir rapidement (sans passer par un procès contradictoire sur le fond, du moins si le juge ne rejette pas totalement ou partiellement sa requête) un titre exécutoire qui aura de surcroît, sauf opposition du débiteur, l'avantage d'être définitif (assimilé à un jugement contradictoire en dernier ressort). Il n'est pas étonnant que le décret du 4 mars 1988 se soit pour l'injonction de faire prononcée par le juge d'instance (qui figure dans le code à la suite de l'injonction de payer) étroitement inspiré de ce précédent ; l'injonction de faire que prononce le juge des référés à la demande du créancier d'une obligation non sérieusement contestable (art. 809 al. 2 NCPC) voire victime d'un trouble manifestement illicite "même en présence d'une contestation sérieuse" (art. 809 al. 1 rédac. décret 17 juin 1987, et jurispr. antérieure, par ex. Grenoble 30 oct. 1986, G.P. 29 nov.-1er déc. 1987, p. 19 : injonction de livrer suite à un refus de vente manifestement illicite), ne présente pas le même avantage puisque l'ordonnance de référé n'a pas autorité de chose jugée au principal. Mais elle constitue au moins un titre exécutoire provisoire (en ce sens, Cimamonti, th. préc. n° 36 et s.), d'autant plus important qu'il permet aujourd'hui (art. 31, loi 9 juil. 1991) de poursuivre jusqu'à son terme une exécution forcée sur les meubles. Encore faudra-t-il, une fois ces titres exécutoires, provisoire ou définitif, obtenus recourir aux saisies de droit commun, si le débiteur s'obstine à ne pas s'exécuter. Au contraire, si l'injonction de délivrer ou de restituer du décret du 31 juillet 1992 est obtenue selon une procédure qui ressemble tout d'abord à celle de l'injonction de payer ou de faire, c'est pour déboucher ensuite sur une saisie spéciale, la saisie-appréhension, dont elle est le premier acte : dans ce cas, l'injonction apparaît certes comme un préalable à l'exécution, mais aussi comme partie intégrante d'une voie d'exécution.

I - L'INJONCTION, PRÉALABLE À L'EXÉCUTION

Il s'agit des injonctions de payer et de faire, dont il faut constater la communauté de nature, en dépit de la diversité de leurs régimes.

A - NATURE COMMUNE DES INJONCTIONS DE PAYER ET DE FAIRE

Il y a, sur cette question de nature, le contre et le pour.

1°) Contra

De prime abord, l'affirmation d'une communauté de nature entre les injonctions de payer et de faire peut surprendre. La question s'est en effet posée dans le cadre de la loi Neiertz du 31 décembre 1989 de savoir quelles mesures pouvaient

être touchées par la suspension des voies d'exécution éventuellement ordonnée par le juge. Plusieurs décisions ont estimé que la notion de voie d'exécution ne concernait que l'exécution forcée de l'obligation de payer une dette de somme d'argent, ce qui a permis de considérer que les mesures d'expulsion n'étaient pas suspendues (T.I. Avignon 19 avr. 1990, T.I. Mulhouse 31 juil. 1990, D. 1992, somm. 110. Rappr., sous l'empire de l'ancien code de procédure civile, la jurisprudence qui décidait que les créances fondant les mesures conservatoires de la loi du 12 nov. 1955 ne pouvaient être que les créances de sommes d'argent, à l'exclusion des obligations de faire : Bordeaux 25 mars 1966, R.T.D. Civ. 1966, 857, obs. Raynaud). Il en résulterait aussi une distinction entre l'injonction de payer et l'injonction de faire. L'injonction de faire ne serait pas une voie d'exécution, alors que l'injonction de payer en serait une. L'article 47 de la loi du 25 janvier 1985 semble corroborer cette distinction : le jugement d'ouverture du redressement judiciaire arrête toute voie d'exécution de la part des créanciers antérieurs "tant sur les meubles que sur les immeubles" du débiteur. Or, seule l'injonction de payer pourra déboucher sur la saisie de meubles ou d'immeubles du débiteur. Cependant l'article 49 de la loi ajoute que les "voies d'exécution autres que celles visées à l'article 47 sont poursuivies...". La loi de 1985 distingue donc entre les voies d'exécution sur les biens, qui relèvent de l'article 47 et non 49 (cf. Paris 12 oct. 1988, D. 1988, IR 279, à propos d'une saisie-arrêt) et les "autres", c'est-à-dire les voies d'exécution sur la personne (v. à propos de l'expulsion, Civ. III, 21 fév. 1990, Bull. III, n° 52). Toutes les voies d'exécution ne sont pas suspendues (v. Com. 12 mai 1992, JCP 1992, I, 3617, et II, 21999, à propos de l'exécution forcée, malgré la procédure collective, d'une obligation d'adhérer à un GIE). Aussi la jurisprudence des juges d'instance précité n'a-t-elle de valeur explicative que pour la loi Neiertz. Elle n'interdit pas de penser que les injonctions de payer et de faire peuvent avoir la même nature, quoique leur objet soit différent, prestation pécuniaire pour l'une, prestation personnelle pour l'autre.

2°) Pro

Il faut reconnaître cette identité de nature, mais cela ne suffit pas. Quelle est cette nature commune ? De deux choses l'une : ou les injonctions de payer et de faire sont toutes deux des voies d'exécution, ou aucune des deux ne l'est. Cette seconde réponse s'impose : sans être de pures mesures conservatoires, elles ne sont pas des mesures d'exécution forcée ; elles consistent seulement à obtenir un titre exécutoire. C'est évident dans le cas de l'injonction de payer. Moins évident pour l'injonction de faire prononcée par le juge d'instance et surtout par le juge des référés, mais là aussi l'analyse confirme la thèse.

a) Injonction de payer

L'injonction de payer n'est pas une voie d'exécution mais la simple obtention d'un titre exécutoire. Certes, au vu des textes, une hésitation pourrait être permise : selon l'article 1405 al. 1 NCPC, "le recouvrement d'une créance peut être demandé suivant la procédure d'injonction de payer". Cependant, il apparaît assez vite que cette "voie de recouvrement" n'est pas une voie d'exécution. L'article 1413 précise en effet que la signification de l'ordonnance d'injonction de payer contient sommation de payer. L'injonction n'est donc ni plus ni moins qu'un commandement de payer. Certes, ce commandement n'est pas une simple mesure conservatoire. A propos de l'article 39 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 qui, en cas de recours contre une ordonnance d'exequatur, permet quand même au bénéficiaire de l'ordonnance de prendre des mesures conservatoires, Poitiers 20 mars 1985, Clunet

1988,143, considère qu'un commandement de saisie n'est pas une mesure conservatoire car il a pour but d'intimer un ordre alors que la mesure conservatoire tend à la sauvegarde d'un droit menacé. Certes aussi, la suspension des poursuites individuelles de l'article 47 de la loi du 25 janvier 1985 s'appliquera dès lors que le redressement judiciaire sera ouvert avant que l'ordonnance d'injonction de payer soit devenue exécutoire. Mais c'est parce que l'article 47 suspend toute "action en justice tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent", ce qui est beaucoup plus large que les voies d'exécution -sauf exception, la voie d'exécution n'est pas une action en justice (ce n'est que dans certains cas qu'on a besoin de demander au juge de l'autoriser) ; par ailleurs elle intervient en général après la condamnation au paiement : pour l'exécuter justement.

Donc il n'y a aucun argument décisif pour prétendre que l'injonction de payer serait une voie d'exécution. En revanche, il y a un argument décisif pour affirmer qu'elle constitue un titre exécutoire : c'est que tel est bien le sens de la jurisprudence (v. Paris 16 déc. 1983, D. 1984, IR 68 : saisie-arrêt en vertu d'une ordonnance d'injonction de payer rendue exécutoire). Et, en effet, si le débiteur n'obtempère pas à l'injonction de payer devenue exécutoire, il n'y a qu'une chose à faire : le saisir. En vertu de quel titre ? Mais de l'injonction !

b) Injonction de faire

L'ordonnance d'injonction de faire étant insusceptible de recours alors que l'ordonnance d'injonction de payer peut faire l'objet d'une opposition, l'injonction de faire semble plus énergique, plus proche d'une véritable voie d'exécution. Cependant, en cas d'inexécution totale ou partielle de l'injonction, le juge d'instance "statue sur la demande" (art. 1425-8 NCPC). Il n'est dit, ni qu'il délivre d'office un titre exécutoire, ni s'il doit statuer sur la base de textes permettant une exécution en nature, ou si l'injonction de faire inexécutée se résout en dommages-intérêts conformément à l'article 1142 du Code civil. C'est cette dernière solution que retient Paris 10 avril 1990, R.T.D. Civ. 1990, 567 : dès lors le juge d'instance se bornera à délivrer un titre exécutoire pour cette créance de dommages-intérêts. L'audience au cours de laquelle le juge vérifie si son injonction a été ou non exécutée est d'ailleurs révélatrice : le juge, dans l'ordonnance d'injonction de faire, fixe le délai et les conditions dans lesquelles l'obligation devra être exécutée (art. 1425-4). Mais, jusqu'à l'audience de compte-rendu de cette exécution, l'ordonnance n'apparaît que comme un moyen d'incitation du débiteur. Incitation plus qu'exécution : si le débiteur n'obtempère pas, le juge d'instance devra encore tenter de concilier les parties (art. 1425-8 al. 1). Incitation plus que véritable pression, même : il y a une certaine suspicion à l'égard du créancier demandeur, à qui il semble que l'on n'accorde l'injonction que du bout des lèvres, puisque, s'il ne vient pas à l'audience et ne fait pas savoir que l'injonction a été exécutée, celle-ci sera caduque (art. 1425-7 al. 2), comme si la demande d'injonction était alors présumée abusive : il faudra que le créancier vienne déposer à la barre son mot d'excuse, en justifiant d'un "motif légitime" pour que la caducité soit rapportée (art. 1425-7 al. 3). Ce n'est donc même pas l'ordonnance d'injonction de faire qui constitue le titre exécutoire, ce n'est que la décision que prendra le juge après l'audience de compte-rendu. Malgré les apparences, la supériorité de l'injonction de faire par rapport à l'injonction de payer est illusoire.

c) Référé-injonction de faire

Le référé-injonction introduit dans l'article 809 alinéa 2 NCPC par le décret du 17 décembre 1985 emprunte ses conditions (obligation non sérieusement

contestable) au référé-provision prévu par le même alinéa. Il est donc raisonnable d'étendre à l'un la jurisprudence qui se prononce sur la nature juridique de l'autre. Alors que les injonctions de payer ou de faire, prononcées par des juges du fond, ne deviennent des titres exécutoires qu'après certaines péripéties procédurales (écoulement des délais d'opposition, pour l'injonction de payer ; audience de compte-rendu, pour l'injonction de faire), paradoxalement l'injonction de faire prononcée par un simple juge des référés est tout de suite exécutoire, puisque l'exécution provisoire s'y rattache de droit. Il n'est donc pas étonnant que plusieurs arrêts, à propos du référé-provision, refusent aux mesures de l'article 809, al. 2, le caractère de mesures provisoires, soit en matière d'arbitrage (Civ. I, 14 mars 1984, R.C.D.I.P. 1984, 655 : application de l'art. 8 § 5 du règlement d'arbitrage de la C.C.I., impossibilité de référé de l'art. 809 al. 2 en cas d'instance arbitrale en cours) soit à propos de l'article 24 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 qui permet aux juridictions d'un État membre d'accorder les mesures provisoires prévues par sa loi, même si le fond dépend des juridictions d'un autre État (Aix 4 mai 1981, R.C.D.I.P. 1981, 110 ; v. cependant, implicitement favorable à la qualification de mesure provisoire Paris 17 nov. 1987, Clunet 1989, 96). De même, il faut reconnaître que le référé-injonction de faire n'est pas une pure mesure provisoire. S'il est exécuté, il procure au créancier la prestation exigée ; en cas de réformation de l'ordonnance de référé, il ne sera pas toujours possible de défaire ce qui a été fait. Par exemple dans le cas où le juge des référés ordonne à un vendeur de logiciel de donner le code d'accès à l'acheteur (Versailles 25 nov. 1987, Juris Data 045960), on aura beau changer le code d'accès, l'utilisation du logiciel avec le code d'accès initial sera un fait acquis sur lequel on ne pourra revenir : pour réparer les conséquences de l'ordonnance de référé mise à néant, on ne conçoit guère alors que des dommages-intérêts. Il y a bien un certain caractère irréfragable de l'exécution obtenue. Mais cela suffit-il à conclure que le référé-injonction de faire est une voie d'exécution ? Là encore, il faut raisonner sur l'hypothèse du débiteur obstiné, sommé d'installer une porte d'entrée avec serrure (cf. Paris 28 sept. 1987, Juris Data 026095) il ne livre pas la serrure ? L'ordonnance de référé a dès lors valeur de titre, exécutoire nonobstant appel. Le créancier aura été prudent de la faire assortir d'une astreinte : on en reviendra alors aux moyens de pression sur la volonté du débiteur. Il aura été plus prudent encore de demander au juge des référés de prévoir qu'en cas d'inexécution, il ferait poser la serrure aux dépens du débiteur, aux frais avancés par celui-ci, comme le permet l'article 82 de la loi du 9 juillet 1991 : ce sera alors la pure et simple application de l'article 1144 du Code civil. Mais qu'en est-il si le créancier a oublié de demander au juge cette précaution : l'ordonnance inexécutée se suffit-elle à elle-même, est-elle un titre permettant de faire payer au débiteur récalcitrant les frais de pose de la serrure ? La réponse est malheureusement négative : l'exécution aux dépens du débiteur suppose une autorisation judiciaire spéciale (Soc. 5 juin 1953, D. 1953, 601 ; Civ. III 20 mars 1991, Bull. III, n° 94), qu'il faudra demander au juge de l'exécution, puisqu'il connaît désormais des difficultés d'exécution des décisions de justice.

La conclusion s'impose : pas plus que les injonctions de payer ou de faire des articles 1405 et suivants NCPC, l'ordonnance de référé-injonction de faire n'est autre chose qu'un titre exécutoire. Ces titres sont plus ou moins perfectionnés, selon les diverses règles de leurs régimes juridiques.

B - RÉGIMES DES DIVERSES INJONCTIONS DE FAIRE ET DE PAYER

Une différence de régime essentielle entre les injonctions tient à l'organe qui les prononce : tantôt un juge des requêtes ou du fond, tantôt un juge des référés.

1°) Les injonctions des juges des requêtes ou du fond

L'injonction de faire du décret du 4 mars 1988 (art. 1425-1 et s. NCPC) a bien évidemment puisé son inspiration dans l'injonction de payer réformée par le décret du 12 mai 1981 (art. 1405 et s. NCPC). Différentes et cependant semblables, elles doivent être comparées quant à la compétence, à la procédure et aux effets.

a) *Compétence*

Il faut une fois de plus déchanter : la prétendue supériorité de l'injonction de faire sur l'injonction de payer est décidément un mythe. Sauf en matière de compétence territoriale, la compétence est beaucoup plus largement ouverte pour l'injonction de payer. Elle peut selon les cas être demandée au juge d'instance ou au président du tribunal de commerce du lieu où demeure(nt) le(s) débiteur(s), sans limite de taux de compétence, pour les créances contractuelles ou statutaires (importance en matière de copropriété notamment), liquides (évaluation selon les stipulations contractuelles, clause pénale comprise) et résultant de l'acceptation, l'endossement ou l'aval d'une lettre de change, de la souscription, l'endossement ou l'aval d'un billet à ordre, de l'acceptation d'un bordereau Dailly. Même si cette énumération est limitative (pas d'injonction de payer un chèque, Com. 12 juill. 1961, R.T.D. Civ. 1963, 616 ; ni semble-t-il un bordereau Dailly non accepté ; rapp. exigeant un bordereau accepté pour faire une saisie, T.G.I. Lyon 7 déc. 1988, G.P. 3-5 sept. 1989, p. 16) elle est nettement plus étendue qu'en matière d'injonction de faire, celle-ci n'étant possible que pour les obligations contractuelles de faire, stipulées dans un acte civil ou un acte mixte, et n'excédant pas le taux de compétence du tribunal d'instance (seul compétent à l'exclusion du tribunal de commerce) du lieu où demeure le défendeur ou du lieu d'exécution de l'obligation. Alors que dans les actes mixtes le demandeur non-commerçant a en principe le choix du tribunal civil ou consulaire, il ne l'a pas dans cette procédure réservée aux "petites" créances (contrairement à l'injonction de payer qui ne concernait que les petites créances à l'origine mais n'a plus de limite pécuniaire). Comme l'obligation de faire n'est pas une prestation pécuniaire, on se demande d'ailleurs selon quel critère l'évaluer. En fonction du prix dû en contrepartie ? L'injonction de faire ne se concevrait alors que dans les contrats synallagmatiques à titre onéreux, ce qui serait une limitation supplémentaire (rapp. Paris 10 avril 1990, Juris Data 023092, pas d'injonction de faire si le coût des travaux demandés n'est pas connu ; donc s'il s'agit de travaux, il faut les évaluer, ce qui risque de nécessiter une expertise, d'où des lenteurs). Certes l'option de compétence territoriale est une facilité. Mais on ne sait si la jurisprudence étendra à l'injonction de faire la solution de l'article 46 NCPC (quand l'obligation porte sur la livraison d'une chose, le tribunal du lieu d'exécution n'est compétent que s'il y a eu livraison effective. Solution qui devrait être écartée pour l'injonction de faire, le mot "effective" ne figurant pas dans l'article 1425-2 NCPC et l'application de l'exigence de l'art. 46 risquant de vider l'art. 1425-2 de son contenu).

b) *Procédure*

Au vu de la requête, le juge compétent rend, si la demande lui paraît fondée, une ordonnance d'injonction de payer ou de faire. L'article 1409 prévoit l'hypothèse où la requête n'apparaît qu'en partie fondée ; le juge accordant alors une injonction de payer partielle, pour la somme qu'il détermine. Curieusement l'article 1425-4 ne prévoit rien de tel pour la requête en injonction de faire, comme si le juge n'avait que

le choix du "tout ou rien" alors qu'une obligation de faire n'est pas forcément indivisible.

L'ordonnance d'injonction de payer est signifiée par huissier dans les formes de l'article 1413, l'ordonnance d'injonction de faire est signifiée par le greffe (comme sa "grande sœur" l'était avant 1981) ce qui est beaucoup plus commode car moins coûteux pour le créancier (art. 1425-5). Ce n'est pas le seul avantage de l'injonction de faire : les voies de recours contre elle sont aussi beaucoup plus étroites. En cas de rejet de la requête, la règle est certes la même. Le créancier n'a aucun recours, il ne peut que faire un procès au fond selon les conditions du droit commun (en demandant, par exemple, la résolution du contrat pour inexécution, ou en intentant au débiteur un procès en responsabilité contractuelle) : art. 1409 pour l'injonction de payer, art. 1425-9 pour l'injonction de faire (seule différence ici : le rejet partiel n'est pas prévu). C'est en cas de succès de la requête que la règle est en apparence différente. L'ordonnance d'injonction de payer est susceptible d'opposition du débiteur dans le mois de la signification de l'ordonnance (art. 1416) alors que l'ordonnance d'injonction de faire est insusceptible de recours (art. 1425-4). Cela semble constituer un avantage décisif. Il n'en est rien en vérité comme le montrent les effets des deux injonctions.

c) Effets

L'opposition du débiteur a pour effet de provoquer un débat contradictoire devant le juge ayant prononcé l'injonction de payer, sur le fond du litige dans son ensemble à moins qu'il ne s'agisse d'un litige excédant sa compétence d'attribution, auquel cas le dossier est transmis à la juridiction, compétente (art. 97, 1408, 1417 al. 3 NCPC). Si les parties ne viennent pas à l'audience, l'injonction de payer est déclarée non avenue (art. 1419). Or dans le cas de l'injonction de faire, il n'y a pas d'opposition mais les règles reviennent au même : à moins que le créancier ne fasse savoir que l'injonction a été exécutée, l'affaire est examinée contradictoirement au fond à une audience ultérieure dans les limites de la compétence d'attribution du juge d'instance, avec éventuel renvoi à la juridiction compétente (art. 97 et 1425-8 NCPC) ; si le demandeur ne vient pas, l'injonction est déclarée caduque (art. 1425-7, à rapprocher de l'art. 1419). Au cas où le débiteur ne fait pas opposition à l'injonction de payer, celle-ci pourra être revêtue de la formule exécutoire à la demande du créancier et produira les effets d'un jugement contradictoire en dernier ressort, susceptible seulement de pourvoi en cassation sur sa régularité formelle (art. 1422 ; Civ. II 23 mars 1991, R.T.D. Civ. 1991, 411 ; une opposition n'est pas possible puisque le jugement est traité comme contradictoire). Il n'a pas été nécessaire de prévoir cela pour l'injonction de faire : soit le débiteur s'exécute, soit il vient se défendre à l'audience. Mais c'est à l'issue de l'audience (sur opposition dans le cas d'injonction de payer ; à défaut d'indication par le créancier que l'ordonnance a été exécutée, dans l'injonction de faire) que la différence va se creuser. Si les prétentions du débiteur sont rejetées, "le jugement du tribunal se substitue à l'ordonnance portant injonction de payer" (art. 1420). Rien de tel n'a été prévu par le décret du 4 mars 1988, et l'on a vu la conséquence néfaste de cet oubli (cf. Paris 10 avril 1990, préc.) : le juge hésitera à prononcer une nouvelle injonction de faire et préférera parfois condamner à des dommages-intérêts. Cela trahit une certaine impuissance du droit à se faire respecter : le juge des référés est-il plus efficace ?

2°) L'injonction du juge des référés

Une réponse nuancée s'impose. Certes il y a beau temps que l'exigence d'une obligation "non sérieusement contestable" a cessé d'être un frein au développement du référé. En effet, le juge des référés est compétent pour prévenir un dommage imminent ou sanctionner un trouble manifestement illicite, y compris par une injonction de faire, même en présence d'une contestation sérieuse (art. 809 al. 1 NCPC ; rédact. décr. 17 juin 1987). D'où un conseil aux amateurs d'injonction de faire : si elle vous paraît douteuse sur le fondement de l'article 809 al. 2 essayez celui de l'article 809 al. 1 (v. Com. 26 fév. 1991, JCP 1992, II, 21914, 1^e esp.). Le caractère sérieusement contestable d'une obligation contractuelle ne fait pas obstacle à ce que le juge des référés en ordonne l'exécution pour prévenir un dommage imminent. En l'espèce une société s'était engagée à livrer tous les ans, à Rhône-Poulenc, des pulvérisateurs automoteurs. Elle refusait de livrer certains modèles nouveaux au motif que le contrat ne l'avait pas prévu. Le juge des référés l'y condamne sous astreinte, et le pourvoi est rejeté. Le "dommage imminent" résultait du fait que Rhône-Poulenc avait confié à la société la fabrication exclusive de ses pulvérisateurs.

Cependant, l'injonction de faire n'est qu'une faculté pour le juge des référés, et il peut être, dans son appréciation de l'opportunité de la mesure, enclin à la circonspection. Aussi refusera-t-il l'injonction toutes les fois qu'il lui apparaît d'avance que la mesure sera inutile parce qu'il n'y sera pas obtempéré, l'inexécution du contrat s'avérant irréversible (pour une illustration v. Versailles 13 fév. 1991, G.P. 19-20 avr. 1991, p. 26) : l'injonction n'étant qu'un préalable à l'exécution, à quoi bon le préalable, si l'on sait qu'il n'y aura pas d'exécution... Cette jurisprudence montre à quel point l'injonction de faire est une arme à double tranchant. Elle met "l'imperium" du juge au service de l'effectivité des droits du créancier. Mais le juge n'engage pas volontiers son "imperium" dans un combat douteux, d'où l'effectivité des décisions de justice risque de sortir égratignée. C'est sans doute pour cela que le décret du 31 juillet 1992 n'a fait qu'exceptionnellement de l'injonction une voie d'exécution.

II - L'INJONCTION - VOIE D'EXÉCUTION

Le décret du 31 juillet 1992 consacre ses articles 149 à 154 à "l'appréhension sur injonction du juge", d'un meuble corporel objet d'une obligation de délivrer ou de restituer. L'injonction prend alors place dans une nouvelle saisie, la saisie-appréhension. Cependant, derrière cette voie d'exécution d'une obligation de faire particulière, l'obligation de délivrer ou de restituer, se profile une obligation fondamentale, dont l'exécution forcée est rarement envisagée, mais qui pose pourtant parfois problème : l'obligation de donner elle-même.

A - L'INJONCTION DE DÉLIVRER

Une obligation de délivrer ou restituer peut exister dans de multiples situations : obligation du vendeur de livrer la chose dont il a rendu l'acquéreur propriétaire, obligation du locataire de remettre les meubles meublants au bailleur exerçant son privilège, obligation du débiteur de remettre au gagiste qui s'en est fait attribuer judiciairement la propriété, le gage, obligation du garagiste de rendre le véhicule réparé au client qui a payé (hypothèse spécialement prévue : les art. 170, 172, 173, 176 et 177 du décret relatifs à la saisie des véhicules s'appliquent à la

saisie-appréhension), obligation d'effectuer les restitutions consécutives à l'annulation ou à la résolution d'un contrat... En cas d'inexécution d'une telle obligation, le meuble corporel pourra être appréhendé entre les mains du débiteur ou, le cas échéant, d'un tiers détenteur, soit sur titre exécutoire, soit en vertu d'une injonction de délivrer ou restituer, prononcée sur requête, par le juge de l'exécution du lieu où demeure le débiteur (dont la compétence exclusive est d'ordre public : art. 149). En quoi cette injonction s'inscrit-elle dans le cadre d'une véritable voie d'exécution, différente des autres autorisations données par le juge de l'exécution en vertu de la loi du 9 juillet 1991 et du décret du 31 juillet 1992 ? En quoi l'injonction de délivrer ou restituer se distingue-t-elle d'une injonction de faire ?

1°) "Injonction" et "autorisation" du juge

L'injonction de l'article 149 du décret du 31 juillet 1992 est le seul acte juridictionnel de la réforme des procédures civiles d'exécution ouvrant une véritable mesure d'exécution et non une simple mesure conservatoire. En effet, dans la réforme, la saisie-attribution, mesure d'exécution à part entière qui a remplacé la saisie-arrêt, mesure en partie conservatoire, en partie d'exécution, ne peut plus, contrairement à sa devancière, être pratiquée sur autorisation du juge à défaut de titre exécutoire. Désormais, seules peuvent être effectuées ainsi les saisies conservatoires de meubles corporels, de créances, de droit d'associés ou de valeurs mobilières ; l'hypothèque judiciaire conservatoire ; le nantissement judiciaire conservatoire de fonds de commerce, d'actions, parts sociales ou valeurs mobilières. La différence avec la saisie-appréhension tient essentiellement aux effets de l'acte juridictionnel ; peut-être, mais c'est moins sûr, à la cause de la demande en justice.

a) Effets de l'acte juridictionnel

Les mesures conservatoires n'ont jamais pour effet la dépossession immédiate du débiteur ; dans le cas d'une saisie conservatoire, cette dépossession ne se produira qu'une fois obtenue la conversion en saisie-vente ; en attendant, le bien saisi est seulement rendu indisponible, placé sous main de justice pour en éviter le déperissement ou le détournement afin de protéger le créancier dont le recouvrement de la créance apparaît menacé : il y a réduction des prérogatives du débiteur sur le bien, non privation de celui-ci. Au contraire la saisie-appréhension retire le bien au débiteur : c'est une dépossession ou une expropriation d'utilité privée. L'appréhension sur injonction du juge est, à cet égard, apparemment plus expéditive encore que l'appréhension en vertu d'un titre exécutoire ordinaire. Cette dernière suppose en plus du titre un commandement de délivrer ou restituer, et ne prend effet que huit jours après ce commandement (art. 141). Au contraire, lorsque l'ordonnance d'injonction de délivrer est devenue exécutoire, le commandement n'est pas requis si le bien est entre les mains de la personne visée dans l'injonction, et si l'appréhension du bien est entreprise moins de deux mois après que l'ordonnance soit devenue exécutoire (après, elle devient caduque : c'est la garantie laissée au débiteur, pour éviter qu'il ne soit menacé de dépossession par simple mesure d'intimidation). Mais comment s'assurer que le bien est entre les mains du débiteur ? C'est l'objectif d'une saisie conservatoire, destinée à être pratiquée préalablement à la saisie-appréhension : la "saisie-revendication", en vertu de laquelle (art. 155) "toute personne apparemment fondée à requérir la délivrance ou la restitution d'un bien meuble corporel peut, en attendant sa remise, le rendre indisponible", ce qui suppose (art. 155, al. 2) "une autorisation préalable du juge délivrée sur requête". Le texte, on le voit, parle significativement "d'autorisation" mais pas "d'injonction".

b) Cause de la demande en justice

Une autre différence entre la saisie-appréhension et la saisie conservatoire (au moins la saisie conservatoire de droit commun, le cas de la saisie-revendication étant particulier) semble résider dans la cause de la requête adressée au juge. La saisie conservatoire de droit commun est pratiquée en vertu d'une créance de somme d'argent, qui doit paraître fondée en son principe et dont le juge détermine le montant pour lequel il autorise la saisie (art. 67, loi de 1991 ; art. 210 et 212 décr. 1992). La saisie-appréhension serait, quant à elle, pratiquée en vertu d'une obligation autre que de somme d'argent, essentiellement en vertu d'une obligation de faire. Elle serait l'une des saisies dont la cause n'est pas une créance pécuniaire avec, dans certains cas, la saisie-revendication et la saisie des véhicules terrestres à moteur (cf. art. 174 décr., "si le véhicule a été immobilisé pour obtenir le paiement d'une somme d'argent" : c'est donc qu'il est parfois immobilisé pour une autre cause). Cette observation n'est pas toujours exacte. Il y aura des cas où la délivrance ou la restitution d'un bien pourront être demandées en vertu d'une créance de somme d'argent : lorsqu'il y aura exercice du privilège du gagiste (ou du privilège du bailleur, qui lui est assimilé). C'est ce que corrobore l'article 145 du décret : lorsque le bien est appréhendé pour être remis au gagiste, "le décompte des sommes réclamées" doit être signifié au débiteur.

Cependant, dans les situations où la saisie-appréhension est effectivement pratiquée sur la base d'une obligation de faire, la combinaison des dispositions du décret de 1992 avec celles relatives aux injonctions de faire doit être envisagée.

2°) Injonction "de délivrance" et injonction "de faire"

Elle doit d'autant plus l'être que dans la phase qui précède la saisie-appréhension proprement dite sur la base de l'ordonnance d'injonction rendue exécutoire, la procédure d'injonction de délivrer ou restituer ressemble singulièrement à une procédure d'injonction de payer ou de faire : signification de l'ordonnance d'injonction au débiteur qui a quinze jours pour, soit transporter la chose à ses frais, soit faire opposition ; sur opposition, saisine de la juridiction compétente au fond, par le créancier dans les deux mois, à peine de caducité ; en l'absence d'opposition, délivrance de la formule exécutoire, l'ordonnance exécutoire ayant les effets d'un jugement contradictoire en dernier ressort (art. 151 à 153 décr.). Le choix entre injonction de délivrer et injonction de faire devra s'inspirer d'un ensemble de considérations :

- souhait d'une procédure au moins initialement non-contradictoire : l'injonction du décret du 4 mars 1988 ou celle du décret du 31 juillet 1992 s'imposent alors, le référé de l'article 809 al. 2 étant contradictoire par définition,

- injonction de "faire" autre que de délivrer (ex. . fabriquer, poser un élément d'équipement, divulguer une information) : le choix se limitera au référé de l'article 809 al. 2 ou au décret du 4 mars 1988, la saisie-appréhension est exclue,

- injonction de délivrer ou de restituer : la saisie-appréhension n'est pas exclusive du référé mais n'a pas la même finalité. Si la procédure peut être contradictoire sans danger pour le créancier, il aura intérêt à se constituer un titre exécutoire par la voie du référé, puis à saisir-appréhender en vertu de ce titre ; solliciter l'injonction du juge de l'exécution risque en effet d'être plus long et procéduralement plus compliqué en cas d'opposition. Reste à savoir si la saisie-appréhension est, pour les obligations de délivrer ou restituer, exclusive de l'injonction de faire des articles 1425-1 et s. NCPC. On est fondé à penser que oui :

"speciala generalibus derogant", or l'injonction de faire apparaît comme la procédure générale pour "l'exécution en nature d'une obligation" (art. 1425-1), la saisie-appréhension, comme la procédure spéciale.

Il est en tout cas une obligation à l'exécution de laquelle elles ne pourront servir ni l'une ni l'autre : c'est l'obligation de donner.

B - L'INJONCTION DE DONNER

L'injonction d'exécuter une obligation de donner passe pour une hypothèse d'école. Généralement, en vertu du principe du transfert de propriété "solo consensu", l'exécution forcée du transfert de propriété n'a pas lieu d'être puisque la propriété est supposée transférée en un instant de raison dès l'échange des consentements. Seule reste alors à exécuter l'obligation de délivrer. Même en cas de transfert de propriété différé, la question se pose souvent en des termes bien différents, car c'est fréquemment le vendeur qui diffère le transfert de propriété à son profit, jusqu'au complet paiement du prix (clause de réserve de propriété) : si le prix n'est pas payé, il se fera alors restituer le bien, soit dans les formes prévues par la loi du 25 janvier 1985, soit éventuellement à l'aide d'une saisie-appréhension si le débiteur est "in bonis" et refuse de déférer à l'action en revendication du vendeur. Là encore, ce n'est pas l'obligation de donner qui est en cause.

Elle semble bien, en revanche, concernée par une hypothèse particulière : celle où, après une promesse synallagmatique de vente d'immeuble sous seing privé, le vendeur refuse de se présenter devant notaire à la date prévue pour la réitération. Toutes les fois où il apparaîtra que dans l'intention des parties la promesse de vente vaut vente conformément au droit commun, la réitération ne sera pas une solennité nécessaire à la formation du contrat mais, soit une simple modalité d'opposabilité au contrat en vue de la publicité foncière, soit le moment jusqu'auquel est différé le transfert de propriété. Alors qu'initialement la jurisprudence considérait que jusqu'à réitération le vendeur n'avait qu'une obligation de faire se résolvant en dommages-intérêts (Civ. III, 2 avr. 1979, JCP 1981, II, 19697), elle admet aujourd'hui qu'il n'en va pas de même en cas de vente parfaite dès la promesse sous seing privé mais avec transfert de propriété différé à la réitération (Civ. III, 5 janv. 1983, D. 1983, 617). Dans ce cas l'acheteur a un droit acquis à devenir propriétaire (Collart-Dutilleul, "Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble", n° 282) : en exigeant la présence du vendeur lors de la réitération, c'est en réalité l'exécution forcée de l'obligation de donner qu'il exige. L'injonction faite au promettant de réaliser la vente par acte authentique dans un certain délai à dater de la signification du jugement (v. un vieil ex. dans T. civ. Seine, 15 juin 1932, G.P. 1932, 2, 565) est une véritable injonction judiciaire de donner, dans cette affaire le juge avait prévu qu'à défaut de réitération dans le délai sa décision vaudrait acte de vente. Il est devenu courant de demander en cas de défaillance du promettant, un "jugement valant acte" (c'est-à-dire en somme, valant transfert de propriété). v. Civ. III, 22 novembre 1968, Bull. III, n° 494. Dans ce cas on atteint peut-être à la voie d'exécution parfaite : celle qui, passé le stade de l'injonction, réalise une véritable substitution de l'imperium du juge à la volonté du débiteur.

L'OCTROI JUDICIAIRE D'UN DÉLAI DE GRÂCE

Par

Elie Joseph LOKO-BALOSSA
Maître-assistant à la Faculté de Droit de Brazzaville

Le Code civil permet au juge de tempérer la rigueur des créanciers intransigeants en accordant un délai de grâce au débiteur de bonne foi. Le délai de grâce est une mesure individuelle accordée par le juge, à qui le créancier réclame l'exécution (1). Le droit reconnu au débiteur de demander un délai de grâce n'est pas absolu (2) ; c'est une faveur qui dépend du pouvoir d'appréciation du juge en tenant surtout compte de la situation du débiteur et des besoins du créancier.

Le délai de grâce est susceptible d'être donné en toute matière, contractuelle ou extracontractuelle (3). Le délai de grâce est accordé quelle que soit l'obligation de donner, de faire ou de ne pas faire qui pèse sur le débiteur, par exemple l'obligation de quitter les locaux indûment occupés (4). De même, l'article 1184 alinéa 3 du Code civil permet au juge saisi d'une demande en résolution d'accorder "au défendeur un délai selon les circonstances". Exceptionnellement, quelques textes refusent la possibilité d'un délai de grâce en raison de la nature de la dette. Ne peut bénéficier de ce délai le débiteur d'une lettre de change, d'un billet à ordre ou d'un chèque (5), afin que les effets de commerce puissent circuler comme de véritables billets de banque. En matière pénale, les dispositions du Code de procédure pénale n'autorisent pas le juge répressif à se substituer à la juridiction civile pour l'application des règles qui, comme celles du Code civil, prévoyant l'octroi de délais de paiement aux débiteurs, et sont en outre étrangères à l'action civile en réparation du dommage causé par une infraction (6).

L'usage des délais de grâce remonte à la plus haute antiquité. Les Romains, en dépit de leur sévérité à l'égard des débiteurs, semblent les avoir connus. Primitivement, le prêteur a dû se servir, à titre exceptionnel de son *imperium* pour empêcher temporairement le créancier de poursuivre un débiteur victime de circonstances

(1) Philippe Malaurie, Laurent Aynès, *Droit civil, Les obligations*, éd. Cujas, 1985, N° 636, p. 450 ; Alex Weill, François Terré, *Droit civil, Les obligations*, 4e éd. 1986, N° 916, p. 914.

(2) Serge Guinchard, *Juris-classeur de procédure civile, Délai de grâce*, fascicule 520, 1, 1982, N° 3, p. 3.

(3) Henri et Léon Mazeaud, François Chabas, *Leçons de droit civil, tome II, obligations, théorie générale*, 1991, N° 910, p. 1014.

(4) Boris Starck, Henri Roland, Laurent Boyer, *Droit civil, obligations*, 2e éd., t. 2, N° 2005, p. 710 ; Paris, 3 déc. 1955, *Gaz. Pal.* 1956. 230. 2e arrêt.

(5) Philippe Malaurie, Laurent Aynès, *op. cit.*, p. 450.

(6) *Crim.* 3 déc. 1931, *Bull. crim.* N° 322, p. 846.

malheureuses. Plus tard, au début du VII^{ème} siècle de l'ère romaine, l'apparition des contrats de bonne foi a sans doute permis à ce même prêteur d'accorder au débiteur dans la misère, une "exceptio doli", contre le créancier poursuivant (7).

Les rédacteurs du Code civil, après avoir posé le principe de la toute puissance du contrat, ont néanmoins repris les traditions anciennes en maintenant l'institution des délais de grâce. Ils ont laissé aux juges le soin de les accorder en reportant par exemple le paiement des sommes dues. Ainsi, aux termes de l'article 1244-1 du Code civil : "Toutefois, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, le juge peut, dans la limite de deux années, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues"(8). L'article 510 du nouveau Code de procédure civile précise en outre : "... le délai de grâce ne peut être accordé que par la décision dont il est destiné à différer l'exécution. L'octroi du délai doit être motivé". L'actuel article 1244 du Code civil contient des règles d'aménagement de la dette en faveur du débiteur dont le contenu rappelle fortement les règles instituées en matière de redressement judiciaire civil par la loi du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles (9).

Le pouvoir du juge d'accorder un délai de grâce ne dépassant pas deux ans est évidemment confirmé par l'article 1244-1 du Code civil, étant observé qu'il devra pour cela prendre en compte non seulement la situation du débiteur, mais aussi les besoins du créancier. Le juge pourra soit reporter simplement, soit échelonner le paiement des sommes dues. Au prix d'une motivation particulière, il peut encore réduire le taux d'intérêt jusqu'à la limite du taux légal et décider de l'imputation des paiements sur le capital. Ces mesures peuvent être subordonnées à l'accomplissement, par le débiteur, d'actes propres à faciliter ou garantir le règlement de la dette. La décision octroyant le délai de grâce suspend les procédures d'exécution qui auraient été engagées par le créancier, et les pénalités de retard cessent d'être dues (10).

Le délai de grâce est avant tout une faveur faite par les juges au débiteur. Le Code civil reconnaît au juge le pouvoir d'accorder au débiteur un délai de grâce, ce qui est une exception au principe posé par l'article 1244 du Code civil qui précise que le paiement ne peut être divisé. Il suppose par conséquent, que le juge ordonnera le paiement par acomptes (11). Cette faculté accordée par le législateur aux juges est exceptionnelle puisqu'elle marque l'intervention de la justice dans les rapports juridiques des parties. Ainsi, pour mettre en lumière ce rôle de premier plan dévolu aux juges dans les rapports juridiques des parties, il convient au préalable d'examiner la faculté exorbitante reconnue aux juges par la loi d'accorder un délai de grâce, et d'analyser ensuite les pouvoirs de la juridiction saisie.

(7) Roland Texier, *Le délai de grâce*, Librairie technique et économique, 1938, p. 20.

(8) Cf. art. 83 de la loi N° 91-850 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.

(9) Hervé Croze, *La loi N° 91-850 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution : le nouveau droit commun de l'exécution forcée*, *La semaine juridique* N° 6-1992, I-3555, p. 64.

(10) Cf. art. 1244-2 (art. 83 de la loi N° 91-550 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution).

(11) Marcel Planiol, *Traité de droit civil*, tome II 1957, L.G.D.J., N° 1494, p. 553.

I - LA FACULTÉ EXORBITANTE RECONNUE AUX JUGES PAR LA LOI D'ACCORDER UN DÉLAI DE GRÂCE

Le délai que le Code civil permet aux juges d'accorder est facultatif. Cette faculté concédée aux tribunaux par le législateur est exorbitante du droit commun, elle viole la loi du contrat (12). Le débiteur peut se trouver dans les conditions requises pour solliciter un délai de grâce avec succès, il ne peut nullement prétendre y avoir droit, quand bien même sa situation serait digne d'intérêt.

Le pouvoir facultatif accordé aux juges par la loi s'étend-il à toutes les obligations, ou concerne-t-il seulement les obligations de payer une somme d'argent ?

L'article 1244-1 du Code civil parle du débiteur en général, et s'applique au paiement des sommes dues. Or, il ne faut pas entendre le terme de paiement dans le sens étroit et vulgaire de versement d'une somme d'argent. Il faut l'admettre dans le sens juridique qui lui est propre, c'est-à-dire comme l'exécution de la prestation due par le débiteur, quel qu'en soit l'objet. Les délais fixés par l'article 1244-1 sont inclus au chapitre V du Code civil : "De l'extinction des obligations", sous le titre III : "Des contrats ou des obligations conventionnelles en général". Participant à la théorie générale des obligations, elle a une portée générale, qui doit recevoir son application quelle que soit la cause du droit du créancier. Logiquement, on ne voit pas le motif pour lequel on refuserait des délais pour l'exécution d'une obligation de faire. Pourquoi donc l'entrepreneur qui ne peut, par suite de circonstances malheureuses, fournir à temps le travail promis serait-il traité plus rigoureusement que l'acquéreur d'un fonds de commerce pour payer le prix d'achat ? Il n'y a même aucune raison juridique valable pour refuser des délais aux débiteurs tenus soit en vertu d'un quasi-contrat, soit en vertu d'un délit ou d'un quasi-délit. Il faut donc admettre que la faculté d'obtenir des délais n'est pas donnée aux seuls débiteurs d'une somme d'argent, mais à tous ceux qui sont tenus d'une obligation quelconque, sous réserve des exceptions prévues par le Code. Le Code civil contient quelques applications de ce pouvoir général, ainsi l'article 1184 du Code civil, qui s'applique aux obligations de faire comme aux obligations de donner, permet au débiteur d'obtenir un délai de grâce pour l'exécution de ses obligations avant que la résolution du contrat à ses torts et griefs ne soit prononcée par le juge.

Nous trouvons une autre application particulière du délai de grâce dans le paragraphe 2 de l'article 1655 du Code civil. Si le vendeur d'un immeuble n'est pas en danger de perdre la chose et le prix, le juge peut, à son gré, accorder ou refuser un délai à l'acquéreur, pour lui permettre de s'acquitter, avant de déclarer la vente résolue pour défaut de paiement du prix.

En matière de louage, l'article 1769 du Code civil indique que si la récolte a été détruite par cas fortuit, le juge peut dispenser provisoirement le preneur de payer une partie du prix de la location en raison de la perte soufferte.

Lorsque, dans un contrat de dépôt, il n'a pas été fixé de terme pour la restitution, l'article 1900 du Code civil prévoit que le juge peut accorder à l'emprunteur un délai suivant les circonstances.

Ajoutons qu'il n'est plus discuté que les délais de grâce peuvent être octroyés pour les dettes commerciales comme pour les dettes civiles (13), à condition toutefois qu'il ne s'agisse pas de lettre de change (14).

(12) Planiol et Ripert, Droit civil, tome VII, 1954, N° 1018, p. 358.

(13) Joseph Issa-Sayegh, Contrats et obligations, Juris-classeur civil 1987, art. 1235 à 1248, fasc. 3. p. 12, N° 77.

(14) Jacques Deveau, Le délai de grâce dans le Code civil et dans la législation contemporaine, Montchrestien, 1937, p. 59.

On relève, dans la jurisprudence, les cas plus divers d'intervention des magistrats dans l'exécution des conventions pour concéder un délai au débiteur d'une obligation, que ce soit pour des fournitures de marchandises ou de travaux, ou pour des expulsions de lieux (15). Les tribunaux accordent aussi des délais non seulement pour exécuter une obligation principale, mais pour payer le montant de la clause pénale insérée dans un contrat pour retard dans l'exécution (16).

Le champ d'application de l'article 1244-1 est donc très étendu. Avant d'en fixer les limites, il convient de préciser les circonstances de l'octroi judiciaire d'un délai de grâce, et de déterminer les juridictions compétentes pour accorder les délais de grâce.

A - LES CIRCONSTANCES DE L'OCTROI JUDICIAIRE D'UN DÉLAI DE GRÂCE

Les juges vont-ils indifféremment accorder des délais de grâce à tous les débiteurs poursuivis par leurs créanciers ? Parmi les sollicitations dont ils ne manqueront pas d'être l'objet, il va leur falloir faire un tri, discerner ceux d'entre les débiteurs gênés, qui sont dignes d'intérêt, des autres qui ont été seulement négligents ou coupables. Quelles conditions doivent donc réunir les débiteurs pour être à même de mériter cette faveur des juges ? L'article 1244-1 du Code civil donne certaines indications aux juges. Le législateur de 1804, selon son habitude, s'était montré avare de précisions ; il incitait seulement les juges à considérer la "position du débiteur". Une fois de plus, il s'était effacé discrètement devant eux pour leur laisser une liberté d'appréciation plus grande. Dans l'esprit des rédacteurs du Code civil, le débiteur devait, pour pouvoir bénéficier des délais de grâce, avoir été victime de circonstances malheureuses, imprévisibles, indépendantes de faire honneur à ses engagements. Il devait être à même de justifier que son insolvabilité n'était que passagère, d'un excédent d'actif sur son passif. Il devait enfin prouver que la réalisation immédiate de ses biens eut été pour lui désastreuse, alors qu'un léger délai lui aurait aisément permis de satisfaire ses créanciers.

Les réformes apportées à l'article 1244 par la loi N° 91-850 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, ne paraissent pas avoir modifié ce point de vue. Les juges doivent toujours tenir compte en rendant leurs décisions, de "la situation du débiteur et des besoins du créancier".

1 - Les circonstances relatives à la situation du débiteur

Aux termes de l'article 1244-1 du Code civil : "Toutefois compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, le juge peut, dans la limite de deux années, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues...". L'article 1244-1 indique aux juges de prendre en considération la situation du débiteur. L'octroi de délais de grâce est jugé comme une faveur (17). Les juges sont investis d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier les circonstances qui peuvent les déterminer à accorder des délais au débiteur (18). L'article 512 nouveau du Code de procédure civile prévoit néanmoins un certain nombre de circonstances dans lesquelles le débiteur ne peut obtenir du juge de délais de grâce ou doit être déchu s'il lui en a été accordé. En dehors de ces cas, quels éléments de la situation du débiteur les juges peuvent-ils prendre en compte pour décider qu'il mérite une telle mesure ?

(15) Cass. req. 20 oct. 1925, D.26.I.116.

(16) Jacques Deveau, op. cit., p. 59.

(17) Joseph Issa-Sayegh, Contrats et obligations, Juris-classeur civil 1937, fasc. 3. N° 86.

(18) Jacques Deveau, op. cit., p. 60.

Bien souvent, les juges constatent que le débiteur est malheureux et de bonne foi (19). L'article 1244-1 ne fait aucune allusion à la bonne foi et on est donc conduit à se demander si celle-ci n'est pas nécessaire pour obtenir un délai de grâce. Mais rien n'interdit, on s'en doute, aux juges de s'inspirer de cet élément essentiel (20). De ce débiteur malheureux et de bonne foi, M. Angé, rapporteur à la commission d'agriculture, s'est efforcé, au cours des travaux préparatoires de la loi du 25 mars 1936, de donner une définition. "C'est, dit-il, celui qui ne peut payer et ne se livre à aucune manoeuvre ou fraude pour diminuer l'actif gage du créancier". Définition qui, pour être moins complète, n'est cependant pas si éloignée de celle que donnait Treilhard dans les travaux préparatoires du Code civil. L'expression elle-même "de débiteur malheureux et de bonne foi" n'est pas nouvelle ; il s'en faut de beaucoup ; on la retrouve tout au long de la jurisprudence et même dans des arrêts anciens comme celui de la Cour de Colmar du 29 juillet 1850 où il est question d'un saisi "malheureux et de bonne foi" à qui la Cour accorde des délais (21). La loi Neiertz (22) en son article 1er, fait tout de même mention de la notion de débiteur de bonne foi, sans pour autant la définir.

Si cependant la qualité de malheureux chez un débiteur ne présente pas de grandes difficultés ni quant à sa définition, ni quant à sa preuve, il en va tout autrement de la bonne foi. Qu'est-ce que la bonne foi ? Nulle part, dans la loi, on n'en trouve de définition et ce n'est pourtant pas faute d'en parler. Dans toutes les matières que traite le Code civil, qu'il s'agisse du droit des obligations, de celui des personnes ou de celui des biens, il est fait maintes fois allusion à la bonne foi. L'article 1134 précise que les contrats doivent être exécutés de bonne foi, l'article 2263 au titre de la prescription la présume chez tous les sujets de droit. Au débiteur de bonne foi sont réservés certains privilèges, ainsi il peut faire l'abandon de ses biens à ses créanciers. Mais la loi ne précise pas quelle doit être la conduite du débiteur de bonne foi dans l'exécution de ses obligations.

Devant ce silence du législateur, la jurisprudence (23) et les auteurs (24) se sont efforcés de dégager cette théorie de la bonne foi. Le débiteur de bonne foi, digne du bénéfice d'un délai de grâce, est donc celui qui a toujours tenu ses engagements mais qui, victimes des circonstances, ne peut plus exécuter ses obligations et qui alors, ou dolosives, préfère par exemple avertir ses créanciers et mettre éventuellement son patrimoine sous le contrôle de la justice avant que tout son actif ne soit dissipé.

Les juges réservent leurs faveurs aux débiteurs malheureux, mais demeurés honnêtes, qui justifient qu'ils ont tenté l'impossible pour tenir leurs engagements et prouvent, par le tableau de leur situation, que les créanciers ne perdent rien à attendre. Mais ces faveurs ne sont pas accordées au débiteur surendetté et de mauvaise foi. La Cour d'appel de Versailles rappelle : "... N'est pas de bonne foi au sens de l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989 et ne peut donc être admis au bénéfice du redressement judiciaire civil, le débiteur qui, loin d'être victime d'une "spirale d'endettement" à laquelle il n'aurait pas pu résister, multiplie les emprunts auprès des prêteurs volontairement sélectionnés pour leur ignorance de sa situation et continue

(19) Civ. 5 oct. 1962, Bull. civ. I, n° 403 ; Aix-en-Provence, 29 nov 1973, D.S. 1974, somm. 23.

(20) Juris-classeur civil 1960, Contrats et obligations en général, paiement époque, art. 1235-1248, fasc. 72-73, n° 30, p. 8.

(21) Roland Texier, *Le délai de grâce*, Paris, Librairie technique et économique, 1938, p. 55.

(22) Loi N° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles.

(23) Pau 17 déc. 1990, Recueil Dalloz Sirey 1991, p. 270, note Jean-Claude Groslière ; Civ.(1ère), 4 avr. 1991, Recueil Dalloz Sirey 1991, note Bernard Bouloc.

(24) Gilles Paisant, *La loi du 31 décembre 1989 relative au surendettement des ménages*, Semaine juridique 1990, I, 3457 ; Bernard Bouloc, *Le surendettement des particuliers et des familles*, sommaires commentés, Recueil Dalloz Sirey 1991, p. 49 et s.

à s'endetter en même temps qu'il demande des délais de paiement à ses premiers créanciers" (25). Les juges refusent par conséquent leurs faveurs, à ceux qui ne cherchent, en sollicitant des délais, qu'un moyen purement dilatoire pour mieux dissiper leur actif aux dépens de leurs créanciers, où même à ceux dont la situation est si critique qu'il n'y a pas à espérer les voir se relever à jamais (26). Dans l'un et l'autre cas, il n'y a pas intérêt à modifier le cours des contrats, le débiteur de mauvaise foi (27) ne mérite pas qu'on prenne son sort en considération, le débiteur irrémédiablement perdu n'en éprouverait aucun soulagement, le juge ne serait que le médecin inhumain qui, par quelques piqûres, prolonge l'agonie du moribond. Une ordonnance de référé, rendue par M. le président du tribunal civil de Strasbourg illustre ce que nous venons de dire, elle précise : "pour bénéficier du délai de grâce, le débiteur doit être malheureux et de bonne foi, qu'il doit justifier que l'exécution rigoureuse de l'obligation lui causerait un grave préjudice et aussi établir que ses biens sont suffisants pour satisfaire ses engagements" (28).

Il n'en reste pas moins vrai que l'appréciation de la bonne foi du débiteur reste bien délicate. Il faudra au juge se départir de sa réserve habituelle, examiner non plus seulement les actes, mais aussi pénétrer les intentions les plus secrètes des parties, "se pencher sur les âmes et scruter les consciences". Le débiteur ne pourra d'ailleurs qu'affirmer qu'il a toujours agi ainsi, heureusement pour lui, il n'aura aucune preuve à faire. La jurisprudence a fait de l'article 2268 du Code civil, au titre de l'usucapion, un principe général de droit. Comme l'écrit Ripert dans son ouvrage sur "La règle morale dans les obligations civiles", "Celui qui réclame les effets juridiques attachés à la bonne foi n'a aucune preuve à faire quant au caractère de sa bonne volonté et à la valeur de ses sentiments, c'est contre lui qu'il faut établir la mauvaise foi" (29).

Suffit-il d'être débiteur malheureux et de bonne foi pour mériter un terme de grâce, même si on ne peut offrir de garanties et si on est dénué de ressources ? Certains auteurs l'ont prétendu (30). Cependant, une partie de la jurisprudence exige que le débiteur offre des garanties de solvabilité (31), et le législateur exige aux juges de s'inspirer, en rendant leurs décisions, de "la situation du débiteur". Les juges ont en outre, à tenir compte "des besoins du créancier".

2 - Les circonstances relatives aux besoins du créancier

Après avoir établi le principe de l'indivisibilité du paiement en indiquant dans l'article 1244 : "Le débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette, même divisible", l'article 1244-1 du Code civil dispose encore : "... le juge peut, dans la limite de deux années, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues" (32).

L'article 1244-1 du Code civil en permettant au juge d'accorder des délais de grâce au débiteur pour l'exécution de l'obligation comporte donc une disposition exceptionnelle, dérogoratoire au droit commun, c'est-à-dire au régime de liberté des conventions et de leur force obligatoire. Le juge doit cependant tenir compte de plusieurs critères que l'article 1244-1 indique, notamment "les besoins du créancier".

(25) Versailles, 13e ch. 20 déc. 1990, Recueil Dalloz Sirey 1991, p. 197, note Jean-Luc Aubert.

(26) Com. 10 juin 1963. Bull. civ. III, N° 284.

(27) L'article 16 de la Loi Neiertz prive le débiteur surendetté et de mauvaise foi du bénéfice de ladite loi.

(28) 13 mars 1937, D.H. 1937, p. 375.

(29) G. Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, N° 157, p. 305.

(30) R. Lorans, Le délai de grâce et l'aménagement des dettes, thèse, Bordeaux, imp. de Biere 1940, p. 37.

(31) Colmar, 22 déc. 1936, Rev. Alsace Lorraine, 1937, 134.

(32) Loi N° 91 -650 du 9 juillet 1991, art. 83.

Le contrat met en présence un créancier et un débiteur. Les juges ne doivent-ils envisager que la situation d'un seul des deux contractants ? N'ont-ils pas à se préoccuper aussi de celle du créancier ? S'il est des débiteurs malheureux, il existe aussi des créanciers malheureux, pareille situation n'a rien de paradoxal. Il n'y a pas de cloison étanche entre créanciers et débiteurs. La vie pratique nous montre des situations complexes, enchevêtrées, où chacun est à la fois créancier et débiteur. Un délai malencontreux accordé à un débiteur, peut amener la ruine de son créancier qui, lui-même débiteur, doit faire face à des engagements pour l'exécution desquels il pouvait légitimement compter sur ce qui était dû.

L'article 1244-1 est une application de la bonne foi, de l'équité. Il a confié aux juges la mission de concilier les intérêts opposés du créancier et du débiteur et, pour atteindre ce résultat, leur a permis d'imposer, le cas échéant, un léger sacrifice au créancier. Les juges ne peuvent néanmoins se désintéresser complètement du sort de ce dernier. Que gagnerait l'équité s'ils allaient jusqu'à "ruiner le créancier pour ne pas ruiner le débiteur" (33). D'ailleurs, le seul fait que les juges exigent du débiteur la justification de sa solvabilité pour lui accorder un délai, n'est-il pas la preuve même qu'ils prennent en considération les besoins du créancier. S'ils favorisent le débiteur, ils veulent néanmoins conserver au créancier certaines garanties. L'orateur du gouvernement, en justifiant l'institution du délai de grâce lors de l'élaboration du Code civil, n'insinua-t-il pas qu'il était parfois de l'intérêt même du créancier de surseoir quelques temps à l'exécution (34) ?

La jurisprudence, avec le sens des nuances qui lui est habituel, l'a bien entendu ainsi. Certains arrêts, dont un de la Cour de Bordeaux (35) ont jugé que le débiteur ne peut bénéficier d'un délai qu'autant que la situation du créancier le permet, sans que ce délai puisse nuire au poursuivant et "sans compromettre même le paiement des intérêts qui lui sont dus", ajoute également la Cour de Colmar (36). Un jugement du tribunal civil de la Seine précise "que si le juge doit tenir compte des circonstances économiques pour apprécier humainement la situation du débiteur, il ne saurait pour cela perdre de vue les intérêts non moins respectables du créancier ; qu'il doit se montrer circonspect dans l'octroi des délais et ne les accorder que si le débiteur a fait des efforts réels pour se libérer... s'il apparaît aussi que les délais permettront au débiteur de se relever tout en faisant face à ses engagements et que ces délais n'auront pas, au contraire, pour effet d'aggraver à la fois la situation du créancier et celle du débiteur" (37). Certes, le créancier a droit au paiement, et le débiteur est obligé de payer. Si l'un et l'autre sont dans une situation malheureuse, il est plus rationnel que le droit du créancier l'emporte : les tribunaux doivent donc tenir compte également des besoins de ce dernier et, si faire se peut, concilier les intérêts opposés sans sacrifier l'un à l'autre (38). Certains auteurs s'accordent également pour reconnaître que la position plus moins malheureuse du créancier ne fait pas, en principe, obstacle absolu à l'obtention de délais par le débiteur ; mais cependant, les juges doivent y avoir égard dans une mesure équitable : "Il est inadmissible qu'ils ruinent le créancier pour venir en aide au débiteur" (39). Il serait contraire à la justice de provoquer la ruine du créancier par une indulgence coupable à l'égard du débiteur (40). Les prêteurs ne sont pas tous des usuriers rapaces, il y a beaucoup de personnes, de très modeste situation, qui retirées des affaires, ont placé leurs économies

(33) Laurent, tome XVII, n° 572.

(34) Roland Texier, op. cit., p. 60.

(35) 30 août 1831, Jur. Gén. Dalloz, au mot obligations, N° 1 774 (note 4).

(36) 29 juillet 1850, cité par Roland Texier, op. cit., p. 60.

(37) 19 octobre 1937, D.H. 1937, p. 578.

(38) Bordeaux, 30 août 1831, D.32.2.252.

(39) Baudry-Lacantinerie et Barde, t. II, 1491 ; Demolombe, t. XXV, 593.

(40) Jacques Deveau, op. cit., p. 61.

en octroyant des prêts. Elles espèrent pour assurer leur existence sur le paiement ponctuel des intérêts, ou sur le remboursement du prêt. Il serait profondément injuste de les sacrifier pour sauver leurs débiteurs. Le juge étant tout de même proche des justiciables, il peut dans certaines circonstances concilier les intérêts opposés du débiteur et du créancier.

B - JURIDICTION COMPÉTENTE POUR ACCORDER UN DÉLAI DE GRÂCE

Le délai de grâce n'est jamais de droit ; par définition il est judiciaire. C'est aux tribunaux qu'appartient la faculté d'accorder des délais de grâce, même dans les hypothèses où le créancier est porteur d'un titre authentique et exécutoire, par exemple un acte notarié (41). D'autre part, ce droit reconnu au débiteur de demander un délai de grâce n'est pas absolu ; c'est une faveur qui dépend du pouvoir d'appréciation du juge, même si certains textes spéciaux le consacrent expressément. En application de l'article 1244-1 du Code civil, les juges peuvent accorder au débiteur des délais pour le paiement des sommes dues (42). La juridiction de l'ordre judiciaire est compétente pour accorder un délai de grâce. Néanmoins en cas d'urgence, le juge des référés a la faculté de statuer en tout état de cause.

1 - Compétence de la juridiction de l'ordre judiciaire

A l'encontre de l'ancien droit, où le Roi aussi bien que les juges pouvaient accorder des répits de surséances aux débiteurs malheureux, le Code civil a réservé ce pouvoir aux juridictions de l'ordre judiciaire (43). L'article 1244-1 du Code civil pose la règle suivante : "...le juge peut...". Les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent ainsi, si bon leur semble, entraver l'exécution des conventions privées au profit des débiteurs. L'autorité administrative ne saurait accorder un délai de grâce sans méconnaître le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires (44).

La modification de l'article 1244 du Code civil ainsi que l'évolution de la jurisprudence permettent d'affirmer que la procédure d'obtention des délais de grâce se trouve considérablement simplifiée et facilitée (45). Ainsi, les juges d'appel saisis d'une demande de terme de grâce peuvent l'accorder, sur le fondement de l'article 1244-1 du Code civil, même si une telle demande n'avait pas été formulée en première instance (46).

La décision du juge, prise en application de l'article 1244-1, suspend les procédures d'exécution qui auraient été engagées par le créancier (art. 1244-2). L'article 512 du nouveau Code de procédure civile dispose que le délai de grâce ne peut être accordé au débiteur dont les biens sont saisis par d'autres créanciers, ni à celui qui a diminué les garanties qu'il avait données par contrat à son créancier. Le texte ajoute que le règlement judiciaire ou la liquidation des biens fait obstacle à l'octroi d'un délai de grâce, mais sur ce point le texte est contredit par la nouvelle réglementation du redressement judiciaire (art. 74 et s. loi du 25 janvier 1985).

Il faut également décider que, faute de texte en sens contraire, une clause résolutoire de plein droit, dont l'effet est de faire disparaître le contrat et automatiquement, empêche le juge d'accorder un délai de grâce, le juge n'ayant, suivant l'expres-

(41) Serge Guinchard, *Juris-classeur de procédure civile, Délai de grâce*, fascicule 520,1, 1982, N° 3, p. 3.

(42) Voir également, Yvette Lobin, note sous Dieppe, 3 janvier 1976, D.S. 1976, p. 491.

(43) Roland Texier, *op. cit.*, p. 46.

(44) C.E. 11 déc. 1942, *Gaz. Pal.*, 1943, I, 153.

(45) Joseph Issa-Sayegh, *op. cit.*, N° 76, p. 12.

(46) Civ. 14 nov. 1970, *Bull. civ. III*, N° 610.

sion de M. Mestre, "pas le pouvoir de ressusciter un contrat d'ores et déjà anéanti" (47).

Dans l'hypothèse de cessation de paiement, la cessation des paiements ne saurait exister lorsque les dettes que le débiteur ne veut payer ne sont pas certaines, liquides et exigibles (48). Les juges du fond doivent rechercher si le passif du débiteur pris en compte est bien exigible au jour où ils statuent (49). L'octroi exprès ou implicite de délais ne permet plus aux créanciers d'exiger la mise en redressement ou en liquidation judiciaire (50). Il n'en est ainsi cependant qu'autant que les délais accordés n'ont pas fait l'objet d'une déchéance intervenue par application de l'article 1188 du Code civil. Lorsque le créancier poursuivant a accordé des délais à son débiteur, ce dernier qui est en mesure par ailleurs de faire face à tout son passif exigible peut parfaitement solliciter la clôture par extinction du passif, ou mieux exiger le rapport, sur appel, de la mesure de liquidation de biens précédemment prononcée contre lui (51). Le débiteur peut évidemment obtenir des délais par application de l'article 1244-1 du Code civil. Cette mesure ne peut cependant intervenir en référé lorsque des poursuites en ouverture de la procédure ont été entamées contre le débiteur car alors ces délais risquent de préjudicier au principal (52). De même, le tribunal ne saurait accorder de délai si des poursuites en ouverture de la procédure sont exercées (53).

La compétence générale reconnue aux juridictions de l'ordre judiciaire d'accorder des délais de grâce est parfois tempérée par certaines juridictions. C'est ainsi qu'il a été jugé que le juge des référés n'est compétent pour accorder des délais de paiement en vertu de l'article 1244-1 du Code civil que si les circonstances invoquées par le débiteur sont postérieures au jugement de condamnation et n'ont pu, en conséquence, être soumises au juge du fond (54).

2 - Compétence du juge des référés en cas d'urgence

L'article 510 du nouveau Code de procédure civile pose un principe et une exception. Le principe, c'est que le délai de grâce ne peut être accordé par la décision dont il est destiné à différer l'exécution. L'exception, c'est qu'il peut en aller autrement si la loi permet que le délai soit accordé par une décision distincte.

Dans des domaines plus spécifiques, le législateur reconnaît expressément la possibilité, pour une catégorie déterminée de débiteurs, d'obtenir un délai de grâce. Ainsi, l'article 5 de la loi N° 75-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, énonce que l'exécution des obligations du débiteur peut être, notamment, en cas de licenciement, suspendue par ordonnance du juge d'instance statuant en référé, dans les conditions prévues à l'article 1244 du Code civil ; la même disposition se retrouve dans l'article 14 de la loi N° 79-596 du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier.

La compétence du juge des référés ne joue que dans le cadre des limites fixées par la jurisprudence entre la loi du 25 mars 1936 et l'entrée en vigueur du nouveau

(47) Jacques Mestre, cité par Mazeaud, *op. cit.*, p. 1015, N° 910.

(48) Cass. Com. 31 juill. 1950 : *Gaz. Pal.* 1950, II, 291-Req. 9 fév. 1903 ; D.P. 1903, I, 137, note Thaller.

(49) Cass. Com. 18 juin 1930, *Bull. civ.* IV, n° 262.

(50) Trib. com. Seine 15 fév. 1959, D.1959, 441, note Houin ; Cass. com. 17 mars 1969, *Bull. civ.* IV, n° 99.

(51) Paris 16 fév. 1970, *J.C.P.* 70, éd. A, IV, 5734, obs. J.A.

(52) Bernard Soinne, *Traité Théorique et pratique des procédures collectives*, Litec, Paris 1987, N° 132, p. 94.

(53) Paris 5 déc. 1968, *Banque* 1969, 505, obs. Marin.

(54) Trib. civ. Marseille, 10 juill. 1953, D.1953, somm. 79.

Code de procédure civile. La compétence du juge des référés a même été confirmée par la décision du président du tribunal de grande instance de Dieppe (55). La faculté pour le juge des référés d'accorder, en cas d'urgence, un délai de grâce, "en tout état de cause" souleva tout de même de nombreuses controverses en doctrine (56) et en jurisprudence (57), mais très rapidement celle-ci fixa les contours de cette compétence du juge des référés en précisant :

- que l'expression "en tout état de cause" doit s'entendre de la possibilité pour le juge des référés d'accorder des délais nonobstant tout jugement définitif (58) ;
- mais que le juge des référés est lié par les règles qui gouvernent le délai de grâce et notamment par les limites de durée prévues par la loi (59) ;
- et que le juge des référés n'est compétent que si les circonstances invoquées par le débiteur sont postérieures au jugement de condamnation et n'ont pu, en conséquence, être soumises au juge du fond (60).

Les auteurs, en particulier M. Joseph Issa-Sayegh (61) se prononce pour une compétence ordinaire du juge des référés sur les difficultés d'exécution et au caractère d'ordre public des délais de grâce qui veut qu'on ne peut y renoncer ou être présumé y avoir renoncé si on ne l'a pas demandé en première instance, ou devant les juges du fond. Mais, selon M. Serge Guinchard (62), les pouvoirs accordés au juge des référés ne se conçoivent lorsque le délai de grâce est sollicité après un jugement définitif, que si des circonstances nouvelles tenant aux éléments visés par l'article 1244-1 du Code civil se sont révélées postérieurement à la décision et n'avaient pu être soumises au juge du fond. Le rappel d'une telle condition de l'intervention du juge des référés postérieurement à un jugement définitif réduit considérablement, nous semble-t-il, la crainte exprimée par un auteur de voir ce juge s'ériger en organe de recours de ses collègues du tribunal ayant rendu la décision faisant l'objet de la demande d'un délai de grâce (63). Mais le juge des référés statuant postérieurement à une décision définitive devra respecter les règles des articles 511 à 513 du nouveau Code de procédure civile.

D'autre part, il ne faut pas perdre de vue que le juge des référés n'est compétent qu'en cas d'urgence. Mais on peut se demander avec certains auteurs s'il n'y a pas toujours urgence lorsqu'un débiteur est menacé de poursuites qu'il s'agit d'éviter (64), et quels sont en réalité les pouvoirs reconnus aux juges ?

II - LES POUVOIRS DE LA JURIDICTION SAISIE

Les juges, écrivent Carré et Chauveau, doivent agir comme le ferait un créancier "qui aurait assez d'humanité et de raison pour faire à l'égard d'un débiteur malheureux, tout ce qui peut être avantageux à celui-ci, sans toutefois compromettre évidemment la sûreté de la créance qu'il porte sur lui" (65).

Quels sont exactement les moyens dont les tribunaux disposent pour mener à bonne fin la tâche délicate qui leur est confiée ? Les juges jouissent d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier la "position du débiteur, ses malheurs, sa bonne foi, sa

(55) T.G.I., Dieppe, 8 janvier 1976, D.S. 1976, p. 491, note Yvette Lobin.

(56) Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. 7, 2e éd. par Gabolde, N° 1019 ; Aubry et Rau, t. 4, 6e éd., par Esmein, p. 258.

(57) Colmard, 23 déc. 1936, Gaz. Pal. 1937, I, 336.

(58) Trib. civ. Nantes 24 oct. 1957, D. 1958, somm. 14.

(59) Cass. req. 28 avril 1938, S. 1935, I, 220.

(60) Trib. civ. Marseille, 10 juill. 1953, D. 1953, somm. 79.

(61) Joseph Issa-Sayegh, op. cit., N° 78.

(62) Serge Guinchard, art. cité, N° 11.

(63) Perrot, obs. sous. T.G.I., Dieppe, Rev. trim. dr. civ. 1976, p. 401.

(64) Banc et Viatte, op. cit., p. 347 et s.

(65) Carré et Chauveau, tome I, 521.

bonne volonté, les ressources qui lui restent encore, sa gêne plus ou moins momentanée, les mesures par lui prises pour exécuter l'obligation, l'exécution partielle qu'il en aurait déjà fournie, les sûretés dont le créancier est muni" (66), et partant pour lui accorder ou lui refuser des délais de grâce. Si les juges disposent d'un pouvoir souverain pour apprécier l'opportunité des délais de grâce (67), les délais qu'ils accordent ne doivent pas dépasser deux ans (68).

A - LE POUVOIR SOUVERAIN DU JUGE D'APPRÉCIER L'OPPORTUNITÉ D'UN DÉLAI DE GRÂCE

Les juges avons-nous dit, sont investis d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier les circonstances qui peuvent les déterminer à accorder des délais au débiteur. Ils peuvent par conséquent différer les échéances conventionnelles. Ils ont en outre conformément à l'article 510 alinéa 2 du nouveau Code de procédure civile, l'obligation de motiver leur décision lorsqu'ils accordent au débiteur le bénéfice du délai de grâce.

1 - Le pouvoir de différer les échéances conventionnelles

En admettant l'institution du délai judiciaire de grâce, et ce dès 1804, le Code civil a clairement signifié que le respect de la loi contractuelle avait ses limites et que le juge pouvait bien, en considération de la situation du débiteur, modifier les échéances conventionnelles (69). L'article 8 de la loi N° 78-22 du 10 janvier 1978 et l'article 14 de la loi N° 79-596 du 18 juillet 1979 permettent au juge d'accorder à l'emprunteur un délai de grâce dans les conditions prévues à l'article 1244-1 du Code civil, notamment lorsqu'il est victime d'un licenciement. Pendant ce moratoire, auquel une clause d'exigibilité immédiate des sommes restant dues ne saurait faire échec (70), l'intérêt sur les sommes dues peut être supprimé.

Désormais, selon les articles 24 et 25 de la loi N° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles, le juge peut aussi déterminer dans sa décision les modalités de paiement des sommes qui seront exigibles à l'expiration du délai de suspension sans toutefois "que le dernier versement puisse excéder de plus de deux ans le terme initialement prévu pour le remboursement du prêt". Il pourrait également surseoir à statuer sur ces modalités jusqu'à la fin du moratoire (71).

Les tribunaux ont un pouvoir souverain pour accorder des délais de grâce. Cette solution est fermement admise depuis longtemps (72). Il s'ensuit que les juges du fond ont un pouvoir discrétionnaire pour accorder ou refuser les délais aux débiteurs ; en effet, précise la Cour de cassation "si le juge du fond tient du Code civil le pouvoir d'accorder des délais aux débiteurs et par extension d'atténuer les effets de la défaillance du locataire de bonne foi, il n'est nullement tenu de le faire, ses décisions sur ce point relevant de son pouvoir souverain d'appréciation et n'étant pas dès lors discutables devant la Cour de cassation" (73).

(66) Demolombe, tome XXV, n° 599.

(67) Civ. 2e, 10 juin 1970, J.C.P. 70, IV, 204 ; Bull. II, n° 201, p. 153.

(68) Loi n° 91-650 du 9 juill. 1991, art. 83.

(69) Jacques Mestre, obligations et contrats spéciaux, Rev. trim. dr. civ. 1987, p. 318.

(70) Cass. civ. 1ère, 24 février 1987, Bull. civ. I, N° 71, pour l'application de l'article 14 de la loi de 1979.

(71) Gilles Paisant, La loi du 31 décembre 1989 relative au surendettement des ménages J.C.P. 1 990-I-3457, N° 95-97.

(72) Soc. 12 avril 1956, D.1956, somm. 110 ; 8 fév. 1972, J.C.P. 73, II, 17386 note Ph. Kahn.

(73) Soc. 12 avril 1956, D.1956, somm. 110.

Ainsi l'article 1244-1 du Code civil qui invite les juges à prendre en considération la situation du débiteur et à tenir compte des besoins du créancier, leur laisse néanmoins la faculté de différer et d'apprécier souverainement si, dans les limites qu'il fixe, des délais peuvent être accordés au débiteur. En précisant les éléments auxquels les juges doivent prêter une particulière attention, la loi ne leur donne que de simples indications. Aussi pour la seule raison que les juges du fond ont méconnu l'étendue de leur pouvoir souverain, doit être cassé l'arrêt qui constate la bonne foi du débiteur mais lui refuse tout délai, au motif qu'il n'est pas dans une situation financière difficile, et qu'ainsi fait défaut l'une des deux conditions posées par le Code civil (74). Il se déduit selon Demolombe, Aubry et Rau que l'appréciation du juge est souveraine en cette matière, qu'elle échappe au contrôle de la Cour de cassation (75).

L'effet principal du délai de grâce est de reporter à une date ultérieure pour permettre au débiteur de s'acquitter, l'exécution d'une obligation qui était immédiatement exigible, parce que échue au moment où le délai est accordé (76). Les créances quérables deviennent portables, lorsqu'après non paiement à l'échéance les juges accordent au débiteur un délai de grâce pour s'acquitter. Un arrêt de la chambre des requêtes du 5 janvier 1927 a confirmé en ce sens un arrêt de la Cour d'appel de Paris, du 6 novembre 1925 (77). Cet arrêt décidait que le juge, après avoir imposé au débiteur l'obligation d'effectuer dans un délai déterminé le paiement des loyers, avait bien jugé en déclarant portable et non quérable le paiement des loyers, "attendu que l'octroi d'un délai de grâce n'avait pas fait disparaître l'effet d'une mise en demeure précédemment signifiée". En effet, le délai accordé ne dispense pas le débiteur de payer avant l'échéance du terme de grâce. On lui laisse, pour lui permettre de s'acquitter pendant cette période, un certain répit, passé lequel les poursuites pourront reprendre. Il a la faculté, non l'obligation d'attendre pour payer le dernier jour du délai. En réalité, il doit payer aussitôt qu'il pourra, et au plus tard à la date fixée par le juge. Le délai est accordé en vue d'une libération plus facile du débiteur, et pour éviter une exécution forcée. Si le débiteur a trouvé le moyen de se libérer avant l'échéance du délai de grâce, c'est tant mieux pour le créancier dont le paiement avait été reculé par raison d'humanité en faveur de son débiteur.

Le législateur en accordant aux tribunaux la possibilité de modifier les échéances conventionnelles selon les délais fixés par la loi, oblige tout de même le juge de motiver sa décision lorsqu'il accorde un délai de grâce.

2 - Motivation de la décision octroyant le délai de grâce

Le législateur invite les juges à tenir compte de la situation du débiteur et des besoins du créancier et que les délais accordés emprunteront leur mesure aux circonstances qui peuvent déterminer les juges à accorder des délais au débiteur. Les circonstances sont appréciées souverainement par le tribunal compétent. Le pouvoir souverain du juge du fond dans l'appréciation de l'opportunité des délais de grâce a été affirmé à maintes reprises par la Cour de cassation (78).

De ce pouvoir souverain d'appréciation, on déduit généralement que les juges ne sont pas tenus de motiver leur refus d'accorder le délai demandé par le débiteur. C'est ainsi que certaines décisions anciennes ont affirmé : "Le pouvoir conféré aux

(74) Cass. com. 21 janv. 1953, D.1953, 197.

(75) Demolombe, t. XXV, 593 Aubry et Rau, Loc. cit., note 20 - Daudry-Lacantinerie et Barde, t. II, 1491 - Cass. soc. 12 avril 1956, précité.

(76) Jacques Deveau, op. cit., p. 69.

(77) Req. 3 janvier 1927, D.H.1927.33.

(78) Cass. com. 8 fév. 1972, J.C.P.73.II,17386, note Kahn.

juges par l'article 1244 du Code civil étant purement discrétionnaire, il n'était pas besoin, par suite, que le rejet des conclusions dans lesquelles un délai leur est demandé soit motivé, ni même prononcé d'une manière expresse, le silence des juges prouvant suffisamment leur volonté de ne point donner au débiteur un pareil délai" (79).

Comment concilier cette affirmation avec l'article 510 alinéa 2 du nouveau Code de procédure civile qui précise : "L'octroi du délai doit être motivé" ?

Les auteurs, en particulier M. Serge Guinchard (80) estiment que la conciliation de cette jurisprudence avec l'article 510 alinéa 2 du nouveau Code de procédure civile doit s'établir autour des deux propositions suivantes :

- Tout d'abord, on remarquera que l'article 510 n'exige la motivation expressément et littéralement que lorsque la décision en question accorde le délai de grâce. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que l'octroi d'un délai de grâce représente un sursis à l'exécution d'un jugement et que normalement ce jugement devrait porter ses effets pleins et entiers ; c'est l'octroi du délai de grâce qui représente l'événement perturbateur du déroulement normal de la procédure d'exécution, et l'on comprend parfaitement que le législateur ait spécialement insisté pour que le créancier soit éclairé sur les raisons qui ont amené les juges à faire obstacle à ses droits, même si cet obstacle n'est que provisoire. Ainsi s'explique le fait que les décisions qui ont affirmé le caractère discrétionnaire du pouvoir d'appréciation des juges du fond et l'inutilité de motiver le jugement, sur ce point, aient été des décisions de refus du délai de grâce. Elles se conformaient à la lettre du texte de l'ancien Code de procédure civile (art. 122 : "le jugement énoncera les motifs du délai") et aussi à son esprit : ne motiver que ce qui perturbe l'exécution normale du jugement. En revanche, lorsque la décision accorde le délai de grâce, la Cour de cassation exige toujours fermement que la décision soit motivée. Mais, comment concilier ces décisions non plus avec les textes propres à la réglementation du délai de grâce, mais avec ceux qui posent le principe général que les jugements doivent être motivés ? Il faut, pensons-nous, compléter et nuancer la solution de la jurisprudence qui vient d'être exposée par une seconde proposition.

- Il convient d'admettre que le principe général de motiver les jugements (art. 455 nouveau Code de procédure civile) retrouve toute sa vigueur, même en cas de refus du délai de grâce, lorsque ce délai a été sollicité par voie de demande principale ; ce sera obligatoirement le cas lorsque la demande vise un titre exécutoire autre qu'un jugement (un acte notarié) ou lorsque la demande, bien que visant un jugement, est portée devant le juge des référés postérieurement au prononcé du jugement sur le fond (81).

Mais compte tenu de l'article 510 du nouveau Code de procédure civile, on pourrait tout de même admettre que l'absence de motivation du rejet de la demande du délai ne doit pas constituer un défaut de réponse à des conclusions par lesquelles le débiteur invoque un moyen juridique pouvant aboutir non seulement à la suspension des paiements, mais à l'invalidation des poursuites d'exécution (82).

En définitive, si le juge a l'obligation de motiver la décision octroyant le délai de grâce, il doit cependant respecter les délais fixés par le législateur.

(79) Cass. req. 7 juin 1859, D.P.1860,I,21.

(80) Serge Guinchard, art. cité, N° 17.

(81) Cf. Glasson, Tissier et Morel, *Traité de procédure civile*, t. 3, N° 779 ; T.G.I. Dieppe, 7 janv. 1976, Rev. trim. dr. civ.1976, 399 obs. Perrot.

(82) Joseph Issa-Sayegh, art. cité, N° 83, p 13.

B - LES DÉLAIS FIXÉS PAR LA LOI

Aux termes de l'article 1244-1 du Code civil : "...le juge peut, dans la limite de deux années, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues". Le texte actuel est plus favorable aux débiteurs dans la mesure où les délais ne doivent pas dépasser le maximum de deux années. La détermination du point de départ du délai de grâce est tout de même nécessaire, elle permet de vérifier si le maximum autorisé par la loi n'est pas dépassé.

1 - Le point de départ du délai accordé par le juge

Aux termes de l'article 511 nouveau du Code de procédure civile, le délai de grâce "court du jour du jugement lorsque celui-ci est contradictoire ; il ne court dans les autres cas, que du jour de la notification du jugement". Il s'agit d'une règle ancienne (83), autrefois édictée par l'article 123 ancien du Code de procédure civile.

La jurisprudence relative à l'octroi des délais (art. 1 244-1 C. civ. et 510 nouv. C. pr. civ.) est abondante, mais rares sont les décisions faisant application de l'article 511 quant au point de départ du délai accordé par le juge. La rédaction des articles 510 à 513, formant le chapitre II "Le délai de grâce" du titre quinzisième "l'exécution du jugement" du nouveau Code de procédure civile, est pourtant claire et fixe les conditions dans lesquelles les juges peuvent accorder des délais. Comme l'écrivait M. Perrot : "Dans toute la mesure où la loi le prévoit, il est permis à d'autres juges que celui qui a rendu la décision de différer l'exécution de celle-ci ; mais cet autre juge doit respecter les conditions prescrites par les articles 511 à 513 du nouveau Code de procédure civile" (84). Or, tout se passe comme si les juges répugnaient à appliquer l'article 511. Ce mal aimé est méconnu tant à la base qu'au sommet.

- D'une part, rares sont les décisions qui, accordant un délai, le font partir du jour de leur décision (85). Mais pourquoi, dans la pratique, le juge fait-il si rarement courir ce délai du jour de sa décision, alors que l'article 511 l'y invite ? Les droits du débiteur sont pourtant suffisamment respectés puisque, si le jugement est réputé contradictoire ou par défaut, le délai ne courra que dès sa signification.

Cette méfiance à l'égard des dispositions de l'article 511 vient, sans doute, de ce que le juge répugne à faire courir un délai sans être sûr que le bénéficiaire en ait connaissance par la signification de sa décision. Pourtant, en dehors du domaine du délai de grâce, certains délais de procédure partent du jugement lui-même, par exemple en matière de contredit de compétence (art. 82 nouv. C. pr. civ.). De même, les intérêts dus à la suite d'un jugement de condamnation, courent du jugement lui-même (86).

- D'autre part, les décisions de la Cour de cassation ne sont pas unanimes. C'est ainsi que l'assemblée plénière (87) n'a pas censuré une Cour d'appel qui, réformant une ordonnance de référé ayant fait courir le délai accordé dès sa décision, l'a accordé à compter de la signification de son arrêt. De même, la troisième chambre civile estime dans un arrêt du 14 mars 1973 : "Attendu que le délai imparti à un débiteur pour exécuter ses obligations par une décision des juges du fond, qui prononce en même temps la résiliation du contrat en cas de non respect de ce délai,

(83) J Boulbet, Dictionnaire des délais et prescriptions, éd. 1907, p. 319.

(84) Rev. trim. dr. civ. 1976-401.

(85) Serge Guinchart, art. précité, N° 35.

(86) Yvette Lobin, Le point de départ des intérêts légaux après une décision de condamnation, D.1978, chronique, p. 14.

(87) Cass. ass. plén. 30 avr, 1964, J.C.Pol 964-II.13735 ; Gaz. Pal. 1964-I-460 ; D. 1965-95.

ne peut courir que du jour de sa signification" (88). Mais à l'inverse, la deuxième chambre civile, dans un arrêt du 26 mai 1974, a jugé que l'arrêt d'une Cour d'appel, octroyant un délai de grâce, "était fondé à faire application des articles 122 et 123 du Code de procédure civile, dont il résulte que, dans le cas où les tribunaux peuvent accorder un délai, celui-ci courra du jour du jugement, s'il est contradictoire" (89). C'est à ce courant orthodoxe que se rattache également un arrêt de la Cour d'Aix-en-Provence rendu le 17 mai 1934. En l'espèce, la Cour d'appel décide : "...dit que le délai de grâce accordé de céans du 14 octobre 1933 a couru dès cette date et est venu à expiration le 15 décembre sans que M. Bertrand Verdavaine se soit acquitté des loyers et charges dus par lui" (90).

Au-delà de ce problème spécifique du point de départ du délai, ces décisions soulèvent une question de fond, celle des rapports existant entre les textes du Code de procédure civile et ceux du Code civil.

Les articles 510 à 513 du nouveau Code de procédure civile ne permettent pas d'écarter, pour les obligations nées d'une décision judiciaire, l'application de l'article 1244-1 du Code civil. A l'inverse, les dispositions de l'article 1244-1 du Code civil ne permettent pas d'écarter celles du Code de procédure civile notamment l'article 511 sur le point de départ du délai, l'article 512 sur les cas de refus, ou de déchéance du délai et l'article 513 sur la portée du délai octroyé. Ainsi que le relève un auteur, "dans toute la mesure où la loi le prévoit, il est permis à d'autres juges que celui qui a rendu la décision (et spécialement le juge des référés) de différer l'exécution de celle-ci ; mais cet autre juge doit respecter les conditions prescrites par les articles 511 à 513 du nouveau Code de procédure civile..." (91), et respecter en outre les délais fixés par la loi.

2 - La durée du délai de grâce

Le juge qui a le pouvoir de dispenser le débiteur de s'acquitter immédiatement de son obligation, peut "dans la limite de deux années, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues" (92). Rien ne s'oppose à ce que les juges autorisent le débiteur à se libérer par paiements mensuels (93), mais encore faut-il que par ce procédé, on n'accorde pas en définitive des délais supérieurs au maximum autorisé par la loi. L'article 1244-1 précise de façon très nette, que le délai sera accordé "dans la limite de deux années".

Certains auteurs (94), ont soutenu que le juge ne pouvait en accordant le délai, fractionner le paiement. Mais l'opinion contraire, adoptée par la quasi-unanimité des auteurs (95), est fortement motivée par les précédents historiques, et par la rédaction même du texte de l'article 1244. Cet article, après avoir précisé que le débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette, même divisible, affirme en son article 1244-1 : "le juge peut... reporter ou échelonner le paiement des sommes dues". Le délai prévu à l'article 1244-1 peut par conséquent porter atteinte à la règle de l'indivisibilité du paiement de l'article 1244. En outre, on ne peut concevoir que le juge qui peut reporter tout le paiement à une nouvelle échéance, ne puisse l'aménager par des échéances échelonnées. La Cour de cassation

(88) Bull. III N° 205, p. 148.

(89) Bull. II, N° 167, p. 140.

(90) Aix-en-Provence, 15e ch. 17 mai 1984, Gaz. Pal. 1985, 1er sem. p. 163, note Philippe Latif.

(91) Perrot, obs. précitée sous T.G.I. Dieppe 7 janv. 1976, Rev. trim. dr. civ. 1976, p. 401.

(92) Art. 1244-1 C. civ.

(93) Colmar, 20 janv. 1939, rev. Als.-Lorr. 1939, 325.

(94) Duranton, cité par Jean Marie Pansier, Le délai de grâce, Thèse Montpellier 1937, p. 44.

(95) Pothier, Obligations, N° 536.

(96) estime néanmoins, que le Code civil, en créant une exception au principe posé par l'article 1244, autorise surtout les juges à différer les échéances conventionnelles "...compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier". Les juges du fond décident à bon droit pour refuser de nouveaux délais que "le législateur a fixé une limite précise au pouvoir des juges et que cette limitation serait illusoire s'il leur était permis de la tourner en accordant des délais successifs, chacun supérieur à la durée légale". Et, quand le jugement de condamnation a autorisé le débiteur à se libérer en deux ans par acomptes mensuels, le juge des référés ne peut ensuite accorder un nouveau fractionnement de la dette qui en prolongerait le règlement au-delà du maximum légal de deux ans prescrit par l'article 1244-1 du Code civil. Il a été jugé qu'en accordant au débiteur d'une indemnité provisionnelle un délai de cinquante mois pour se libérer du montant de cette indemnité, le tribunal a méconnu les dispositions de l'article 1244 (97) du Code civil (98).

La durée maximale du report autorisé par le nouvel article 1244-1 est de deux ans. Celle du report autorisé par la loi sur le surendettement de "cinq ans ou la moitié de la durée restant à courir des emprunts en cours" (art. 12). Le juge qui applique l'article 1244-1 ne peut descendre en-dessous du taux des intérêts, le juge du surendettement le peut par "décision spéciale et motivée et si la situation du débiteur l'exige" (99). Le juge du surendettement comme le souligne un arrêt de la Cour de cassation en date du 14 mai 1992, "...ne dispose pas seulement du pouvoir d'accorder des délais pour assurer le redressement de la situation du débiteur. Il ne doit donc se prononcer qu'après avoir envisagé l'application des autres mesures prévues par l'article 12 de la loi du 31 décembre 1989" (100).

La fixation d'une limite infranchissable apporte une restriction aux pouvoirs accordés aux juges, alors que sous l'ancien texte de 1804, par le jeu des renouvellements successifs des délais modérés, les juges accordaient souvent aux débiteurs un terme plus long.

..*.*

Au terme de cette étude qui a permis de dégager le rôle de premier plan dévolu aux juges dans les rapports juridiques des parties, il convient de constater qu'il existe un conflit entre le principe du respect de la parole donnée et celui de la justice contractuelle. Au nom de la bonne foi et à titre exceptionnel, le législateur permet au juge d'accorder des délais de grâce aux débiteurs malheureux poursuivis par leurs créanciers. Il apparaît pour le moins curieux que ce soit au nom de la bonne foi qu'on permette à l'un des contractants de ne pas exécuter ses engagements. La bonne foi "étoile polaire du droit" (101) serait-elle, comme on l'a soutenu, une "arme à double tranchant" ? La plus haute manifestation de cette bonne foi n'est-elle pas précisément le respect de la parole donnée ?

Le délai de grâce n'apporte en définitive au contrat qu'une modification de fait, il ne porte pas atteinte au fond même du droit du créancier, dont il ne fait que retarder le paiement (102). La faculté accordée aux juges par la loi d'octroyer des délais de grâce est une mesure de protection prise en faveur des débiteurs malheureux ; il

(96) Civ. 6 juill. 1959, D.1959.393.

(97) Actuel article 1244-1 du C. civ.

(98) Nancy, 5 nov. 1947. Rec. Nancy 1947, 269.

(99) Hervé Croze, La loi, N° 91-850 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution : le nouveau droit commun de l'exécution forcée. La semaine juridique N° 6-1992, I-3555, note 54, p. 65.

(100) Cass. civ. 1ère, 14 mai 1992, La semaine juridique 1992-N° 42-21918, p. 317, note Gilles Paisant.

(101) Roland Texier, Le délai de grâce, Librairie technique et économique, 1938, p. 185.

(102) Roland Texier, op. cit., p. 179.

s'agit de leur éviter des poursuites trop rigoureuses de la part des créanciers. Déjà, dans le droit de Justinien, on trouve des délais accordés par faveur au débiteur entre la condamnation et l'exécution (103). Le délai de grâce est une institution permanente fondée sur des considérations d'humanité qui interdisent que le plein exercice de ses droits par le créancier entraîne la ruine complète du débiteur gêné provisoirement (104). En admettant selon M. Jacques Mestre l'institution du délai judiciaire de grâce, et ce dès 1804, le Code civil a clairement signifié que le respect de la loi contractuelle avait ses limites et que le juge pouvait bien, en considération de la situation du débiteur et de la situation économique, modifier les échéances conventionnelles (105).

(103) Marcel Planiol, *Traité de droit civil*, tome II, 1957, L.G.D.J., N° 1495, p. 554.

(104) Darty Émile, *op. cit.*, p. 132.

(105) Jacques Mestre, *Obligations et contrats spéciaux*, *Rev. trim. dr. civ.* 1987, p. 318.

LES POURPARLERS

Par

Bérengère LASSALLE

*Chargée de travaux dirigés - Membre de l'Institut d'études judiciaires
Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille*

"... les juristes sont, par l'effet de quelque rationalisme, portés à imaginer des négociateurs particulièrement formés à la maîtrise de leurs passions, aptes au recueillement, dotés d'une pleine connaissance des faits et sincèrement désireux de parvenir à la conclusion d'un accord. La réalité est tout autre (...) la négociation oscille assez naturellement entre la rivalité et l'alliance, le drame et la comédie, le sérieux et le jeu..."

François TERRÉ

Le contrat peut se définir comme un accord de volonté des parties sur l'ensemble des éléments essentiels de la convention qu'elles envisagent de conclure. Dans nombre de cas, le consentement des partenaires ne donne pas lieu à discussion et l'accord se forme instantanément. À l'inverse, on voit se développer pour les contrats présentant des enjeux importants, une phase de tractations plus ou moins longue. Cette période appelée pourparlers "... correspond à une modification progressive de la volonté de chacune des parties qui tend à être en accord avec celle de l'autre partie" (1). Deux conceptions s'affrontent sur l'étendue de cette phase précédant la conclusion du contrat définitif. Pour certains, "... les pourparlers ne se terminent qu'au moment où le contrat est formé. Tant que les parties ou au moins l'une d'elles disposent encore d'une certaine liberté de manœuvre, les pourparlers ne sont pas clos" (2). Pour d'autres, il convient de distinguer les pourparlers de l'offre de contracter (3) car, cette dernière correspond à une volonté définitivement fixée.

(1) A. Cohérier, *Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats*, Thèse, Paris, 1939, p. 6.

(2) P. Gothot, "Les pourparlers contractuels", in *La renaissance du phénomène contractuel*, Centre droit et vie des affaires de Liège, 1971, p. 21.

(3) Pour ces auteurs, la distinction entre pourparlers et offre est essentielle : cf., par exemple, les positions de J.-C. Serna, *Le refus de contracter*, Thèse, Paris, 1967, p. 176 et de A. Cohérier, précité, p. 25.

Ainsi, à partir de l'offre, il n'y a plus de distinction possible entre la formation d'un contrat qui a comporté des pourparlers et celle d'un contrat qui n'en a pas comporté. Même si cette distinction découpe la formation du contrat en phases rigides, elle paraît être celle qui correspond le mieux à la réalité car pourparlers et offre correspondent à des "périodes juridiques" différentes. C'est donc cette conception stricte de la phase des pourparlers qui sera retenue ici.

Il importe de souligner que, contrairement à d'autres systèmes juridiques, le droit français a longtemps ignoré la phase des pourparlers (4). Le code civil n'y fait pas allusion, car ses rédacteurs, bien que consacrant la quasi-totale disparition du formalisme au profit du principe d'autonomie des volontés, n'ont pas perçu l'importance que pourrait prendre la période précontractuelle. Cependant, "l'ordre public économique a commandé la transformation de l'ordre juridique contractuel" (5) et la phase des négociations s'est considérablement juridicisée. Par conséquent, même si elle est placée sous le signe d'une grande liberté (6), la phase précontractuelle a été encadrée par une série de règles car "... le besoin de sécurité appelle une intervention du droit pouvant assurer l'harmonisation des intérêts en présence, dans le respect de la loyauté et de la bonne foi" (7).

Afin d'étudier cette période cruciale de la genèse des contrats, qui oscille entre les exigences apparemment contradictoires de liberté et de sécurité juridique, il conviendra d'analyser d'abord le *déroulement* des pourparlers, avant d'envisager le *déroulement* de ceux-ci.

I - LE DÉROULEMENT DES POURPARLERS

Afin d'étudier la période des pourparlers, il convient de s'attacher, en premier lieu, à son déroulement tant il est vrai que "... La préparation et la négociation du contrat sont de véritables révélateurs des problèmes, des objectifs, des contraintes et des solutions possibles ; elles sont des moyens incomparables pour clarifier et saisir avec beaucoup plus d'ampleur et d'intelligence la relation économique et financière" (8). La phase des négociations présente une importance non négligeable, qui se traduit notamment à travers les formes que peuvent revêtir les pourparlers et dans les comportements qu'ils induisent chez les parties. Ces dernières, en effet, peuvent vouloir prendre des garanties supplémentaires sur la conclusion du contrat définitif et, par conséquent, elles auront tendance à adopter des formes de plus en plus structurées de pourparlers ainsi qu'à encadrer la négociation par des obligations spécifiques.

(4) D'anciennes thèses soulignent en effet que la période des pourparlers était prise en compte par d'autres systèmes de droit. Ainsi, Leduc et Serna citent-ils l'article 784 du Code Saxon : "Les négociations préparatoires à un contrat, les tractations n'engendrent aucune obligation". De même, le Code fédéral Suisse des obligations ainsi que le Code civil Allemand envisageaient-ils la question. Pour plus de précisions, cf. : E. Leduc, *Les avants-contrats*, Thèse, Paris, 1909, p. 64 ; J.-C. Serna, *Le refus de contracter*, Thèse, Paris, 1967, p. 200.

(5) L. Jossierand, "Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats", *R.T.D. civ.*, 1937, p. 1.

(6) Il n'existe d'obligation de négocier qu'en droit du travail : cf., par exemple, l'article L. 132-27 sur la négociation annuelle obligatoire des conventions collectives.

(7) J. Schmidt-Szalewsky, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, p. 6.

(8) J. Paillusseau, "Les contrats d'affaires", *J.C.P.*, 1987, 3275.

A - LES DIFFÉRENTES FORMES DE POURPARLERS

La formation des conventions tend de plus en plus à s'inscrire dans la durée (9). En effet, si pour certains contrats (généralement des contrats de faible importance), la phase des pourparlers ne joue qu'un rôle restreint, cette dernière est déterminante dans les contrats complexes par leur nature ou leur objet. Durant la période de préparation de tels contrats, les pourparlers peuvent revêtir des aspects différents : ils peuvent être brefs et simples ou longs et ardu. Dans cette dernière hypothèse, il n'est pas rare de voir les parties conclure des accords afin de faciliter ou d'organiser le déroulement de la négociation. C'est ainsi que l'on peut distinguer deux catégories de pourparlers : ceux "qui n'ont pas encore atteint la vigueur des contrats" et ceux "qui doivent déjà être tenus pour tels" (10), c'est-à-dire les formes *non contractuelles* des pourparlers d'une part et les formes *contractuelles* des pourparlers d'autre part.

a) Les formes non contractuelles des pourparlers

Que ce soit par le biais d'un document écrit ou au cours d'une discussion, les pourparlers à forme non contractuelle débutent toujours par une invitation à entrer en négociation. Par la suite, ils se développent sous différents aspects plus ou moins structurés. Comme le précise Mme Schmidt-Szalewsky, cette catégorie de pourparlers englobe "... la zone que ne saisit aucun accord préparatoire" (11). Néanmoins, tout accord n'est pas exclu, il arrive fréquemment que les parties concluent un pacte sans pour autant désirer se lier par un contrat.

1°) *L'offre d'entrer en pourparlers*

Le conseiller Faggella a été l'un des premiers à étudier de manière approfondie les différentes étapes qui précèdent la conclusion d'un contrat (12). Il en distingue trois : la négociation préliminaire, l'élaboration de l'offre et l'émission de l'offre. Mais, comme le précise M. Cohérier, "... Faggella a passé sous silence la première phase : celle de l'offre d'entrer en pourparlers..." (13). Cette dernière apparaît pourtant comme essentielle notamment en raison des obligations particulières qu'elle peut engendrer. Il convient de ne pas la confondre avec l'offre véritable de contracter. Si l'on se trouve en présence d'une offre, une simple acceptation de l'autre partie suffit à parfaire le contrat. À l'inverse, la simple offre d'entrer en pourparlers laisse une grande liberté d'action aux intéressés et doit aboutir en principe à la proposition d'une offre ferme de contracter. Si cette distinction apparaît en théorie aisée à formuler, en pratique la situation est souvent différente (14). Le problème de la qualifica-

(9) J.-M. Mousseron, "La durée dans la formation des contrats", *Mélanges Jauffret*, 1974, p. 509 ; A. Rieg, "La punctuation : contribution à l'étude de la formation successive du contrat", *Mélanges Jauffret*, 1974, p. 593.

(10) J.-M. Mousseron, *Technique contractuelle*, éd. Lefebvre, 1988. M. Géninet préfère distinguer les pourparlers informels et les pourparlers structurés : M. Géninet, *Théorie des avant-contrats en droit privé*, Thèse Paris, 1931.

(11) J. Schmidt-Szalewsky, "La sanction de la faute précontractuelle", *R.T.D. civ.*, 1974, p. 49.

(12) C. Faggella, "*Dei periodi precontrattuali e della loro versa ed assata costruzione scientifica dans madi giuridice*", in onore de Carlo Fadda, Naples, 1906, III, p. 269. Cité par R. Saleilles, *R.T.D. civ.*, 1907, p. 697.

(13) A. Cohérier, *Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats*, Thèse Paris, 1939, p. 39.

(14) Ainsi, l'offre sujette à confirmation malgré sa dénomination ne constitue en réalité qu'une simple invitation à entrer en pourparlers visant à générer chez le partenaire une offre véritable de contracter qui pourra être éventuellement acceptée. Voir C. cass, com, 6 mars 1990, *J.C.P.*, 1990, 15803, note B. Gross.

tion d'une proposition précontractuelle se posera souvent *a posteriori* lorsqu'une partie contestera l'existence d'une obligation et que l'autre en réclamera l'exécution.

* *Les critères de distinction entre offre véritable et offre d'entrer en pourparlers*

Le premier critère de distinction repose tout d'abord sur la présence ou non d'une volonté ferme de contracter. En effet, l'offre de contracter bien qu'elle ne soit pas un engagement contractuel, constitue déjà le consentement d'une des parties au contrat. Elle emporte volonté de conclure le contrat dans le cas où elle serait acceptée (15). À l'inverse, l'offre d'entrer en pourparlers, même si elle est acceptée ne suffit pas à former le contrat. Elle ne manifeste de la part de celui qui l'émet, qu'une volonté de discuter. Sa volonté de conclure le contrat n'est pas encore présente. Elle ne le sera peut-être jamais. Comme Planiol le précisait en note d'un arrêt de la chambre des requêtes du 29 avril 1903 : "... La véritable raison qui fait rejeter le pourvoi a été la nature des pourparlers engagés qui portaient seulement sur des *propositions provisoires* à examiner en vue d'un accord à intervenir plus tard, sans contenir aucune offre ferme capable de former un lien de droit dès qu'elle serait acceptée..." (16). Une volonté clairement exprimée de s'obliger ferait donc défaut. Ainsi, on considère généralement que les réserves contenues dans une proposition de contracter (par exemple : l'agrément de la personne qui accepte l'offre), empêchent de voir dans cette dernière une offre de contrat. En effet, bien que la proposition soit précise, l'absence de fermeté de cette dernière constituée par la réserve émise ne vaut que comme invitation à entrer en pourparlers (17) :

Le critère de cette distinction doit être recherché également dans le "... degré de spécialisation de l'offre" (18). En effet, à la différence de l'offre d'entrer en pourparlers, l'offre de contracter est suffisamment précise. Elle doit contenir les éléments essentiels de la future convention qu'ils soient objectifs ou subjectifs (19). La détermination de ces éléments essentiels est relativement aisée dans le domaine des contrats nommés, car la loi et la jurisprudence ont défini leur régime. Ainsi, dans le contrat de vente envisagé par l'article 1593 du code civil on est, en principe en présence d'une offre de contracter dès lors que la chose et le prix sont établis (20). Rien n'interdit cependant à l'offrant de subordonner la formation du contrat à l'acceptation d'autres éléments qui apparaissent à ses yeux essentiels. En revanche, la recherche de ces éléments est plus délicate dans le domaine des contrats innommés. Pour Mme Schmidt-Szalewsky, il convient de rechercher "... le but économique et juridique de l'opération qui est le moteur de l'acte. Seront alors essentiels, les éléments nécessaires à la réalisation de cet objectif" (21). Il convient en fait à la jurisprudence de se prononcer au cas par cas en tenant compte notamment de la volonté exprimée par l'offrant quant au sort de tel ou tel élément. Ainsi, en France l'envoi de tarifs

(15) C. cass., com, 6 mars 1990, *D.*, 1990, IR p. 88 ; *J.C.P.*, 1990, IV, p. 176.

(16) Req. 29 avril 1903, *D.*, 1904, I, p. 136 note M. Planiol cf. également : J. Mestre, *R.T.D. civ.*, 1987 p. 532.

(17) Sur ce point cf. : C.A. de Toulouse, 21 février 1984, *R.T.D. civ.*, 1984, p. 706, obs. J. Mestre ; C.A. de Lyon, 16 mai 1928, *D.P.*, 1928, II, p. 197, Note Voirin.

(18) F. Chabas, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, Thèse Paris, 1931, p. 109.

(19) En ce sens, cf. notamment : Trib. civ. de la Seine, 22 août 1882, *G.P.*, 1882, II, p. 398 ; C.A. de Paris, 13 décembre 1984, inédit, obs. J. Mestre, *R.T.D. civ.*, 1986, p. 97 ; C. cass., civ., 30 novembre 1971, *Bull. civ.*, 1971, I, n° 288 ; C. cass., soc., 17 octobre 1973, *D.*, 1973, som. p. 142 ; TGI de Nice, 24 octobre 1970, *J.C.P.*, 1971, 16 866 note J. Ghestin ; C. cass., civ., 27 novembre 1984, *Bull. civ.*, III, n° 200 ; C.A. de Versailles, 21 mai 1986, *D.*, 1987, p. 266, note J. Huet.

(20) C. cass., civ., 14 janvier 1987, *D.*, 1988, p. 80, note J. Schmidt-Szalewsky.

(21) J. Schmidt-Szalewsky, note sous C. cass., civ., 2 mai 1978, *D.*, 1979, p. 317.

est-il considéré comme une offre (22). Une solution contraire peut cependant être adoptée comme le fait le code des obligations suisse (article 7 alinéa 2) ou la jurisprudence belge à propos de l'envoi par une compagnie d'assurance de ses tarifs (23). Il faut enfin signaler que dans certains systèmes juridiques, le choix du destinataire peut influencer sur la qualification de la proposition discutée. Ainsi, en droit allemand, par exemple, une proposition adressée à plusieurs personnes est présumée être une simple invitation à entrer en pourparlers (24). La plupart des autres systèmes admettent en revanche que l'on puisse adresser une offre indifféremment à une personne déterminée ou au public.

* *Obligations découlant de la distinction entre offre d'entrer en pourparlers et offre véritable*

Contrairement au code civil allemand (article 145), le droit français pose en principe que l'offre n'engage pas son auteur (25). En conséquence, l'auteur de l'offre peut toujours la retirer tant qu'elle n'a pas été acceptée. Diverses solutions tempèrent la rigueur de ce principe. En effet, que cette obligation soit formulée par la loi ou la jurisprudence, le pollicitant doit maintenir sa proposition pendant un certain délai. Une fois celle-ci acceptée, le contrat se trouve définitivement formé. Toutefois, si l'acceptation ne correspond pas strictement au contenu de l'offre, le contrat ne pourra être conclu à défaut de rencontre de volontés sur les éléments essentiels qui forment l'accord des parties. Il n'y aura alors qu'une contre-proposition pouvant aboutir à une nouvelle phase de négociations (26). De la même manière, l'offre d'entrer en pourparlers ne lie pas celui de qui elle émane. En effet, celui qui ne propose pas un contrat ferme mais se borne seulement à entamer une discussion pour aboutir à une offre, n'est engagé à rien. Les personnes répondant à cette invitation ne peuvent soutenir qu'elles viennent de nouer un lien contractuel. Elles en arrêtent simplement les prémices. L'offre d'entrer en pourparlers une fois acceptée n'engendre pas forcément un rapport contractuel. Cependant, un tel contrat préparatoire est toujours possible notamment dans les cas de négociation complexe de certains contrats internationaux. Lorsque les négociations sont bien engagées, celui qui est à l'origine de l'invitation d'entrer en négociation est tenu de se comporter loyalement. Comme l'affirme Mme Géninet, "... à partir du moment où les pourparlers s'engagent, les négociateurs ne sont plus des tiers au sens de *Penitus extranei*. Ils ont provoqué une rencontre, des échanges de renseignements, ils ont dirigé un débat qui n'échappe pas à toute sanction juridique et qui par là même emporte des obligations..." (27).

2°) *Les engagements d'honneur*

Si l'offre d'entrer en pourparlers rencontre une acceptation, une phase de négociations peut s'engager. Lorsque la négociation s'avère longue et complexe, il est possible que les parties concluent un accord sans pour autant se sentir liées par un

(22) C.A. de Nîmes, 13 mai 1932, *D.H.*, 1932, p. 404.

(23) Bruxelles, 6 décembre 1915, *P.P.*, 1915, p. 188. Cité par R. Rodière, "La formation du contrat", éd. A. Pedone, 1976.

(24) R. Rodière, "La formation du contrat", *op. cit.*, p. 114 ; K.-H. Neumayer, "Report on German and Swiss law", in Schlesinger, *Formation of contract*, tome I, p. 668.

(25) Article 145 du code civil allemand : "Celui qui propose à autrui de conclure un contrat est lié par l'offre, à moins qu'il n'ait exclu ce lien obligataire".

(26) C. cass., civ., 12 mars 1985, *Bull. civ.*, I, n° 89.

(27) M. Géninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, Thèse Paris, 1985, p. 246.

contrat. Il n'existe entre elles alors qu'un simple engagement d'honneur ou "gentlemen's agreement" (28).

Bien que ces manifestations de volonté soient parfois assimilées aux obligations naturelles, il semble que les engagements d'honneur ne soient pas réductibles à ce seul concept, ni même à celui d'obligation civile (29). Le Doyen Ripert en effet, critiquant une telle construction a relevé que "... la notion d'obligation naturelle n'a été employée que parce que l'on avait peur d'introduire la considération du devoir moral dans la vie civile..." (30). En conséquence, l'engagement d'honneur est une simple déclaration d'intention qui ne crée qu'un devoir moral pour la ou les personnes qui s'engagent. Les négociateurs désirent ne pas s'engager juridiquement, mais être tenus moralement par un accord placé "... sur le terrain de la loyauté et en-dehors des sanctions juridiques étatiques ou arbitrales" (31). Transposant la clause du droit anglais "*subject to contract*", les parties mentionnent souvent que leur accord n'a pas valeur contractuelle. Ces relations conventionnelles ne se situent pas dans le "non-droit", mais dans une sphère qui obéit à ses propres règles. Une telle interprétation suppose que l'on n'identifie pas le droit aux seules règles étatiques, mais que l'on adopte une vision pluraliste du droit, ce dernier étant constitué non seulement des règles étatiques mais également de manifestations juridiques subsidiaires (32). Toutefois, ainsi que l'a relevé M. Oppetit : "... Les tribunaux n'ont pas hésité à qualifier d'obligations de droit strict des engagements pris sur l'honneur et à récuser l'intention parfois expressément affirmée par les parties, de situer leur accord en-dehors du droit" ; il ajoute qu'"... en droit commercial, une jurisprudence assez fournie, pas toujours très bien motivée, en particulier du fait d'un mélange fréquent dans l'argumentation des notions d'obligations naturelles et d'engagement d'honneur ou de l'intervention dans le raisonnement d'autres concepts, tels celui de cause, analyse la plupart du temps les engagements d'honneur en obligations juridiques pures et simples en relevant l'intention commune des parties de s'obliger et en ignorant le plan purement moral sur lequel se situait pourtant cette volonté de se lier" (33). Ainsi la Cour d'appel d'Aix a-t-elle décidé que la clause par laquelle un débiteur s'engage sur sa conscience à désintéresser son créancier si la fortune vient à lui sourire, constitue une obligation conditionnelle (34). Il semble en conséquence que le juge ne se sente pas lié par la qualification que les parties ont entendu donner à leur accord. On peut cependant s'interroger sur la possibilité d'infléchir cette jurisprudence en se fondant sur les dispositions de l'article 12 alinéa 4 du Nouveau Code de procédure civile suivant lesquelles "... les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition", peuvent lier le juge "par les qualifications et les points de droits auxquels elles entendent limiter le débat". Ainsi, se fondant sur ce texte, les parties pourraient considérer un accord comme conclu sur l'honneur et empêcher le juge de le déclarer juridiquement obligatoire. Il faut cependant bien remarquer qu'une telle solution est issue de la volonté claire du législateur et non de celle des parties.

(28) Les auteurs anglo-saxons usent plutôt des expressions "binding in honour only" ou "honour clause", ou encore "non contractual agreement".

(29) C. Aubry et C. Rau, *Droit civil : les obligations*, tome IV, 6ème édition, éd. Techniques, n° 297.

(30) G. Ripert, *La règle morale dans l'obligation civile*, L.G.D.J., 4ème édition, n° 194.

(31) M. Géninet, "Théorie générale des avant-contrats en droit privé", *L.P.A.*, 20 août 1986, p. 6.

(32) J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, P.U.F., coll. Thémis, 1978, p. 208.

(33) B. Oppetit, "L'engagement d'honneur", *D.*, 1979, p. 107.

(34) C.A. d'Aix, 11 juin 1872, *D.P.*, 1873, II, p. 177.

b) Les formes contractuelles des pourparlers

Durant la négociation d'une ou plusieurs conventions, les partenaires parviennent fréquemment à certains accords auxquels le droit donne la qualité de contrats. Le fait que le contrat se forme assez souvent par étapes, au moyen d'accords successifs, et que ceux-ci peuvent être consignés par écrit, est désigné sous le terme de punctuation (35). Ce terme exprime l'idée d'une "... conclusion du contrat point par point" (36). Afin d'étudier les formes contractuelles des pourparlers, il convient auparavant d'établir une gradation entre ces différents accords préparatoires. Certains envisagent uniquement la négociation du contrat définitif, d'autres organisent la conclusion du contrat. Ces derniers, parmi lesquels on trouve les promesses synallagmatiques et unilatérales, contiennent d'ores et déjà les éléments essentiels du futur contrat. Une dernière déclaration d'intention suffit à les parfaire, ils constituent un avant-contrat au sens strict, c'est-à-dire "... un acte qui prépare le contrat jusqu'à sa dernière phase, un accord de volonté complet, un accord des parties sur la conclusion du contrat" (37). Il n'y a plus lieu alors à négociation et par conséquent, seuls seront envisagés les accords préparatoires qui envisagent la négociation du contrat définitif.

1°) *Les pourparlers contractuels créant une obligation de négocier*

Si le contrat reste en principe, un acte de liberté qui permet aux individus de porter une négociation à son terme ou pas, cette liberté de négocier peut être limitée par l'accord des parties. Ces dernières peuvent prévoir une obligation conventionnelle de négocier afin d'augmenter les chances de conclusion du contrat. Il peut s'agir d'un accord organisant une obligation de négocier sans droit de préférence, mais il peut s'agir également d'un accord organisant une obligation de négocier avec droit de préférence. Il est nécessaire de préciser que le pacte de préférence "... se distingue du contrat de négociation en ce qu'il comporte nécessairement l'engagement de ne pas contracter avec les tiers avant que les conditions prévues par le pacte soient remplies" (38). Il présente ainsi, une offre comportant un degré de précision important puisque les éléments essentiels du contrat y sont déterminés. En conséquence, le pacte de préférence ne constitue pas une forme contractuelle des pourparlers. Seuls les accords préliminaires obligeant à négocier sans droit de préférence seront envisagés. Il faut en la matière écarter les clauses ou les accords de renégociation (tels que les clauses d'adaptation, d'arrangement amiable, etc...) car bien qu'ils ouvrent une phase de discussion, cette dernière se situe en cours d'exécution d'un contrat (39). Il ne s'agit plus de pourparlers précontractuels, mais seulement de dérogations à la règle "*pacta sunt servanda*".

(35) Sur la théorie de la punctuation cf. : J.-C. Serna, *Le refus de contracter*, Thèse Paris, 1967, p. 199 ; A. Rieg, "La punctuation : contribution à l'étude de la formation successive du contrat", *Mélanges Jauffret*, 1974, p. 593.

(36) A. Rieg, précité, p. 593.

(37) A. Hilsenrad, *Les obligations pouvant naître au cours de la préparation des contrats*, Thèse Paris, 1932, p. 25.

(38) J. Schmidt-Szalewsky, *Négociation et conclusion de contrats*, éd. Dalloz, 1982, p. 209.

(39) J.-M. Mousseron, *Technique contractuelle*, éd. Lefebvre, 1988, p. 53.

* *La notion d'accord de principe*

Comme le démontre M. Rieg, l'accord de principe est une expression de la théorie de la punctuation lorsqu'on prend ce terme dans un sens étroit et technique (40). On peut en effet définir l'accord de principe comme étant "... l'engagement contractuel (...) de poursuivre la négociation en cours, afin d'aboutir à la conclusion du contrat dont l'objet n'est encore déterminé que de façon partielle ou, en tout cas, insuffisante pour que le contrat soit formé" (41). L'accord de principe n'est donc pas un contrat définitif, mais un engagement qui vise à y parvenir. C'est la jurisprudence qui a consacrée cette notion d'accord de principe. Même si cette dernière transparaît dans une décision de la Chambre des requêtes de 1931 (42), c'est véritablement dans un arrêt de la Cour de cassation du 24 mars 1958 que le terme d'"accord de principe" apparaît pour la première fois (43). Dans cette espèce, la régie Renault répondant à un tiers intercédant auprès d'elle pour qu'elle réintègre un salarié licencié pendant l'occupation, avait envoyé une lettre dans laquelle elle déclarait : "Dès que la reprise de l'activité automobile le permettra, nous examinerons à nouveau la possibilité de le réintégrer dans le personnel de la régie". Le Tribunal civil de la Seine avait interprété ces lettres comme "... un engagement ferme de la part de la régie de réintégrer l'employé et ce, dès le premier poste vacant". La chambre sociale de la Cour de cassation censura le jugement et décida à l'inverse qu'il s'agissait d'un accord de principe et non d'un engagement ferme (44). Ce qui caractérise cet accord, c'est donc sa précarité : il ne s'agit pas en effet d'un engagement définitif et sa conclusion ultérieure reste éventuelle. En l'absence d'acte positif d'exécution traduisant une volonté de reprise des négociations, l'accord de principe est non avenue et il peut être à l'origine d'un engagement de responsabilité (45). À la suite de l'arrêt de principe du 24 mars 1958, la Cour de cassation s'est encore prononcée ponctuellement sur l'accord de principe afin d'en cerner la notion (46) et, désormais, la jurisprudence française en la matière peut être rapprochée d'autres jurisprudences étrangères. Ainsi, la Cour de cassation belge a adopté, dix ans après la Cour de cassation française, la notion d'accord de principe tel qu'elle avait été développée par cette dernière (47) en jugeant que "... L'existence d'un contrat requiert l'accord des parties sur les éléments essentiels ; la détermination de la rémunération à payer par l'employeur constitue un tel élément ; c'est donc à tort que le juge du fond a considéré la fixation et la rémunération du défendeur comme un détail devant subir une mise au point, alors qu'il s'agissait d'un élément essentiel du contrat" (48).

(40) A. Rieg, "La punctuation : contribution à l'étude de la formation successive du contrat", *Mélanges Jauffret*, 1974, p. 510.

(41) J. Ghestin, *Le contrat*, Université de Mc Gill, 1982, Presses coopératives Harpell, p. 134.

(42) Req. 19 octobre 1931, *D.H.*, 1931, p. 540.

(43) J. Carbonnier, obs. sous C. cass., soc., 24 mars 1958, *J.C.P.*, 1958, II, 10 868.

(44) "En décidant que les lettres susvisées contenaient un engagement ferme de la part de la régie, le jugement a dénaturé le sens et la portée de ces clauses claires et précises... qui ne constituaient qu'un accord de principe".

(45) C.A. de Nancy, 28 avril 1988, inédit, Édi-data, n° 88-43 812. Cité par I. Najjar, "L'accord de principe", *D.*, 1991, p. 57.

(46) Sur la constitution d'une société : C. cass., civ., 8 octobre 1963, *Bull. civ.*, I, n° 429 ; sur la conclusion d'un bail : C. cass., civ., 16 avril 1973, *Bull. civ.*, III, n° 288 ; sur une cession de clientèle : C. cass., com., 9 juin 1980, *Bull. civ.*, III, n° 257 ; C. cass., crim., 10 juin 1987, *Bull. rap. droit. aff. F. Lefebvre*, n° 20, 31 octobre 1987 ; C. cass., soc., 19 décembre 1989, *D.*, 1991, p. 62 note J. Schmidt-Szalewsky

(47) C. cass. belge, 2 octobre 1968, *Pas.*, 1969, I, p. 129 ; *Journ. trib.*, 1969, p. 46, cité par E. Vieujan, "Chronique de droit belge", *R.T.D. civ.*, 1972, p. 226, n° 8.

(48) C. cass. belge, 2 octobre 1968, précité.

** Les effets de l'accord de principe*

S'il a été précisé que l'accord de principe engage les parties, la force de l'engagement n'est pas la même que dans le cas d'une promesse de contrat. Cette dernière, en effet, confère à son bénéficiaire un véritable droit à la réalisation du contrat définitif. A l'inverse, l'obligation qui résulte de l'accord de principe est une obligation de négocier afin de parvenir à la conclusion du contrat définitif. Comme le précise M. Malaurie, "... il s'agit d'accords intervenant en cours de négociations où les parties fixent les questions (...) sur lesquelles leur consentement est acquis, et conviennent de continuer leur discussion pour les points sur lesquels l'accord ne s'est pas encore fait" (49). L'une des parties ne pourrait donc pas sans manquer à son obligation, refuser de reprendre les discussions sur les points à déterminer. En principe, l'initiative de la reprise des pourparlers pèse indifféremment sur l'une ou l'autre des parties. Généralement, la négociation sera reprise ou entamée par la partie la plus intéressée par le succès des négociations et la conclusion du contrat définitif. Il apparaît clairement qu'aucune des deux parties ne peut reprocher à l'autre sa défaillance car elle a elle-même la possibilité de reprendre la discussion. En revanche, le fait de ne pas répondre à la partie qui a redéclenché la négociation est constitutif d'une faute. L'obligation d'ouvrir les pourparlers peut se trouver également à la charge de l'une des parties. Tel est le cas lorsqu'un premier contrat arrivant à échéance, on a prévu dans une clause que telle ou telle partie ferait des propositions à l'autre pour la conclusion d'un nouveau contrat. La difficulté résidant alors dans la détermination du délai imparti à la partie concernée pour faire connaître ses propositions. Il peut arriver, et cela résout partiellement le problème, que le délai soit fixé par l'accord de principe mais à défaut, il appartiendra au tribunal de déterminer à partir de combien de temps le fait pour une partie de garder le silence, témoigne de la violation de son obligation. Dans l'arrêt de la chambre sociale du 24 mars 1958, la Cour de cassation avait considéré le délai comme dépassé, l'employeur n'ayant pas donné suite à l'accord de principe pendant plusieurs années (50). Il semble donc que l'appréciation du temps dont dispose la personne pour réengager les négociations doive se faire en se référant à la notion de délai "raisonnable".

2°) *Les pourparlers contractuels organisant la négociation du contrat définitif*

** Les contrats partiels*

Lorsque le contrat présente un certain degré de complexité juridique ou technique, il est fréquent que les parties concluent des accords partiels afin de négocier sa conclusion en plusieurs fois. Comme le définit Mme Schmidt-Szalewsky, "... L'accord partiel est la convention conclue au cours des pourparlers par laquelle les parties fixent les points de la négociation sur lesquels elles sont, dès à présent, d'accord" (51). Le plus souvent ces accords partiels se présentent sous la forme de lettres d'intention. La question est de savoir si de tels accords ont valeur d'accords définitifs ou pas ? Pour y répondre, il est nécessaire de distinguer entre différents types d'accords partiels et, pour chacun d'entre eux, de rechercher quelle a été la volonté des parties.

(49) P Malaurie, Cours de droit civil, polycopié, DEUG, deuxième année, 1982-1983, n° 167, p. 267.

(50) C. cass., soc., 24 mars 1958, précité.

(51) J. Schmidt-Szalewsky, précité, p. 245.

De manière générale, lorsque les négociations s'inscrivent dans la durée, il est d'usage courant que les parties fixent dans un écrit tel ou tel point du contrat définitif. Elles peuvent vouloir que cet accord ne présente aucune valeur contractuelle. Elles indiqueront alors que tel accord partiel n'aura la portée que d'un simple document de secrétariat (52) et il ne pourra être passé outre cette volonté. De manière plus précise, il convient de distinguer suivant que l'accord partiel fait partie d'un contrat simple ou d'un groupe de contrats. Dans la première hypothèse, les parties peuvent réserver la force de leur accord partiel à un accord global. "... Ainsi l'efficacité de l'accord en tant que partie du contrat définitif sera subordonnée à l'accord sur les éléments en discussion" (53). Certains ont vu dans cette expression de volonté, l'intention pour les parties de se placer hors du droit (54). Cela signifie surtout que les parties ne donnent pas de valeur à leur accord en tant que tel, il ne vaut pas contrat définitif. Sa conclusion sera subordonnée à la présence d'autres éléments. Tel est le cas notamment si les parties s'entendent sur des points normalement secondaires, comme par exemple un accord sur la date de livraison. Tel est le cas également si, l'accord portant sur des éléments objectivement essentiels, il est jugé insuffisant suivant la volonté des parties pour provoquer la formation du contrat.

Les partenaires à la négociation peuvent à l'inverse considérer que l'accord partiel intervenu sur certains points est suffisant à l'efficacité du contrat définitif. Les parties déterminent les points qu'elles jugent essentiels. Il apparaît cependant que les éléments ainsi qualifiés doivent comprendre au minimum les éléments légalement essentiels du contrat. Ceci sera relativement aisé pour les contrats nommés. En revanche, pour les contrats innommés, il faudra s'en remettre aux éléments déjà déterminés par la jurisprudence et à défaut à l'interprétation du juge. En ce qui concerne les points secondaires, les parties précisent généralement comment elles entendent les régler. Elles conviendront assez souvent de s'en remettre à un tiers, qu'elles auront désigné et dont elles auront défini la mission. L'échec des discussions sur ces points en suspens ne remet pas en cause l'efficacité du contrat définitif résultant de l'accord partiel. Le juge ou l'arbitre désigné par les parties pourra toujours intervenir. Bien souvent en effet, l'accord partiel comporte une clause d'arbitrage.

Dans l'hypothèse où l'accord partiel intervient à l'occasion du montage d'une opération contractuelle plus vaste, les parties pourront décider que cet accord n'aura de valeur que si les autres contrats se concrétisent. Si l'accord a pour objet un élément de l'ensemble contractuel qui ne peut fonctionner que si le reste de l'opération se met en place, cette solution s'impose. Cet accord ne peut avoir de vie autonome. Il engage cependant les parties à respecter les obligations qu'il contient. Les partenaires à la négociation peuvent également décider que l'accord partiel vaut contrat définitif même si l'on aboutit pas par la suite sur les autres contrats. Une telle solution n'est possible qu'en présence d'accords "interdépendants" c'est-à-dire "... où tous les accords ont une importance équivalente (par exemple : transports successifs)" (55). Chacun de ces contrats constitue une entité autonome même si son importance est réduite par rapport aux objectifs ébauchés lors du commencement des pourparlers.

Il peut arriver également que contrairement aux situations précédentes, les parties n'aient pas exprimé leur désir quant au devenir de l'accord partiel. Dans le cadre d'un contrat unique, ce dernier peut valoir accord définitif s'il comporte en son sein tous les éléments qui peuvent être qualifiés d'essentiels (56). Dans le cadre d'un

(52) A. Malaurie et P. Aynés, *Droit civil : les obligations*, 2ème édition, Cujas, 1990, n° 242.

(53) J. Schmidt-Szalewsky, précité, p. 249.

(54) M. Fontaine, "Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux", *D.P.C.I.*, 1977, tome 3, n° 2, p. 91.

(55) J. Schmidt-Szalewsky, précité, p. 252.

(56) C.A. de Paris, 16 octobre 1987, *Bull. rap. F. Lefebvre*, 29 février 1988, n° 4, p. 23.

ensemble de contrats, l'accord partiel vaut contrat définitif lorsque ses éléments essentiels sont déterminés. Il n'est pas en principe subordonné à la conclusion d'autres contrats du groupe sauf si les parties l'ont prévu et son efficacité est immédiate (57). Toutefois, on peut dégager certaines exceptions : notamment lorsqu'on est en présence d'un contrat principal et d'un contrat accessoire, l'efficacité du second est toujours liée à la conclusion du premier.

* *Les contrats temporaires*

Le contrat temporaire a pour but d'organiser la négociation et cela soit en réglant ses détails, soit en créant certaines obligations pour les parties durant cette période. Ces contrats ne prévoient donc pas le contenu du futur accord, ils ne prévoient pas non plus une obligation de négocier. Comme le précise M. Mousseron, ils n'ont que pour objet de "... créer des obligations qui lieront les parties durant la période des négociations" (58). Ces accords qualifiés de temporaires interviennent dans de nombreux domaines de la vie commerciale. Les *contrats d'exclusivité* tout d'abord, visent à interdire au partenaire de mener des négociations parallèles pour le même contrat avec des tiers. Ils peuvent également se présenter de manière positive, c'est-à-dire que l'on oblige la personne à conclure le contrat uniquement avec une partie déterminée. Ces accords aboutissent à créer à la charge d'une ou des deux parties une obligation de négociation exclusive. Cette dernière peut être brève ; ainsi, à l'issue du délai prévu, les partenaires pourront conclure le contrat avec un tiers. En l'absence d'une telle convention, il semble que rien n'empêche une partie de mener des négociations parallèles. Cette solution a cependant été discutée par le groupe de travail du DPCI qui s'est posé la question de savoir s'il n'existait pas une obligation de s'abstenir de négocier avec des tiers inspirée de l'obligation de bonne foi dans la négociation (59). Les négociations parallèles restent toutefois d'usage, et elles sont même indispensables au jeu traditionnel de la concurrence. Les *accords de confidentialité* ensuite, conclus soit à l'occasion de la négociation d'accords industriels tels que les contrats de *Know-How*, soit à l'occasion d'autres contrats comme les contrats de franchise, entraînent pour la partie concernée une obligation de secret. En effet, dans ce type de contrats, une partie (soit celle qui transmet le savoir-faire, soit le franchiseur) est souvent amenée au cours des pourparlers à révéler à l'autre une partie de son savoir-faire, ne serait-ce que pour répondre à la curiosité légitime de son partenaire quant à l'intérêt de l'opération projetée. Dans ce cas, il faut éviter que le partenaire malhonnête ne divulgue à des tiers les informations communiquées. L'engagement de confidentialité lui fournit une garantie. L'échec des négociations peut ne pas voir disparaître cette obligation, il est en effet assez fréquent de prévoir qu'elle se maintiendra pendant une certaine durée. De même, lorsque le contrat définitif est conclu, le devoir de secret se perpétue dans des stipulations prenant le relais de celles prévues dans l'accord préliminaire. Il faut envisager enfin le cas des *contrats d'étude* qui permettent aux parties d'envisager les différents éléments nécessaires à leur décision. Ils ont pour objet de visualiser les avantages ou les inconvénients d'une opération et peuvent ainsi conduire les pourparlers vers un échec ou un succès. Ces contrats d'étude sont parfois difficilement identifiables (60), et pour qu'ils puissent être considérés comme des éléments de la négociation il faut qu'ils soient effectués par un des partenaires et qu'il n'aient pas été conclus à titre principal. C'est le

(57) C.A. de Rouen, 7 avril 1970, *D*, 1970, p. 676.

(58) J.-M. Mousseron, précité, p. 516.

(59) M. Fontaine, précité, p. 73.

(60) C. cass., com., 14 janvier 1992, *RJDA*, 1992, n° 421, p. 343 ; J.-M. Mousseron, *J.C.P.E.*, 1992, Études et chroniques n° 199, p. 564.

cas par exemple, des contrats d'ingénierie ou de publicité qui, en principe, sont gratuits. Cette gratuité peut entraîner certaines difficultés dans le sens où elle peut aboutir à encourager certaines personnes à entamer des négociations sans désir réel de contracter. De plus, il arrive souvent que ces contrats entraînent certains frais. En conséquence, il est courant de voir les parties fixer une rémunération pour de tels contrats. À défaut, l'auteur de l'étude ne pourra demander un dédommagement si le contrat ne se forme pas (61). À côté de ces contrats, il faut signaler certains accords que l'on pourrait qualifier "de modalités" (62) qui prévoient uniquement le déroulement des pourparlers. Ainsi, certains peuvent établir le calendrier des négociations, d'autres les prises en charge financières liées à un éventuel échec des pourparlers.

Par ailleurs, certains auteurs rangent dans la catégorie des contrats temporaires, les *contrats à l'essai*. Selon eux, ces accords permettent aux parties d'expérimenter le contrat définitif. Ils se caractérisent par la "... quasi-identité de leur contenu à celui des accords visés" (63). La thèse de la dualité des conventions (64) qui distingue contrat d'essai et contrat définitif a été cependant critiquée par de nombreux auteurs. En effet, sous l'influence de l'article 1588 du code civil, la tendance dominante est de ne voir dans l'essai qu'une condition du contrat définitif. Sa réussite est alors la condition suspensive à la naissance des obligations de l'accord en négociation. Il ne faut cependant pas exagérer les conséquences d'une telle théorie. En effet, rien n'empêche les parties de conclure un contrat spécifique d'essai. La difficulté vient alors de la similitude qui existe entre le contrat d'essai et le contrat définitif. Tous les éléments essentiels du contrat final y sont déjà présents. Cependant, en concluant un contrat d'essai, les parties espèrent faire un "test" du futur contrat, en apprécier les avantages et les inconvénients. Elles ne semblent pas manifester une volonté ferme de s'engager contrairement, par exemple, aux promesses qui matérialisent une ou des volontés de conclure le contrat définitif. En conséquence, les contrats d'essai peuvent encore constituer une forme contractuelle des pourparlers.

* *Les accords-cadre*

D'après M. Mousseron : "... Le contrat cadre est un contrat visant à définir les principales règles auxquelles seront soumis des accords à traiter rapidement dans le futur, "contrats d'application ou d'exécution" auxquels de simples bons de commande ou ordres de service fourniront leur support" (65). On veut ici éviter des négociations répétitives lorsque de nombreux contrats similaires doivent être conclus dans le futur. C'est la Cour d'appel de Paris du 26 janvier 1966 qui s'est référée pour la première fois aux termes de contrat cadre et de contrats d'application pour désigner l'accord général et les accords particuliers (66). La difficulté provient des éléments que peut comprendre éventuellement l'accord-cadre. En effet, dans certaines hypothèses, on ne sera plus dans la phase des pourparlers, mais en présence d'une promesse (67). Si l'accord-cadre comporte les éléments essentiels des contrats d'application et si l'une des parties ou les deux parties semblent s'être engagées fermement quant à ces contrats, l'accord-cadre vaut alors promesse. Lorsque l'accord-cadre vise uniquement à faciliter la conclusion des contrats d'application en fixant par avance

(61) C.A. de Paris, 24 mars 1986, Jurisdata n° 021 001, cité par B. Gross, "Les pourparlers contractuels", Juris-classeur contrat-distribution, fascicule 20, p. 15.

(62) J.-M. Mousseron, *Technique contractuelle*, éd. Lefebvre, 1988, p. 55.

(63) J.-M. Mousseron, précité, p. 517.

(64) R. Demogue, "Des contrats provisoires", *Études à la mémoire de H. Capitant*, éd. Rousseau, 1906, p. 159.

(65) J.-M. Mousseron, précité, p. 515.

(66) C.A. de Paris, 26 janvier 1966, *G.P.*, 1966, I, p. 210 ; *D.*, 1966, p. 294.

(67) J. Schmidt-Szalewsky, précité, p. 231.

certaines de leurs modalités, il demeure alors une simple forme contractuelle des pourparlers. Dans la pratique, cette technique est courante dans le secteur de la distribution. Ainsi les contrats d'approvisionnement exclusif, les contrats de concessions commerciales, les contrats de franchise sont des contrats cadre. On peut citer encore, les conventions collectives de travail dont les dispositions doivent être respectées par les contrats individuels.

Le régime de la négociation du contrat cadre présente certaines spécificités qu'il convient d'énoncer succinctement. Tout d'abord, en ce qui concerne les parties : ce peut être les mêmes qui participent au contrat cadre et aux contrats d'application, mais il arrive également que les parties participant aux contrats d'application ne soient pas celles initialement présentes au contrat cadre. Ensuite, il faut préciser que les parties n'ont pas pleine liberté pour déterminer le contenu du futur contrat cadre. En effet, une jurisprudence ferme, fondée à l'origine sur l'article 1591 du code civil, spécifique à la vente, puis sur l'article 1129 relatif à l'objet du contrat exige que l'accord-cadre à peine de nullité, comporte une clause où le prix des marchandises ou des services soit déterminé ou déterminable (68). Inaugurée en 1971 pour les contrats de pompiste de marque (69), cette jurisprudence s'est progressivement étendue aux contrats de bière (70), puis à tous les contrats d'approvisionnement (71) et enfin aux contrats de franchise (72). Seul le contrat d'entreprise semble encore résister à l'exigence d'un prix déterminé et déterminable (73). Enfin, en ce qui concerne les effets du contrat cadre, une distinction doit être faite entre les contrats qui engendrent ou pas une obligation de contracter. Dans certains accords-cadre, en effet, aucune obligation de conclure des contrats d'application n'est prévue. Ainsi les parties n'adhéreront automatiquement aux règles posées par un contrat cadre que si elles décident de conclure plus tard des contrats. Le principe demeure la liberté individuelle. À l'inverse, beaucoup de contrats cadre contiennent des clauses qui obligent expressément les parties à conclure des contrats d'application. Tel est le cas notamment des clauses de quota ou des clauses d'exclusivité.

Les pourparlers au cours de leur déroulement peuvent être purement informels ou plus organisés avec alors une valeur juridique qui varie, allant du simple engagement d'honneur à un véritable contrat. Certaines catégories d'accord n'ont pas été envisagées, mais comme le précise M. Mousseron, "... il serait intellectuellement vain et juridiquement erroné de prétendre en réaliser une typologie exhaustive" (74). Quoi qu'il en soit, quelle que soit la forme adoptée par ces négociations, elles induisent toujours un certain comportement des parties.

B - LE COMPORTEMENT DES PARTIES AU COURS DES POURPARLERS

La liberté de négocier qui caractérise la phase des pourparlers, constitue un élément de fragilité pour les partenaires qui, durant cette période, aspirent à plus de sécurité. La possibilité de ne pas contracter notamment, menace le succès des pourparlers. Il faut donc face à cette liberté, rassurer les partenaires et ne pas permettre que cette faculté soit mal utilisée. L'exigence de bonne foi dans la conclusion du

(68) J. Ghestin, "Réflexions sur le domaine et le fondement de la nullité pour indétermination du prix", *J.C.P.*, 1993, chron. 251.

(69) C. cass., com., 27 janvier 1971, *J.C.P.*, 1971, II, 16 736 ; *D.*, 1972, p. 536, note J. Ghestin ; C. cass., com., 5 novembre 1971, *D.*, 1972, p. 553, note J. Ghestin ; *J.C.P.*, 1972, II, 16 975, note Boré.

(70) C. cass., com., 11 octobre 1978, *J.C.P.*, 1979, II, 19 034, obs. Y. Loussouarn ; *D.*, 1979, p. 136, note R. Houin.

(71) C. cass., com., 11 décembre 1978, *Bull. civ.*, IV, n° 303.

(72) C.A. de Paris, 14 juin 1984, *J.C.P.*, 1985, II, 20 466, obs. B. Gross ; sur pourvoi C. cass., com., 24 juin 1986, *RTD civ.*, 1987, p. 94, obs. J. Mestre.

(73) J. Mestre, précité.

(74) J.-M. Mousseron, précité, p. 513.

contrat permet de répondre à ces inquiétudes car elle institue une certaine "déontologie de la négociation" en sanctionnant les débordements. Bien que la loi n'exprime nulle part une telle obligation, elle sanctionne ponctuellement certaines atteintes portées à la bonne foi comme par exemple le dol (75). De plus, il faut signaler qu'initialement, le projet de code civil de l'An VIII prévoyait pour l'article 1134 que "... les conventions devaient être contractées et exécutées de bonne foi" et que par la suite, pour des raisons de forme, seule la seconde partie fut conservée (76). La jurisprudence pourtant consacre expressément cette solution et sanctionne tout manque à l'obligation de contracter de bonne foi (77). Juridiquement, cette dernière peut se décomposer en plusieurs obligations. Certaines de ces règles de conduite trouvent leur origine dans *la loi et la jurisprudence*, d'autres sont d'origine *conventionnelle*.

a) Les règles de conduite d'origine légale et jurisprudentielle

L'obligation de bonne foi dans la conclusion du contrat implique d'une part, une obligation générale de négocier de bonne foi car "... dans la phase des pourparlers (...) certaines obligations de rectitude et de loyauté s'imposent aux parties relativement à la conduite des pourparlers eux-mêmes" (78) et, d'autre part, une obligation spécifique de renseignement.

1°) *L'obligation générale de négocier de bonne foi*

* *Le contenu de l'obligation de négocier de bonne foi*

Cette obligation a pour but de conduire les parties à avoir une attitude constructive dans la recherche d'un accord. Par son action positive, l'un des partenaires ou les deux prouvent leur volonté d'avoir une discussion sérieuse. En face d'un tel comportement, si un désaccord insurmontable survient et empêche la conclusion du contrat définitif, aucune responsabilité ne pourra être retenue. Selon la jurisprudence, la mauvaise foi consiste tout d'abord à engager une négociation sans avoir une réelle intention de la mener à bien. Comme le précise la Cour d'appel de Rennes, elle consiste alors "... à faire miroiter aux yeux de l'autre partie l'espérance d'une convention et de refuser, ensuite, de la réaliser" (79). Prendre l'initiative des pourparlers sans avoir l'intention de les mener à terme, peut également être censuré lorsque l'on entreprend des négociations sans être titulaire du droit en discussion, ni certain de l'acquiescer un jour (80). La mauvaise foi peut résulter ensuite d'une conduite fautive de la négociation. Une partie laisse l'autre engager des dépenses alors qu'elle sait qu'elle n'ira pas au bout de la négociation (81). Cette solution n'est pas applicable si le partenaire qui engage des frais le fait par excès de confiance alors qu'aucun élément ne lui laisse croire véritablement à la conclusion définitive du contrat. La mauvaise foi peut également résider dans la manière dont intervient la rupture des pourparlers. Si l'un des partenaires met fin aux négociations car les divergences qui l'opposent à l'autre partie sont trop grandes, la rupture peut être justifiée. Tel est le cas si le constructeur d'un immeuble s'adresse finalement à un autre miroitier que celui avec

(75) G. Lyon-Caen, "De l'évolution de la notion de bonne foi", *R.T.D. civ.*, 1946, p. 80.

(76) Pour plus de précisions cf. J. Mestre, *R.T.D. civ.*, 1989, p. 738-739.

(77) C. cass. civ., 10 mai 1989, inédit. Cité par J. Mestre, *précité*, p. 738.

(78) C.A. de Pau, 14 janvier 1969, *D.*, 1969, p. 716.

(79) C.A. de Rennes, 8 juillet 1929, *D.H.*, 1929, p. 548.

(80) C. cass., civ., 12 avril 1976, *Bull. civ.*, I, n° 122.

(81) C. cass., com., 20 mars 1972, *J.C.P.*, 1973, 17 543, note J. Schmidt-Szalewsky, ; *R.T.D. civ.*, 1972, p. 779, obs. G. Durry.

lequel il était en pourparlers car les prix de ce dernier étaient trop élevés (82). En revanche, la rupture n'est plus justifiée si elle ressort d'une attitude strictement négative. Ainsi, la cour d'appel de Paris, le 13 mai 1988, a retenu la mauvaise foi de l'actionnaire majoritaire d'une société qui, afin de céder ses actions, a mené des pourparlers pendant un certain temps avec une autre société pour finalement rompre brutalement la négociation et les vendre à un tiers (83). L'obligation de négocier de bonne foi enfin peut prendre un aspect particulier lorsque des informations importantes sont communiquées au cours des pourparlers. En effet, on peut craindre qu'elles ne soient utilisées ou divulguées à un tiers. La meilleure façon de les protéger semble être de conclure un accord avec obligation de confidentialité. Mais, en l'absence d'une telle convention, on peut se demander comment s'organise leur protection. Il n'y a pas de difficultés lorsque l'information à protéger est déjà couverte par le brevet. Il faut cependant distinguer comme le fait Mme Schmidt-Szalewsky suivant que les négociations se déroulent après l'obtention du brevet ou en cours de procédure d'obtention (84). Dans la première hypothèse, le brevet permet à son titulaire de protéger l'information contre toute agression puisqu'il dispose d'un droit exclusif d'exploitation. L'action en contrefaçon lui est ouverte. Dans la seconde hypothèse, pour pouvoir se défendre d'une utilisation malhonnête des informations communiquées, le déposant du brevet devra faire savoir à son partenaire sa démarche en lui faisant parvenir une copie de la demande de brevet. La protection sera également assurée si les informations sont susceptibles d'être couvertes par le droit d'auteur ou le copyright. Dans le cas contraire, l'information ne peut être protégée que par l'obligation de secret que crée la bonne foi dans certains contrats, tels que, par exemple, le contrat d'entreprise qui donne fréquemment lieu à communication de renseignements. Toutefois, dans cette hypothèse, le détenteur de l'information ne peut pas se protéger contre le tiers ayant eu connaissance de l'information ou de l'idée indépendamment de lui. Par contre, par le biais du droit commun, il peut obtenir réparation contre celui qui a utilisé ou divulgué l'information car il était en négociation avec lui. Les mécanismes de la responsabilité civile lui permettent alors d'obtenir des dommages-intérêts pour violation de l'obligation de secret. Dans toutes ces hypothèses, il apparaît que l'obligation de négocier de bonne foi devient de plus en plus stricte au fur et à mesure de l'avancement des pourparlers (85).

** Les limites de l'obligation générale de négocier de bonne foi*

Le principe de la liberté de négocier limite parfois l'obligation de mener les négociations de bonne foi. En effet, rien n'empêche une partie d'entreprendre plusieurs pourparlers à la fois et de choisir en fin de compte la partie qu'elle juge lui correspondre le mieux. Certains auteurs cependant ont soutenu que même en dehors de toute clause d'exclusivité, l'obligation de s'abstenir de négocier avec des tiers existe de façon implicite (86). Une telle position paraît contraire au droit positif, puisqu'elle supprime toute volonté des parties. De plus, elle semble également méconnaître la pratique puisque les négociations parallèles sont d'utilisation courante. Elles permettent notamment à la concurrence de s'exprimer, et en ce sens, on peut dire que la pluralité de négociations permet dans une certaine mesure à un

(82) Cour d'appel de Pau, 16 janvier 1969, *D.* 1969, p. 716.

(83) C.A. de Paris, 13 mai 1988, inédit. Cité par J. Mestre, *R.T.D. civ.*, 1989 p. 736.

(84) J. Schmidt-Szalewsky, note sous Cour de cass., com., 2 octobre 1978, *D.*, 1980, p. 55.

(85) J. Cédras, "L'obligation de négocier", *R.T.D. com.*, 1985, p. 7, *C. cass., com.*, 20 mars 1972, précité.

(86) A. Fontaine, "Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux", *DPCI*, 1977, p. 73.

système libéral de fonctionner. La jurisprudence s'est d'ailleurs prononcée en ce sens puisqu'elle ne sanctionne pas le fait de traiter avec plusieurs personnes (87). L'exigence de bonne foi ne va donc pas jusqu'à "... imposer l'unicité de négociation, et donc des pourparlers successifs..." (88).

2°) *L'obligation spécifique de renseignement au cours des pourparlers*

C'est M. de Juglart qui dès 1945 a mis en lumière l'existence d'une obligation précontractuelle de renseignement (89). Cette obligation a un domaine plus vaste que celui des vices du consentement et constitue une obligation autonome inspirée par le devoir de bonne foi dans la conclusion du contrat. Elle est sanctionnée non pas par la nullité de la convention mais par l'article 1382 du code civil.

** Le contenu de l'obligation de renseignement au cours des pourparlers*

L'obligation de renseignement précontractuelle présente de multiples facettes. Sa portée peut s'élargir pour déboucher sur des obligations telles que l'obligation de conseil ou l'obligation d'attirer l'attention. La différence entre ces obligations est simplement une différence de degré, le but étant toujours l'information du partenaire à la négociation. On pourrait même parler dans ces situations d'obligation de renseignement "renforcée". Parallèlement à la jurisprudence s'est développé un mouvement législatif qui a créé certaines obligations précontractuelles de renseignement. On peut citer par exemple, l'article 12 de la loi du 29 juin 1935 obligeant le vendeur de fonds de commerce à renseigner l'acheteur sur l'origine de la propriété, les charges grevant le fonds, le chiffre d'affaires et les bénéfices. De la même manière, le code des assurances aux articles L. 113-2 et L. 113-8 prévoit également que l'assuré doit "déclarer exactement lors de la conclusion du contrat toutes les circonstances connues de lui qui sont de nature à faire apprécier à l'assureur les risques qu'il prend à sa charge". De plus, de nombreuses lois visent l'ensemble des consommateurs : les lois du 2 juillet 1963 et du 27 décembre 1973 sur la publicité mensongère ; la loi du 10 janvier 1978 sur le crédit à la consommation ; la loi du 3 janvier 1972 sur le démarchage financier qui régit la publicité obligatoire des sociétés faisant appel à l'épargne publique ; également la loi du 18 janvier 1992 qui dans son article 2 impose à tout professionnel, vendeur de biens ou prestataire de services d'informer le consommateur avant la conclusion du contrat sur certaines caractéristiques essentielles du bien ou du service. La loi est également intervenue pour régler les rapports des professionnels. On peut citer par exemple la loi du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à amélioration de leur environnement économique, juridique et social. Cette loi prévoit notamment dans son article premier un droit à l'information du partenaire concerné. De plus, comme le précise M. Mestre, en imposant dans son article 2 la remise d'un document écrit, "... cette loi complète l'obligation de renseignement par l'instauration d'un formalisme informatif très précis et surtout règle opportunément le problème sans doute le plus délicat que soulève aujourd'hui l'obligation de renseignement : à savoir, le problème de son inexécution..." (90) Il ne faut pas oublier éga-

(87) Cf. notamment : C.A. de Pau, 19 janvier, 1969, précité, C.A. de Versailles, 5 mars 1992, *Bull. Joly.*, 1992, p. 636 note J. Schmidt-Szalewsky ; *R.T.D. civ.*, 1991, p. 752 note J. Mestre.

(88) J. Mestre, *R.T.D. civ.*, 1991, p. 753.

(89) M. de Juglart, "L'obligation de renseignement dans les contrats", *R.T.D. civ.*, 1945, p. 1.

(90) J. Mestre, *R.T.D. civ.*, 1990, p. 467.

lement les lois du 31 décembre 1992 et du 29 janvier 1993 visant à renforcer la transparence des relations entre professionnels (91).

À côté de cette intervention du législateur, la jurisprudence a largement contribué au développement de l'obligation de renseignement précontractuelle. Cette obligation impose en premier lieu d'informer la partie à la négociation sur ce que l'on *sait*. Il s'agit de l'obligation de renseignement pure. Ainsi, les fabricants et fournisseurs les plus divers doivent informer leurs clients des méthodes d'utilisation de leurs produits. De même, le vendeur non professionnel n'échappe pas à l'obligation de contracter de bonne foi en communiquant à son cocontractant les renseignements essentiels qu'il ne peut pas connaître (92). L'obligation de renseignement précontractuelle ne se résume pas à cette simple faculté. Elle implique également l'obligation d'informer de ce que l'on *devrait savoir*. Cela signifie qu'elle impose de s'informer au préalable afin de renseigner à son tour de la meilleure façon possible le principal intéressé. L'obligation de prendre des renseignements préalables s'applique très largement aux professionnels (93). Afin de fournir un renseignement valable, il faut parfois s'informer sur les capacités d'un produit ou ses effets néfastes, sur les besoins de son partenaire, etc... (94). L'obligation de renseignement précontractuelle peut parfois s'élargir et aboutir à un devoir de *conseil*. Ainsi le débiteur de cette obligation ne se contente plus de fournir des informations, il prend également parti et essaie de mettre en lumière l'opportunité même du contrat pour la partie concernée au vu des éléments qu'il possède. Cette obligation pèse essentiellement sur les professionnels. Ainsi, ne respecte pas son obligation le constructeur-réparateur de navire qui conseille à son client d'acheter une drague d'occasion alors que le coût des travaux à effectuer sur cette dernière dépasse largement le prix d'un navire neuf (95). De même dans le domaine du matériel informatique, la responsabilité du vendeur est souvent engagée pour ne pas avoir aidé son client à déterminer ses besoins afin de lui fournir le matériel le plus approprié (96). Cette obligation qui pèse sur le fournisseur d'apporter un matériel adapté et une assistance technique pendant la période d'adaptation ne constitue cependant qu'une obligation de moyens (97). L'obligation de renseignement précontractuelle enfin, peut prendre l'aspect d'une obligation *d'attirer l'attention* du partenaire à la négociation sur certains éléments de fait importants pour lui. Cette obligation comme celle de conseil se situe au-delà de l'obligation de renseignement pure. En effet, à ce stade, il ne suffit plus de dire ou d'écrire à la personne mais de préciser et d'insister sur certains points qui apparaissent essentiels à une conclusion du contrat de bonne foi. Ainsi a été retenue la faute d'une association organisatrice d'un rallye qui n'a pas mis en garde les pilotes sur les limites des assurances souscrites (98). De même, le loueur d'ordinateur qui a aussi les obligations d'un conseil en organisation, se comporte avec légèreté en n'attirant pas l'attention de son partenaire sur les difficultés de démarrage d'un système informatique (99). On pourrait multiplier les exemples. Cette obligation ne se limite pas au seul professionnel. En effet, le restaurateur à qui l'on confie un manteau de prix

(91) Lois du 31 décembre 1992 et du 29 janvier 1993, *J.C.P.E.*, 1993, III, 65878 et 65957.

(92) C. cass., civ., 30 juin 1992, *Contrat - concurr. et consom.*, décembre 1992, p. 5, n° 218 obs. L. Leveneur., C. Cass. civ., 4 janvier 1991, *D.*, 1992, som. p. 196, obs. M. Tournafond.

(93) Cf. notamment sur la question, J. Mestre, *R.T.D. civ.*, 1987 p. 340.

(94) En ce qui concerne les médicaments, la jurisprudence s'arrête à ce qui est connu par le vendeur : C. cass., civ., 8 avril 1986, *D.*, 1986, IR, p. 311.

(95) C. cass., com., 16 mars 1982, *Bull. civ.*, IV, n° 105.

(96) C.A. de Paris, 12 juillet 1972, *G.P.*, 1972, p. 804 ; C.A. de Versailles, 8 novembre 1991, *R.J.D.A.*, 1992, n° 1, p. 19.

(97) C.A. de Paris, 12 juillet 1972, *précité*; C.A. de Paris, 10 mars 1989, *Bull. Aix*, 1982, n° 2, p. 18.

(98) C. cass., civ., 16 avril 1975, *D.*, 1976, p. 514 note A. Chirez.

(99) Tribunal de commerce de Paris, 19 avril 1971, *D.*, 1971, p. 482 note J.-C. Fourgaix.

se doit de mettre en garde la personne à qui il appartient de l'absence de moyens de surveillance particuliers (100).

La jurisprudence ne semble pas vouloir s'en tenir à ces éléments. En effet, elle intervient afin de renforcer encore l'obligation de renseignement (101) et l'on aboutit parfois à des situations discutables. Ainsi, il arrive que l'obligation de renseignement aille jusqu'à fournir à un individu une garantie que l'acte juridique ne lui donnait pas (102). Telle est la position que semble avoir adopté la première chambre civile de la Cour de cassation, le 25 octobre 1989 (103). En l'espèce, un joueur participant à un match de football amical organisé par le comité de son entreprise, avait été blessé. Il demanda réparation arguant notamment du fait qu'il n'avait pas été averti du défaut d'assurance pour de tels dommages. Si les juges du fond le déboutèrent, la Cour de cassation retint la responsabilité du comité d'entreprise aux motifs que ce dernier avait omis de rappeler à la victime les limites de son contrat d'assurance et qu'en conséquence cette dernière avait légitimement pu croire à sa couverture par l'assurance de l'entreprise. Cette solution est critiquable car, elle fournit à la victime une garantie à laquelle elle n'aurait pas eu droit en temps normal.

* *Les limites de l'obligation de renseignement au cours des pourparlers*

Les tribunaux apportent malgré tout des limites à l'obligation de renseignement. Ils estiment ainsi qu'elle n'est pas due si le partenaire à la négociation a la possibilité de se renseigner lui-même. Il s'agit ici de la situation du créancier de l'obligation d'information. S'il semble découler de l'arrêt de la Cour de cassation du 23 avril 1985 que cette obligation pèse uniquement sur les professionnels (104) comme le fait remarquer M. Mestre, il vaut mieux laisser les tribunaux apprécier au cas par cas qui a ou n'a pas la possibilité de se renseigner lui-même (105). Il est vrai que le profane qui ne possède aucune connaissance dans le domaine concerné bénéficie de l'indulgence des tribunaux (106). Cette dernière est renforcée s'il traite avec un professionnel car comme le fait remarquer M. Jourdain, la jurisprudence tend à instituer une véritable "... présomption de connaissance de l'information" (107). Ainsi, l'ignorance du professionnel sera-t-elle jugée illégitime. Le seul moyen de se dégager de son obligation est alors de prouver qu'au vu des circonstances il était dans l'impossibilité de se renseigner. De nombreuses décisions ont été rendues à propos du contrat de concession notamment. Ainsi la décision de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 10 février 1987 réaffirme que le concessionnaire qui est un professionnel du marché de l'automobile doit s'informer afin de mesurer les risques et de former son opinion (108). De même, la Cour d'appel de Paris précise qu'"... au moment de décider s'il a ou non intérêt à renouveler son contrat, il appartient au concessionnaire en l'état de la conjoncture de s'informer et de s'entourer de tout éclaircissement lui permettant de mesurer les risques et de former raisonnablement son opinion" (109). Enfin, la chambre commerciale de la Cour de cassation, le 25 février 1986 est allée plus loin en retenant la faute du professionnel du marché

(100) C. cass., civ., 18 novembre 1975, *J.C.P.*, 1976, IV, p. 15.

(101) C. Cass., 25 mai 1993, *Bull. civ.*, IV, n° 211; C. Cass., 4 mai 1993, *Contrats, concu. et conso.*, octobre 1993, p. 5, obs. F. Leveneur, *J.C.P.E.*, 1994, chron. 310.

(102) Le problème a été soulevé et commenté par J. Mestre, *R.T.D. civ.*, 1990, p. 466.

(103) C. cass., civ., 25 octobre 1989, *J.C.P.*, 1990, II, 21 458 note J. Hauser; obs. J. Mestre, précité.

(104) C. cass., civ., 23 avril 1985, précité.

(105) J. Mestre, *R.T.D. civ.*, 1987, p. 339, n° 148.

(106) C.A. de Rouen, 25 février 1959, *D.*, 1959, som. p. 74.

(107) P. Jourdain, "Le devoir de se renseigner", *D.*, 1983, chron. XXV, p. 142.

(108) C. cass., com., 10 février 1987, *Bull. civ.*, IV, n° 41.

(109) C.A. de Paris, 14 janvier 1983, *Juris-Data*, n° 000 366.

de l'automobile qui n'avait pas contrôlé le sérieux des informations et prévisions données par son partenaire à la négociation (110). Ce dernier avait en effet fait miroiter une évolution économique bénéfique alors que les circonstances extérieures laissaient présager le contraire. Comme le fait remarquer M. Mestre : "...Voici donc qu'apparaît le devoir de se méfier de l'autre et de contrôler le sérieux de son renseignement" (111). L'obligation de se renseigner peut varier également en fonction de la nature des contrats. Ainsi, dans le cas de conventions portant sur des choses d'occasion, elle se renforce. En effet, le fait que l'on ne soit pas en présence d'un bien neuf mais plutôt d'une chose ayant fait l'objet d'un usage précédent, entraîne un accroissement de l'obligation de s'informer. En effet, dans cette hypothèse la partie intéressée, surtout s'il s'agit d'un professionnel, doit faire preuve de plus de vigilance qu'en temps normal (112). À l'inverse, certains contrats sous-entendent la véracité des informations qui sont données et par là-même, dégagent le créancier de cette obligation de s'informer. Tel est le cas de tous les contrats conclus *intuitu personae* comme par exemple : les contrats de travail, les contrats de société, de mandat...

À côté de l'obligation de se renseigner, un deuxième tempérament est encore apporté par la jurisprudence à l'obligation d'information. Si les renseignements doivent être donnés, ils n'ont pas à garantir le résultat de l'opération contractuelle. Cette solution semble découler d'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 11 juin 1985 (113). En l'espèce, à propos de l'installation d'un système d'alarme, les juges ont rejeté l'action du client qui avait pris le risque de ne s'équiper que d'un système d'alarme léger. Le conseil avait bien été donné, cependant le client ne l'ayant pas suivi ne pouvait se plaindre par la suite du vol commis. Le débiteur de l'obligation d'information n'a qu'une obligation de moyens.

Il faut enfin signaler une ultime limite à cette obligation. Elle découle de la logique même. On ne doit, en effet, informer une personne que des éléments qui ne lui sont pas faciles d'accès. En conséquence, on n'a pas à renseigner le partenaire à la négociation des éléments qui paraissent évidents ou connus de tous (114).

b) Les règles de conduite d'origine conventionnelle

Les parties peuvent vouloir créer des obligations spécifiques quant au déroulement des pourparlers. Ainsi, par convention, elles peuvent renforcer ou non l'obligation de bonne foi qui pèse sur les partenaires au contrat.

1°) Les obligations renforçant le devoir de bonne foi dans la conclusion du contrat : l'obligation de confidentialité

L'insécurité que fait peser la phase des pourparlers sur la conclusion du contrat peut parfois conduire à des accords particuliers entre partenaires visant essentiellement à garantir le meilleur déroulement possible des négociations. L'exemple le plus fréquent de ce type de créations est l'obligation de confidentialité ou de maintien de secret. En effet, à l'occasion des pourparlers, des informations liées à l'objet de l'opération envisagée, peuvent être communiquées. La partie qui les fournit peut craindre qu'elles soient utilisées sans son accord, voire divulguées. Ce genre d'accords se retrouve souvent dans les négociations d'accords industriels comme par exemple

(110) C. cass., com., 25 février 1986, *Bull. civ.*, IV, n° 33 ; *R.T.D. civ.*, 1987, p. 85, obs. J. Mestre.

(111) J. Mestre, précité.

(112) Voir par exemple : C. cass., civ., 18 décembre 1962, *D.*, 1963, p. 114.

(113) C. cass., com., 11 juin 1985, *Bull. civ.*, IV, n° 188.

(114) C.A. de Paris, 4 décembre 1989, *D.*, 1990, IR, p. 8.

les contrats de communication de savoir-faire non breveté mais aussi pour d'autres contrats tels que les contrats de franchise.

** Les informations protégées par l'accord de confidentialité*

Afin de connaître les informations qui sont protégées par l'accord de confidentialité, il faut se référer tout d'abord à la convention. En effet, il arrive fréquemment que les parties fixent dans l'accord quelles sont les informations qui seront protégées par le secret. Afin d'obtenir une garantie maximale, il est préférable pour les partenaires de prévoir d'une manière générale, que toutes les informations qui peuvent être échangées au cours des négociations de l'opération seront confidentielles. Tel est souvent le cas par exemple, pour les opérations d'acquisition d'entreprise (115). Il arrive cependant que les parties se contentent d'établir une liste comportant seulement un certain type d'informations qui seront alors considérées comme protégées par le secret. Il est possible aussi pour les parties de marquer certains documents de la mention "confidentiel". Cette solution présente l'inconvénient de ne pas permettre la protection des informations communiquées verbalement, à moins que les parties les retranscrivent par écrit. Ces documents que les parties qualifient de secrets sont présumés être effectivement confidentiels. Cependant, cette présomption est simple c'est-à-dire qu'il est toujours possible à une partie de rapporter la preuve contraire en arguant par exemple que les informations transmises faisaient déjà partie du domaine public. Les parties peuvent également définir les informations confidentielles en déterminant à l'inverse celles qui ne le sont pas (116). C'est le cas de toutes celles qui font l'objet d'une publicité ou d'une obligation de divulgation, comme par exemple, la publicité de la demande de brevet. De la même manière ne sauraient être considérées comme confidentielles les informations relevant du domaine public c'est-à-dire connues de tous. De même, enfin, ne sauraient être protégées par le secret les informations communiquées par un tiers non tenu à la confidentialité, ainsi que celles dont les partenaire créancier de l'obligation de secret a déjà eu connaissance. La technique consistant à définir de manière négative les informations confidentielles présente l'avantage d'éviter les "abus de confidentialité" (117). En effet, en déterminant de manière positive ce qui doit être considéré comme confidentiel, on risque parfois d'aller trop loin en protégeant toutes sortes d'informations, même celles présentant un aspect secondaire. De la même manière, en ne désignant que certains documents comme secrets, certaines informations de première importance peuvent échapper à la protection de l'accord.

Il arrive enfin que les parties concluent un accord de confidentialité en omettant de préciser quels seront les renseignements à protéger. Il appartiendra alors au juge d'essayer de les déterminer en faisant notamment appel à un faisceau d'indices qui permettra de décider s'il s'agit ou non d'une information confidentielle.

** Les obligations découlant de l'accord de confidentialité*

L'accord de confidentialité entraîne deux obligations principales : d'une part, un devoir de non-divulgation des informations, d'autre part, un devoir de non-exploitation des informations reçues au cours des pourparlers.

(115) H. Dubout, "Les engagements de confidentialité dans les opérations d'acquisition d'entreprise", *Bull. Joly*, juillet 1992, p. 733.

(116) J. Huet et F. Dupuis-Toubol, "La violation de la confidentialité des négociations", *L.P.A.*, 4 avril 1990, p. 9.

(117) J. Huet et F. Dupuis-Toubol, précité.

La partie qui reçoit l'information se doit de ne pas la divulguer à un tiers. Ainsi, dans les opérations d'acquisition d'entreprise, l'acquéreur potentiel va avoir accès lors de la négociation, à des informations financières, techniques, juridiques concernant l'entreprise cible. Il doit donc pendant les pourparlers et par la suite, taire les renseignements auxquels il a eu accès, si la convention n'est finalement pas conclue (118). Cette obligation de tenir les tiers à l'écart des informations qui peuvent être échangées pendant cette période n'est cependant pas absolue. En effet, certaines personnes ont accès en raison de leurs fonctions aux informations confidentielles. Tel est le cas notamment des conseillers juridiques ou financiers. Ils devront donc signer l'accord de confidentialité, à moins qu'ils ne soient tenus déontologiquement à une obligation de secret professionnel. Il peut arriver également que des situations de fait conduisent le débiteur de l'obligation de secret à révéler ce dernier. Tel est le cas par exemple, lors d'un contrôle fiscal. Le bénéficiaire de l'information après avoir prévenu son partenaire de la demande de communication, doit se soumettre. Pour éviter ce genre de difficultés, les parties peuvent prévoir au sein même de l'accord de confidentialité les cas dans lesquels le bénéficiaire peut rompre le secret sans engager sa responsabilité. Au sein de l'entreprise bénéficiaire, pour éviter que n'importe quel employé ait accès aux informations confidentielles, il n'est pas rare que des listes de catégories de personnel spécialement autorisé soient déterminées.

À côté du devoir de non-divulgateur des informations, l'accord de confidentialité amène également une obligation de non-exploitation. Il est souvent précisé dans ce type d'accord que la personne qui reçoit les informations confidentielles n'a le droit à aucune licence d'exploitation. Afin de garantir ce résultat, il est prévu que les documents transmis ne pourront faire l'objet d'aucune reproduction et qu'en cas d'échec de la négociation, ces documents seront restitués ou détruits. Ainsi, il apparaît que les informations communiquées pendant cette période ne peuvent être utilisées qu'à des fins d'évaluation ou de test. Cette solution s'avérera dans certaines hypothèses très difficile à respecter. Ainsi, lors de la communication de *Know-How*, il apparaît que la partie qui devient titulaire de savoir-faire est tentée de s'en servir.

2°) *Les obligations n'entrant pas dans le domaine du devoir de bonne foi dans la conclusion du contrat*

Dans certaines hypothèses, les parties par le biais d'accords préliminaires créent des obligations qui ne sont pas la simple conséquence du principe de bonne foi. Comme le précise Mme Schmidt-Szalewsky : "Certains comportements vont être ainsi imposés aux parties qui ne pourraient pas être exigés en l'absence d'obligation contractuelle spécifique" (119). Tel est le cas des accords de sincérité, d'exclusivité et dans une certaine mesure des accords créant une obligation de négociation.

** L'obligation de sincérité*

Par un accord, les parties peuvent conduire le débiteur de cette obligation à révéler à son partenaire toutes les négociations parallèles qu'il a engagées ou qu'il engagera avec un tiers. Cette obligation amène donc la personne concernée à prévenir celui avec qui elle est en pourparlers qu'il est susceptible d'avoir des concurrents à la négociation. Ce type d'obligation est intéressant car il fournit une stimulation à la négociation en cours. En effet, en présence de négociations parallèles, on sera peut-être tenté d'offrir les meilleures conditions. Ce genre d'accord peut cependant

(118) H. Dubout, précité, p. 722.

(119) J. Schmidt-Szalewsky, "La négociation du contrat international", *D.P.C.I.*, 1983, tome 9, p. 258.

aller très loin puisqu'il peut conduire, si cela est prévu, à révéler le nom du tiers avec qui on est en pourparlers ou l'état d'avancement des négociations. On peut se demander dans ces hypothèses où se trouve la limite à l'information du partenaire. En effet, ces accords peuvent parfois apparaître comme contraires à la déontologie commerciale. Ainsi, dans un sens, si l'on se montre sincère avec un des partenaires à la négociation, on est déloyal vis-à-vis des autres.

On peut toutefois se poser la question de savoir si l'obligation de conclure le contrat de bonne foi, n'implique pas en dehors de tout accord exprès, une telle solution (120). Ainsi à tous les stades des pourparlers, le négociateur devrait tenir son partenaire au courant du contenu des négociations parallèles. Il semble cependant qu'instaurer systématiquement une telle obligation ne soit pas compatible avec le principe de la liberté de négocier. Ainsi, il vaut mieux laisser la faculté au négociateur de révéler ou non de telles informations s'il le désire. Et si l'on veut s'assurer sa sincérité passer un accord réglementant les renseignements qui pourront lui être transmis en cours de négociation semble être la seule solution.

* *L'obligation d'exclusivité*

Pour le partenaire qui ne désire plus simplement s'informer sur d'éventuelles négociations en cours mais s'assurer la fidélité de l'autre partie, il est possible de conclure des contrats d'exclusivité. Ces accords prévoient l'obligation de ne pas mener des négociations parallèles ayant trait au même contrat. Ils peuvent également prendre un aspect positif en obligeant le partenaire à négocier uniquement avec l'autre partie. Cette obligation peut être réciproque ou ne peser que sur l'un des partenaires. Elle peut couvrir toute la période des pourparlers ou n'être prévue que pour une durée brève. Cette situation est d'ailleurs préférable puisqu'elle permet, si les négociations piétinent, d'engager des pourparlers avec d'autres cocontractants potentiels.

En l'absence d'une telle convention, on s'est demandé comme pour les accords de sincérité si le devoir de bonne foi n'entraînait pas par lui-même une telle obligation. Certains auteurs ont penché en faveur d'une application de l'obligation de loyauté dans la conclusion du contrat, qui entraîne notamment un devoir de poursuivre la négociation en cours avec le même partenaire, en l'absence d'accord particulier (121). Il semble qu'une telle solution soit contraire à la logique commerciale.

* *L'obligation de négocier*

Le principe de l'autonomie des volontés, peut subir des atteintes par voie conventionnelle. Les parties peuvent faire naître une obligation de négocier (122). L'obligation issue de l'accord de principe présente un caractère particulier, elle est à la fois imprégnée de l'obligation de bonne foi et elle n'en est pas la simple conséquence. Cette obligation vise principalement à reprendre ou à entreprendre la négociation afin de parvenir au contrat final. Ainsi, la convention fait naître une obligation de résultat de poursuivre les pourparlers et une obligation de moyens d'aboutir à

(120) M. Mousseron s'interroge notamment sans prendre parti : J.-M. Mousseron, précité, p. 55.

(121) A. Fontaine, "Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux", *D.P.C.I.*, 1977, p. 73.

(122) Sur les accords de négociation, cf. notamment J.-M. Mousseron, précité, p. 54 ; J. Schmidt-Szalewsky, "La négociation du contrat international", précité, p. 258 ; B. Gross, "Les pourparlers", *Juris-classeur contrats-distribution*, fascicule 20, 1988, p. 12 n° 66.

la conclusion du contrat définitif (123). L'obligation de reprendre ou d'entreprendre la discussion pose parfois des difficultés quant au délai dans lequel la partie concernée devra s'exécuter. Il semble que la jurisprudence applique la notion de délai raisonnable (124). L'obligation d'aboutir à la conclusion du contrat entraîne pour les parties un devoir de se comporter de manière positive et de faire des propositions sérieuses. La conduite des pourparlers réengagés doit donc être exécutée de bonne foi. En ce sens on peut dire que l'obligation de négocier n'est pas la conséquence directe de l'obligation de bonne foi mais qu'elle en est cependant imprégnée ; contrairement par exemple, à l'accord de confidentialité qui, bien qu'issu de la volonté des parties, ne sert qu'à renforcer l'obligation de loyauté et en est l'émanation directe.

Après avoir envisagé le *déroulement* des pourparlers, on peut constater que les négociations varient selon les formes et selon les comportements qu'elles induisent. En effet, elles peuvent présenter des formes d'une grande complexité et créer des obligations plus ou moins contraignantes. Si les parties essayent d'organiser les pourparlers de la sorte, c'est en principe pour obtenir des garanties afin de parvenir à la conclusion du contrat qui constitue le *dénoement* logique des pourparlers.

II - LE DÉNOUEMENT DES POURPARLERS

Quelle que soit la forme qu'aient pris les pourparlers, qu'ils aient été structurés ou informels, leur objet essentiel reste de mener à la conclusion du contrat définitif. Les parties, au cours de discussions plus ou moins longues, envisagent le contenu du contrat éventuel, fondent des espoirs, engagent des frais. Pourtant, la phase des négociations pourra aboutir tout aussi bien à l'échec des pourparlers qu'à la conclusion du contrat définitif.

A - L'ÉCHEC DES POURPARLERS

Le déroulement des pourparlers est placé sous le signe de la liberté de négocier. Chacun des négociateurs peut donc mettre un terme aux discussions en cours. Comme le souligne Mme Schmidt-Szalewsky : "... Au cours de cet échange précontractuel, chacun des partenaires éprouve un conflit entre le besoin de sauvegarder sa liberté de ne pas contracter et celui d'assurer la sécurité quant aux fragments du contrat déjà négociés..." (125).

Ces négociations ont pu se borner à de simples échanges de projets. Si l'un des partenaires y met fin, ce ne sont que quelques espérances qui s'éteignent. Mais si les pourparlers sont déjà avancés, l'une des parties peut prendre des dispositions, engager des frais, etc... La rupture de la négociation peut alors entraîner des conséquences fâcheuses pour le négociateur concerné. On s'est demandé alors si cette rupture ne pouvait être source de responsabilité. Comme le soutenait Demogue, "... en droit strict, ce n'est pas possible ; il (le responsable) n'a consenti ni un contrat, ni même une offre, tout s'est passé en-dehors du droit, aucune obligation valable ne peut exister contre lui..." (126). Cependant la doctrine, puis la jurisprudence ont considéré qu'il était inéquitable qu'une telle situation échappe à tout contrôle. Le conseiller Faggella, notamment, a été l'un des premiers à reconnaître à la phase des

(123) J. Schmidt-Szalewsky, précité, p. 206 ;

(124) Elle a notamment considéré qu'une période de plusieurs années était condamnable. C. cass., soc., 24 mars 1958, précité.

(125) J. Schmidt-Szalewsky, "La période précontractuelle en droit français", *R.I.D.C.*, 1990-2, p. 546.

(126) R. Demogue, *Traité des obligations*, tome II, éd. Rousseau, 1923-1933, n° 554.

pourparlers une véritable existence juridique (127). Par la suite, l'ensemble de la doctrine s'est accordée pour considérer qu'une rupture fautive des négociations peut engager la responsabilité de la personne concernée. Cependant, après avoir admis qu'il existe une obligation de réparer le préjudice issu de l'échec des pourparlers, les opinions se sont divisées en ce qui concerne le fondement d'une telle responsabilité. Pour certains auteurs, notamment inspirés de la doctrine allemande, cette responsabilité doit être d'origine contractuelle, pour d'autres, elle ne peut être que délictuelle. Outre ces positions, on peut dégager une multitude de théories, admettant les fondements les plus divers. Certains auteurs, en particulier des auteurs allemands, ont donné comme fondement à la responsabilité pour rupture des pourparlers une base contractuelle. Jehring considère en effet que la responsabilité ne découle pas directement du contrat définitif puisqu'il n'est pas formé, mais d'une convention tacite (128). Cette dernière naît entre toutes les personnes qui entrent en pourparlers et les contraint à répondre de toutes les fautes qui pourraient être commises. Chacune des parties s'engage à faire preuve de "*diligentia in contrahendo*" c'est-à-dire qu'elle devra apporter le plus grand soin pour un bon déroulement des pourparlers. À défaut, on devra amener la preuve de la faute commise "*culpa in contrahendo*". La réparation se fait donc en vertu du contrat préparé bien que non conclu ou nul. On part donc du principe que le fait d'entrer en relation afin d'aboutir à un contrat, augmente le champ des obligations des parties. On ne se situe plus simplement dans l'hypothèse de simples rapports humains, mais on crée des obligations spéciales découlant d'une convention tacite. Cette opinion a été suivie par des auteurs français avec parfois quelques variantes. Ainsi Labbé, Aubry et Rau ont-ils pris parti en faveur d'une responsabilité contractuelle en la matière (129). Cette position est critiquable, et elle a d'ailleurs largement été critiquée. On peut en effet reprocher à Jehring d'avoir, pour justifier le recours à une responsabilité contractuelle, créé de toutes pièces l'existence d'une convention tacite indépendante du contrat définitif. Or, rien ne justifie la survie de cette convention si le contrat final ne se forme pas. Pour éviter ce genre de critiques, tout en défendant l'application de la responsabilité contractuelle, d'autres auteurs ont essayé de justifier différemment leur théorie. Par exemple, Colin et Capitant se fondent sur une déclaration unilatérale de volonté (130). Cette dernière devient source possible d'obligation et lie la personne qui la formule. D'autres auteurs enfin, ont recherché le fondement de la responsabilité pour rupture des pourparlers dans la notion de bonne foi consacrée par les usages. Dans la doctrine française, cette idée a été notamment développée par Gény qui estimait que : "... Si la bonne foi gouverne les relations contractuelles existantes, comment lui refuser un rôle important dans les relations contractuelles en voie de formation ?" (131). Ainsi, une obligation pèse sur chacun des négociateurs d'avoir une conduite normale et si l'on crée une confiance légitime chez l'autre partie, on ne doit pas la tromper. Pourtant, comme l'affirmait Lévy : "... Le seul point de vue subjectif de la faute est insuffisant pour envisager la responsabilité dans l'exercice de nos droits..." (132). Ainsi, si cette idée est intéressante, elle ne permet pas de savoir à quoi s'en tenir en ce qui concerne la réparation du dommage. À côté de ces positions, Faggella a lui défendu l'idée d'une responsabilité précontractuelle *sui generis* (133). Celle-ci décou-

(127) G. Faggella, précité.

(128) R. von Jehring, *Œuvres choisies*, tome II, 1893, Traduction O. de Meulanaere, p. 77 à 83.

(129) C. Labbé, note sous C.A. de Pau, 2 juin 1880, S, 1882, II, p. 249 ; C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil : les obligations*, tome IV, 6ème édition, éd. Techniques, 1975, p. 483.

(130) A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome II, Dalloz, 1953, p. 271.

(131) F. Gény, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, p. 529, cité par P. Roubier, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, Lyon, 1911, p. 92.

(132) E. Lévy, "Responsabilité et contrat", *Revue critique*, 1899, p. 373.

(133) G. Faggella, précité.

lerait du consentement des deux parties à entrer en pourparlers. Il y aurait alors une garantie de réparer les préjudices découlant de la brusque rupture des négociations. Ainsi tout individu entrant en négociation, du fait de son consentement, assume le risque lié au préjudice qui pourrait en résulter. Comme le fait remarquer Saleilles dans son étude critique de la théorie de Faggella, c'est une construction intéressante mais en droit français, à défaut de texte précis, la seule base d'une pareille responsabilité serait la faute (134).

En-dehors de ces différentes positions doctrinales, la majorité des auteurs français s'est prononcée en faveur d'une responsabilité fondée sur l'article 1382 du code civil, s'il n'y a pas eu convention expresse. En effet, en droit français, l'article 1382 du code civil est le seul texte général qui prévoit la réparation d'un dommage dans toutes les hypothèses à condition de prouver la faute ayant causé le préjudice. Comme l'écrivent Planiol et Ripert : "La rupture des pourparlers peut engendrer une responsabilité mais seulement si, eu égard aux circonstances, elle est accompagnée d'une faute. S'il est par exemple établi que l'auteur de la rupture a laissé l'autre partie faire des dépenses sans qu'il ait eu l'intention ferme de contracter avec elle" (135). La théorie de l'abus de droit développée par Josserand est venue atténuer la rigueur de l'article 1382 (136). En effet, si l'on considère comme cet auteur que l'on abuse d'un droit lorsqu'on le détourne de sa finalité première, on peut alors réparer les préjudices causés par le refus de contracter sans motifs légitimes ce qui permet notamment d'étendre la notion de faute. La jurisprudence s'est prononcée en faveur de l'adoption de ce régime de responsabilité (137). Cependant, toute responsabilité contractuelle n'est pas à proscrire et dans ce cas, il convient de distinguer, comme l'avait fait précédemment Cohérier, trois hypothèses (138) : ou bien il existe un risque d'entreprise à la charge de l'une des parties, c'est-à-dire que l'un des partenaires a une profession telle qu'il sait que peu de ses démarches risquent d'aboutir. Il en prend alors son parti et en cas de rupture des pourparlers, il n'aura pas droit à réparation sauf abus de droit ou manœuvre frauduleuse ; ou bien, il existe un contrat préparatoire et alors c'est la responsabilité contractuelle qui s'applique, la faute consistant alors dans l'inexécution de la convention ; ou bien, enfin, il n'y a ni risque d'entreprise, ni convention préalable, le fait d'entrer en pourparlers crée alors entre les parties une situation particulière sanctionnée en cas de rupture fautive par la responsabilité civile délictuelle.

Ces prémisses théoriques ayant été posés, deux situations doivent donc être distinguées : d'une part, celle où la rupture des pourparlers est source de responsabilité délictuelle et d'autre part, celle où elle entraîne une responsabilité contractuelle.

a) L'échec des pourparlers, source de responsabilité délictuelle

L'échec des négociations n'est pas en lui-même source de responsabilité. Il n'est que l'expression de la faculté de chacun des négociateurs de conclure ou non le contrat. Il arrive cependant que cette rupture cause un préjudice à l'un des partenaires qui pourra alors demander réparation.

(134) R. Saleilles, "La responsabilité précontractuelle : à propos d'une nouvelle étude sur la matière", *R.T.D. civ.*, 1907, p. 698.

(135) M. Planiol et G. Ripert, *Droit civil : les obligations*, volume VI, tome I, 1952, Dalloz, p. 143.

(136) L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, tome II : Théorie générale des obligations, 2ème édition, Sirey, 1933.

(137) C.A. de Paris, 13 février 1883, *G.P.*, 1883, II, p. 414 ; C.A. de Lyon, 10 juillet 1896, *D.*, 1896, p. 496 ; C.A. de Rennes, 8 juillet 1929, *D.*, 1929, p. 548.

(138) A. Cohérier, précité.

1°) Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité délictuelle pour rupture des pourparlers

** La faute*

La rupture des pourparlers ne peut entraîner réparation pour la partie concernée que si elle est qualifiée de fautive. Malgré la généralité du principe de la faute délictuelle qui amène à considérer tous les types de comportements fautifs d'une personne, une partie de la jurisprudence a eu tendance à se montrer restrictive et à n'admettre une faute que si l'on peut démontrer l'intention de nuire du partenaire à la négociation (139). Comme le souligne M. Durry, cette solution "...n'est pas sans fondement : le principe étant la liberté de rompre les pourparlers, une faute caractérisée à la charge de celui qui les a brisés est indispensable pour admettre sa responsabilité" (140). Par la suite, la Cour de cassation est revenue à sa position traditionnelle en considérant que tout type de faute précontractuelle pouvait suffire à engager la responsabilité de l'un des négociateurs (141). Le critère de la faute réside le plus souvent dans la mauvaise foi du partenaire à la négociation. Pour les juges, cette dernière consiste tout d'abord à entrer en pourparlers sans avoir l'intention de conclure un contrat. Tel est le cas si l'on n'est pas titulaire du droit, objet du contrat projeté, ni certain de l'acquiescer (142). La mauvaise foi consiste aussi à entretenir les pourparlers en laissant le partenaire engager des frais et à rompre finalement les négociations (143). La faute peut également résider dans la passivité du partenaire à la négociation. En effet, la chambre commerciale de la Cour de cassation, le 7 mars 1972, a condamné l'attitude d'un producteur japonais qui n'avait rien fait pour satisfaire certaines exigences administratives afin que le contrat soit conclu (144). La mauvaise foi réside enfin dans la rupture elle-même. On ne doit pas en effet refuser de conclure le contrat de manière arbitraire (145).

En outre, le *moment* de la rupture présente une importance non négligeable : plus les pourparlers seront avancés, plus la responsabilité de la personne concernée sera retenue facilement. En effet, dans ces situations, l'autre partie a toutes les raisons de croire que le contrat va se conclure. Cette solution a été réaffirmée avec clarté par la Cour d'appel de Riom, le 10 juin 1992 : "...Si la liberté est le principe dans le domaine des relations précontractuelles, y compris la liberté de rompre à tout moment les pourparlers, il n'en est pas moins vrai que lorsque ces derniers ont atteint en durée et en intensité un degré suffisant pour faire croire légitimement à une partie que sur l'autre est sur le point de conclure le contrat, (...) la rupture est alors fautive" (146). Il est parfois difficile de déterminer à quel moment les pourparlers présentent un caractère suffisamment avancé pour que l'on puisse avoir une croyance légitime en la conclusion du contrat. Il appartient à la jurisprudence de se prononcer au cas par cas. Le tribunal de grande instance de Paris dans une récente affaire a retenu qu'il n'y avait pas acte déloyal d'une chaîne de télévision, bien que les pourparlers aient été assez engagés, tant que le président de la chaîne n'avait pris aucune décision définitive sur la forme à donner à l'adaptation

(139) C. cass., civ., 12 avril 1976, *Bull. civ.*, I, n° 122 ; *R.T.D. civ.*, 1977, obs. G. Durry, p. 127.

(140) G. Durry, précité, p. 128.

(141) C. cass., civ., 3 octobre 1972, *Bull. civ.*, III, n° 491 ; C. Cass., 14 janvier 1983, *Cah. du dt de ent.*, 1983-III, p. 16.

(142) C. cass., civ., 12 avril 1976, précité.

(143) C.A. de Rennes, 8 juillet 1929, précité ; C. cass., com., 21 mars 1972, *Bull. civ.*, IV, n° 93 ; *R.T.D. civ.*, 1972, obs. G. Durry, p. 780.

(144) C. cass., com., 7 mars 1972, *Bull. civ.*, IV, n° 83.

(145) C. cass., com., 20 mars 1972, précité.

(146) C.A. de Riom, 10 juin 1992, *Rev. jurisp. dr. aff.*, 1992, p. 732 ; obs. J. Mestre, *R.T.D. civ.*, 1993, p. 343.

télévisée d'une œuvre et sur son financement (147). Les juges ont considéré que les pourparlers étaient "trop lâches" pour faire naître une confiance suffisamment fondée dans la conclusion du contrat (148). Comme le précise Mme Schmidt-Szalewsky, il faut que la confiance soit "sérieuse, légitime et prévisible" (149).

Il reste à remarquer que la faute précontractuelle est appréciée de manière différente suivant la *qualité* de la personne concernée. La confiance légitime née des pourparlers justifie une plus grande sévérité à l'égard du professionnel lorsqu'il s'adresse à des profanes. À l'inverse lorsqu'un professionnel est la victime de la rupture des pourparlers, on retient moins facilement une faute à la charge du profane. En effet, on considère généralement que le professionnel du fait de son activité se place dans une situation où les risques d'échec des négociations sont plus grands. En conséquence, il subit "un risque d'entreprise" qui le privera le plus souvent de dommages-intérêts (150). Enfin, lorsque les pourparlers ne rassemblent que des professionnels, il semble que la sécurité des relations d'affaire conseille aux tribunaux de ne pas engager trop facilement les responsabilités. Cette solution découle notamment de l'arrêt de la Cour d'appel de Pau du 14 janvier 1969 dans lequel il a été jugé qu'"... on ne saurait sans porter gravement atteinte à la liberté individuelle et à la sécurité commerciale, admettre à la légère qu'un commerçant puisse être responsable pour ne pas avoir donné suite à des pourparlers (...) La faute en d'autres termes doit être une faute patente indiscutable" (151). On prend également en compte de manière quasi-systématique le comportement du partenaire professionnel à la négociation. Il doit prendre toutes les précautions pour ne pas voir retenue contre lui sa propre faute ce qui permettrait à l'autre négociateur de voir effacer sa responsabilité ou de bénéficier d'une responsabilité partagée (152).

* *Le dommage*

Le dommage ressenti par la victime de la rupture fautive des pourparlers consiste en premier lieu dans les pertes pécuniaires subies. En effet, il est courant pour les partenaires d'engager des frais d'études, de voyage, etc... Le partenaire déçu voudra alors en obtenir le remboursement. Parfois, un préjudice moral peut être également pris en compte. Pour être réparable, le dommage doit revêtir les conditions traditionnelles de la réparation : il ne doit pas avoir été réparé ; il doit être certain.

Le dommage réparé ne peut plus être pris en compte. La jurisprudence est plus sévère à l'égard des professionnels. Elle l'est en matière d'appréciation de la faute, elle l'est également en ce qui concerne les dommages subis par les professionnels face aux profanes. Ceux-ci sont privés de dommages-intérêts car il leur appartient de prévoir les préjudices éventuels que peuvent engendrer les pourparlers. Ils répareront eux-mêmes ces dommages comme des frais inhérents à la gestion de toute entreprise (153). La situation est différente pour les recherches effectuées par l'architecte. Un jugement du tribunal civil de la Seine du 7 février 1929 a précisé que : "... Si une rémunération peut ne pas être due, pour plans et devis non suivis d'exécution, aux entrepreneurs ou agents d'affaire à qui il est loisible en leur qualité

(147) TGI de Paris, 15 mars 1992, *Édi-Data*, n° 046 931.

(148) Cette expression a été utilisée par les juges de la Cour d'appel de Pau, 14 janvier 1969, *D*, 1969, p. 716.

(149) J. Schmidt-Szalewsky, précité, p. 108.

(150) Cette idée a été développée de manière très intéressante dans la thèse de A. Cohérier, précité.

(151) C.A. de Pau, 14 janvier 1969, précité.

(152) C. cass., com., 25 février 1986, précité. On a retenu ici la faute commise par la victime elle-même : professionnelle du marché, elle aurait du se renseigner mais également contrôler le sérieux des informations qui lui avaient été fournies.

(153) Cette solution est développée dans une série d'arrêts : C. cass., com., 30 novembre 1971, *Bull. civ.*, IV, n° 288 ; C.A. de Colmar, 5 décembre 1928, *Rev. jur. Alsace-Lorraine*, 1929, p. 364.

de commerçants de comprendre les frais par eux exposés dans leurs frais généraux ; il ne saurait en être de même pour les architectes, lesquels exerçant une profession libérale, ont le droit de réclamer des honoraires pour le travail qui leur a été demandé et qu'ils ont effectué" (154).

Si le dommage pour être pris en compte ne doit pas avoir été réparé, il doit également être certain. Cette hypothèse ne pose pas de difficultés lorsque le préjudice est déjà clairement réalisé. C'est le cas, par exemple, si d'importants frais ont été dégagés ou si le savoir-faire divulgué au cours des pourparlers a été révélé à des tiers concurrents. De même, comme le souligne Mme Schmidt-Szalewsky, "... un dommage moral, consistant dans l'atteinte à la réputation commerciale pourrait également être retenu" (155). En revanche, en ce qui concerne le gain manqué c'est-à-dire l'occasion de conclure d'autres contrats ou la non-réalisation des bénéfices qui auraient dû découler de la conclusion du contrat définitif, on peut se demander dans quelle mesure la non-conclusion du contrat pour rupture des pourparlers est réparable. Bien que la certitude des dommages semble des plus discutables, la jurisprudence admet dans certaines hypothèses que la non-conclusion du contrat se trouve bouleversée par le délit d'un tiers. Elle examine alors dans les détails les éléments qui tendent à démontrer que la passation du contrat était vraisemblable. Si au vu de ces éléments, la réalisation du contrat définitif apparaît hypothétique, elle rejette toute réparation (156). En revanche, s'il semble que le contrat était sur le point d'être conclu, elle accorde au titre de la perte d'une chance la réparation du préjudice (157). Contrairement à la position d'une jurisprudence ancienne et de l'opinion de certains auteurs tels que MM. Malaurie et Aynés, qui affirment que le préjudice réparable comprend "les frais exposés par la négociation et les études préalables et non les avantages qui auraient résulté de la conclusion du contrat", il semble que les solutions dégagées précédemment soient transposables en matière de rupture des pourparlers par l'un des partenaires (158). Dès lors que les juges estimeront qu'il existe une probabilité importante de réalisation du contrat, la perte d'une chance d'avoir conclu ce dernier pourra être réparée. Il faut toutefois préciser que la réparation de la perte d'une chance ne pourra pas couvrir tout le gain manqué lié à la non-conclusion de la convention mais uniquement la part de dommage certain. Ainsi, la victime ne pourra prétendre recevoir tous les bénéfices qu'elle aurait tiré du contrat. Comme le souligne Mme Viney, on tient compte de la vraisemblance de la conclusion du contrat afin "... de décider si la perspective de gain mérite d'être au moins partiellement prise en considération pour évaluer l'indemnité" (159). Il apparaît donc que la non-conclusion du contrat peut devenir un élément de la réparation du dommage (160).

* *Le lien de causalité*

La théorie générale de la responsabilité implique que le dommage doit être la conséquence directe de la faute. Dans nombres de cas, ce lien peut être établi avec

(154) Trib. civ. de la Seine, 7 février 1929, *D*, 1933, p. 89 note G. Minvielle.

(155) J. Schmidt-Szalewsky, "La période précontractuelle en droit français", précité, p. 549.

(156) C. Cass., 12 juin 1987, *Bull. civ.*, II, n° 128.

(157) C. cass., com., 3 mai 1979, *Bull. civ.*, IV, n° 137 ; C. cass., civ., 27 février 1985, *Bull. civ.*, II, n° 52.

(158) Contre la prise en compte du gain manqué : C.A. de Rennes, 8 juillet 1929, *D*, 1929, p. 548 ; P. Malaurie et L. Aynés, *Droit civil : les obligations*, 2ème édition, Cujas, 1990, n° 244.

En faveur : C. cass., com., 6 juin 1990, *Bull. Joly*, p. 768 ; C.A. de Paris, 10 janvier 1990, *Droit des soc*, janvier 1991, p. 8.

(159) G. Viney, *La responsabilité : conditions*, L.G.D.J., 1982, n° 198.

(160) Sur l'ensemble de cette question cf. : J. Mestre, *R.T.D. civ.*, 1988, p. 107 ; A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, *Économica P.U.A.M.*, 1993, p. 511, n° 832 ; I. Vacarie, "La perte d'une chance", *R.R.J.*, 1987-3, p. 917.

certitude : le dommage est issu de la rupture fautive des pourparlers. Cependant, il peut arriver qu'il y ait une hésitation sur le fait de savoir si la faute reprochée a eu pour conséquence inévitable la rupture des pourparlers, source du dommage allégué. Ceci peut être résolu par l'établissement d'une présomption de causalité (161). Mais la plupart des juridictions préfèrent se référer à la notion de perte d'une chance (162).

Outre ces conditions traditionnelles, on peut se demander s'il ne faut pas parfois ajouter certaines conditions accessoires. Ainsi, en matière de violation de la confidentialité des négociations, MM. Huet et Dupuis-Toubol ont souligné l'existence de quelques exigences supplémentaires afin d'engager la responsabilité de la personne fautive (163). Ces conditions touchent à l'information elle-même. Pour que sa violation soit prise en compte, elle doit présenter certaines caractéristiques. D'abord, l'information doit être secrète. Cela ne signifie pas qu'elle doit être inaccessible mais qu'une personne aurait eu une grande difficulté à se la procurer par elle-même en temps normal. Ainsi, par exemple, ne constituent pas un savoir-faire protégé par l'obligation de confidentialité, des informations "appartenant à un domaine technique largement connu" (164). Il ne suffit pas de plus que l'information soit secrète, il convient également que le partenaire à la négociation le sache. En effet, si ce dernier a utilisé ou divulgué une information en ignorant la confidentialité qui l'entourait, il ne devra pas réparation car sa mauvaise foi ne sera pas caractérisée.

Ensuite pour ce qui est d'une éventuelle condition d'originalité de l'information, force est de constater que cette question reste en suspens. Elle est au cœur d'un débat doctrinal nourri par la jurisprudence. Certaines décisions semblent favorables à un tel caractère de l'information alors que d'autres n'y font pas référence (165). Sans aller jusqu'à se demander comme M. Lucas "...en quoi l'utilisation d'une création non protégée peut constituer une faute" (il apparaît que l'obligation générale de loyauté présidant à la négociation y réponde) (166). On peut vouloir dans une certaine mesure que l'information que l'on protège présente un degré d'originalité relatif. La difficulté résidera alors dans son appréciation. Comme l'affirment M. M. Huet et Dupuis-Toubol, "...s'en dispenser est peut-être plus sage. Cela n'en est pas moins juste, d'ailleurs..." (167).

2°) *Les effets de la responsabilité délictuelle pour rupture des pourparlers*

Se fondant sur l'évolution jurisprudentielle en matière de préjudice réparable, et notamment sur une plus grande prise en compte de l'entier préjudice subi, certains auteurs se sont demandés si l'on ne pouvait pas passer d'une réparation par équivalent à une réparation en nature (168).

(161) G. Viney, précité, p. 429. On retrouve cette présomption par exemple en matière d'assurance.

(162) On trouve une illustration de cette solution dans un arrêt de la C.A. de Rennes du 9 juillet 1975 commenté par Mme Schmidt-Szalewsky. Il s'agissait en l'espèce de l'inexécution d'un avant-contrat, C.A. de Rennes, 9 juillet 1975, précité.

(163) J. Huet et F. Dupuis-Toubol, précité, p. 6.

(164) C. cass., com., 13 juillet 1986, *J.C.P.*, 1987, 15 131.

(165) C. cass., com., 13 juillet 1986, précité ; en sens contraire : C. cass., com., 3 octobre 1978, *D.*, 1980, p. 55 note J. Schmidt-Szalewsky.

(166) A. Lucas, note sous C.A. de Rouen, 13 janvier 1981, *D.*, 1983, p. 53.

(167) J. Huet et F. Dupuis-Toubol, précité, p. 7.

(168) A. Laude, précité, p. 517.

** D'une réparation par équivalent...*

En principe, en matière de responsabilité civile, on peut concevoir une réparation en nature ou une réparation par équivalent. Dans le domaine particulier des négociations, il est apparu difficile d'admettre une réparation en nature. En effet, la conclusion forcée du contrat ne semble pas appropriée dans des hypothèses où l'une des parties n'a plus le désir de s'engager. De plus, lorsque l'on se situe dans la période des pourparlers, les éléments principaux du contrat sont encore en discussion. Ainsi, considérer le contrat comme conclu amènerait le juge à se substituer à la volonté des parties quant au contenu définitif de la négociation. C'est pourquoi, traditionnellement, seuls des dommages-intérêts sont accordés au partenaire, victime du dommage (169). La réparation devra compenser l'entier préjudice dès lors que l'on respecte les conditions du dommage réparable. En conséquence, l'évaluation de la perte subie sera aisée en ce qui concerne le préjudice réalisé tel que les frais qui ont pu être engagés par la victime. Elle sera plus complexe en ce qui concerne le gain manqué. La jurisprudence hostile dans un premier temps à une telle réparation (170), a finalement admis la réparation de la perte d'une chance de conclure le contrat (171).

** ...à une réparation en nature de la rupture des pourparlers*

Certains auteurs se sont demandés s'il ne fallait pas accorder la réparation intégrale du préjudice résultant de la non-conclusion d'un contrat. Dans l'affirmative, on aboutirait alors au même résultat que si le contrat avait été effectivement passé, et comme l'affirme Mlle Laude : "...De là, à concevoir que le juge puisse effacer la défaillance du pourparleur en prononçant la réparation en nature lors de la rupture des pourparlers, il n'y a qu'un pas que le juge nous semble prêt à franchir" (172). Un récent arrêt de la Cour d'appel de Paris du 10 janvier 1990 semble s'engager dans la voie d'une réparation intégrale du préjudice subi du fait de la non-conclusion du contrat (173). En l'espèce, l'associé d'une holding désirant quitter cette dernière lui avait proposé la vente de ses titres et avait avancé la négociation pour finalement les vendre à un tiers. La société holding demandant alors réparation du préjudice subi pour rupture fautive des pourparlers, obtint gain de cause car la Cour d'appel considéra que "... dès lors que la société holding avait manifesté son intention d'acquérir les actions et accepté sans réserve la méthode proposée par le cédant... ce dernier doit être condamné à réparer le préjudice subi par celle-ci du fait de la perte du bénéficiaire lié à l'acquisition d'une grande partie du capital d'une société florissante...". Dans cette espèce, les juges ont alloué des dommages-intérêts correspondant à la totalité à ce que la société pouvait espérer retirer de la cession.

b) L'échec des pourparlers, source de responsabilité contractuelle

La négociation des contrats d'affaires présentant une certaine complexité, il est parfois nécessaire de prévoir des contrats préparatoires organisant les pourparlers. L'inexécution de tels accords n'a pas donné lieu à des discussions sur la responsabilité à engager : ils sont source de responsabilité contractuelle.

(169) C.A. de Paris, 13 février 1883, *G.P.*, 1883, II, p. 414.

(170) C.A. de Rennes, 8 juillet 1929, précité.

(171) C. cass., 6 juin 1990, *Bull. Joly*, 1990, p. 768.

(172) A. Laude, précité, p. 521.

(173) C.A. de Paris, 10 janvier 1990, *Dt des soc.*, janvier 1991, p. 8.

1° Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité contractuelle pour rupture des pourparlers

** L'existence d'un contrat préparatoire*

On peut se demander si les actes préparatoires aux pourparlers constituent réellement des contrats. Cette difficulté est principalement due à l'application du principe du consensualisme qui définit le contrat comme un simple accord de volontés sans qu'aucune condition de forme ne soit requise. C'est surtout en matière d'engagements d'honneur ou de lettres d'intention que l'on voit poindre ce genre d'interrogations. Afin d'apporter une réponse, le juge examine la volonté exprimée par les parties : lorsque le degré de précision des obligations est important, la jurisprudence a tendance à y voir un véritable contrat qui engage les parties en présence et peut entraîner une responsabilité d'ordre contractuel (174) ; à l'inverse, si les termes sont vagues ou si les parties ont clairement exprimé l'intention de ne pas créer d'engagement obligatoire, toute formation d'une obligation contractuelle est en principe impossible. Il est à noter que la simple mention "engagement d'honneur" ne suffit pas à écarter la naissance d'une obligation juridiquement sanctionnable (175). Ainsi, bien que la volonté réelle des parties conserve toujours une importance, il semble que la jurisprudence tende toutefois à favoriser la volonté exprimée en prenant en compte la signification objective que les parties ont attribué à l'acte en cause. Une difficulté supplémentaire peut surgir si les parties n'ont pas retranscrit leurs intentions dans un écrit. En effet, la période des pourparlers donne souvent lieu à des manifestations de volonté peu formalisées. D'après l'article 1341 du code civil la preuve d'une convention s'effectue par le biais d'un écrit. La jurisprudence a toutefois apporté des assouplissements à cette exigence comme preuve des actes juridiques (176). Ainsi, l'existence d'un contrat tacite peut être déduit d'actes d'exécution, de relations d'affaires. Cette évolution est applicable à la phase des négociations. le juge considère donc assez facilement que toute manifestation de volonté puisse constituer un contrat préparatoire.

** La preuve de l'inexécution du contrat préparatoire*

Les différents accords de la phase de négociation ont des objets qui varient suivant la volonté des parties. Parfois, ces dernières souhaitent créer une obligation de négocier le contrat définitif. Dans d'autres hypothèses, elles désirent simplement organiser la négociation grâce à des accords partiels, des contrats temporaires. Dans toutes ces situations, on ne peut prouver l'inexécution de telles conventions qu'en effectuant une comparaison entre l'obligation qu'elles créent et les agissements des parties. Lorsque par ses actes ou par son comportement l'un des partenaires ne respecte plus les obligations qui lui sont imparties, sa responsabilité sera alors engagée. Pour apprécier si les agissements des parties valent exécution ou non de l'obligation, bien souvent le juge envisage ce qu'aurait dû être la situation en cas d'exécution correcte des obligations. L'obligation de négocier n'implique nullement de conclure le contrat définitif. Elle impose simplement de reprendre la négociation (obligation de résultat) et de la continuer de bonne foi (obligation de moyens). Ainsi

(174) Cf. notamment : C. cass., com., 23 octobre 1990, *J.C.P. C.I.*, 1991, n° 154, p. 119 note C. Larroumet ; C. cass., com., 21 décembre 1987, *D.*, 1989, p. 112 ; *J.C.P.*, 1988, 21 113 ; C. cass., com., 23 décembre 1968, *Bull. civ.*, IV, n° 374.

(175) C. cass., civ., 27 novembre 1985, *R.T.D. civ.*, 1986, p. 749 obs. J. Mestre.

(176) Cf. notamment : D. Denis, "Quelques aspects de l'évolution récente du système des preuves en droit civil", *R.T.D. civ.*, 1977, p. 671.

sera engagée la responsabilité du partenaire qui aura refusé de poursuivre la négociation sur un projet de société (177). Outre la création d'un devoir de négociier, les parties peuvent simplement désirer organiser la négociation elle-même. Elles peuvent le faire grâce, tout d'abord, à des accords partiels, ceux-ci étant des "parties du contrat définitif" (178). En effet, les parties y inscrivent les points sur lesquels elles sont d'accord. Si ce dernier vaut à lui seul contrat définitif, son inexécution sera alors traitée comme l'inexécution de celui-ci. À l'inverse, s'il s'agit d'un simple accord sur quelques points du contrat définitif, il oblige seulement les parties à respecter les éléments qu'il fixe. Il deviendra caduc si l'on n'aboutit pas au contrat définitif. Bien souvent, ce sont les parties elles-mêmes qui déterminent la valeur qu'elles entendent donner à l'accord partiel. Les parties peuvent également organiser la négociation grâce à des contrats temporaires qui créent certaines obligations ponctuelles à la charge des parties. Ainsi, ces dernières se voient obligées, par exemple, de respecter la confidentialité des informations communiquées pendant les négociations ou bien elles se voient interdire toutes négociations parallèles avec des tiers. Une violation de ces obligations sera traitée selon les règles classiques de la responsabilité contractuelle.

Lorsqu'une partie démontre que toutes les conditions de mise en œuvre de la responsabilité contractuelle pour rupture des pourparlers sont réunies, la sanction de la violation des obligations contractuelles doit produire ses effets.

2°) *Les effets de la responsabilité contractuelle pour rupture des pourparlers*

Comme en matière de responsabilité délictuelle, la principale question qui se pose en cas de responsabilité contractuelle pour rupture des pourparlers est celle de la réparation. Doit-on se cantonner à une réparation par équivalent ou peut-on envisager une réparation en nature d'un contrat préparatoire ?

Lorsqu'une des parties a violé les obligations résultant d'un contrat préparatoire visant à organiser la négociation, tel qu'un accord d'exclusivité, par exemple, il paraît difficile d'admettre une réparation en nature. Seule une réparation par équivalent apparaît envisageable. De même, en présence d'un accord partiel : ou bien l'accord vaut contrat définitif et alors il sera sanctionné soit par une réparation en nature, soit par des dommages-intérêts ; ou bien l'accord n'est qu'un fragment du contrat final et seule la réparation par équivalent est possible. En effet, dans toutes ces situations, l'exécution forcée de ces obligations ne présente aucun intérêt pour la victime. Ces obligations n'ont de raison d'être que par rapport à une conclusion éventuelle du contrat définitif. De plus, l'exécution forcée peut s'avérer impossible. De nombreux auteurs se prononcent en ce sens. Ainsi, M. Rieg affirme : "... On ne saurait davantage contraindre une partie à reprendre les pourparlers qu'un peintre à exécuter un tableau promis" (179). De même, Mme Schmidt-Szalewsky précise : "... Lorsque l'obligation inexécutée a pour objet la négociation forcée du contrat, solution peu réaliste et qui aurait peu de chances d'aboutir à un succès..." (180). M. Mousseron, quant à lui, défend l'idée d'une possible exécution forcée de l'obligation de négocier dès lors qu'une possibilité de discussion subsiste (181). Il

(177) C. cass., civ., 8 octobre 1968, *Bull. civ.*, I, n° 419.

(178) J. M. Mousseron, précité, p. 79.

(179) A. Rieg, précité, p. 605.

(180) J. Schmidt-Szalewsky, "Les accords précontractuels en droit français", *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'I.D.A. d'Aix, 17-18 mai 1990, P.U.F., 1990, p. 14.

(181) J.-M. Mousseron, précité, p. 56.

reste que la possibilité de réparation en nature existe de manière certaine dans le cas particuliers des accords cadre, notamment s'ils comportent une obligation de conclure les contrats d'application. Cela s'explique par leur nature particulière car ils se situent à la frontière des pourparlers.

En ce qui concerne le montant de la réparation, il sera limité conformément aux règles de la responsabilité contractuelle à la réparation du préjudice prévisible majoré éventuellement par les clauses pénales ou limitatives de responsabilité. De manière générale, quel que soit le préjudice pris en compte, il faut signaler certaines hypothèses où les parties prévoient des clauses de non-responsabilité pour rupture des pourparlers. Il apparaît que si ces clauses figurent dans un accord préparatoire moins vaste dont elles ne sont pas l'unique l'objet, elles peuvent être valables. En revanche, les accords ayant pour unique objet d'écartier la responsabilité ne seraient pas valables.

B - LE SUCCÈS DES POURPARLERS

Lorsque les pourparlers se sont déroulés correctement et que l'on abouti finalement à une offre ferme de contracter complétée par une acceptation sans conditions, on peut considérer le contrat comme conclu. Pourtant, l'échange définitif de volontés ne peut effacer la phase des pourparlers qui resurgit dans la vie du contrat et exerce une certaine influence : d'une part, il arrive souvent qu'une faute précontractuelle se révèle après la conclusion du contrat ; d'autre part, la phase des négociations peut être utilisée pour régler les difficultés d'interprétation du contrat définitif.

a) La faute précontractuelle se révélant après la conclusion du contrat : l'information incorrecte

Si, en principe, la faute précontractuelle développe ses effets durant la période de formation du contrat et nuit à la conclusion de ce dernier, il arrive cependant que cette faute consistant en une information incorrecte donnée pendant les négociations, ne soit découverte qu'après conclusion de la convention. Cette hypothèse doit être distinguée de celle de l'existence d'un vice du consentement car comme le précise Mme Schmidt-Szalewsky : "La sanction des fautes précontractuelles se révélant après la conclusion de l'accord ne s'identifie pas à la seule sanction de l'inobservation des conditions de formation prescrites par la loi..." (182).

1°) La sanction de l'information incorrecte par la responsabilité contractuelle

L'obligation de renseignements peut apparaître à deux époques distinctes : elle peut tout d'abord naître du contrat. Son manquement entraîne bien la responsabilité contractuelle mais il ne nous intéresse pas dans cette étude. L'obligation de renseignements peut exister aussi dès la formation du contrat et se révéler une fois le contrat conclu. Dans cette hypothèse le régime de responsabilité qui peut être retenu n'est pas unique. En effet, il apparaît que le manquement à une telle obligation peut être sanctionné dans certains cas par la responsabilité contractuelle et dans d'autres par la responsabilité civile. Lorsque la responsabilité contractuelle de la personne débitrice de cette obligation est retenue, elle peut l'être, hors les situations de malformation du contrat, sur la base de la loi. Elle peut l'être aussi sur la base d'une convention préparatoire.

(182) J. Schmidt-Szalewsky, "La sanction de la faute précontractuelle", *R.T.D. civ.*, 1974, p. 62.

** La responsabilité contractuelle issue de la loi*

La loi sanctionne la non-communication de certaines informations. En matière de contrat d'assurance par exemple, les articles L. 113-2 et L. 113-8 du code des assurances prévoient que l'assuré doit "... déclarer exactement lors de la conclusion du contrat toutes les circonstances connues de lui qui sont de nature à faire apprécier pour l'assureur des risques qu'il prend à sa charge". Lorsque l'assuré ne fournit pas ces renseignements la loi intervient et prévoit la possibilité pour l'assureur de rétablir la proportionnalité de la prime encaissée au risque réel. Cette sanction s'aggrave lorsque l'inexactitude des renseignements provient de la faute précontractuelle de l'assuré. Elle permet à l'assureur d'obtenir l'annulation du contrat d'assurance et la conservation à titre de dommages-intérêts (183).

Les mécanismes de la garantie assurent également la sanction contractuelle de la faute précontractuelle (184). La jurisprudence tend à rattacher l'obligation précontractuelle de renseignements à l'exécution du contrat. Elle y est incitée par cette considération que l'inexécution de cette obligation se manifeste lors de l'exécution du contrat conclu. En conséquence, elle pourra être sanctionnée par une action en inexécution au titre de l'une des obligations nées du contrat considéré. Cependant, bien que l'obligation de garantie soit de nature contractuelle, elle n'est pas indifférente à des événements antérieurs à la formation du contrat. Ainsi par exemple, en matière de garantie des vices cachés, la mauvaise foi du garant peut avoir une incidence sur l'étendue de sa responsabilité. En effet, s'il connaissait avant la conclusion du contrat certains vices de la chose et qu'il a omis de les transmettre à la partie intéressée, sa responsabilité est aggravée. Il devra en effet réparer la totalité du dommage subi par l'acheteur (article 1645 du code civil) ; de plus, les clauses de non-garantie seront sans effet à son égard (article 1643 du code civil). Il faut souligner cependant les limites de la garantie que ce soit pour les vices cachés ou les risques d'éviction, l'obligation du garant est exclue lorsque la personne garantie connaissait ou aurait dû connaître le vice ou la cause d'éviction. Ainsi, en matière de garantie des vices cachés, cette solution a été affirmée en matière de vente (185), de louage de chose (186) et de louage d'ouvrage (187).

** La responsabilité contractuelle issue de la convention des parties*

Lors de négociations qui peuvent s'avérer complexes, il n'est pas rare que les parties concluent un accord préparatoire visant à fournir une information complète sur le contenu du futur contrat et également une orientation sur l'opportunité de ce dernier. On parle alors de contrat de conseil ou de contrat d'étude. Certains professionnels sont spécialisés dans ce type de prestations : il s'agit des bureaux d'études, des cabinets d'ingénieur-conseil, etc... Il est très fréquent cependant que cette information soit fournie par le cocontractant. Ainsi, par exemple, une agence de publicité sera-t-elle amenée à élaborer de nombreux projets publicitaires qui seront soumis à

(183) J.-M. Mousseron, précité, p. 43, et J. Schmidt-Szalewsky, précité, p. 68.

(184) B. Gross, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, L.G.D.J., 1963. M. Gross définit l'obligation de garantie comme "une obligation accessoire dont l'objet est de renforcer l'exécution de l'obligation principale et de rendre par là même le créancier certain de la réalisation concrète de l'engagement de son débiteur".

(185) C. cass., civ., 13 mai 1981, *Bull. civ.*, 1981, n° 165.

(186) C. cass., civ., 10 juin 1949, *D.* 1949, p. 496.

(187) C. cass., civ., 7 mai 1962, *Bull. civ.*, I, n° 227.

l'appréciation de son client avant qu'il ne s'engage (188). La jurisprudence a admis l'existence de tels contrats préparatoires, la difficulté essentielle résidant dans le fait de découvrir un tel accord dans une stipulation peu claire des parties. Ainsi, la Cour d'appel de Rennes a retenu le 9 juillet 1975, la responsabilité contractuelle d'un organisme de prêt (189) au motif que celui-ci aurait dû prévenir l'emprunteur d'une condition essentielle de validité de la convention. Selon la cour, le prêteur aurait été investi d'un mandat tacite l'obligeant à procurer à l'emprunteur la garantie prévue par le contrat d'assurance, qui était subordonné à l'accord de l'assureur, du moins à effectuer dans ce but toutes les démarches ou interventions utiles. Les juges du fond ont donc retenu la responsabilité contractuelle du professionnel pour violation de l'obligation de renseignement issue d'un contrat préparatoire de mandat (190). L'originalité de cette décision réside également dans le fait d'avoir admis la possibilité d'engager la responsabilité de l'organisme prêteur, même en l'absence de contrat préparatoire sur la base de la responsabilité civile délictuelle. Précédemment la Cour d'appel de Paris le 12 juillet 1972 avait déjà reconnu sur la base d'un contrat de conseil préalable à un contrat de location, la responsabilité contractuelle de la société IBM qui avait recommandé un matériel inadapté à son client (191). En ce qui concerne le régime de la responsabilité relative au contrat préparatoire de conseil, les règles de la responsabilité contractuelle de droit commun sont applicables.

2°) *La sanction de l'information incorrecte par la responsabilité civile délictuelle*

En-dehors des cas où l'obligation de renseignements est sanctionnée dans le cadre du contrat que ce soit du fait de dispositions légales ou du fait d'un avant-contrat, on s'est demandé si elle pouvait atteindre une plus grande autonomie et être sanctionnée par la responsabilité civile. La doctrine dans son ensemble, semble y être favorable (192). Un auteur cependant, milite en faveur de l'admission de la responsabilité contractuelle en cette matière (193). Il affirme en effet que le contrat a vocation une fois conclu, à s'étendre et à prendre en charge les relations précontractuelles. Ainsi que l'on soit en présence d'un manquement à une obligation de renseignements ou de tout autre manquement à une obligation contractuelle, la sanction devrait être de nature contractuelle, si ces fautes manifestent leurs effets lors de l'exécution du contrat. Cette position reste cependant marginale, et même si certains arrêts se sont fondés sur la responsabilité contractuelle pour sanctionner l'obligation précontractuelle d'information, la jurisprudence laisse une place en ce domaine à la responsabilité civile. On distingue deux catégories de décisions en ce sens : il y a d'abord celles qui à côté de la nullité prononcée pour dol ou erreur, admettent la demande de dommages et intérêts fondée sur l'article 1382 en réparation du préjudice causé soit par la conclusion d'un contrat désavantageux, soit par la

(188) N. Chollet-Grach, "Les contrats publicitaires", *Juris-classeur contrats-distribution*, fascicule 1550.

(189) C.A. de Rennes, 9 juillet 1975, *D.*, 1976, p. 417 note J. Schmidt-Szalewsky.

(190) Cette solution a été vivement critiquée notamment par M. Durry : "Nous ne sommes pas convaincu de l'existence d'un contrat distinct du prêt que la caisse aurait violé en n'informant pas l'emprunteur du refus d'assurance...". M. Durry regrette que l'on n'ait pas retenu la responsabilité civile. G. Durry, *R.T.D. civ.*, 1976, p. 548.

(191) C.A. de Paris, 12 juillet 1972, *G.P.*, 1972, II, p. 804; C. cass., com., 25 juin 1980, *Bull. civ.*, 1980, IV, n° 276 sur la responsabilité d'un fabricant de peinture inadaptée à la destination recherchée par le client.

(192) M. de Juglart, "L'obligation de renseignements dans les contrats", *R.T.D. civ.*, 1945, p. 1; C. Lucas de Leyssac, *L'obligation de renseignement dans les contrats : l'information en droit privé*, L.G.D.J., 1978, p. 305.

(193) J. Huet, thèse précitée.

nullité de ce contrat. Cette solution a été clairement affirmée par un arrêt de la Cour de cassation du 4 février 1975 selon lequel "...le droit de demander la nullité d'un contrat par application des articles 1116 et 1117 du code civil, n'exclut pas l'exercice par la victime des manœuvres dolosives, d'une action en responsabilité délictuelle pour obtenir de leur auteur, réparation du préjudice subi" (194). La faute que sanctionne la responsabilité est bien celle résidant dans la transgression d'une obligation de renseignements. D'autres décisions enfin, engagent la responsabilité délictuelle de la personne ayant violé son obligation d'information, alors même que ce manquement ne constitue pas une cause de nullité du contrat. De nombreux arrêts se prononcent clairement en ce sens (195). Ainsi, un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 11 janvier 1984 a posé en principe "... que la victime d'une faute commise au cours de la période qui a précédé la conclusion du contrat (et se révélant lors de l'exécution du contrat) est en droit de poursuivre la réparation du préjudice qu'elle estime avoir subi devant le tribunal du lieu du dommage sur le fondement de la responsabilité délictuelle" (196). De même, commet une faute qui engage sa responsabilité délictuelle, le franchiseur qui établit une étude préalable de mauvaise qualité et encourage excessivement son partenaire à conclure le contrat (197).

La responsabilité délictuelle est donc admise largement en cas de faute précontractuelle se révélant après la conclusion du contrat. Il semble que cela confirme l'existence d'une responsabilité délictuelle fondée sur une obligation générale d'information autonome. Cette dernière s'adresserait essentiellement aux professionnels. Il s'agit pour ces derniers de ne pas décevoir par négligence la confiance que le client leur accorde.

En ce qui concerne le régime de la responsabilité délictuelle, on retrouve les exigences traditionnelles : d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité entre ces deux éléments. En-dehors des cas où elle se cumule avec la nullité du contrat, la faute précontractuelle envisagée ici ne présente en principe ni le caractère déterminant, ni le caractère malveillant requis pour l'annulation. Elle s'analyse plutôt en une faute d'abstention. Pendant longtemps, les tribunaux ont refusé de sanctionner l'omission de renseigner de la période précontractuelle sur la base de l'article 1382 (198). Seule la théorie des nullités sanctionnant un fait positif de tromperie s'imposait. Cette solution s'appliquait surtout du fait de la difficulté de prouver l'intention fautive. Certains auteurs ont critiqué cet état de fait en soulignant que les tribunaux admettaient d'autre part la sanction de l'omission fautive lorsqu'elle se réalise au cours de la vie du contrat (199). Ces difficultés ont été écartées, et l'on admet aujourd'hui même en l'absence de texte imposant un devoir d'agir que l'abstention puisse être fautive suivant les circonstances. Les juridictions apprécieront en cette matière le degré de connaissance des parties. Elles seront ainsi plus sévères à l'égard du professionnel (200). En effet, il est censé posséder toutes les informations techniques susceptibles d'être communiquées utilement à son cocontractant. Et, si tel n'est pas le cas, il devra se renseigner à son tour pour les lui fournir. Cette obligation comporte des limites, et notamment lorsque l'on se trouve en face d'un créancier de l'information, également professionnel, ce dernier doit rechercher lui-même l'information pertinente. Il doit se renseigner. La jurisprudence lui a même

(194) C. cass., civ., 4 février 1974, *J.C.P.*, 1975, 18 100 note C. Larroumet.

(195) C. cass., civ., 15 février 1898, *S.*, 1898, I, p. 445 ; Lyon, 1er mars 1926, *S.*, 1926, II, p. 97 note E. Chavegrin ; C. cass., civ., 24 mai 1972, *Bull. civ.*, 1972, III, n° 324.

(196) C. cass., com., 11 janvier 1984, *Bull. civ.*, 1984, IV, p. 13.

(197) C. cass., com., 4 décembre 1990, *Contrat - conclu et conso*, février 1991, n° 28, obs. L. Leveneur.

(198) C. cass., civ., 30 mai 1927, *S.*, 1928, I, p. 105 note A. Breton.

(199) M. de Juglart, précité, p. 22.

(200) C. cass., civ., 17 octobre 1982, *D.*, 1983, IR, p. 24.

dans certains cas imposé une obligation de vérifier les informations fournies. Cette solution découle de l'arrêt contesté et contestable de la Cour de cassation du 25 février 1985 (201). Cette faute de la victime peut entraîner un partage de la responsabilité mais généralement, elle conduit à une irresponsabilité totale du débiteur de l'obligation de renseignements (202).

En ce qui concerne le lien de causalité entre la faute et le préjudice, deux situations doivent être distinguées. Dans le premier cas, la victime prouve que l'inexécution de l'obligation de renseignements a été pour elle déterminante et l'a amené à conclure le contrat à des conditions en fait désavantageuses pour elle. En ce cas, il n'existe pas de difficulté, le lien de causalité est établi. La jurisprudence est parfois amenée à dégager l'existence d'un lien de causalité contesté (203). Dans certains cas, il arrive qu'une incertitude subsiste sur la relation causale entre la faute et le préjudice. Dans une telle hypothèse, on peut poser une présomption de causalité. On peut recourir également à la notion de perte d'une chance.

Seule l'allocation de dommages-intérêts peut être envisagée pour réparer la violation de l'obligation précontractuelle de renseignements. La modification judiciaire des stipulations contractuelles est à exclure. Autrement dit, il ne peut y avoir de réparation en nature.

Outre l'hypothèse envisagée où la phase des pourparlers resurgissant dans le contrat une fois conclu est source de responsabilité, il arrive également que des éléments issus des négociations jouent non pas un rôle de perturbation mais de précision du contrat définitif. Il est courant en effet de voir le juge se servir des pourparlers pour éclaircir le contrat.

b) Pourparlers et interprétation du contrat

Si une difficulté d'interprétation existe à propos d'un contrat, le juge doit trancher le différend. Dans un premier temps, la doctrine classique inspirée par la théorie de l'autonomie des volontés et l'article 1156 du code civil a estimé que le juge devait être le "... serviteur de la volonté des parties" (204). Cette méthode poussée à l'extrême pouvait attribuer aux cocontractants des intentions qu'ils n'avaient probablement jamais eues. La doctrine actuelle s'est engagée dans une voie plus nuancée. Elle considère en effet que "... s'il y a une volonté individuelle nettement perceptible, le juge doit l'appliquer, sinon, il ne doit pas s'attarder à rechercher des volontés présumées et fictives..." (205). Ainsi, le juge aura recours à des données plus objectives telles que le texte du contrat, on tiendra compte alors essentiellement de la volonté déclarée. Lorsque le contrat renferme des clauses obscures, imprécises ou contradictoires, le juge ou l'arbitre aura pour mission de rechercher la commune intention des cocontractants. Cette découverte pourra résulter soit d'éléments tirés du contrat lui-même, soit d'éléments extérieurs au contrat comme les pourparlers.

1°) L'interprétation du contrat grâce aux documents préparatoires

Le juge peut avoir recours aux pourparlers pour interpréter la volonté des parties. En effet ces documents bien qu'antérieurs à la convention définitive permet-

(201) C. cass., com., 24 février 1986, précité.

(202) C. cass., civ., 25 juin 1980, *G.P.*, 1980, II, som. p. 570.

(203) C. cass., com., 4 décembre 1990, précité.

(204) A. Weil et F. Terré, *Droit civil : Les obligations*, 4ème édition, Précis Dalloz, 1985, p. 363.

(205) E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, publié par H. Desbois et J. Gaudemet, Sirey, 1965, p. 207.

tent d'avoir certaines indications précieuses sur le contrat lui-même. C'est en effet, pendant cette période que se décident les éléments essentiels qui seront la base du futur contrat.

La possibilité d'utiliser les pourparlers afin d'éclairer le sens des dispositions contractuelles résulte de l'article 1161 du code civil : "... Toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier". Comme l'affirme M. Dupichot, "... l'on peut sans dénaturer la pensée des rédacteurs du code, proposer d'étendre l'article 1161 à l'ensemble des manifestations de volonté liées entre elles, par une stratégie contractuelle globale", ce qui inclut les pourparlers (206). L'article 1161 du code civil n'est pas le seul élément militant en faveur d'une prise en considération des pourparlers pour l'interprétation du contrat. La Convention de Vienne relative aux contrats de vente internationale de marchandises recommande également de se référer aux documents de la négociation : "... Pour déterminer l'intention d'une partie ou ce qu'aurait compris une personne raisonnable, il doit être tenu compte des circonstances pertinentes, notamment des négociations qui ont pu avoir lieu entre les parties, des habitudes qui se sont établies entre elles, des usages et de tout comportement ultérieur des parties".

Si le juge consulte les pourparlers, il peut avoir recours indifféremment à tous les documents émis pendant la période des pourparlers. Chacun pourra avoir son importance. Ils prennent la forme d'annonces, de prospectus, de documents techniques, de lettres d'intention, de télex, de télégrammes, etc... et peuvent avoir une valeur juridique différente en fonction de la volonté des parties. Il arrive parfois que les parties prévoient par avance qu'en cas de difficultés d'interprétation du contrat, tel ou tel document préparatoire pourra être utilisé. Ces clauses peuvent être prévues dans le contrat, elles peuvent aussi résulter d'un préambule dont la pratique est courante en matière de contrats internationaux (207). Comme le précise M. Fontaine, les mentions de ce dernier contribuent "... de manière privilégiée à l'interprétation du contrat" (208). En effet, si le préambule statue sur le sort à donner aux documents précontractuels, il indique également les objectifs des parties et il permet de cerner les circonstances précédant la conclusion du contrat. Mais le préambule n'occupe pas la même place dans tous les systèmes juridiques. En effet, il n'aura pas la même valeur interprétative en fonction du système d'interprétation adopté. Si dans le droit français, il a toujours une place importante, dans les systèmes qui privilégient la volonté exprimée sur la volonté réelle, il peut s'avérer moins essentiel. Ainsi en droit anglais, on n'aura en aucun cas recours aux dispositions du préambule si les clauses du contrat en cause apparaissent claires.

2°) *Les limites de l'interprétation du contrat grâce aux documents préparatoires*

Certaines limites tiennent aux documents eux-mêmes, d'autres naissent de la volonté des parties.

Le juge tient compte de tous les documents émis pendant les pourparlers pour interpréter le contrat. Cette solution n'est cependant pas sans risque. D'une part, il peut arriver que des documents se révèlent contradictoires. Ainsi, ceux retenus pour interpréter le contrat ne seront pas forcément ceux reflétant la véritable intention des parties. De plus, ce ne seront pas nécessairement ceux permettant de se faire une

(206) J. Dupichot, "Pour un retour aux textes : défense et illustration du "petit guide-âne" des articles 1156 à 1165 du code civil", *Études J. Flour*, n° 17.

(207) C.C.I., Sentence n° 6 709, *J.D.I.*, 1992, p. 998 obs. D. Hasler ; J. Mestre, obs. dans *R.T.D. civ.*, 1993, p. 345.

(208) M. Fontaine, "La pratique du préambule dans les contrats internationaux", *R.D.A.I.*, 1986, p. 343.

opinion sur les discussions précontractuelles. D'autre part, dans la plupart des contrats complexes, la négociation est longue. Certains documents peuvent être égarés ou n'ont pas été conservés alors qu'ils pouvaient présenter un intérêt pour le juge. Dans cette hypothèse, on peut craindre que l'interprétation des documents subsistants ne déforme le véritable but que s'étaient fixé les parties. Enfin, il arrive fréquemment que pour conclure le contrat, un partenaire soit amené à exagérer l'importance de ses prestations. Si le document contenant ces allégations est utilisé pour l'interprétation du contrat, il pourra amener la personne concernée à être tenue au-delà de ce qu'elle aurait voulu. Dans toutes ces hypothèses, il apparaît que le recours aux pourparlers pour l'interprétation du contrat doit se faire de manière prudente.

Pour pallier ces inconvénients, il est courant que les parties fixent elles-mêmes le sort des documents précontractuels. Ainsi afin de donner une plus grande souplesse à la négociation, elles peuvent prévoir des clauses de voisinage (on parle aussi de clause dite "entire-agreement" ou "des quatre coins"). Ces clauses que l'on retrouve dans le préambule du contrat final ou dans le corps de ce contrat, spécifient que les documents préparatoires, écrits et projets échangés lors des pourparlers ne pourront être utilisés par la suite pour l'interprétation du contrat définitif. Le juge devra respecter cette volonté des parties et bannir les négociations comme instrument d'interprétation de la convention. M. Mousseron les rapproche notamment de l'article 252-3 du code civil qui dispose que : "... ce qui a été dit ou écrit à l'occasion d'une tentative de conciliation sous quelque forme qu'elle ait eu lieu, ne pourra pas être invoqué pour ou contre un époux ou un tiers dans la suite de la procédure" (209).

(209) J.-M. Mousseron, précité, p. 56.

L'AGRÈMENT DANS LES CESSIONS DE TITRES SOCIAUX

Par

Bérangère DALBIÈS
Docteur en Droit

L'agrément connaît depuis quelques années un regain de faveur en droit des affaires. Signe des temps ou simple mode ? Il semble que les praticiens attachent de plus en plus d'importance aux personnes avec lesquelles ils traitent, et l'intuitus personae -la considération de la personne avec qui une relation se crée- a, dans un contexte économique et social difficile, un rôle considérable à jouer. Le droit des groupements n'échappe pas à ce principe : longtemps réservé à une certaine catégorie de personnes morales, l'intuitus personae a gagné tout le droit des sociétés, même celles à risque limité où les capitaux jouent traditionnellement un rôle plus conséquent que la qualité des personnes qui les composent. Le renforcement des liens entre les personnes conduit ainsi à utiliser l'agrément -moyen somme toute simple et radical- pour écarter les indésirables, empêchés par ce biais d'accéder au capital d'une société. Autre avantage de l'agrément, le système permet le contrôle des mouvements du capital au travers des cessions de ses fractions. Là également, la conjoncture pessimiste ambiante influence l'introduction de la notion d'agrément dans des sociétés où la liberté de cession des titres devrait être la règle. Loin d'être un effet de mode, l'agrément existe depuis longtemps dans les textes et son utilisation s'est renforcée pour n'être plus du tout à l'heure actuelle, un phénomène marginal.

L'agrément obéit à un régime particulier pour chaque type de structure concernée, l'uniformisation des principes n'étant bien évidemment pas possible dans ce domaine, en vertu des distinctions attachées par la loi au fonctionnement des différents groupements. La structure schématique des procédures d'agrément fait qu'une demande dans ce sens, régulièrement formulée et valablement acceptée, aura pour effet l'entrée d'un nouvel associé dont la venue aura été souhaitée puisque décidée. Mais toute demande n'aboutit pas automatiquement -c'est le principe même de l'agrément- et la naissance de rapports juridiques entraîne des effets qui devront être réglés lorsque le cessionnaire n'est pas agréé par les membres de la personne morale dans laquelle il souhaitait entrer.

I - LA DEMANDE D'AGRÉMENT DU CESSIONNAIRE DE TITRES SOCIAUX

Pour obtenir un agrément, une demande est toujours nécessaire, afin d'informer la personne morale et les autres associés de l'intention de vendre. La mise en oeuvre de la procédure d'agrément, qui doit permettre à l'organe social compétent de statuer sur le sort du cessionnaire proposé, est subordonnée à cette demande soumise à des conditions de validité légales strictes quel que soit le type de société considérée.

A - LES ACTEURS DE LA DEMANDE

Lors d'une cession de titres sociaux, trois personnes se retrouvent au cœur du projet : le cessionnaire pressenti, la personne morale qui va recevoir la demande d'agrément et le cédant actuel associé. Le problème à la base repose sur le fait que les textes sont peu explicites sur le point de savoir sur qui repose la charge de faire la demande et qui doit statuer sur l'agrément.

a) La formulation de la demande

Comme tout contrat de vente, la cession de titres sociaux implique l'existence d'un cédant et d'un cessionnaire. Or, les textes sont muets sur la question de savoir sur lequel des deux pèse l'obligation d'effectuer la demande d'agrément auprès de la société. La Cour de Cassation a fait peser cette obligation sur le cédant après interprétation de la commune intention des parties (1) : le principe selon lequel la notification du projet de cession incombe donc au cédant sauf accord contraire entre les parties semble logique, en ce sens que la démarche est plus facilement réalisable par le cédant. Cette solution est par ailleurs conforme à l'idée que le tiers est étranger à la société (2), idée récemment développée par la jurisprudence. Il faut naturellement réserver le cas où le cessionnaire n'est pas un tiers à la société, parce qu'il est déjà associé, ou très proche parent d'une personne elle-même associée. Mais rien n'autorise à distinguer entre les demandes d'agrément selon la qualité du cessionnaire proposé. Ainsi soumis à l'action du cédant, le cessionnaire n'est néanmoins pas démuné en cas de carence du vendeur. En effet, il peut, soit exiger l'accomplissement des formalités par le biais de l'astreinte (3), soit obtenir des dommages et intérêts pour inexécution d'une obligation de faire (4), ou encore réclamer l'application de l'article 1178 du Code civil. Le principal inconvénient de cette dernière hypothèse réside dans le fait qu'à l'égard de la société, c'est le cédant qui est réputé rester associé (5).

La demande d'agrément est effectuée par la notification du projet de cession à la société et aux associés. Sa validité est conditionnée par sa régularité au regard des formalités contraignantes destinées à protéger les co-associés du cédant et les parties à l'accord. Longtemps considérées comme d'ordre public, les formalités attachées à la notification de la demande à la personne morale et aux autres associés, semblent désormais passer au second plan pour la jurisprudence la plus récente et la primauté de la procédure sur toute autre considération semble céder le pas au consensualisme et aux principes généraux du droit, eu égard aux conditions de réalisation des

(1) Cass. Comm. 27/03/1990 D. 91 p. 503 note Bonnard ; Bull. Joly 90-442 obs. Le Cannu. Cass. Comm. 24/04/1990 JCP 91 éd. E n° 5 p. 63 chron. Viandier et Caussain ; Dt des stés 8-9/90 n° 261.

(2) Cass. Comm. 11/02/1990 JCP éd. E n° 16 p. 497.

(3) Voir dans ce sens Bonnard préc. sous Cass. Comm. 27/03/1990.

(4) Lamy Stés comm. 1991 n° 3972.

(5) Solution retenue dans Cass. Comm. 27/03/1990 préc.

cessions et à l'attitude des co-associés du cédant. Ainsi, la Cour de Cassation a déclaré que la nullité de la cession pour défaut d'accomplissement des formalités de notification ne peut être invoquée que par les associés et non par le tiers étranger à la société (6). Dans le même ordre d'idées, la Cour d'Appel de Paris a affirmé que la connaissance établie du projet de cession et la reconnaissance du cessionnaire comme détenteur des titres sociaux valaient renonciation à se prévaloir de cette nullité (7). Il semble en fait que l'importance du formalisme attaché à l'accomplissement des diverses démarches liées à la demande d'agrément, dépende pour beaucoup de la nature du groupement concerné. En effet selon la structure, la demande sera faite selon des formes et à un organe différent.

b) Le destinataire de la demande

C'est à la personne morale au travers des associés qu'il revient de statuer sur l'agrément sollicité. La loi est relativement claire en ce qui concerne certains types de société. Ainsi, dans la S.N.C. et la S.C.S., les associés consentent à la cession à l'unanimité soit en assemblée générale ou par écrit si les statuts ont prévu une telle possibilité, soit en intervenant à l'acte de cession (8). En effet, la loi n'impose pas une délibération spéciale relative à l'octroi de l'agrément, alors qu'elle le fait pour la modification des statuts résultant de la cession (9). Pour les S.A.R.L., l'agrément ne peut être octroyé que par une consultation des associés en assemblée générale et le vote acquis à la majorité en nombre des associés représentant au moins les 3/4 des parts sociales. L'intervention des associés à l'acte de cession est donc insuffisante pour ce type de société (10). Le problème est différent en matière de S.A. puisque les conditions d'octroi de l'agrément sont en principe prévues dans les statuts. Il appartient donc aux associés de prévoir dans le pacte social, l'organe compétent dans ce domaine. S'il est généralement admis que l'agrément puisse être voté en A.G.O., octroyé par le Directoire ou le Conseil de surveillance ou encore par le Conseil d'Administration selon leur mode de fonctionnement de la S.A. considérée, les auteurs semblent avoir une préférence pour ces deux derniers organes sociaux, faveur due à leur souplesse de fonctionnement et au fait que les sources d'informations sur le cessionnaire sont en principe meilleures que pour les simples actionnaires appelés à statuer en assemblée générale (11). De plus, il apparaît préférable de donner compétence à l'organe qui choisira le remplaçant du cessionnaire évincé en cas de refus d'agrément, à savoir le Conseil d'administration ou le Directoire (12). Mais il est admis par les tribunaux que les associés prévoient dans les statuts une ratification postérieure par l'assemblée générale de l'agrément donné par le Conseil d'administration (13). Dans les S.A. et devant le silence des textes, le problème se pose de savoir si l'agrément peut être octroyé dans d'autres hypothèses que celles ci-dessus citées. Le vote en commission spéciale ou en A.G.E., l'octroi de l'agrément par une seule personne comme le P.D.G. ou un administrateur provisoire, sont des questions délicates et controversées. La compétence d'une commission spéciale - ou

(6) Cass. Comm. 11/02/1992 JCP éd. E n° 16 p. 497.

(7) C.A. Paris 4/07/1991 JCP 91 éd. E n° 992 p. 340.

(8) E. Buttet, Bull. Joly 1991 § 318 p. 889. Y. Dereu, Juriscl. Stés. fasc. 59-B n° 77.

(9) Cass. Comm. 16/01/1990 Bull. Joly 1990 § 84 p. 291.

(10) C.A. Versailles 12/02/1987 Dt des Stés Nov. 87 n° 255 ; JCP 87 éd. E I-16959, confirmé par Cass. Comm. 9/05/1990 JCP 90 éd. E I-20105 ; JCP 91 éd. E n° 5 p. 64 chron. Viandier et Caussain ; D. 90 Somm. 150 ; Dt des stés 8-9/90 n° 262 ; Bull. Joly 90 § 182 p. 653 note Le Cannu ; Bull. civ. IV n° 145 p. 97.

(11) Y. Guyon Juris. Cl. Stés. Fasc. 97-B n° 39.

(12) Lamy Stés Comm. 1993 n° 4092.

(13) Affaire Amaury : T. Comm. 5/11/1979 et C.A. Paris 31/03/1981 Gaz. Pal. 81-513 ; chron. J.-M. Burguburu et W. Le Bras, Bull. Joly 81 p. 887.

commission ad hoc - semble discutée : pour certains auteurs, rien n'interdit dans les textes d'attribuer compétence à une telle commission pour statuer sur une demande d'agrément (14), argument immédiatement rejeté par d'autres qui soutiennent que rien non plus n'autorise les associés à prévoir une telle disposition dans les statuts (15). Une A.G.E. ne semble pas non plus compétente dans ce domaine malgré l'avis d'une partie de la doctrine (16), puisque la jurisprudence réserve ce type d'assemblée aux seules modifications statutaires (17). Quant au P.D.G., la limitation de ses pouvoirs par l'article 113 de la loi du 24 Juillet 1966 exclut la question de l'agrément de la direction générale d'une S.A. (18), exclusion valable également pour un administrateur provisoire (19) dont la nomination ne peut intervenir que pour dénoncer momentanément une crise dans une société (20). L'intervention d'un administrateur provisoire dans ce domaine peut donc aboutir à une convocation de l'organe chargé de statuer sur une demande d'agrément, mais pas sur l'octroi ou le refus de ce même agrément dont la compétence lui échappe nécessairement (21).

Le législateur établit donc une distinction entre les organes compétents pour attribuer ou refuser l'agrément selon le type de société. Imposé par les différences au niveau des structures entre les personnes morales, le régime de l'agrément ne connaît pas non plus d'uniformité au niveau de son domaine.

B - LE DOMAINE DE LA DEMANDE D'AGRÉMENT

Certains titres sociaux ne peuvent être cédés qu'après obtention d'un agrément obligatoire quelle que soit la qualité du cessionnaire proposé: c'est le cas des personnes morales marquées par un fort *intuitus personae*. Pour d'autres types de groupements, les associés disposent d'une plus grande marge de manoeuvre pour organiser une procédure d'agrément dans le respect d'un cadre légalement institué, s'ils ont la volonté d'imprégner de ce même *intuitus personae* le fonctionnement d'une personne morale dont l'existence ne reposait pas principalement sur cette base.

a) Les procédures d'agrément obligatoire

Ces procédures concernent les sociétés et groupements où la forme de la personne morale et la nature même des droits sociaux détenus par ses membres induisent un fort *intuitus personae* légalement constaté. Il est donc logique que les sociétés de capitaux ne soient pas concernées en principe, sauf quand c'est la loi elle-même qui impose une procédure d'agrément pour certaines activités libérales exercées sous forme de S.A. (22). L'agrément lors des cessions de parts sociales conduit à

(14) B. Mercadal et P. Janin, *Mem. Lefebvre Stés Comm.* 1992 n° 2718.

(15) Lamy *Stés Comm. préc.* n° 4092. Guyon *préc.* n° 39.

(16) Guyon *préc.*; Burguburu et Le Bras *préc.*; R. Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial L.G.D.J.* 1984 n° 1265.

(17) *Affaire Saupiquet-Cassegrain*: C.A. Rennes 23/02/1968 JCP 69 II-16122 note Paillesseau et Contin; cassé par C. Comm. 21/01/1970 JCP 70 II-16541 note Oppetit; *Rev. Stés.* 70-292 note J.G.; Lamy, *préc.* n° 4092.

(18) Guyon *préc.*; Lamy *Stés Comm. préc.*

(19) Guyon *préc.*; Roblot, *préc.*

(20) Cass. Comm. 27/10/1969 Bull. Civ. n° 314 p. 295; R.T.D.Comm. 1970-423 note Houin.

(21) Cass. Comm. 26/01/1993 JCP éd. E 93 II n° 419; *Dt. des Stés.* 93 n° 55; Lamy Bull. actual. 04/93 p.6.

(22) Ord. n° 45-2138 du 19/12/1945 (art. 7 et 11) pour les sociétés d'experts-comptables et comptables agréés; loi n° 84-148 du 1/03/1984 (art. 14) pour les sociétés de commissaires aux comptes; loi n° 77-2 du 3/01/1977 (art. 13) pour les sociétés d'architecture; loi n° 83-610 du 8/07/1983 (art. 19 et 25) pour les sociétés de commissaires agréés et de courtiers de marchandises; loi n° 90-1258 du 31/12/1990 (art. 10) sur les S.E.L.A.F.A.: voir chron. Jeantin au JCP 91 éd. G. I-3504.

s'interroger sur le régime applicable selon les cessionnaires envisagés, et sur les opérations concernées par une telle procédure.

1 - L'agrément selon la qualité du cessionnaire

Le régime de l'agrément légal est différent selon que la cession est envisagée au profit de la famille directe du cédant, ou des autres associés ou encore d'un tiers étranger à la personne morale dont les titres sont cédés.

1 - 1 - Toute cession à un ascendant, descendant ou conjoint du cédant requiert un agrément donné à l'unanimité dans les sociétés en nom collectif et en commandite simple sauf à prévoir pour ces dernières des aménagements possibles dus à la coexistence de deux types d'associés (23). Pour les autres personnes morales, le législateur a retenu deux solutions différentes: un agrément obligatoire à défaut de dispositions statutaires contraires (c'est le cas pour les cessions au conjoint dans les sociétés civiles et les G.I.E.) ou un agrément possible mais non imposé sauf dispositions statutaires contraires (pour les cessions à ascendants ou descendants dans les sociétés civiles et les G.I.E. et à tous les membres de la famille directe dans les S.A.R.L.).

1 - 2 - Les cessions de titres sociaux à un autre membre de la même structure juridique sont également soumises au consentement unanime de tous les associés dans les S.N.C. et les sociétés en commandite. Dans les sociétés civiles et les G.I.E., l'agrément est obligatoire pour les cessions aux autres associés ou membres sauf dispense statutaire, contrairement aux S.A.R.L. où l'agrément doit être prévu dans les statuts pour que la procédure s'impose aux associés.

Le législateur a ainsi établi des régimes différents selon la portée des engagements souscrits lors de l'élaboration du pacte social : si la structure adoptée repose légalement sur l'intuitus personae, toute modification dans la répartition initiale des parts doit être agréée par l'ensemble des membres de cette structure ; par contre, une procédure d'agrément dans une S.A.R.L. aura pour but d'éviter un renversement de majorité à l'intérieur de la société, en maintenant le rapport de force initialement prévu par et entre les associés. Mais c'est à l'égard des cessions aux tiers que les procédures d'agrément prennent tout leur sens.

1 - 3 - Pour éviter l'intrusion d'indésirables dans la personne morale, tous les cessionnaires tiers aux sociétés civiles, G.I.E., sociétés en nom collectif et en commandite simple ou S.A.R.L. sont concernés par les procédures légales d'agrément obligatoire. L'agrément est octroyé ou refusé de façon discrétionnaire par les associés, puisque la confiance accordée au cessionnaire est une notion très subjective qui dépasse largement l'étendue de l'assise financière du tiers proposé même si cette dernière est souvent un élément déterminant dans les structures où la responsabilité pécuniaire des membres est illimitée. La nature particulière des titres que sont les parts sociales et le régime légalement instauré pour leur cession impose un agrément dont l'opportunité appartient à chaque associé et qui ne peut être remis en cause qu'en cas de fraude ou d'abus.

(23) L'unanimité n'est requise pour la cession des parts des commanditaires qu'à défaut de clauses contraires dans les statuts (prévoyant la libre cession entre associés, ou avec des conditions de majorité différentes de l'unanimité ; possibilité de prévoir la cession à des tiers avec le consentement unanime de tous les commandités et la majorité en nombre et en capital des commanditaires). De même, la cession d'une fraction des parts d'un commandité peut se faire à un tiers ou à un commanditaire à l'unanimité des commandités et à la majorité en nombre et en capital des commanditaires.

2 - L'agrément selon la nature de l'opération projetée

L'agrément légalement prévu est obligatoire même pendant la période de liquidation de la société (24) pour les cessions au sens classique du terme et les opérations assimilées à des cessions par la jurisprudence, à savoir les donations, les échanges et les apports partiels (25). La question s'est posée de savoir si les fusions et les scissions étaient concernées par les procédures d'agrément : la Cour de Cassation a eu l'occasion d'affirmer que de telles opérations n'étaient pas des cessions isolées à des tiers mais que la transmission des parts dans ces hypothèses, s'effectuait par voie de dévolution de patrimoine (26). Il semble donc que l'agrément dans ce cas ne soit pas obligatoire sauf si les statuts l'ont expressément prévu, puisqu'il est admis que les procédures d'agrément peuvent être étendues à toutes les opérations qui se traduisent par l'entrée de nouveaux associés, même si ces dernières ne sont pas des cessions (27). Certains auteurs soutiennent pourtant que l'agrément est toujours nécessaire même en l'absence de clause statutaire en ce sens, si des parts de S.N.C. figurent dans l'actif transféré à la société absorbante ou nouvelle, en raison du fait que les contrats conclus *intuitus personae* ne peuvent être repris qu'avec l'accord du co-contractant (28). Cette position paraît difficilement soutenable eu égard à la jurisprudence précitée, d'autant plus que la loi ne distingue pas entre les différents types de sociétés selon leur nature, pour des opérations similaires.

La portée de l'agrément obligatoire dépend donc du cessionnaire envisagé et de l'opération projetée dans les sociétés de personnes mais le débat autour de cette distinction traditionnelle entre sociétés de capitaux et sociétés de personnes apparaît dépassé sur la question de l'*intuitus personae*. En pratique, de plus en plus de sociétés par actions ont la volonté d'introduire une dose d'*intuitus personae* dans un système de fonctionnement dont la base repose sur un autre fondement. La tendance au rapprochement du mode de fonctionnement des sociétés sur ce point semble provenir d'un besoin de confiance entre les personnes, au delà de la rigidité des structures. L'importance actuelle des groupes fait que les futurs associés ont envie de savoir exactement avec qui ils vont s'associer. La confiance liée au renom, les méthodes de travail et de gestion sont des éléments tout autant primordiaux que le montant du capital apporté (29). Ainsi, le législateur autorise les associés à prévoir des procédures conventionnelles d'agrément dont le but sera de renforcer l'*intuitus personae* dans les sociétés qui en sont déjà imprégnées ou d'en saupoudrer les sociétés qui en sont en principe dénuées.

(24) Cass. Comm. 15/11/1950 JCP 51 II-6146 note Bastian (à propos d'une S.A.R.L.).

(25) C.A. Bordeaux 4/01/1961 Rev. des stés 61-65. Cass. Comm. 21/01/1970 JCP 70 II-16541 note Oppetit ; Rev. Stés 70 p. 292. Cass. Comm. 19/04/1972 D. 72-538 note Schmidt ; R.T.D.Comm. 72-655 obs. Houin ; Rev. Stés 73-105 note Hémard. C.A. Caen 18/04/1978 Rev. Stés 78 p. 763. Chron. Jeantin, Droit des stés 05/88 p. 3. Lamy stés comm. 1993 n° 4088.

(26) Cass. Comm. 19/04/1972 D. 72-538 note Schmidt (à propos d'une S.A.R.L.). Cass. Comm. 16/02/1988 Bull. info. stés 88 p. 271.

(27) Cass. Comm. 3/06/1986 Rev. des stés 1987-52 note Reinhard ; Bull. Joly 86 § 223 p. 757 ; D. 87 p. 96 note Daigre ; JCP 1986 éd. E I-15846 obs. Caussain et Viandier ; R.T.D.Comm. 87-209 ; JCP 1987 éd. E II-15083 note Paclot (rendu en matière de S.A. : "l'opération de fusion ne figure pas expressément au nombre des actes pour lesquels la clause d'agrément est interdite").

(28) Mercadal et Janin, *mémento pratique* F. Lefebvre stés comm. 1992 n° 649. Contra, voir : Dereu, Juriscl. stés comm. fasc. 59-B § 88.

(29) G. Mazet, "Les clauses statutaires d'agrément", Rev. de Jdce comm. n° spé. Nov. 1990 (colloque de Deauville) p. 67. G. Parléani, "Les pactes d'actionnaires", Rev. des Stés 1991 doct. p. 1.

b) Les procédures d'agrément conventionnel

La législation sur les sociétés n'envisage un agrément conventionnel que dans le cadre des statuts. C'est donc le pacte social initial ou modifié qui devrait servir de support juridique à ces procédures d'agrément conventionnel. Mais la pratique a vu naître des pactes extra-statutaires qui fleurissent en marge de tout cadre légal, surtout entre les associés de sociétés par actions.

1 - L'agrément statutaire

Cet agrément conventionnel est comme son nom l'indique, prévu dans les statuts de la société. Le législateur a expressément prévu que les associés de S.A.R.L. puissent prévoir un agrément dans les cessions entre associés ou à la famille directe, ou aux ascendants et descendants dans les sociétés civiles et les G.I.E.. Ces dispositions sont conformes à l'idée de sociétés de personnes qui gouverne ces personnes morales. Mais en matière de S.A., l'agrément apparaît comme contraire aux principes généraux et à l'essence même de ce type de groupements ; néanmoins les associés peuvent, dans certaines limites définies par la loi et explicitées par la jurisprudence, prévoir des restrictions conventionnelles à la libre négociabilité des actions sans remettre en cause le principe de liberté en lui-même, mais en aménageant ses conditions d'exercice. Ces limites font parfois l'objet de tentatives de contournement par des techniques visant à faire échec aux principes légaux .

1 - 1 - Le domaine des restrictions statutaires à la libre négociabilité des actions

Un agrément statutaire ne peut être prévu que pour des cessions d'actions nominatives à des personnes déterminées.

* Les titres sociaux concernés

Selon l'article 274 de la loi du 24 Juillet 1966, seules les cessions d'actions peuvent faire l'objet d'une procédure statutaire d'agrément conventionnel auxquelles il convient néanmoins d'inclure les droits démembrés de ces titres sociaux (30). Les obligations ne sont donc pas concernées en principe par des procédures de surcroît inutiles dans cette hypothèse puisque "*ces titres ne confèrent pas le droit direct de participer à la gestion des affaires sociales*" (31). Pourtant, la prudence s'impose si l'émission porte sur des obligations convertibles en actions : un obligataire pourra devenir actionnaire malgré sa qualité de tiers, sauf si la conversion en action est subordonnée à l'agrément du tiers par la société ou si une clause d'agrément figure parmi les conditions d'émission des obligations pour les tiers non actionnaires (32). Les actions doivent en outre être nominatives, ce qui inclut désormais toutes les sociétés non cotées depuis la dématérialisation des titres. Les clauses d'agrément dans les sociétés cotées semblent être en contradiction avec le régime de fonctionnement du marché boursier (33). En effet, une clause d'agrément démontre la volonté de contrôler la répartition du capital social, alors que l'introduction d'une société en

(30) Pour un droit préférentiel de souscription lors d'une augmentation de capital, cédé à un tiers : C.A. Aix 13/01/1977 Rev. des stés 1977-710 obs. Hémard ; D. 78 IR-250 obs. Bousquet.

(31) Guyon, Juriscl. comm. fasc. 97-B n° 10.

(32) Mercadal et Janin, Mem. F. Lefebvre Stés comm. 1992 n° 3006.

(33) Moury, chron. à la R.T.D.Comm. 1989 p. 187. Storck, Juriscl. Stés Formul. fasc. C-60 n° 41. Mestre au Lamy stés comm. 1993 n° 4100.

bourse induit son ouverture large aux tiers. Or, "le filtrage est encore plus nécessaire lorsque la souscription est offerte, de manière indifférenciée, au public" (34). Lors du vote de l'article 276, le législateur de 1966 a écarté la proposition d'interdiction des clauses d'agrément pour les sociétés cotées (35) - dont la validité est également admise en droit européen (36) -, pour lesquelles la C.O.B. manifeste malgré tout une franche hostilité (37) à la limite de la légalité et remarquée par beaucoup d'auteurs (38). A priori, l'admission d'actions à la cote officielle pourrait donc être refusée pour les sociétés dont les statuts contiennent une clause d'agrément. L'absence de jurisprudence sur la question est peut-être due à l'idée selon laquelle "il semble difficile pour une société qui demande à être admise à la cote, d'engager immédiatement un contentieux contre l'autorité qui aura ensuite tellement de moyens de rétorsion" (39). Le même problème se pose pour les sociétés déjà cotées et faisant l'objet d'une O.P.A. : lorsqu'une clause d'agrément existe, la C.O.B. peut demander à la société la suspension de ses effets pendant la durée de l'O.P.A. (40) et en cas d'inexécution peut saisir le Président du T.G.I. de Paris afin de faire cesser une "pratique contraire aux dispositions législatives ou réglementaires de nature à porter atteinte aux droits des épargnants" (41). La question se pose néanmoins de savoir si une telle pratique l'est réellement (42). La position la plus pratique consisterait à considérer purement et simplement qu'une clause d'agrément est inopposable à l'initiateur d'une O.P.A. (43).

** Les opérations soumises à agrément statutaire

Les statuts peuvent prévoir une procédure d'agrément pour toutes les opérations qui entraînent l'arrivée d'un tiers dans la société (44) grâce à un transfert de titres (ventes, donations, échanges et apports en société (45)) ou une création d'actions par augmentation de capital (46). La loi du 24 Juillet 1966 n'établissant pas de distinction en fonction du volume d'actions cédées, la question s'est posée de savoir si l'agrément donné lors des cessions de contrôle de la société pouvait être

(34) Terré au JCP 1984 éd. E II-14223 (p. 244).

(35) J.O. Sénat 28/04/1966 p. 348. J.O. A.N. 11/06/1966 p. 1958.

(36) Directive 79/279 du Conseil des Communautés Européennes du 5/03/1979 JCP 79 III-48337.

(37) Communiqué de déc. 1971 JCP 71 III-38769 ; rapport annuel 1978 p. 36 ; art. 17 du règlement n° 87-01 du 20/01/1987 homologué par arrêté du 20/02/1987 (J.O. du 4/03/1987) et abrogé par l'art. 4 du règlement n° 88-03 (homologué par arrêté du 6/07/1988 J.O. du 14/07) mais repris par l'art. 3-1-13 du règlement général du Conseil des bourses de valeurs (arrêté du 6/07/1988 J.O. du 14/07).

(38) Lamy Stés Comm. 1993 n° 4100. Guyon préc. n° 13. Mazet, préc. p. 68. Moury, préc. p. 187. Chron. B. Martin-Laprade, Petites Affiches 1992 n° 62 p. 22.

(39) Martin-Laprade, préc.

(40) Ce fut le cas dans l'O.P.A. contre la S.A. La Providence : voir le rapport annuel de la C.O.B. 1986 p.103.

(41) Moury, préc.

(42) Comme ce fut le cas dans C.A. Paris 27/04/1993 Rev. de Jdce comm. 1993 n° 1371 p. 244 note Goyet ; annulation d'une décision du C.B.V. déclarant recevable un projet d'OPA malgré l'existence de plusieurs pactes d'actionnaires passés avant le dépôt du projet et rendant toute opération concurrente à son initiateur impossible.

(43) Storck, fasc. C-60 préc.

(44) Cass. Comm. 3/06/1986 Rev. des stés 1987-52 note Reinhard ; Bull. Joly 86 § 223 p. 757 ; D. 87 p. 96 note Daigre ; JCP 1986 éd. E I-15846 obs. Caussain et Viandier ; R.T.D.Comm. 87-209 ; JCP 1987 éd. E II-15083 note Paclot.

(45) C.A. Bordeaux 4/01/1961 Rev. des stés 61-65. Cass. Comm. 21/01/1970 JCP 70 II-16541 note Oppetit ; Rev. Stés 70 p. 292. Cass. Comm. 19/04/1972 D. 72-538 note Schmidt ; R.T.D.Comm. 72-655 obs. Houin ; Rev. Stés 73-105 note Hémard. C.A. Caen 18/04/1978 Rev. Stés 78 p. 763. Chron. Jeantin, Droit des stés 05/88 p. 3. Lamy stés comm. 1993 n° 4088.

(46) Voir contra Moury, préc. Mais la C.A. de Paris (19/03/1982 R.T.D.Comm. 82-258 obs. Alfandéri et Jeantin) a admis l'application d'une clause d'agrément prévue pour des cessions de parts à une augmentation de capital dans une société civile. Cass. Comm. 29/11/1983 R.T.D.Comm. 84-291 obs. Alfandéri et Jeantin. Les clauses d'agrément sont inopposables au souscripteur d'une augmentation de capital pour les sociétés soumises à un plan de redressement (Loi du 25 Janvier 1985).

constitutif d'un abus de droit (47). La jurisprudence admet qu'une telle cession puisse être abusive à condition d'en rapporter la preuve (48) : les tribunaux sont donc amenés à contrôler les conditions dans lesquelles l'organe social a octroyé son agrément lors des cessions de blocs de contrôle et vérifient si l'intérêt social n'a pas été compromis ou transgressé (49), seul critère a priori recevable pour introduire un recours judiciaire fondé sur la notion d'abus de droit (50).

En outre, les cessions statutairement soumises à agrément ne peuvent être des cessions internes dans les S.A.. Ce problème n'est apparu que depuis la loi du 24 Juillet 1966 puisqu'avant cette date, les clauses d'agrément pouvaient s'appliquer même dans les cessions entre actionnaires (51). La formulation peu explicite de l'article 274 al. 1 de la loi de 1966 (52) a donc conduit la Cour de Cassation à poser en principe que "*l'actionnaire d'une société par actions est libre de céder ses titres à un autre actionnaire, sans qu'une telle cession puisse être soumise à l'agrément de la société par une clause des statuts*" (53). Les clauses statutaires d'agrément ne peuvent donc jouer que pour des cessions à des tiers étrangers à la société, et de telles clauses concernant des cessions entre actionnaires sont nulles si elles figurent dans des statuts (54). La critique principale émise à l'encontre de cette solution a porté sur le fait que les sociétés pouvaient être tentées de refuser systématiquement l'entrée de tiers inconnus en leur sein devant le risque de ne pouvoir empêcher les accroissements de participation (55) et en pratique, le contrôle des intentions du tiers peut s'avérer difficile. Il faut néanmoins rappeler que "*la libre négociabilité des actions est l'essence des S.A.*" (56), toute exception à ce principe étant d'interprétation stricte (57). La loi sur les sociétés anonymes à forme simplifiée prévoit quant à elle expressément la possibilité d'inclure des clauses d'agrément pour les cessions entre actionnaires (58). Ce type de clause permettra ainsi d'instaurer une protection interne et externe de la société au risque d'un immobilisme fâcheux pour certaines d'entre elles. La sanction prévue, à savoir la nullité de la cession irrégulière, est une garantie d'efficacité du respect des dispositions statutaires. Les juges sanctionnent d'ailleurs par la nullité toutes les tentatives de contournement des interdictions légales concernant l'agrément statutaire et les velléités de certains actionnaires de passer outre à une telle limitation imposée pour les cessions à des tiers à la société.

(47) Oppetit, "Les cessions de droits sociaux emportant transfert du contrôle d'une société : essai de synthèse", Rev. Stés 78-631.

(48) Affaire Castillon du Perron : C.A. Bordeaux 3/07/1973 Bull. info. stés 1973 p. 412 ; Cass. Comm. 24/02/1975 Rev. Stés 1976-92 note Oppetit.

(49) T. Comm. Toulouse 24/05/1972 D. 73-196 note Schmidt (contrôle indirect de la régularité par nomination d'un administrateur provisoire). Affaire Cassegrain : C.A. Rennes 23/02/1968 JCP 69 I-2287 note Paillusseau et Conti ; cassé par Comm. 21/01/1970 JCP 70 II-16541 note Oppetit, R.T.D.Comm. 70-738 obs. Houin, Rev. Stés 70-292 note J. G. ; renvoi devant C.A. Caen 18/04/1978 Rev. Stés 78-763, R.T.D.Comm. 79-261 obs. Houin ; Cass. Comm. 21/06/1982 Rev. Stés 82-852, Rev. de Jdce comm. 83 p. 49 note De Fontbressin. Affaire Castillon du Perron préc.

(50) Oppetit, préc. Contra : Moury, préc. : le contrôle des juges ne peut porter sur l'intérêt social car "*l'atteinte à l'intérêt social ne peut guère, lors de la cession, dépasser le stade de la virtualité*".

(51) Cass. Comm. 22/10/1956 D. 57-177 note Ripert et sur renvoi C.A. Rouen 18/11/1958 D. 59-286 note Dalsace ; JCP 59 II-10971 note D. B..

(52) Sur l'historique du vote de l'article voir : Bardoul, "les clauses d'agrément et les cessions d'actions entre actionnaires", D. 73 chron. p. 137 : cet auteur démontre que la libre cessibilité des actions entre actionnaires est conforme à la volonté du législateur.

(53) Cass. Comm. 10/03/1976 Dessalien et autre /S.A. Catel et Farcy, JCP 76 éd. G II-18406 note Rabut ; Bull. civ. IV n° 95 p. 80 ; D. 77 p. 455 note Bousquet ; Rev. des stés 76 p. 332. Solution reprise dans Cass. Comm. 24/02/1987 JCP 87 éd. N p. 189 note Randoux ; Bull. Joly 87 p. 216 ; Bull. civ. IV n° 57 ; JCP 87 éd. E I-16165.

(54) Storck, préc. Juriscl. Sté. Form. fasc. C-60.

(55) Bardoul, préc.

(56) Cass. Comm. 22/10/1969 JCP 70 II-16197 note Paillusseau.

(57) Moury, préc.

(58) Douvreur, chron. à L.P.A. du 11/03/1992 p. 8. Le Fèvre à la Rev. de Jdce comm. 1992 p. 99 ; Loi n° 94-1 du 3.01.94, JCP 94 éd. G, III-66605.

1 - 2 - La fraude à l'agrément statutaire

L'interdiction légale de soumettre les cessions internes à un agrément statutaire peut inciter à inclure dans le pacte social d'autres types de clauses aboutissant au même effet, à savoir le contrôle des cessions entre actionnaires en violation de la loi. Parallèlement, la pratique a vu naître des montages juridiques destinés à permettre à des tiers de devenir actionnaires en violation du pacte social.

* La fraude aux restrictions légales

Un parallèle doit être établi entre l'interdiction des clauses statutaires d'agrément pour les cessions entre actionnaires et la validité des clauses statutaires de préemption. La validité de ces clauses, destinées à instaurer une priorité au profit de tous les actionnaires ou de certains d'entre eux pour l'acquisition d'actions mises en vente (59), a tout d'abord été admise lorsqu'elles étaient contenues dans des conventions extra-statutaires (60) puis dans un deuxième temps, lorsqu'elles étaient incluses dans le pacte social lui-même (61). Bien que la jurisprudence ait clairement posé la distinction entre clause d'agrément et clause de préemption, en soulignant que contrairement à l'agrément qui tend à écarter un tiers indésirable en soumettant la cession à l'accord d'un organe de la société, la clause de préemption octroie un droit individuel à chaque actionnaire bénéficiaire pour permettre l'acquisition des actions par priorité (62), certains auteurs n'ont pas manqué de souligner que toutes deux aboutissent à restreindre le principe de la libre négociabilité des actions de façon conventionnelle et dans des cas non prévus par la loi, et à ce titre, n'admettent pas la validité des clauses statutaires de préemption (63). Ces dernières peuvent en outre dissimuler des clauses d'agrément entre associés (64) : c'est pourquoi les auteurs préconisent la plus grande prudence dans leur rédaction pour éviter une disqualification inéluctable lorsque l'interprétation de la clause litigieuse par les tribunaux fait apparaître la confusion, et sa nullité s'il s'agit effectivement d'une clause d'agrément interdite par la loi (65).

(59) Lamy Stés comm. 1993 n° 4097 et s. ; Guyon Juriscl. Stés fasc. 97-B n° 71 et s. ; Storck, Juriscl. Stés form. fasc. C-60 ; Cozian et Viandier Droit des sociétés Litec 3ème éd. 1990 p. 280 ; Mercadal et Janin, mémento F. Lefebvre Stés comm. 1992 n° 2725 et s. ; Martin et Faugérolas, JCP éd. G 1989 I-3412.

(60) *Affaire Cointreau* : TGI Angers 20/05/1986 Bull. Joly 86 p. 675. C.A. Angers 20/09/1988 Droit des stés 88 n° 349 ; Bull. Joly 88 p. 850. Puis C.A. Paris 23/06/1987 Bull. Joly 87 p. 701 cassé par Cass. Comm. 7/03/1989 Bull. civ. IV n° 79 p. 52 ; Rev. des stés 89 p. 478 note Faugérolas ; Défrenois 89 p. 1271 obs. Honorat ; Gaz. Pal. 89 p. 8 concl. Jeol et sur renvoi, C.A. Lyon 15/11/1990 Bull. Joly 91 p. 54.

(61) T. Comm. Paris 4/12/1989 Bull. Joly 90 p. 71 et sur appel, C.A. Paris 14/03/1990 Bull. Joly 90 p. 353 ; R.T.D.Comm. 90 p. 413 obs. Reinhard ; JCP 90 éd. E II-19768.

(62) *Affaire Cointreau préc.* Jeantin, chron. au JCP 91 éd. E I-49. *Affaire Midi-Libré* : T. Comm. Montpellier 15/11/1991 D. 92 p. 337 note Couret ; Rev. de Jdce comm. 92 p. 61 note Couret ; R.T.D.Comm. 92-637.

(63) Caussain et Viandier, JCP 90 éd. E II p. 358. Moury, préc. Sous TGI Dijon 8/03/1977 note Houin, R.T.D.Comm. 77-522, Bousquet, D. 77-484 et sous TGI Angers préc. au D. 87 comm. 392. Reinhard sous Cass. Comm. 2/06/1987 R.T.D.Comm. 88-73. Pour la validité des clauses de préemption : Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial LGDJ* 83 p. 851. Guyon Juriscl. Stés fasc. 97-B n° 73.

(64) L'argument essentiel du pourvoi dans l'affaire *Cointreau préc.* consistait à soutenir que la clause statutaire de préemption était une contre-lettre tournant la prohibition de l'art. 274 de la loi de 1966. Voir *Le Bras* Bull. Joly 86 p. 665.

(65) Bousquet, préc. Parléani, Rev. des stés 91-1. Jeantin, JCP 91 éd. E I-49. Lepeltier, Bull. Joly 1990 p. 713.

** La fraude aux aménagements conventionnels

Lorsque les actionnaires ont inclus dans les statuts une clause d'agrément licite pour les cessions aux tiers, cette limitation consentie a priori librement lors de la signature du pacte social peut gêner ultérieurement certains des associés. Ces derniers peuvent alors être tentés de contourner ses effets par un montage, sachant par avance que le tiers proposé ne sera pas agréé par la société. Le mécanisme est somme toute très simple et redoutablement efficace puisqu'il ne pourra être mis en échec qu'en rapportant la preuve de la fraude : un actionnaire vend ses actions à un autre actionnaire personne morale, dont une société-tiers prend ensuite le contrôle. Le fait de devenir actionnaire d'une S.A. en rachetant une personne morale associée n'est pas en lui même constitutif d'une fraude (66), mais l'interposition d'une personne morale, destinée à ce qu'un tiers évite une procédure d'agrément dont il sait qu'elle lui sera défavorable, est par contre un mécanisme frauduleux. Cette interposition de personne a donné lieu aux célèbres affaires Barilla-Lustucru (67) et Midi-Libre (68) mais nul ne peut dire combien d'autres montages du même type n'ont jamais été révélés au public faute de preuve de la fraude. Au départ, deux opérations sont a priori licites : la vente entre actionnaires personnes morales ou physiques est tout à fait valable, de même qu'une société tiers peut prendre le contrôle d'une personne morale par ailleurs actionnaire d'une autre société. Mais la preuve de la réunion de tous les éléments d'un montage destiné à contourner une clause statutaire d'agrément permettra l'annulation des transactions pour fraude. Ces éléments sont au nombre de trois : un élément matériel - l'interposition d'une personne morale dont la seule finalité était de servir de relais dans l'opération -, un élément légal - l'obligation de solliciter un agrément -, et un élément moral - l'intention frauduleuse caractérisée par la connaissance partagée de l'obligation violée par les parties (69). Ces preuves peuvent être particulièrement difficiles à rapporter car toute opération avec une interposition de personne n'est pas nécessairement constitutive de fraude (70). Pour couper court à toute tentative de fraude, les juges n'hésitent pas à appliquer des sanctions redoutablement efficaces, en prononçant l'annulation des cessions frauduleuses et l'exclusion des nouveaux actionnaires. En effet, l'agrément statutaire doit avoir la même portée et la même force obligatoire pour tous les associés, dans les mêmes conditions que lorsque c'est la loi qui l'impose. Mais devant les difficultés liées aux interdictions légales d'inclure dans les statuts certaines dispositions relatives à l'agrément des cessions d'actions, les praticiens ont imaginé d'autres techniques afin de renforcer l'intuitus personae dans les sociétés par actions : ainsi, depuis quelques années, de plus en plus de pactes extra-statutaires lient des associés entre eux, sans support juridique propre au droit des sociétés.

(66) Il n'est qu'à citer l'exemple du rachat de Providence S.A.. Dans les années 85-86, M. Bébear est devenu actionnaire en rachetant une personne morale détenant une infime participation du capital social de la société d'assurances La Providence. Il est ensuite devenu actionnaire majoritaire de la société en rachetant successivement d'autres titres à des co-actionnaires.

(67) C.A. Grenoble 30/06/1988 Bull. Joly 88 p. 678 § 223 note Lepeltier ; JCP 89 éd. E 15471 note Oppetit ; Rev. de Jdce comm. 88 p. 224 note Vidal ; Rev. dt banc. 88 p. 200 obs. Jeantin et Viandier ; JCP 89 éd. G II-21238 note Oppetit. Confirmé par Cass. Comm. 27/06/1989 Bull. Joly 89 -816 note Le Cannu ; D. 90-314 note Bonnard ; Rev. dt banc. 89 p. 176 obs. Jeantin et Viandier ; R.T.D.Comm. 90 n° 3 p. 50 obs. Reinhard ; R.T.D.Civ. 89 n° 4 p. 530 obs. Mestre ; JCP 89 éd.. G II-21390 ; Défrénois 90 p. 1233 note Honorat.

(68) T. Comm. Montpellier 15/11/1991 D. 92 p. 337 note Bousquet ; Rev. de Jdce comm. 92 p. 61 note Couret ; R.T.D.Comm. 92-632 ; Dt des stés 92 n° 83 obs. Le Nabasque.

(69) Note Le Cannu sous Cass. Comm. 27/06/1989 préc. Obs. Oppetit sous Grenoble 30/06/1988 préc. Obs. Couret sous Montpellier 15/11/1991 préc.

(70) Lamy Stés comm. 1993 n° 4091. Mazet à la Rev. de Jdce comm. n° spécial 1990 (colloque de Deauville) p. 66 et s. et plus précisément ici p. 73.

2 - L'agrément extra-statutaire

La loi de 1966 n'envisage l'agrément pour les cessions de titres sociaux que dans deux cadres : une procédure obligatoire et légalement imposée, ou une procédure statutaire et conventionnellement organisée. C'était sans compter sur l'imagination des praticiens toujours désireux de "*s'affranchir des prévisions légales pour déterminer le détail des règles régissant leurs accords*" (71) ou "*de pallier les insuffisances d'un droit des sociétés trop rigide*" (72). Outre le fait qu'ils allègent les statuts ou évitent leur modification ultérieure, l'avantage principal de ces pactes extra-statutaires réside dans le fait qu'ils reposent comme tous les contrats sur la liberté contractuelle, pouvant ainsi ne lier que certains associés et ne pas être divulgués aux tiers (73). Mais un double problème se pose pour ce type de convention : tout d'abord la question de leur validité, en ce sens que la loi sur les sociétés ne contient aucune disposition relative à une procédure extra-statutaire d'agrément, et son corollaire à savoir l'application des restrictions légales prévues pour l'agrément statutaire ; il s'avère ensuite que ces pactes sont dénués de toute efficacité tant sur le plan des effets juridiques attachés à l'agrément que sur celui de leur application en pratique.

2 - 1 - Le débat autour des conventions extra-statutaires d'agrément

Le principe de la liberté contractuelle permet d'admettre que les associés puissent concevoir des accords entre eux et en dehors de statuts. La jurisprudence reconnaît d'ailleurs la validité des pactes de préemption. Mais la majorité des auteurs considère que les procédures d'agrément ne peuvent que figurer dans les statuts (74). L'interprétation des textes tout d'abord, laisse effectivement à penser que seul un agrément statutaire peut valablement être stipulé, les articles 44 al. 2 et 274 al. 1 de la loi de 1966 prévoyant expressément que les associés peuvent soumettre les cessions à agrément en manifestant cette volonté par une clause des statuts. En outre et même en admettant que l'agrément extra-statutaire d'un tiers cessionnaire ait été acquis à l'unanimité des associés, la société en tant que personne morale ne serait pas partie à cette convention et serait dépouillée d'une de ses prérogatives. Le doute plane donc, amplifié par le fait que si de telles conventions sont conclues, c'est généralement dans le seul but de prévoir des procédures d'agrément pour les cessions entre actionnaires et à la famille directe, prohibées pour les sociétés par actions. Or, la hiérarchie des normes juridiques place les pactes extra-statutaires au bas de la pyramide (75), en subordonnant en premier lieu leur validité à leur conformité à la Loi en général et au Droit des sociétés en particulier : l'interdiction de soumettre à agrément les cessions internes ou à la famille directe ne peut être bravée par la simple volonté contractuelle, et on voit mal sur quel fondement admettre la validité d'une clause d'agrément contenue dans un pacte privé alors qu'elle serait nulle si elle figurait dans un pacte social. En second lieu, les pactes extra-statutaires sont subordonnés aux statuts et toute convention contraire à ses dispositions sont nulles (76). Si

(71) Saintourens, "La flexibilité du droit des sociétés", R.T.D.Comm. 87 p. 457.

(72) Petel aux Journées de Montpellier consacrées en Septembre 1991 aux pactes extra-statutaires JCP 92 éd. E n° spécial : rapport de synthèse p. 41. Canard id. p. 4.

(73) Storck, Juriscl. Stés Form. C-60 ; chron. au D. 89 p. 267.

(74) Hémarid sous Cass. Comm. 12/05/1975 Rev. des stés 76 p. 337. Moury, chron. préc. R.T.D.Comm. 89 p. 187. Storck, chron. préc. au D. 89 p. 267. Cozian et Viandier, Droit de stés Litec 1990 3ème éd. p. 277. Jeantin, JCP 91 éd. E n° 18 I-49. Lamy Stés comm. 1993 n° 4085. Mercadal et Janin, Mem. F. Lefebvre Stés comm. 1993 n° 2714.

(75) Storck, préc. ; Moury, préc. ; Mestre sous Cass. Comm. 2/06/1987 préc. ; Petel, préc.

(76) Pour un règlement intérieur : Cass. Comm. 2/06/1987 Bull. civ. IV n° 133 p. 102 ; Bull. Joly 87-495 ; R.T.D.Comm. 88 p. 72 obs. Reinhard ; Rev. des stés 88-223 note Mestre.

les statuts sont muets - et il est logique qu'ils le soient puisque la clause est interdite -, il est difficile de considérer qu'une disposition extra-statutaire puisse leur être contraire stricto sensu, mais il reste néanmoins qu'elle est interdite par la loi et par la jurisprudence (77). Quelques auteurs soutiennent néanmoins que les cessions internes peuvent être contrôlées par le biais de conventions extra-statutaires, dont l'avantage serait de permettre le renforcement de la stabilité de l'actionnariat en maintenant la cohésion entre les groupes d'actionnaires (78). Il n'est pourtant pas certain que le législateur ait voulu cet immobilisme. Puisque les textes ne posent d'interdiction que pour le pacte social, ces auteurs voient dans les pactes extra-statutaires, la transposition d'un contrôle possible dans la S.A.R.L., type de société voisine selon eux de la S.A. (79). Mais peut-on comparer le régime applicable à des parts sociales avec celui des actions? Il n'existe malheureusement pas de jurisprudence sur cette question à l'heure actuelle mais la position de la Cour de Cassation sur le principe de la libre négociabilité des actions entre associés laisse peu de doute sur la position qu'elle serait amenée à prendre en cas de saisine sur ce point.

Même en admettant la validité des clauses extra-statutaires d'agrément, il s'avère qu'elles présentent peu d'intérêt car tant sur le plan juridique que sur le plan de la pratique, elles font preuve d'une grande inefficacité.

2 - 2 - *L'inefficacité des clauses extra-statutaires d'agrément*

L'agrément donné par les associés en fonction des termes d'une convention extra-statutaire est inopposable à la société et en tout état de cause, un tiers ne pourra être empêché de rentrer dans la société, même s'il y a violation de cette convention.

* Inefficacités des clauses extra-statutaires d'agrément sur le plan juridique

La conclusion d'un pacte extra-statutaire permet aux associés de se lier entre eux en laissant la société voire certains d'entre eux étrangers à l'acte. En conséquence et selon le principe de l'effet relatif des contrats, l'agrément ainsi accordé est inopposable à la personne morale tiers à la convention tout comme les associés non parties à l'acte puisque seuls les signataires sont engagés. La doctrine fait preuve d'unanimité sur ce point (80) et cette position est confirmée par la Jurisprudence rendue sur la distinction entre clause statutaire d'agrément et clause de préemption : l'agrément suppose l'intervention d'un organe de la société, alors que dans le cadre d'un pacte extra-statutaire, il est donné par les associés et non par la société qui y reste étrangère. Le pacte extra-statutaire est également inopposable au cessionnaire sauf pour certains auteurs, si ce dernier connaissait l'existence de la clause (81). En tout état de cause et même si cette hypothèse est retenue, ce pacte est inopposable au cessionnaire si la cession projetée est de celle dont le législateur a prévu la liberté de principe puisque la clause ne semble même pas valable entre les parties signataires (82). Ainsi, le cessionnaire non agréé par des associés liés par une telle convention serait fondé à invoquer sa qualité d'associé s'il a pu acheter des titres auprès d'associés

(77) Cass. Comm. 10/03/1976 préc. Hémard sous Cass. Comm. 12/05/1975 préc.

(78) Guyon au jurisc. Stés fasc. 97-B. Martin et Faugerolas, JCP 89 éd. G. I-3412.

(79) Le Bras, Bull. Joly 86-665. Guyon, préc.

(80) Voir tous les auteurs préc. et en sus, Bissara, "L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions", Rev. des Stés 90 p. 553.

(81) Angers 20/09/1988 Bull. Joly 88 p. 850. Voir en outre Storck, préc. fasc. C-60 et Guyon préc. fasc. 97-B.

(82) Paris 23/02/1962 D. 63-570 note Bigot ; S. 64-48 note Autesserre (clause d'agrément annulée pour cession interne dans un règlement intérieur).

non parties au pacte ou même ceux des signataires, ce qui démontre son inefficacité pratique.

**** Échec relatif des clauses extra-statutaires d'agrément sur le plan pratique**

Lorsque les signataires d'un pacte vendent au mépris d'une clause d'agrément prévue extra-statutairement entre eux, la cession est néanmoins valable et la violation de l'obligation ne peut être sanctionnée que par l'octroi de dommages et intérêts (83). Le problème du caractère inefficace de ces pactes trouve une illustration parfaite avec l'affaire SOFIDEX qui secoue actuellement le milieu des experts-comptables et des conseils aux entreprises : il existait dans cette S.A. un pacte d'associés reposant sur le principe "un homme = une voix quel que soit le nombre d'actions" pour l'agrément de toute cession de titres. En Janvier 1993, le rachat d'actions par la FIDUCIAL présidée par M. Latouche a entraîné la création d'une association de défense des responsables d'exploitation regroupant 43 des 51 associés, pour demander en justice la nullité de la cession intervenue au mépris du pacte. La nomination d'un enquêteur par le tribunal de commerce de Lyon saisi en référé, suivie par une expertise de minorité n'a eu en pratique aucune conséquence, les membres de l'association se défaisant de leur titres les uns après les autres malgré la convention précédemment évoquée (84). Le combat cessera peut-être faute de combattants et il est naturellement trop tôt pour connaître le sort réservé au contrat de vente mais il apparaît d'ores et déjà qu'un pacte extra-statutaire ne peut survivre que par la volonté de ses signataires, volonté qui peut faiblir devant le montant du prix offert en échange des titres convoités. Seule l'insertion de clauses pénales dans le pacte serait à même d'obliger les co-contractants à le respecter, à condition que l'indemnité à payer soit vraiment dissuasive et beaucoup plus forte que le prix offert.

La plus grande prudence s'impose donc quant aux agréments extra-statutaires pour la sécurité juridique des associés et des tiers puisque l'acquisition de la qualité d'associé est subordonnée à l'octroi de cet agrément, qu'il soit légal ou conventionnel, par un vote dans ce sens. L'opportunité de la décision est appréciée par la société, que le vote soit positif ou négatif. Mais la spécificité du droit des sociétés ne permet pas pour autant d'occulter les principes généraux du droit : le vote ne doit pas constituer un abus de droit, fondement possible d'un recours contre la décision.

C - LES RECOURS CONTRE LA DÉCISION

Les tribunaux ne pourront jamais contrôler les motifs qui conduisent à l'adoption ou au refus d'un agrément, tant la notion à la base est empreinte de subjectivité, et ils refusent de contrôler les motifs d'une décision régulière en la forme et non entachée de fraude (85). Mais ils peuvent néanmoins examiner les conditions dans lesquelles la décision est intervenue. La régularité de la décision en la forme doit s'apprécier par rapport au fonctionnement de l'organe compétent pour la prendre : régularité de la délibération et du vote, composition de l'organe conforme à la loi... (86). Quant au fond, la décision ne doit pas constituer un abus de droit, conformément aux principes généraux du droit. Cette notion qui n'est pas propre au

(83) Martin-Laprade, préc. p. 21 et 22.

(84) Journal Les Échos, numéros de décembre 1992 et Janvier 1993.

(85) Cass. Comm. 21/01/1970, J.C.P. 70-II-16541, note Oppetit.

(86) Cass. Comm. 7/05/1973, Bull. civ. IV, n° 166, p. 144 ; Rev. des stés 74-534, note Guilbeteau. Cass. Comm. 18/11/1974, Bull. civ. IV, n° 288, p. 237 ; Rev. des stés 75-273, note Chartier et sur renvoi C.A. Lyon 18/03/1976, Gaz. Pal. 77 II-578 ; R.T.D. Comm. 76-537 note Houin ; Rev. des stés 78-102.

droit des sociétés implique un droit de regard judiciaire sur l'opportunité de certaines décisions prises par les associés (87) et une adaptation de la sanction prononcée à chaque situation concrète examinée.

a) La notion d'abus de droit au regard des décisions d'agrément

La notion d'abus de droit n'est pas formellement énoncée dans la loi du 24 Juillet 1966 et la jurisprudence antérieure à ce texte garde toute sa portée (88). Pour qu'il y ait abus de droit, il faut qu'il y ait un droit - celui d'agréer ou de refuser d'agréer un cessionnaire - et une utilisation abusive de ce droit - limite pour la jurisprudence à la liberté attachée à un droit de vote discrétionnaire. En matière d'agrément, deux types d'attitudes sont susceptibles d'être sanctionnées à ce titre : l'attitude d'associés majoritaires agissant de manière abusive et celle d'associés minoritaires qui, ayant oublié la différence entre "*droit de voter contre et opposition abusive*" (89), empêcheraient toute décision par un blocage systématique. Ces deux abus, reconnus par la jurisprudence (90) trouvent une application fréquente en droit des sociétés (91), mais peu en matière d'agrément. Il semble en effet que la jurisprudence ait quelque répugnance à contrôler les décisions d'agrément, qu'elles soient positives ou négatives (92). Elle détermine néanmoins l'existence d'un abus de droit par rapport à deux critères cumulatifs à chaque fois : le critère de l'intérêt social est commun à l'abus de majorité et à l'abus de minorité, auquel il faut ajouter l'unique dessein d'une rupture d'égalité entre les associés pour la première hypothèse, et un but personnel inspiré par des motifs purement égoïstes dans la deuxième hypothèse. La préservation de l'intérêt social, notion prise en compte dans d'autres domaines du Droit des sociétés (93), apparaît en effet comme "*le seul moyen d'apprécier la finalité d'un acte juridique collectif*" (94). Pour certains auteurs, il convient d'établir une distinction entre les titres sociaux : ainsi, le particularisme attaché aux parts sociales et l'agrément attaché à leur cession empêcherait tout recours pour abus de droit contre une décision de refus d'agrément dont l'opportunité appartient à chaque associé (95). La preuve de l'abus de droit appartient à celui qui s'en prévaut : aux majoritaires qui invoquent une opposition systématique contraire à l'intérêt social ou aux minoritaires arguant un refus abusif ou l'octroi d'un agrément contraire à l'intérêt social (96). Ainsi, lorsque la preuve d'un abus de droit est rapporté, des sanctions judiciaires seront prononcées.

(87) J. Mestre, "Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés", Rev. de Jdce comm. 85 p. 81.

(88) J.O. débats A.N. 12/06/1965 p. 2031. Roblot, préc. n° 1221.

(89) Cozian et Viandier, Droit des Stés Litec 1990 3ème édition n° 474. Voir en outre Le Cannu, Bull. Joly 87 p. 429 et Boizard, Rev. des Stés 88 n° 20 p. 365.

(90) Cass. Comm. 18/04/1961 JCP 61 II-12164. C.A. Paris 26/06/1990 JCP 90 II-21589 note Germain.

(91) Par exemple : refus systématique d'un associé de voter toute résolution quelle qu'elle soit (Dijon 16/11/1983 Gaz. Pal. 83-2-740), ou refus d'une augmentation de capital (Lyon 20/12/1984 D. 86-506 note Reinhard).

(92) Le Cannu, Bull. Joly 89 § 293 p. 816.

(93) Mestre, préc. Rev. de Jdce comm. 85 p. 81. Bousquet sous Cass. Comm. 14/01/1992 D. 92 p. 337.

(94) Cadiet, Encycl. Dalloz, "Abus de droit", n° 167 à 170. Lamy Stés Comm. préc. Roblot, "L'agrément des nouveaux actionnaires", Mélanges Bastian, T1 p. 283 et s. Oppetit chron. préc. Rev. des stés 78 p. 631. Guyon préc. Juriscl. fasc. 97-B. Contra : Moury, préc. ; Mazet, préc. ; Dereu, préc.

(95) Dereu, Juriscl. Stés fasc. 59-B n° 79.

(96) Paris 2/05/1966 JCP 67 II-14991 conclusions Bertrand note Boitard : le refus répété d'agréer la même personne n'a pas en lui-même le caractère d'abus de droit. Bordeaux 7/12/1989 Bull. Joly 90 -286.

b) Les sanctions de l'abus de droit

La solution classique consiste à octroyer des dommages et intérêts à ceux qui ont subi un préjudice du fait de cet abus de droit (97), sur le fondement de l'article 1142 du Code civil (98). L'application du droit commun permet également aux juges d'annuler la délibération ayant conduit à l'abus de droit (99). Mais l'inefficacité des sanctions a parfois conduit les tribunaux à adopter d'autres types de mesures plus adaptées à l'abus de droit (100) : exclusion d'associés (101), substitution d'associés (102) ou encore décision judiciaire valant vote (103). Mais le problème est la transposition de cette jurisprudence en matière d'agrément : en cas d'abus de minorité, le refus abusif pourrait-il être sanctionné par l'adoption judiciaire de la mesure ? Certains auteurs y sont opposés, voyant dans ce schéma une immixtion trop grande et pas toujours souhaitable des juges dans le monde des affaires (104). Pour d'autres par contre, l'efficacité de la mesure, conforme par ailleurs à la jurisprudence sur l'abus de droit rendue dans d'autres domaines, peut être comparée avec l'annulation de l'acte quand il y a un abus de majorité et aboutit finalement au même résultat (105). Ainsi, même si le rôle du juge n'est pas de se substituer aux associés dans le choix des personnes à qui ils accordent ou pas leur agrément, l'abus de droit peut suffisamment sanctionner des situations où ce choix se fait au détriment de la personne morale et des autres co-associés.

Lorsqu'il est régulièrement décidé, l'octroi de l'agrément fait du cessionnaire un associé après accomplissement des formalités et des mesures de publicité adéquates destinées à rendre opposable la cession à la société et aux tiers ; mais le refus d'agrément du cessionnaire n'est pas dénué de toute conséquence juridique.

II - LE DÉFAUT D'AGRÉMENT DU CESSIONNAIRE PRESENTI

Le refus opposé par la société à l'entrée d'un cessionnaire dans la société bouleverse nécessairement les rapports entre le cédant et ses partenaires juridiques dans l'opération. Le cédant est placé au centre d'un schéma triangulaire, qui le relie d'une part à la société et à ses co-associés et d'autre part au cessionnaire qu'il avait pressenti pour lui succéder dans la structure en cas de cession de la totalité des titres, ou qu'il avait présenté en cas de simple diminution de sa participation au capital social. Selon le type de société, les effets du refus d'agrément seront différents en ce qui concerne les rapports entre le cédant et la société. De plus, cédant et cessionnaire concluent souvent des accords préalables à la demande d'agrément, dont les effets juridiques en cas de défaut d'agrément devront être réglés selon la nature de la convention qui les lie.

(97) Mercadal et Macqueron, "Le droit des affaires en France", Éd. F. Lefebvre 1991-92 n° 262.

(98) Solution retenue dans C.A. Paris 26/01/1990 JCP 90 éd. G. IV p. 198 (et par ailleurs cassée).

(99) Grillet-Ponton, "La méconnaissance d'une règle impérative de la loi, cause de nullité des actes et délibérations des organes de la société", Rev. des Stés 84 p. 259. Roblot, Traité préc. n° 1221.

(100) Lamy Stés comm. préc. Bousquet sous Cass. Comm. 14/01/1992 D. 92 p. 337. Mestre chron. préc. p. 81.

(101) T. Comm. Montpellier 15/11/1991 Rev. de Jdce comm. 92 n° 1338 note Couret.

(102) C.A. Paris 12/12/1990 Bull. Joly 91-595 note Jeantin ; Cass. Civ. 13/03/1990 Dt des Stés 90 n° 197.

(103) Cass. Comm. 14/01/1992 préc. T. Comm. Pointe-à-Pitre 9/01/1987 Rev. des Stés 87-285 obs. Guyon.

(104) Bousquet, préc. ; Mazet, préc.

(105) Mestre, chron. préc. ; Cozian et Viandier, préc. n° 474.

A - INFLUENCE DU REFUS D'AGRÈMENT SUR LES RAPPORTS ENTRE LE CÉDANT ET LA SOCIÉTÉ

En principe un associé n'est jamais tenu de se maintenir dans un groupement contre sa volonté. Il existe néanmoins un cas où l'associé reste "*prisonnier de ses titres*" (106), c'est dans l'hypothèse où il ne trouve aucun acheteur à proposer à l'agrément de la société (107) sauf prévision légale de retrait du groupement sans présentation de successeur en ce qui concerne les sociétés à capital variable et les coopératives, les sociétés civiles et les G.I.E. (108). Mais dans les sociétés commerciales, des procédures particulières prévues par le législateur et destinées à permettre le retrait de l'associé font que ce dernier pourra quitter la personne morale s'il a perdu la volonté de poursuivre l'oeuvre commune.

a) L'agrément tacite

Dans le but de permettre aux associés de quitter la personne morale, la loi du 24 Juillet 1966 instaure un agrément tacite et automatique dans deux hypothèses propres aux S.A.R.L. et aux sociétés par actions : lorsqu'après notification du projet de cession, la société n'a pas fait connaître sa réponse dans le délai de 3 mois (109) ; si après un refus d'agrément du cessionnaire proposé, l'obligation de rachat n'est pas exécutée dans les délais prescrits par la loi ou les statuts. Dans les sociétés de personnes, l'agrément tacite n'est pas concevable puisque l'intuitus personae qui domine les rapports entre les associés ne peut permettre l'entrée de tiers non agréés dans le groupement. Mais dans les deux hypothèses précédemment évoquées, un tiers pourra devenir associé du fait de la carence de la société, la loi ayant privilégié la liberté de retrait du cédant face au silence ou à la volonté contraire de l'organe social compétent, non suivie par les mesures d'accompagnement légalement à sa charge. L'agrément tacite ainsi envisagé est automatique : face à une de ces deux situations, le cédant peut et doit réaliser la cession initialement projetée sans pouvoir exiger de la société qu'elle rachète ou fasse racheter les titres dont la cession était envisagée (110). Il arrive néanmoins que le tiers non agréé se soit retiré après le refus d'agrément et avant que le délai imparti pour réaliser le rachat soit écoulé. Il semble dans ce cas que la société reste tenue d'acheter ou de faire acheter les titres sans pouvoir revenir sur le refus opposé à l'origine (111) et en outre, engage sa responsabilité pour le préjudice subi par le cédant (112). En fait, l'attitude du cessionnaire conditionne les solutions jurisprudentielles dans deux hypothèses :

- Si le cessionnaire maintient son intention d'acheter, le cédant ne bénéficie pas d'une option entre la cession ou le rachat par la société, mais doit impérativement réaliser la cession au profit du cessionnaire ainsi tacitement agréé par la société,

- Si le cessionnaire s'est retiré, l'associé cédant peut imposer le rachat de ses titres.

(106) Cozan et Viandier, préc. p. 390.

(107) Lamy Stés comm. 1993 n° 4093.

(108) Cozian et Viandier, préc. p. 121 et 122.

(109) Ce délai peut être prorogé par une décision du Président du Tribunal de commerce statuant en référé ; une demande en ce sens doit être faite avant l'expiration du délai, mais l'ordonnance non susceptible de recours peut être prise après : Cass. Comm. 13/06/1984 JCP 85 éd. G II-20405 note Viandier ; Bull. civ. IV n° 195 p. 162.

(110) Cass. Comm. 29/11/1982 Bull. Joly 83 § 10 p. 68 ; Bull. civ. IV-318 ; Rev. des stés 83 p. 68 note Daigre.

(111) C.A. Paris 2/12/1987 Bull. Joly 88 p. 200 ; Rev. des stés 89 p. 57 note Randoux.

(112) Cass. Comm. 25/02/1992 Bull. Joly 92 § 169 p. 519 note Le Cannu ; JCP 92 éd. E Pan. n° 569 ; Droit de stés 92 n° 120 obs. Le Nabasque ; R.J.D.A. 92 n° 468 p. 371.

Dans le même ordre d'idées, le cessionnaire ne peut se prévaloir d'un agrément tacite lorsque l'accord sur la chose et le prix a concrétisé juridiquement le rachat des titres avant l'expiration du délai imparti pour réaliser cette opération suite à la notification du refus d'agrément (113). Cette obligation de rachat est la deuxième technique destinée à libérer un associé dans une S.A.R.L. ou une société par actions.

b) Le rachat des titres

Cette obligation de rachat ne peut être conventionnellement supprimée puisque l'associé cédant deviendrait alors prisonnier de ses titres contre la volonté du législateur en cas de refus d'agrément du cessionnaire proposé (114). Mais les associés peuvent-ils étendre cette obligation à des cas non prévus par la loi ? Dans les S.N.C., la société n'est pas tenue d'acheter les parts lorsque le tiers n'a pas été agréé ; certains auteurs ont donc déduit que ces clauses sont interdites puisqu'elles permettraient une nouvelle répartition des parts contre la volonté de ceux qui se seraient opposés à la cession (115). Mais un refus d'agrément ne repose pas nécessairement sur la volonté de ne pas bouleverser la répartition des parts au sein de la société ; la décision peut résulter du refus opposé à l'entrée d'un tiers déterminé dans la personne morale. C'est pourquoi d'autres auteurs ont émis l'idée selon laquelle, dans le silence de la loi de 1966, les solutions antérieures admettant la validité des clauses de rachat sont à maintenir dans cette hypothèse (116).

Lorsque la loi prévoit une obligation de rachat, celle-ci peut être réalisée au profit d'un tiers qui doit être agréé par un vote dans les mêmes conditions que pour une cession initiale. Plus généralement, le rachat est le fait des co-associés ou de la société elle-même.

1 - Le rachat par les co-associés

Si les statuts sont muets, la désignation des acheteurs interviendra au moment où la décision de rachat des titres sera prise par la société. Mais les statuts peuvent prévoir une clause de préférence au profit des co-associés du cédant : dans ce cas, ces derniers disposent d'une priorité de rachat. Dès que le refus d'agrément a été voté, l'accord sur la chose et le prix rend la vente parfaite et les co-associés candidats au rachat sont engagés (117). De même, l'acceptation d'une offre ferme de contracter rend la vente parfaite lorsque le cédant a mis en demeure chaque co-associé d'acquérir les parts à une valeur déterminée sans autre condition que le paiement du prix au comptant (118). L'application du droit commun de la vente a ainsi dans la première hypothèse, conduit les juges à déclarer les co-associés propriétaires alors qu'ils ne tenaient plus à acheter les titres ; dans la seconde, c'est le cédant qui a perdu sa qualité d'associé alors qu'il ne désirait plus se séparer de ses titres. Certes, le droit de repentir du cédant est admis depuis longtemps en cas de défaut d'agrément du cessionnaire proposé (119) mais l'exercice de ce droit ne se fait pas sans respecter les

(113) Cass. Comm. 19/05/1987 Bull. Civ. IV n° 122 p. 93. Cass. Comm. 17/10/1989 Rev. des stés 90-270.

(114) Guyon préc. fasc. 97-B.

(115) Mercadal et Janin, Mem. F. Lefèvre Stés comm. 1992 n° 650. Derruppé, Rép. Dalloz Stés tome II n° 41. Cozian et Viandier, préc. p. 390.

(116) Hémar, Terré et Mabilat, Stés comm. 1972 tome 1 n° 250. Dereu, Juriscl. Stés comm. fasc. 59-B n° 125. Cass. Comm. 12/11/1951 S. 52 I-110.

(117) C.A. Paris 26/10/1971 R.T.D.Comm. 72 p. 393 obs. Houin et sur pourvoi : Cass. Comm. 3/04/1973 D. 73-580 note Lacombe. Cass. Comm. 13/10/1992 Bull. Joly 12/92 p. 1299.

(118) Cass. Comm. 9/04/1991 Bull. Joly 91 p. 622 note Le Canu.

(119) Cass. Comm. 29/05/1972 D. 73 p. 255 note Guyenot. Cass. Comm. 10/03/1976 Rev. des stés 76 p. 332 note Hémar.

principes généraux applicables à toute cession : tant qu'une offre n'a pas été rétractée, le co-associé peut l'accepter et demander la réalisation de la cession à son profit (120). Par contre, la rétractation de l'offre avant son acceptation entraîne l'impossibilité pour un co-associé de racheter les titres dont la vente avait été initialement envisagée (121). Le droit commun de la vente est également applicable lorsque c'est la société qui rachète elle-même les titres sociaux.

2 - Le rachat par la société

Une décision de rachat par la société entraîne une diminution corrélative du capital social pour un montant qui équivaut à la valeur des titres. Cette faculté de rachat présuppose que le montant du capital social ainsi réduit ne tombe pas en dessous du minimum légal obligatoire pour certains types de personne morale. De plus, l'accord du cédant est requis pour cette hypothèse à cause des conséquences fiscales mises à sa charge (122) : dès que ce consentement est acquis, la vente est parfaite (123). La décision de rachat et le vote de la réduction du capital sont deux décisions complémentaires dans ce cas, mais elles ne relèvent pas de la compétence du même organe. Deux questions essentielles se posent alors : l'organe chargé de statuer sur la décision de rachat après avoir décidé du refus d'agrément doit-il demander l'autorisation à l'A.G.E. seule compétente dans ce domaine ? En cas de refus de cette dernière de voter ultérieurement la réduction de capital qu'advient-il de cette décision de rachat des titres ? D'après la jurisprudence, la décision de rachat après un refus d'agrément est indépendante du vote favorable ou défavorable ultérieur de l'A.G.E. statuant sur la réduction de capital correspondant au rachat décidé par l'A.G.O., le conseil d'administration, le conseil de surveillance ou le directoire (124). Si le vote est négatif, le rachat par la société est impossible à réaliser et le cessionnaire initialement pressenti par le cédant est fondé à invoquer la cession à son profit au titre d'un agrément tacitement consenti (125).

Ainsi, quelle que soit la solution adoptée, l'associé qui désire quitter une société ne reste pas prisonnier de ses titres en cas de défaut d'agrément du cessionnaire qu'il avait proposé à la société. Mais il faudra néanmoins régler la question des rapports juridiques nés entre eux avant la demande d'agrément.

B - LES RAPPORTS ENTRE LE CÉDANT ET LE CESSIONNAIRE

Une cession de droits sociaux ne s'improvise pas en principe et souvent, des accords préalables lient le cédant et le cessionnaire avant toute demande d'agrément à la société. Lorsque l'agrément est accordé, les conventions ainsi conclues produisent leurs pleins effets et le contrat de cession est réalisé. Mais lorsque l'agrément est refusé par la société, les rapports entre cédant et cessionnaire vont être régis par les conditions de l'accord préparatoire (126).

(120) C.A. Paris 16/10/1990 Bull. Joly 92 p. 1300.

(121) C.A. Versailles 26/10/1990 Bull. Joly 91 p. 419.

(122) Cozian et Viandier, préc. p. 279 : le rachat des titres est assimilé à un revenu mobilier (J.O. débat A.N. 11/06/1966 p. 1926). Mercadal et Janin, Mem. F. Lefebvre Stés comm. 1992 n° 2722.

(123) Cass. Comm. 19/05/1987 Bull. Joly 87 § 214 p. 497.

(124) Cass. Comm. 17/10/1989 Rev. F. de Compta. 1990 n° 210 p. 54 note Reigne.

(125) Chartier sous Cass. Comm. 17/10/1989 préc. Lamy Stés comm. 1993 p. 1822.

(126) Cass. Comm. 27/03/1990 Bull. Joly 90 p. 442 note Le Cannu ; D. 91 p. 503 note Bonnard. Cass. Comm. 25/02/1992 Bull. Joly 92 p. 519 note Le Cannu.

a) Les ventes optionnelles et les ventes conditionnelles

Ce sont les plus nombreuses en pratique car la prudence commande de tenir compte du refus possible d'agrément. Elles peuvent prendre la forme soit de promesse unilatérale soit de vente sous condition dont les régimes juridiques sont différents.

1 - Les promesses unilatérales d'achat ou de vente

La particularité de ces avant-contrats est d'engager un des deux contractants (le vendeur pour une promesse unilatérale de vente et l'acheteur pour une promesse unilatérale d'achat) alors que l'autre, bénéficiaire de la promesse (l'acheteur pour une promesse unilatérale de vente et le vendeur pour une promesse unilatérale d'achat) peut choisir de lever l'option, rendant ainsi la vente parfaite. Ces deux promesses sont généralement concomitantes, chacun s'engageant envers l'autre. Mais en matière de droits sociaux, la levée de l'option peut-elle contraindre le promettant à réaliser la vente ? Les particularismes liés au régime des sociétés se trouvent en conflit avec le droit commun des promesses unilatérales.

En matière de promesse unilatérale d'achat, certains auteurs soutiennent que le droit commun prime et que le promettant est tenu par ses engagements si le bénéficiaire lève l'option (127). Pourtant, le fonctionnement des sociétés suppose l'existence d'une affectio societatis absente en cas d'exécution forcée. C'est pourquoi d'autres auteurs établissent une distinction en fonction de la personne morale considérée : la promesse unilatérale ne peut faire l'objet d'une exécution forcée dans les sociétés marquées par un fort intuitus personae. En outre, l'obligation d'achat ne peut être imposée que dans les cas où l'affectio societatis n'a pas disparu, par exemple si le promettant est déjà associé ou si la volonté de ne plus acheter ne porte pas sur les titres eux-mêmes mais sur leurs conditions d'acquisition (128). La situation est différente pour les promesses unilatérales de vente auxquelles la Jurisprudence assimile les cessions en blanc (129) : dans cette hypothèse en effet, la volonté d'être associé existe chez le bénéficiaire et persiste chez le promettant. Substitut aux dommages et intérêts de l'article 1142 du code civil, l'exécution forcée est donc la sanction logique devant le refus du promettant (130), ce dernier pouvant s'opposer au transfert des titres (131) ou voter contre l'agrément du cessionnaire (132) lorsque la levée de l'option intervient avant la demande d'agrément. La Cour d'Appel de Paris a néanmoins refusé l'exécution forcée dans l'hypothèse où le promettant a rétracté son offre durant la période de levée de l'option (133) : cette solution critiquable est contraire à la Jurisprudence qui oblige le promettant à maintenir son offre au profit du bénéficiaire pendant toute sa durée (134), et établit une confusion entre une

(127) Caussain et Germain JCP 87 éd. E II-14915. Mercadal et Janin, Mem. F. Lefvbre Stés comm. 1992 n° 460-26.

(128) Mestre et Flores Lamy Stés comm. 1993 n° 846 et s.

(129) C. A. Paris 4/01/1957 Gaz. Pal. 57 I-235. C.A. Versailles 26/02/1988 Bull. Joly 88 p. 355 note Le Cannu. Dereu, Juriscl. Stés fasc. 59-B n° 102. Bouloc, note sous Cass. Crim. 11/05/1992 Bull. Joly 92 § 345 p. 1067.

(130) Caussain et Germain préc. Mercadal et Janin, préc. Mestre et Flores préc. Cass. Comm. 2/07/1974 D. 75 p. 762. Cass. Comm. 10/06/1976 Bull. Civ. IV n° 190 p. 163. C.A. Paris 24/04/1987 D. 87 IR p. 133.

(131) Cass. Comm. 12/02/1968 JCP 68 II-1563 note Boitard.

(132) Cass. Civ. 19/02/1970 Gaz. Pal. 70 I p. 282 ; R.T.D.Civ. 70 p. 985 obs. Durry ; Bull. Civ. III-90.

(133) C.A. Paris 5/12/1991 Bull. Joly 92 p. 305 note Bénac-Schmidt.

(134) Cass. Civ. 1/06/1953 JCP 53 éd. G IV-110.

promesse unilatérale et une simple offre de contracter qui, elle, peut être effectivement rétractée avant son acceptation (135).

La levée de l'option réalise en principe la vente sauf si la conclusion du contrat est de surcroît subordonnée à l'octroi de l'agrément.

2 - Les ventes sous condition suspensive ou résolutoire

Lorsque la condition est suspensive, la conclusion définitive du contrat est subordonnée à la réalisation d'un événement ultérieur. Par contre, la convention conclue sera résolue s'il survient ultérieurement un événement futur et incertain prévu par une condition résolutoire incluse par les parties. En principe, l'octroi de l'agrément est une condition suspensive : le cédant et le cessionnaire concluent un contrat de vente sous condition suspensive de l'obtention de l'agrément auprès de la société (136). L'interprétation de l'article 276 de la loi du 24 Juillet 1966 peut conduire à voir dans l'agrément une condition résolutoire, lorsque les titres sont négociés par l'intermédiaire d'une société de bourse (137). En effet, la loi emploie le terme "d'acquéreur", alors que l'article 275 parle de "cessionnaire proposé" à propos des cessions directes. Mais dans cette optique, l'obtention de l'agrément statutaire dépendrait des conditions de réalisation de la négociation des titres et non de leur cession, et serait fonction de la nature des titres, cotés ou pas, puisque seules les actions cotées peuvent être négociées par l'intermédiaire d'une société de bourse. Le régime de l'obtention de l'agrément obéit au droit commun des conditions suspensives. Ainsi, la condition ne doit pas être potestative, c'est à dire que sa réalisation doit dépendre de circonstances extérieures à la volonté des parties. Or, si le vendeur de titres sociaux est majoritaire, la condition apparaît nulle en vertu de l'article 1174 du Code civil. Toute solution globale est à proscrire dans ce domaine, la Jurisprudence se réservant le droit d'examiner les circonstances objectives entourant la réalisation de la condition suspensive (138) et le vote du vendeur majoritaire peut ainsi être tenu pour favorable à la cession quel que soit son sens (139). De toute façon, et toujours en vertu du droit commun, la condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur qui en a empêché la réalisation (140) : le vote contraire à l'agrément d'un cédant majoritaire, outre le fait qu'il entraînerait l'éviction d'un cessionnaire auquel le vendeur doit la garantie de son fait personnel (141), pourrait parfaitement rentrer dans ce cadre-là.

La grande majorité des cessions sont conclues sous condition avec au préalable promesses unilatérales croisées. Mais certaines ventes posent le problème du transfert de propriété des titres lorsqu'elles sont définitivement réalisées avant la demande d'agrément à la société.

b) Les ventes fermes

En principe et selon le droit commun des contrats, le transfert de propriété entre les parties s'opère par le seul effet de l'accord sur la chose et sur le prix. Les ventes de droit sociaux n'échappent pas à cette règle mais l'opposabilité de ces cessions à la société et aux tiers est subordonnée au respect des formalités et des

(135) Cass. Civ. 8/05/1969 JCP 69 éd. G II-16006. Caussain et Germain préc. Mestre et Flores préc.

(136) Caussain et Germain, préc. Lamy Stés comm. préc. n° 862.

(137) Bonnard sous Cass. Comm. 27/03/1990 D. 91 p. 503.

(138) Cass. Civ. 21/03/1984 Bull. civ. I n° 112 p. 93 ; R.T.D.Civ. 85 p. 381 obs. Mestre.

(139) Cass. Civ. 19/02/1970 R.T.D.Civ. 70 p. 985 obs. Durry ; Gaz. Pal. 70 I p. 282 ; Bull. civ. III-90.

(140) Cass. Comm. 27/03/1990 Bull. Joly 90 p. 442 obs. Le Cannu ; Droit des stés 90 n° 368 ; D. 91 p. 503 note Bonnard.

(141) Mercadal et Janin, préc. n° 1076.

mesures de publicité légalement instituées. Les parties qui concluent une convention qui les lie définitivement avant toute demande d'agrément s'exposent à la possibilité d'un refus de la part de la société. S'il est logique de considérer qu'est nulle une cession intervenue au mépris d'un refus d'agrément (142), la question du sort d'une cession intervenue avant une demande d'agrément est plus délicate à résoudre, lorsque cet agrément est refusé ultérieurement. En fait, une distinction doit être établie en fonction du type de société concernée. Pour les sociétés autres que les sociétés de personnes, l'inopposabilité semble être le principe et la nullité l'exception : les parties à l'acte de vente sont liées par une convention de croupier qui est inopposable à la société (143). Mais une convention masquant une opération frauduleuse peut être annulée : ainsi, si elle est destinée à contourner un agrément, la preuve de la fraude anéantira l'accord (144). Cette preuve sera toujours difficile à rapporter d'autant plus que la convention est occulte dans la plupart des cas et la situation ne peut qu'être ambiguë puisque le tiers à la société, intéressé en tant que croupier par les droits pécuniaires, aura tendance à contrôler la gestion alors que son droit ne porte pas sur cette prérogative attachée à la seule qualité d'associé. Dans les sociétés de personnes, une telle cession est nulle en principe (145) et la doctrine classique admet que les statuts puissent prévoir que "*l'agrément est une condition de validité de l'acte de cession dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire*" (146). Mais ce type de clause rajoute une condition à celles édictées par le législateur concernant la validité des cessions en général.

L'obtention de l'agrément est une condition nécessaire pour l'acquisition de la qualité d'associé, et selon le type de personne morale, le contrôle des associés sur l'entrée de nouvelles personnes dans la société est plus ou moins poussé en fonction de la loi et des prévisions statutaires. Les conditions restrictives légales attachées à cette demande dans les sociétés par actions inciteront peut-être les associés qui le peuvent à adopter la forme de S.A. simplifiée puisque la loi instituant la Société par actions simplifiée autorise dans son article 262-15 la soumission à agrément de toute cession d'actions.

(142) Mazet, Rev. de Jdce comm. numéro spécial Nov. 91 (colloque de Deauville) p. 75.

(143) Richard, "la convention de croupier", JCP 89 éd. I p. 245. Mercadal et Janin, Mém. préc. n° 649. Cozian et Viandier, préc. n° 1453 p. 390. Roblot, Traité élémentaire de droit commercial de Ripert, LGDJ 1984 n° 774.

(144) Cozian et Viandier, préc. n° 1454 p. 391. C.A. Paris 19/02/1979 et T. Comm. Paris 12/03/1979 Rev. des Stés 80-284 note Randoux.

(145) C.A. Paris 28/11/1982 B.R.D.A. 82 n° 24 (pour une S.N.C.).

(146) Dereu, Juriscl. fasc. 59-B préc. n° 92 et 93.

FRAGMENT D'UN DISCOURS SUR LA NOTION D'ŒUVRE DE L'ESPRIT AU SENS DU DROIT D'AUTEUR : ŒUVRE ET RÉALISATION

Par

Olivier LALIGANT

*Maître de Conférences à l'Université de Droit, d'Économie et des Sciences
d'Aix-Marseille*

*Chargé du Séminaire de Recherche en Propriété littéraire et artistique
à la Faculté de Droit d'Aix-en-Provence*

SOMMAIRE

1. - Absence de définition de la notion d'œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur
2. - Détermination de la notion proprement dite d'œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur
3. - Rappel des éléments constitutifs de la notion proprement dite d'œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur : les exigences de réalisation ... de réalisation de formes ... de réalisation de formes dotées d'un caractère autonome...
4. - Une question préalable à l'étude de l'exigence de réalisation : la détermination du sens des termes "création" et "réalisation" aux articles L. 111-1 al. 1 et L. 111-2 CPI
5. - L'exigence de réalisation
 - I. - Contenu
 - II. - Portée
 - A) Réalisation, Aléatoire et Activité mentale
 - a) L'origine de la question : les créations réalisées à l'aide d'ordinateurs
 - b) Les prolongements inévitables de la question : les créations artistiques des enfants et des fous
 - B) Absence de réalisation et Défaut de protégéabilité
 - a) Le cas traditionnel de certains titres
 - b) Le cas moderne de certains "readymades" et de certaines productions naturelles

1. - L'article L. 112-1 CPI, ancien article 2 de la loi du 11 mars 1957, pose que le droit d'auteur a pour fin de protéger les œuvres de l'esprit (1). Mais ne précisant pas ce qu'il faut entendre par œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur (2), il nous en laisse la charge...

2. - Or, à cet égard, nous avons toujours pensé (3) qu'il est utile de distinguer entre deux plans : celui de l'œuvre protégeable, où doit être cerné ce qu'est, à proprement parler, l'œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur considérée en soi et celui de l'œuvre protégée, où doivent être précisées les caractéristiques que doit en outre présenter cette œuvre protégeable pour être effectivement protégée (4). La logique nous semble le suggérer, la clarté l'exiger...

3. - Cela rappelé, nous avons également toujours pensé, contrairement à ceux, peu nombreux il est vrai, qui se sont attachés à une étude approfondie et systématique de l'objet du droit d'auteur (5), que tout discours sur la notion d'œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur considérée en soi, c'est-à-dire indépendamment des caractéristiques que celle-ci doit en outre posséder pour être effectivement protégée, devait être articulé en trois périodes, correspondant d'ailleurs, nous semble-t-il, à trois exigences de notre droit positif (6), à savoir celle de réalisation (œuvre et fabricat)... celle de réalisation de formes (œuvre et forme)... celle de réalisation de formes dotées d'un caractère autonome (œuvre et interprétation)... Les lignes qui suivent tentent de cerner les questions qui relèvent de la première d'entre elles, celle de réalisation !

4. - A première vue, l'exigence de réalisation ne semble pas devoir nécessiter de développements particuliers, tant il semble aller de soi que pour qu'il y ait œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur, il faut qu'il y ait eu un processus de fabrication, de réalisation, dont l'œuvre est le résultat...

Mais la teneur de l'article L. 111-1 al. 1 CPI, où il est dit que l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa "création", d'un droit incorporel, dit droit d'auteur, et celle de l'article L. 111-2 CPI, où il est ajouté que l'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la "réalisation", même inachevée, de la conception de l'auteur (7) posent déjà la question de savoir si "création" et "réalisation" sont là des notions différentes... En effet, on le sait, le terme création, même pris comme ici au sens de résultat de l'action de créer, est ambigu puisqu'au premier degré il désigne seulement le résultat du processus par lequel une chose a reçu l'existence, ce qui en fait un synonyme de

(1) Selon ce texte il est dit, notamment, que la loi protège "toutes les œuvres de l'esprit".

(2) Tout au plus en est-il donné une liste, non exhaustive, à l'article L. 112-2 CPI (ancien article 3 de la loi du 11 mars 1957).

(3) Cf. à ce propos O. Laligant "Droit d'auteur", cours de DEA : 1985-1994 (inédit) et, pour des applications particulières, "Problématique de la protection du parfum par le droit d'auteur", Revue de la Recherche Juridique, Droit Prospectif, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1989-3, p. 587 et s., ainsi que "Des œuvres aux marches du droit d'auteur : les œuvres de l'esprit perceptibles par l'odorat, le goût et le toucher", Revue de la Recherche Juridique, Droit Prospectif, 1992-2, p. 97 et s.

(4) En d'autres termes, où doivent être précisées les conditions qui, au plan de l'œuvre, régissent la mise en jeu du droit d'auteur.

(5) Voir, principalement, Y. Cherpillod, "L'objet du droit d'auteur", éd. Cédidac, 1985, n° 191 à 234, p. 111 à 242 (not., n° 191 à 204, p. 111 à 117, et n° 213 à 218 p. 125 à 131) et, tout particulièrement, A. et H.-J. Lucas, "Traité de la propriété littéraire et artistique", éd. Litec, 1994, n° 39 à 141, p. 61 à 147.

(6) Cf. ci-dessus les références citées en note 3.

(7) Pour une lecture différente de ce texte (ancien article 7, loi de 1957), voir not. H. Desbois, "Le Droit d'auteur en France", Dalloz, 1978, n° 387, p. 476-477. Pour une analyse et une critique de cette interprétation, voir notre ouvrage "La divulgation des œuvres artistiques, littéraires et musicales en droit positif français", L.G.D.J., Coll. Bibl. de Droit privé, tome CLXXVI, n° 23, p. 72, et n° 32, p. 88.

fabricat, et qu'au second degré il désigne le résultat du processus par lequel a été promue à l'existence une chose telle qu'on puisse la considérer comme nouvelle, ou originale (8), c'est-à-dire le résultat d'un processus radicalement différent, par essence, de celui de réalisation, de fabrication...

A cette question, il faut à notre avis répondre par la négative, trois raisons nous semblant militer en faveur de l'affirmation que dans ces deux textes les termes "création" et "réalisation" sont des synonymes qui visent simplement le résultat du processus par lequel une chose -en l'espèce, l'œuvre- a reçu l'existence. La première de ces raisons est que les dispositions des articles L. 111-1 al. 1 et L. 111-2 CPI, intégrant la question, toute pratique, de la fixation du moment de la naissance du droit d'auteur (9) et non celle toute théorique de la définition de la notion d'œuvre de l'esprit, les mots "création" et "réalisation", de par le contexte même de dispositions sous-entendant que le droit d'auteur naît d'un fait juridique et non d'un acte juridique, doivent être pris au simple sens de fabricat, de réalisation... La seconde de ces raisons est, selon nous, qu'en disposant que l'auteur "jouit" du droit d'auteur dès la création de l'œuvre, le législateur a également affirmé, fut-ce implicitement, que jouissance du droit d'auteur et exercice du droit d'auteur doivent être distingués, la mise en application effective du droit d'auteur ne pouvant en effet relever, à l'évidence, que d'autres conditions, plus exigeantes que la simple fabrication de l'œuvre... La troisième et dernière de ces raisons est qu'il a toujours été admis que l'application du droit d'auteur était pour l'essentiel subordonnée à la condition que l'œuvre apparaisse comme nouvelle, ou originale (10), c'est-à-dire conformément au sens second du terme "création", comme le résultat d'un processus radicalement différent, dans son essence, de celui de fabrication, puisqu'à son terme se trouve promue à l'existence une chose telle qu'elle ne puisse, partiellement ou totalement, être référée à aucun modèle préexistant... Au demeurant, entendre à l'article L. 111-2 CPI le mot "création" en ce dernier sens aboutirait à cette lecture, singulière, que l'œuvre est réputée "originale", indépendamment de toute divulgation (11) publique, du seul fait de "l'originalité", même incomplète, de la conception de l'auteur ! Ce qui, on en conviendra sans peine, ne voudrait absolument rien dire...

5. - Cela réglé, il est possible d'aborder l'objet proprement dit de la présente étude : l'exigence de réalisation. A cet égard, il est clair que ce n'est pas tant son contenu (I) qui fait difficulté que sa portée réelle (II).

I. Contenu

En déclarant que l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit incorporel dit droit d'auteur, l'article L. 111-1 al. 1 CPI marque à l'évidence, par l'emploi de l'expression "œuvre de l'esprit" que le droit

(8) Selon que l'on se place au plan de l'objet ou du sujet.

(9) En dépit des incroyables maladroites de rédaction de l'article L. 111-1 al. 1 CPI, pourtant capital, il semble indiscutable, à nos yeux, que le législateur, en affirmant que l'auteur "jouit" du droit d'auteur dès la création de l'œuvre, a voulu dire que naissance de l'œuvre et naissance du droit d'auteur sont concomitantes. Contre cette conception, voir not. H. Desbois, *op. cit.*, n° 387, p. 476 ; pour une analyse et une critique de cette conception voir notre ouvrage précité sur la divulgation, n° 23, p. 71-72, et n° 32, p. 86 à 90.

(10) Sans qu'il soit besoin ici de trancher sur ce qu'il faut entendre exactement par là, c'est-à-dire sans qu'il importe de savoir s'il faut, pour être qualifié d'originale, que l'œuvre présente, soit un reflet de la personnalité de son auteur, soit un apport intellectuel de celui-ci...

(11) Divulgation devant être ici entendue comme synonyme de communication (cf. à ce propos notre ouvrage précité sur la divulgation, n° 9, p. 50-51) et non pas au sens précis que lui donne l'article L. 121-2 CPI, ancien article 19 de la loi du 11 mars 1957 (cf. à ce propos notre ouvrage précité sur la divulgation, n° 36 p. 96 à 103).

d'auteur porte sur une catégorie particulière de réalisations humaines, celles qui impliquent de leur auteur une activité mentale fabricatrice, réalisatrice.

II. Portée

Mais s'il est évident qu'une œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur doit être le résultat, au moins pour partie (12), d'une activité de l'esprit, il n'en reste pas moins que cette évidence demande quelques développements et quelques précisions, tant il est vrai que les évidences ne le demeurent que jusqu'à un certain point, comme le révèle l'examen de la question "Réalisation, Aléatoire et Activité mentale" (A) et tant il est vrai que les évidences, sans doute parce que trop manifestes, cessent parfois curieusement de l'être, comme le montre l'examen de la question "Absence de réalisation et Défaut de protégeabilité" (B).

A) *Réalisation, Aléatoire et Activité mentale*

Que l'œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur (13) doive être le résultat, au moins pour partie, d'une activité mentale de son auteur ne veut pas dire que l'œuvre doit être le fruit d'une activité mentale consciente, voire maîtrisée...

a) Le contraire fut cependant soutenu par une certaine doctrine soucieuse d'écarter du domaine d'application du droit d'auteur toutes les réalisations dans lesquelles le hasard a eu la plus grande part (14). Et cela, notamment (15), avec l'apparition de créations, artistiques ou non, réalisées à l'aide d'ordinateurs (16), dans lesquelles la participation intellectuelle de l'auteur peut se limiter à la détermination préalable de quelques paramètres, le résultat n'étant alors, par hypothèse même, nullement prévisible au stade de la programmation (17), qu'il s'agisse de création assistée par ordinateur ou, surtout, de création automatique par ordinateur avec ou sans caractère aléatoire. Mais d'abondantes critiques ont été à juste titre émises contre l'exigence d'une réalisation faite avec conscience, voire maîtrise. Certes, plus un auteur est maître de ses moyens et plus la qualité de son œuvre est élevée. Il n'est pas douteux en effet que ce que révèlent les chefs-d'œuvre (18), c'est la maîtrise et la

(12) Le droit d'auteur n'exigeant pas, en effet, que l'œuvre soit exclusivement constituée d'éléments que l'auteur a tiré de son fonds.

(13) La présente étude, rappelons-le, se situe au plan de l'œuvre protégeable, au sens donné par nous à ce terme, et non pas au plan de l'œuvre protégée, ce qui explique que la question de l'originalité ne soit pas abordée...

(14) Cf. not. à ce propos Y. Cherpillod, op. cit., p. 128, ainsi que les références de doctrine, notamment étrangère, données par celui-ci à la note 77, p. 128-129.

(15) Au plan de l'esthétique, et non plus du juridique, la question du rôle de la conscience dans l'art moderne s'était posée bien plus tôt. En effet le hasard jouait déjà un rôle primordial dans l'œuvre de Jean Arp (cf. par exemple "Feuilles groupées selon les lois du hasard") et de Max Ernst (cf. par exemple les frottages réunis sous le titre "Histoire Naturelle") puisque, de l'avis général, un tel recours traduit une volonté d'élucider l'ordre secret des choses...

(16) Cf. not. à ce sujet B. Nawrocki, "Machines électroniques et création intellectuelle", *Le Droit d'Auteur*, février 1969, p. 30 et s. ; B. Ringer, "Le droit d'auteur et l'avenir de la propriété intellectuelle", *Le Droit d'auteur*, juin 1976, p. 158 et s. ; B. Dufour, "Musique électroacoustique, droit d'auteur et droits voisins", *Revue internationale du droit d'auteur*, juillet 1977, p. 85 et s., ainsi que janvier 1978, p. 3 et s. ; J.-C. Risset, "Problèmes de droit d'auteur découlant de l'utilisation d'ordinateurs pour la création d'œuvres", *Le Droit d'auteur*, septembre 1979, p. 244 et s. ; M.-C. Piatti et A. Gaubiach, "La création artistique assistée par ordinateurs : problèmes de droit d'auteur", *Revue internationale du droit d'auteur*, octobre 1983, p. 109 et s. ; Ch. Gourjon, "Les œuvres élaborées à l'aide d'ordinateurs et le problème de leur protection par le droit d'auteur", *Mémoire*, Aix-en-Provence, 1987, p. 7 et s.

(17) Cf. Y. Cherpillod, op. cit., p. 128.

(18) Et cela même si notre conception du chef-d'œuvre, en art notamment, a changé... En effet, nous ne désignons plus par cette expression une œuvre ayant atteint la perfection, comme ce fut le cas jusqu'au XIX^{ème} siècle, mais une œuvre dans laquelle l'auteur atteint "la plus grande densité" (A. Malraux, *Les Voix du Silence*, NRF, 1951, p. 447).

libération, et on a pu même dire, non sans vérité que toute histoire du génie "devrait être une histoire de la délivrance" (19). Seulement, en droit d'auteur, la qualité d'une œuvre n'a pas et ne doit pas entrer en ligne de compte, l'article L. 112-1 CPI, ancien article 2 de la loi du 11 mars 1957, interdisant de prendre en considération le "mérite" de l'œuvre...

b) Ainsi, et d'une façon tout à fait générale, dépassant donc de très loin la seule catégorie des créations réalisées à l'aide d'ordinateurs, peut-on selon nous avancer l'affirmation suivante... Que l'œuvre soit le produit de l'activité mentale d'un jeune enfant (20) ou d'un fou (21), notamment (22), c'est-à-dire qu'elle soit réalisée sans véritable conscience, ni véritable maîtrise (23), elle satisfait néanmoins à l'exigence de réalisation, car il y a malgré tout activité fabricatrice de l'esprit...

A cela, certains seront sans aucun doute tentés d'objecter que l'activité mentale d'un fou, et dans une moindre mesure d'un jeune enfant, étant dépourvue de véritable conscience ne saurait être retenue... Mais ce serait là se méprendre gravement sur le contenu et aussi sur les modes de fonctionnement de l'esprit humain (24), de la psyché, dans l'acception que Jung a donné à ce terme (25). En effet en ce qui

(19) A. Malraux, op. cit., p. 621 in fine.

(20) On peut tout attendre de l'art des enfants, sauf conscience et maîtrise. Leur art est semblable à celui d'un artiste instinctif, naïf, et sa séduction vient de ce que, comme dans l'art des adultes, "le monde perd son poids" (A. Malraux, op. cit., p. 284). Mais cet art n'a pas d'évolution et la volonté y est étrangère (Ibid., p. 284-285). En effet, "l'art n'est pas rêves, mais possession des rêves" (Ibid., p. 184). Chacun sent bien d'ailleurs confusément "que passer d'une réunion de dessins d'enfants à une exposition, à un musée, c'est quitter l'abandon au monde pour une tentative de possession du monde" (Ibid., p. 284).

(21) De toutes les expressions plastiques de "l'élémentaire", si prisées par notre temps, "celle des fous sont les plus virulentes par l'angoisse, les plus troubles par leur mélange de calligraphie et de fureur ligotée" (A. Malraux, Les Voix du Silence, NRF, 1951, p. 529). Beaucoup plus cohérent que celui des enfants, cet art, détruit de la même façon, mais avec plus de force, "les rapports acceptés entre l'homme et les choses" (Ibid., p. 530). Curieusement, la folie nous apparaît aujourd'hui comme "une sorte de voyance, de libération du monde", car "le vrai fou, parce qu'il ne joue pas, possède authentiquement un domaine commun avec l'artiste : celui de la rupture" et "toute rupture nous semble conquise" (Ibid.). Mais en réalité "le fou est prisonnier du drame auquel il doit son apparente liberté : sa rupture, qui n'est pas conquise sur d'autres œuvres d'art, qui lui est imposée, n'est pas orientée" (Ibid.). Et si sa peinture s'apparente par là à celle des enfants, "elle en diffère en ce qu'elle n'est que peinture de la prison qu'est sa folie" (Ibid.).

(22) A quoi, on peut ajouter le cas des réalisations artistiques faites sous l'emprise d'une "possession". Le meilleur exemple en est peut-être dans la production des peintres de la confrérie de Saint-Soleil, à Haïti, qui réalisent des tableaux qu'il faut bien qualifier de "visités" (cf. à ce propos A. Malraux, "L'Intemporel", Gallimard, 1976, p. 321 et s.)... C'est en effet par le vaudou que l'on peut le mieux approcher de leur processus de création : non seulement le peintre peint parce qu'il est "chevauché" par le loa, l'esprit, (et en quelque sorte c'est aussi le loa qui peint), mais également il peint ce que veut le loa (Ibid., p. 327). Peinture donc étonnante, car "l'œuvre ne naît pas, ne s'élabore pas, elle se produit comme la glace au degré de congélation" (Ibid., p. 329). Peinture parlant aussi une langue mystérieuse, car, bien que reposant sur une volonté d'accession à un autre monde où peinture et surnaturel se conjuguent, elle est par essence une peinture sans destinataire. Or "quelles images sans destinataire évoquer, outre celles des enfants et des fous ?" (Ibid., p. 332). Les unes comme les autres sont des soliloques et elles constituent le domaine des arts de soliloque (Ibid., p. 290).

(23) On l'a dit très justement l'enfant et le fou sont artistes, mais ils ne sont pas des artistes, en ce sens que leur talent les possède et qu'ils ne le possèdent pas (A. Malraux, "L'Intemporel", Gallimard, 1976, p. 293). En effet, l'artiste est quelqu'un qui se dégage de ce qu'il admire et avec quoi il rivalise, car il obéit à l'intention de créer et que son domaine de références est un des domaines de l'art. A l'inverse, l'enfant, le fou, demeure hors de toute rivalité ; il obéit à un jeu, ou à une impulsion, et son domaine de référence se confond avec son imaginaire.

(24) Les expressions et conceptions utilisées dans les lignes qui suivent sont celles de l'analyse jungienne, en raison de notre sensibilité de longue date à cette approche. Pour une présentation des travaux du grand psychiatre zurichois, v. not. "L'homme aux prises avec l'inconscient, Réflexions sur l'approche jungienne", d'Elie G. Humbert (chef de file de l'école française jungienne), éd. Retz, Paris, 1992, et "Introduction à la psychologie de Jung", de Frieda Fordham (éminente représentante de l'école anglaise Jungienne), éd. Imago, Paris, 1985. Pour une présentation thématique, voir également "Jung", Cahiers de L'Herne, 1984, republiés en Livre de Poche, Biblio/Essais, n° 4140, 1991.

(25) Carl Gustav Jung a choisi les termes "psyché" et "psychique" pour parler de l'esprit et de l'activité mentale, car si esprit et mental sont principalement associés à la conscience, "psyché" et "psychique"

concerne tout d'abord le contenu de la psyché, s'il est vrai que jusqu'à l'avènement de la psychologie des profondeurs, le conscient, ou Moi (26), fut considéré comme le seul protagoniste de la vie mentale (27), il n'en est plus de même aujourd'hui où il est généralement reconnu que cette vie mentale est partagée entre le Moi et un partenaire appelé, simplement par antiphrase, l'inconscient (28). Et cet inconscient n'est pas uniquement constitué de pulsions socialement inadmissibles comme le pensait Freud (29), mais bien plus largement, ainsi que l'a montré Jung, d'abord de tout ce qui ne peut être constamment gardé présent à la conscience - appelé "l'inconscient personnel" (30) et ensuite de tout un héritage d'images, dites "archétypes" (31), qui constituent les formes représentatives (32) les plus reculées de l'humanité (33), qui se retrouvent chez tous les être humains (34) en quelque lieu ou

couvrent à la fois la conscience et l'inconscient. A cela, on peut ajouter que, pour Jung, la psyché est un système dynamique, l'énergie psychique s'écoulant en effet sans cesse entre des pôles opposés - tels le conscient et l'inconscient, l'extraversion et l'introversion, la pensée et le sentiment, etc - lesquels ont une fonction régulatrice, comme il en va pour les contraires (cf. sur ce dernier point C. G. Jung, "Psychologie de l'inconscient", éd. Georg, Genève, 1989, 7^e édition, p. 133).

(26) Le Moi n'est pas seulement pour Jung le connaissant, le "Je" volontaire, mais plus largement le conscient, c'est-à-dire cette partie de l'esprit humain dont le rôle est ou se veut de dispenser la clarté. On ne saurait donc l'assimiler à la raison, car celle-ci n'est qu'une fonction consciente parmi d'autres (cf. Jung, "Psychologie de l'inconscient", préc., p. 132).

(27) Bien entendu, "si l'on identifie la psyché et la conscience, on peut aisément concevoir l'idée erronée que l'homme naît au monde avec une psyché vide, et que plus tard sa psyché ne contient rien de plus que ce qu'il a appris par expérience individuelle. Mais la psyché est plus que la conscience. Les animaux n'ont qu'une conscience limitée, mais beaucoup de leurs réactions et de leurs impulsions dénotent l'existence d'une psyché. Et les primitifs font beaucoup de choses dont la signification leur est inconnue" (Jung, "Essai d'exploration de l'inconscient", in "L'homme et ses symboles", éd. Port-Royal, Paris, 1964, p. 75).

(28) Comme l'a souligné Jung, "celui qui nie l'existence de l'inconscient suppose en fait que nous connaissons aujourd'hui totalement la psyché. Et cette supposition est d'une fausseté aussi évidente que la supposition que nous connaissons tout ce qu'il y a à connaître dans l'univers physique. Notre psyché fait partie de la nature et son énigme est aussi dépourvue de limites. Nous pouvons seulement affirmer la conviction que nous avons de leur existence et décrire de notre mieux leur fonctionnement" (Jung, "Essai d'exploration de l'inconscient", préc. p. 23 ; v. également sur cette question, "La science et l'inconscient", par M. L. Von Franz, in "L'homme et ses symboles", préc., p. 304 à 310).

(29) Ce point de vue, comme le souligne Jung, est caractéristique de ceux qui considèrent l'inconscient comme une pure annexe de la conscience (cf. Jung, "Dialectique du Moi et de l'inconscient", éd. Gallimard 1964, rééditée en 1993 dans la collection Folio/Essais p. 23) ou, de façon plus imagée, "comme une poubelle qui recueille tout ce dont le conscient ne veut pas" (Jung, "Essai d'exploration de l'inconscient") op. cit., p. 47).

(30) Plus précisément l'inconscient personnel contient les souvenirs oubliés, les souvenirs refoulés d'événements pénibles, les sensations subliminales et enfin des éléments pas assez mûrs pour pénétrer dans le conscient (impulsions et désirs infantiles refoulés, notamment). Ce qui montre bien que l'inconscient personnel appartient à l'individu, et à lui seul (cf. à ce propos Jung, "Psychologie de l'inconscient", préc., p. 123). A quoi il faut ajouter la partie négative de l'inconscient personnel, c'est-à-dire la somme des défauts cachés, des fonctions insuffisamment développées et des contenus désavantageux de la personnalité, somme appelée par Jung "l'ombre" (cf. Jung, *ibid.*, p. 124).

(31) Tandis que les contenus de l'inconscient personnel sont pour ainsi dire "pleins", parce que vécus, les archétypes sont de simples schémas - ce qui ne les empêche pas d'être extrêmement puissants - car ils sont des vestiges de l'existence ancestrale qui sont tout autant sentiment que pensée (sur la notion d'archétype, voir not. Jung, "Psychologie de l'inconscient", préc., p. 122 et s., ainsi que p. 162 et s. ; "Dialectique du Moi et de l'inconscient", préc., p. 23 à 46 ; "Essai d'exploration de l'inconscient", préc., p. 67 et s. Voir également sur cette notion F. Fordham, op. cit., p. 26 et p. 49 et s).

(32) Jung a particulièrement insisté sur le point suivant : "je n'affirme nullement la transmission héréditaire des représentations, mais uniquement la transmission héréditaire de la capacité d'évoquer tel ou tel élément du patrimoine représentatif" (Jung, "Psychologie de l'inconscient", préc., p. 122), c'est-à-dire du patrimoine archétypique.

(33) Tout comme le corps humain est une collection complète d'organes dont chacun est l'aboutissement d'une longue évolution historique, de même, dit Jung, "devons-nous nous attendre à trouver dans l'esprit une organisation analogue". En effet, "pas plus que le corps, il ne saurait être un produit sans histoire", et par histoire il faut entendre le "développement biologique, préhistorique et inconscient de l'esprit dans l'homme archaïque, dont la psyché était encore plus proche de celle de l'animal". Cette psyché, "vertigineusement ancienne, est le fondement de notre esprit, tout comme la structure de notre corps se fonde sur le type plus général de la structure du mammifère" (Jung, "Essai d'exploration de l'inconscient", préc., p. 67).

(34) Que le sujet soit donc cultivé ou analphabète, intelligent ou stupide.

époque que ce soit, qui ont une vie pour ainsi dire propre (35) et qui sont exprimées sous une forme symbolique (36) - héritage appelé "l'inconscient collectif" (37). Mais la plus grande contribution de Jung reste encore d'avoir mis en lumière que l'inconscient constitue un monde aussi important dans la vie de l'individu que celui du conscient et que ce dernier peut y trouver les germes de nouvelles possibilités de développement. En effet, lorsqu'on aborde la question des modes de fonctionnement de l'esprit humain, il apparaît, ainsi que Jung l'a notamment montré dans la "Dialectique du Moi et de l'Inconscient", qu'au sein même de l'inconscient se trouve en action une sorte de tendance régulatrice, ou directrice, cachée qui engendre un processus de croissance psychique, le "processus d'individuation" (38) et que les rapports du Moi à l'égard de l'inconscient déclenchent une évolution, voire une métamorphose singulière de la psyché toutes les fois que le conscient et l'inconscient, à l'intérieur d'un même individu, ont appris à se connaître, à se respecter et à s'accorder (39). Plus modestement, et moins rarement aussi, il est de fait que l'inconscient nous suggère des solutions pour nos dilemmes ou nous adresse des avertissements pour des dangers qui nous échappent encore. De même, il n'est pas douteux que des idées, des formes, neuves et originales peuvent surgir de l'inconscient, idées ou formes qui n'ont jamais été conscientes précédemment : beaucoup de philosophes, d'artistes, de savants doivent ainsi quelques-unes de leurs meilleures trouvailles à des inspirations soudaines provenant de l'inconscient. Plus que tout autre, l'art de notre temps pose d'ailleurs la question de savoir comment s'établit la relation entre la conscience et l'inconscient dans l'œuvre de l'artiste moderne ! On peut en trouver une réponse dans le Surréalisme puisqu'André Breton, son fondateur, ayant eu connaissance des travaux de Freud en tant qu'étudiant de médecine, en était venu à penser que l'antagonisme apparent entre le rêve et la réalité devait être résolu dans l'expression d'une sorte de réalité absolue : la surréalité. Mais si Breton avait bien saisi le problème, qui était celui de la conciliation des contraires, de la conscience et de l'inconscient, il emprunta, pour le résoudre, une voie où il ne pouvait que s'égarer. En effet, il entreprit des expériences utilisant la méthode de libre association de Freud et l'écriture automatique dans laquelle les mots et les phrases suggérés par l'inconscient sont consignés sans contrôle aucun de la conscience. Or, une telle méthode ouvrait simplement la voie au flot des images

(35) Les archétypes sont en effet "doués d'une initiative propre et d'une énergie spécifique". Ils peuvent aussi, "à la fois, fournir dans la forme symbolique qui leur est propre une interprétation chargée de sens et intervenir dans une situation donnée avec leurs propres impulsions et leurs propres pensées". En d'autres termes, "ils vont et viennent à leur guise et souvent ils s'opposent à nos intentions conscientes, ou les modifient de façon embarrassante". On peut d'ailleurs percevoir "l'énergie spécifique des archétypes lorsqu'on a l'occasion d'apprécier la fascination qu'ils exercent". En effet, "ils semblent jeter un sort" (Jung, "Essai d'exploration de l'inconscient", préc., p. 78-79).

(36) Précisons que cette communication s'effectue au moyen de symboles qui sont communs à toute l'humanité, mais que ceux-ci sont utilisés chaque fois par le sujet d'une façon si individuelle qu'elle exige chaque fois une clef différente. Ainsi est-il nécessaire en la matière, bien plus encore qu'en matière d'histoire des religions, de distinguer entre signe et symbole (cf. sur ce point Jung, "Essai d'exploration de l'inconscient", préc., p. 20-21, ainsi que F. Fordham, op. cit., p. 18).

(37) Sur l'inconscient collectif, dit parfois inconscient impersonnel ou supra individuel, voir not. Jung, "Psychologie de l'inconscient", préc., p. 120 et s. et p. 161 et s. ; "Dialectique du Moi et de l'Inconscient", préc., p. 23 et s., ainsi que p. 48 et s. ; "Essai d'exploration de l'inconscient", préc., p. 47 et s., p. 67 et s. et p. 93 et s. Pour une présentation plus systématisée, voir F. Fordham, op. cit., p. 12 et s., ainsi que p. 49 et s. ; Elie G. Humbert, op. cit., p. 13 et s.

(38) Le centre organisateur d'où émane cette action régulatrice semble être une sorte de noyau que Jung a appelé "le Soi", par opposition au Moi, qui n'est lui qu'une petite partie de la psyché (sur le processus d'individuation, voir not. Jung, "Dialectique du Moi et de l'Inconscient", préc., p. 115 et s. ; M.-L. von Franz, "Le processus d'individuation", in "L'homme et ses symboles", préc., p. 160 et s. ; F. Fordham, op. cit., p. 75 et s. ; Elie G. Humbert, op. cit., p. 106 et s.).

(39) D'une manière générale, c'est le rôle du Moi de faire que quelque chose advenu à la conscience puisse être réalisé parce que devenu conscient, et c'est particulièrement vrai dans le cas du processus d'individuation. En d'autres termes, le processus d'individuation n'est réel, quel que soit son objet, que si l'individu en a conscience et vit en union avec lui.

inconscientes et, corrélativement, interdisait que puisse jouer le rôle important, décisif, que le conscient doit remplir. Comme l'a souligné Aniela Jaffé dans sa contribution à "L'homme et ses symboles", œuvre de collaboration réalisée par Jung et ses proches disciples, "c'est la conscience qui détient la clef des valeurs de l'inconscient" et "seule la conscience possède la compétence qui permet de déterminer le sens des images et de reconnaître leur signification éventuelle pour l'individu". En effet, "c'est seulement dans l'interaction de la conscience et de l'inconscient que celui-ci peut trouver sa valeur" (40). En revanche, si l'inconscient, une fois activé, est abandonné à lui-même, le risque est grand que son contenu ne puisse plus être maîtrisé (41). La prédominance, dans bien des œuvres d'art moderne, de l'inconscient sur le conscient les a d'ailleurs exposées à de violentes critiques. On a même parlé, à leur propos, d'art pathologique, et on les a comparé aux œuvres réalisées par des fous, car l'une des caractéristiques de la psychose est que la conscience est submergée, noyée, par le flot des contenus émanant de l'inconscient. Mais chacun sait aujourd'hui que la schizophrénie n'exclut pas l'imagination artistique : de nombreuses œuvres réalisées sous l'empire de la mescaline ou de drogues analogues - ainsi, par exemple, certaines peintures de Henri Michaux - sont là pour en apporter la preuve ! Au demeurant, des considérations de cette nature ne peuvent retenir le juriste, puisque, l'article L. 112-1 CPI étant là pour le rappeler si besoin est, le "mérite" de l'œuvre, c'est-à-dire sa valeur, n'a pas à entrer en ligne de compte.

B) Absence de réalisation et Défaut de protégeabilité

Que l'œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur (42) doive être le résultat, au moins pour partie, d'une activité mentale de son auteur interdit par ailleurs de considérer comme œuvre protégeable au titre du droit d'auteur (43) un ouvrage dans lequel celui qui s'en prétend l'auteur n'a eu, en réalité, aucune participation intellectuelle.

a) La question pourrait tout d'abord se poser à propos des titres donnés aux œuvres de l'esprit, ceux-ci étant aujourd'hui (44) considérés, à l'instar des œuvres qu'ils désignent, comme des œuvres de l'esprit au sens du droit d'auteur (45). En effet, des titres tels par exemple, "Le Bossu" (46), "Le Feu" (47), "Marche Funèbre"

(40) Aniela Jaffé, "Le symbolisme dans les arts plastiques", in "L'homme et ses symboles", préc., p. 257.

(41) Jackson Pollock, qui peignait dans une sorte de transe, a lui-même reconnu dans "Ma peinture" que c'était seulement lorsqu'il perdait contact avec le tableau que le résultat tournait au gâchis.

(42) La présente étude, rappelons-le, se situe au plan de l'œuvre protégeable, c'est-à-dire au plan de l'œuvre de l'esprit considérée en soi, indépendamment des caractéristiques (telle, par exemple, l'originalité) que celle-ci doit en outre posséder pour être effectivement protégée : cf. ci-dessus, n° 2, notes 3 et 4.

(43) C'est d'ailleurs, à nos yeux, l'avantage d'une telle distinction : à une plus grande clarté et à une meilleure qualification s'ajoute l'économie de l'examen d'une question qui, en réalité, ne se pose pas : celle de l'originalité.

(44) En effet, tel ne fut pas toujours le cas. Aussi Pouillet estimait-il que "le titre, envisagé en lui-même et séparément de l'œuvre qu'il sert à désigner, ne saurait être assimilé (...) à une production de l'esprit au sens légal et que, dès lors, les dispositions de la loi sur la propriété littéraire ne s'appliquent pas" (Pouillet, "Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique, et du droit de représentation", 2e édition, 1894, n° 64, p. 79).

(45) Aux termes de l'article L. 112-4 al. 1 CPI, "le titre d'une œuvre de l'esprit dès lors qu'il présente un caractère original, est protégé comme l'œuvre elle-même".

A cela est ajouté à l'alinéa 2 une disposition qui ne relève pas à proprement parler du droit d'auteur : "nul ne peut, même si l'œuvre n'est pas protégée dans les termes des articles L. 123-1 à 123-3, utiliser ce titre pour individualiser une œuvre du même genre dans des conditions susceptibles de provoquer une confusion".

(46) Trib. civ. de la Seine 4 février 1911, Ann. Prop. Ind., Artis. et Litt. 1912, p. 16.

(47) Trib. civ. de la Seine 10 janvier 1928, Ann. Prop. Ind., Artis. et Litt. 1928, p. 114.

(48), "Louise" (49), "Extase" (50) et "Frénésie" (51) ne peuvent, à l'évidence, être considérés comme une œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur pour cette raison bien simple qu'ils n'ont nécessité aucune réalisation, qu'il ne sont le produit d'aucune activité mentale fabricatrice. Aussi est-ce selon nous une erreur, dans des cas de ce genre, que de se demander, ainsi que le font nos tribunaux, si le titre litigieux satisfait ou non à la condition d'originalité, puisqu'alors cette question n'a même pas à être posée... La question de la protection des titres par le moyen du droit d'auteur que Henri Desbois, au vu de la jurisprudence, qualifiait déjà de "maquis", de "labyrinthe", et dans laquelle il relevait non seulement "enchevêtrement", mais également "contradictions" (52), pourrait déjà, si cette pratique fâcheuse était abandonnée, y gagner à tout le moins un début de clarté !

b) La question pourrait ensuite se poser à propos de certaines réalisations modernes dans lesquelles celui qui s'en prétend l'auteur n'a en fait eu, lui aussi, aucune participation intellectuelle, et cela même si ladite "réalisation" est unanimement considérée comme une œuvre d'art dans les galeries marchandes, les collections privées et les musées publics... Nous pensons notamment au cas de ces productions appelées "readymade" (53) qui sont souvent (54) de simples objets utilitaires présentés, sans la moindre modification, comme des œuvres de sculpture (55) - tel par exemple le célèbre "Sèche-Bouteilles" de Marcel Duchamp (56) - ainsi qu'au cas de ces productions de la nature - tels les racines, bois flottés et pierres semi-précieuses (57) - qui sont des objets résultant d'actions physiques ou chimiques dans lesquelles l'homme n'a pas eu de part et qui présentent des caractères plus ou moins esthétiques... Dans l'un et l'autre cas, s'il s'avère en effet que l'objet en cause subsiste, après "l'intervention" de celui qui s'en déclare l'auteur, rigoureusement inchangé (58), il est tout à fait impossible de le considérer comme une œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur. La décision de soustraire cet objet au domaine des choses ordinaires ou naturelles et l'affirmation de sa qualité d'œuvre d'art sont insuffisantes pour en faire une réalisation au sens du droit d'auteur, puisque celui-ci

(48) Trib. civ. de la Seine 13 avril 1931, Ann. Prop. Ind., Artis. et Litt. 1932, p. 343.

(49) Trib. civ. de la Seine 14 mars 1932, Ann. Prop. Ind., Artis. et Litt. 1933, p. 172.

(50) T.g.i. de la Seine 29 avril 1960, R.I.D.A., octobre 1960, p. 133.

(51) T.g.i. de Paris 13 mars 1973, R.I.D.A., juillet 1973, p. 102.

(52) Henri Desbois, "Le droit d'auteur en France", Dalloz 1978, n° 192, p. 237.

(53) La catégorie est en fait pullulante puisqu'on a pu se demander : "le readymade est-il un objet ou une collection d'objets, un geste ou un acte d'artiste, ou encore une idée, une intention, un concept, une catégorie logique ?" (Thierry de Duve, "Résonances du readymade : Duchamp entre avant-garde et tradition", éd. Jacqueline Chambon, 1989, p. 12). Ce qui n'a rien d'étonnant puisqu'avec le readymade, "la réalisation" artistique se trouve réduite à une simple énonciation : "Ceci est de l'art"... En d'autres termes, l'activité mentale, se ramenant à la décision de soustraire un objet existant du domaine des choses quotidiennes pour l'introduire dans le monde de l'art (sans d'ailleurs la moindre préoccupation d'ordre esthétique) et, ensuite, à la seule affirmation qu'il s'agit là d'art, celle-ci n'est plus une activité mentale fabricatrice.

(54) Pour rester dans le cadre de notre exemple, celui des readymades pouvant prétendre à la qualité de sculpture, il existe aussi, en effet, "des readymades aidés, qui impliquent une manipulation modifiant l'objet" (Th. de Duve, op. cit., p. 12), c'est-à-dire une activité mentale fabricatrice.

(55) Voir à ce propos, entre autres, André Malraux, "L'Intemporel, Gallimard, 1976, p. 303-304, et p. 400-401, ainsi que Thierry de Duve, op. cit., p. 11 et s.

(56) Le "Sèche-Bouteilles" de Marcel Duchamp, original de 1914, fut le "premier readymade non aidé" (Th. de Duve, op. cit., p. 24). Il n'en existe plus aujourd'hui, semble-t-il, que des répliques (collection Arturo Schwarz, Milan, citée par A. Malraux, op. cit., p. 304, et Philadelphia Museum of Art, Philadelphie, citée par Th. de Duve, op. cit., p. 131).

(57) A propos des racines et des bois flottés, v. par exemple A. Malraux, op. cit., p. 303, et p. 403. A propos des sections de pierres semi-précieuses (calcédoine, agates septuaria, etc), v. par exemple A. Malraux, op. cit., p. 302-300, ainsi que p. 403-404.

(58) Il n'en va plus de même, bien évidemment, s'il s'avère qu'il y a eu réalisation, aussi minime soit-elle (par exemple, réaliser dans un bloc de pierre semi-précieuse une coupe destinée à isoler la partie jugée la plus belle ou la plus significative)... Ce qui ne veut pas dire d'ailleurs qu'il y aura, ipso facto, originalité !

ne résulte pas d'une activité mentale fabricatrice de celui qui s'en présente comme l'auteur... Et n'est pas plus suffisante l'élection de cet objet par le monde de l'Art...

Ainsi aboutit-on à cette conclusion, de prime abord paradoxale (59), qu'il existe des œuvres d'art modernes qui, de par leur nature, ne peuvent être considérées comme des œuvres de l'esprit au sens du droit d'auteur.

Conclusion

Au terme de cette brève analyse, simple fragment d'un discours sur la notion d'œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur, nous paraît donc déjà au niveau de l'exigence de réalisation, doctrinalement justifiée la distinction entre œuvre protégeable et œuvre protégée (60). D'un point de vue pédagogique, en tout cas, nous avons eu maintes fois l'occasion de le vérifier... N'est-il pas vrai, d'ailleurs, que "l'éclat des flammes vient aussi de la profondeur de la nuit" (61) ?

(59) A première vue seulement, car l'art moderne, dans le sillage de la tendance réductionniste de Duchamp, a imaginé les vernissages sans tableaux et les concerts de silence !

(60) Où se pose, rappelons-le, la question de l'originalité.

(61) André Malraux, "Les voix du Silence", N.R.F., 1951, p. 607.

FRAGMENT D'UN DISCOURS SUR LA NOTION D'ŒUVRE DE L'ESPRIT AU SENS DU DROIT D'AUTEUR : ŒUVRE ET INTERPRÉTATION

Par

Olivier LALIGANT

*Maître de Conférences à l'Université de Droit, d'Économie et des Sciences
d'Aix-Marseille*

*Chargé du Séminaire de Recherche en Propriété littéraire et artistique
à la Faculté de Droit d'Aix-en-Provence*

SOMMAIRE

1. - Absence de définition de la notion d'œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur
2. - Détermination de la notion proprement dite d'œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur
3. - Rappel des éléments constitutifs de la notion proprement dite d'œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur : les exigences de réalisation ... de réalisation de formes ... de réalisation de formes dotées d'un caractère autonome...
4. - Oeuvre et interprétation, ou l'exigence de formes dotées d'un caractère autonome...

I. - Non prise en considération, en droit positif, de l'incidence de la distinction œuvre-interprétation sur la définition de la notion proprement dite d'œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur

A) La doctrine

B) Un fondement possible : l'article L. 112-1 CPI

II. - Données juridiques invitant à prendre en compte, dans la définition de la notion proprement dite d'œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur, l'exclusion des interprétations d'œuvres artistiques, littéraires et musicales

A) La tentation d'assimiler œuvre et interprétation et le refus de cette assimilation

B) Portée

5. - Proposition d'une définition de la notion proprement dite d'œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur, c'est-à-dire de l'œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur considérée en soi

1. - L'article L. 112-1 CPI, ancien article 2 de la loi du 11 mars 1957, pose que le droit d'auteur a pour fin de protéger les œuvres de l'esprit (1). Mais ne précisant pas ce qu'il faut entendre par œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur (2), il nous en laisse la charge...

2. - Or, a cet égard, nous avons toujours pensé (3) qu'il est utile de distinguer entre deux plans : celui de l'œuvre protégeable, où doit être cerné ce qu'est, à proprement parler, l'œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur considérée en soi et celui de l'œuvre protégée, où doivent être précisées les caractéristiques que doit en outre présenter cette œuvre protégeable pour être effectivement protégée (4). La logique nous semble le suggérer, la clarté l'exiger...

3. - Cela rappelé, nous avons également toujours pensé, à la différence de ceux qui se sont attachés à une étude systématique de l'objet du droit d'auteur (5) que tout discours sur la notion d'œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur, considérée en soi (6), devait être articulé en trois parties, conformément d'ailleurs à la nature des choses et aussi, nous semble-t-il, aux trois exigences suivantes de notre droit positif (7) : celle de réalisation (œuvre et fabricant)... celle de réalisation de formes (œuvre et forme)... celle de réalisation de formes dotées d'un caractère autonome (œuvre et interprétation)... Les lignes qui suivent tentent de cerner les questions que soulève la troisième d'entre elles, celle de forme dotée d'un caractère autonome...

4. - Curieusement, la distinction entre œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur et interprétation d'une œuvre artistique, littéraire ou musicale, n'entre jamais en ligne de compte dans les rares définitions proposées par la doctrine moderne (I). Pourtant des données juridiques, légales notamment, invitent selon nous à une telle prise en compte, fut-elle négative (II). L'intérêt, certes, est essentiellement théorique. Mais une base juridique saine a toujours été une garantie contre des formulations et des motivations malheureuses, pour ne pas dire vicieuses...

I. - Non prise en considération, en droit positif, de l'incidence de la distinction œuvre-interprétation sur la définition de la notion proprement dite d'œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur

Après avoir examiné la doctrine (A), il faudra se pencher sur la question de son fondement (B).

(1) Selon ce texte il est dit, notamment, que la loi protège "toutes les œuvres de l'esprit".

(2) Tout au plus en est-il donné une liste, non exhaustive, à l'article L. 112-2 CPI (ancien article 3 de la loi du 11 mars 1957).

(3) Cf. à ce propos O. Laligant, "Droit d'auteur", cours de DEA : 1985-1994 (inédit) et, pour des applications particulières, "Problématique de la protection du parfum par le droit d'auteur", *Revue de la Recherche Juridique, Droit Prospectif*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1989-3, p. 587 et s., ainsi que "Des œuvres aux marches du droit d'auteur : les œuvres de l'esprit perceptibles par l'odorat, le goût et le toucher", *Revue de la Recherche Juridique, Droit Prospectif*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1992-2, p. 97 et s.

(4) En d'autres termes, où doivent être précisées les conditions qui, au plan de l'œuvre, régissent la mise en jeu du droit d'auteur.

(5) Voir à ce propos Y. Cherpillod, "L'objet du droit d'auteur", éd. Cédidac, 1985, n° 191 à 234, p. 111 à 242 (notamment, n° 191 à 204, p. 111 à 117, et n° 213 à 218, p. 125 à 131) ainsi que, tout particulièrement, A. et H.-J. Lucas, "Traité de la propriété littéraire et artistique", éd. Litec, 1994, n° 39 à 141, p. 61 à 147.

(6) C'est-à-dire, rappelons-le, indépendamment des caractéristiques (telle l'originalité, par exemple) que celle-ci doit en outre posséder pour être effectivement protégée.

(7) Cf. ci-dessus les références citées en note 3.

A) Lorsqu'on veut essayer de définir la notion proprement dite d'œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur, peut-on juridiquement soutenir que cette définition est subordonnée à la réunion de deux conditions seulement : d'abord qu'il y ait réalisation, c'est-à-dire que l'œuvre soit le résultat d'une activité mentale fabricatrice... ensuite que cette réalisation soit une réalisation de formes, les "idées" prises en elles-mêmes (8) étant en effet traditionnellement considérées comme hors du champ d'application du droit d'auteur (9) ?

A considérer la doctrine, ou moins celle qui s'est attachée au dégagement d'une définition de "l'œuvre", objet du droit d'auteur, il semble qu'une réponse positive s'impose, étant toutefois souligné que les définitions proposées sont toutes formulées au plan de l'œuvre protégée (10), et non au plan de l'œuvre protégeable (11). Ainsi pour M. Yvon Cherpillod, celui qui a sans conteste poussé le plus loin l'étude de l'objet du droit d'auteur, la notion d'œuvre protégeable n'a "pas d'autre signification que celle du résultat d'une activité humaine (...) et appartenant au domaine littéraire ou artistique" (12). De même, pour le professeur P.-Y. Gautier, y a-t-il œuvre au sens du droit d'auteur dès qu'existe un "effort (...) de l'esprit humain conduisant à une production intellectuelle (...) la rattachant d'une quelconque façon à l'ordre des Beaux-Arts" (13). Certes, dans les deux cas, il n'y a pas référence expresse à l'exigence de forme. Mais cette référence est implicite, ces auteurs contestant, non pas bien évidemment la protection de la forme par le droit d'auteur, mais la détermination de l'objet du droit d'auteur par le moyen de la distinction forme-idée (14).

B) La loi du 11 mars 1957 semble d'ailleurs venir elle-même à l'appui de l'opinion selon laquelle il faut entendre par œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur toute réalisation de formes procédant, au moins pour partie, de l'activité mentale de celui qui s'en prétend l'auteur, puisqu'elle affirme dans son article 2, devenu l'article L. 112-1 CPI, que ses dispositions protègent "toutes" les œuvres de l'esprit (15).

(8) C'est-à-dire indépendamment de la forme dont elles ont été revêtues.

(9) Contra Y. Cherpillod, notamment, qui soutient que la protection offerte par le droit d'auteur devrait être étendue aux "idées" puisqu'elle le serait déjà parfois (op. cit., n° 153 à 190, p. 92 à 108, et en particulier n° 173 à 175, ainsi que notes 324 et 325), extension qu'il conviendrait selon lui de compenser toutefois par l'institution d'une exception dans le cas où les "idées", se trouvant intégrées à une autre création, n'en formeraient qu'un élément secondaire (op. cit. n° 235 à 285, p. 143 à 181). Pour une approche quelque peu différente, mais non sans points communs, voir également P.-Y. Gautier, "Propriété littéraire et artistique", P.U.F. 1^o édition 1991, n° 26 à 30, p. 46 à 53.

(10) Cf. ci-dessus, n° 2.

(11) Ibid.

(12) Y. Cherpillod, op. cit., n° 204 in fine, p. 117. Étant formulée au plan de l'œuvre protégée, comme nous l'avons souligné, la définition complète est la suivante : "la notion d'œuvre protégée n'a donc généralement pas d'autre signification que celle de résultat d'une activité humaine, envisagée d'un point de vue immatériel, porteur d'une certaine originalité, et appartenant au domaine littéraire ou artistique". Pour ce qui est de la notion d'appartenance au domaine littéraire et artistique, Y. Cherpillod en fait un examen approfondi un peu plus loin (op. cit., n° 205 à 212, p. 118 à 125), auquel il suffit de renvoyer puisque la question est étrangère à notre propos, sauf à préciser toutefois que les termes "littéraire" et "artistique" n'impliquent nullement, pour Y. Cherpillod, un caractère esthétique.

(13) P.-Y. Gautier, op. cit., n° 34, p. 57-58. Étant formulée au plan de l'œuvre protégée, comme nous l'avons souligné, la définition complète est la suivante : "tout effort d'innovation de l'esprit humain, conduisant à une production intellectuelle, qui peut tendre vers un but pratique, mais doit comporter un minimum d'effet esthétique, la rattachant d'une quelconque façon à l'ordre des Beaux-Arts". Il s'agit bien, on le voit, d'une définition de l'œuvre protégée comme le montrent les références à l'originalité (innovation), la destination (but pratique), le caractère esthétique.

Pour ce qui est de l'exigence d'un caractère esthétique, on peut souligner que le Professeur Gautier est d'un avis différent de celui de Cherpillod, ainsi d'ailleurs que de l'ensemble de la doctrine et de la jurisprudence française, mais la question étant étrangère à notre propos il n'y a pas à en débattre ici.

(14) Cf. ci-dessus, note 9.

(15) Aux termes de l'article L.112-1 CPI, il est dit textuellement que "les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination".

II. - Données juridiques invitant à prendre en compte, dans la définition de la notion proprement dite d'œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur, l'exclusion des interprétations d'œuvres artistiques, littéraires et musicales

Après avoir analysé la tentation d'assimiler œuvre et interprétation et le refus, en définitive, d'une telle assimilation (A), il faudra essayer d'en dégager la portée véritable (B).

A) Observons en premier lieu que définir l'œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur comme une réalisation de formes procédant d'une activité de l'esprit conduit logiquement à y inclure les interprétations d'œuvres artistiques, littéraires et musicales. Ceci, en outre, semble de prime abord naturel puisque la loi du 11 mars 1957 reste malgré tout, de l'avis de beaucoup, une loi concernant au premier chef les œuvres artistiques, littéraires et musicales au sens habituel de ces termes (16). Et c'est d'ailleurs ce que certains représentants de la doctrine moderne, dont Robert Badinter notamment (17), ont pensé en soutenant que l'interprétation d'une œuvre artistique littéraire ou musicale était une "œuvre" au sens du droit d'auteur, car il s'agit indiscutablement d'une réalisation d'ordre esthétique et donc, à ce titre, particulièrement digne des sollicitudes du législateur de 1957, d'autant que de nos jours la notoriété des interprètes éclipse souvent celle des auteurs eux-mêmes (18). Et, en conséquence, il a été affirmé par cette fraction de la doctrine que l'interprète devait se voir reconnaître la qualité d'auteur d'œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur et, de ce fait, devait pouvoir prétendre à la protection offerte par la loi du 11 mars 1957... Et la Cour de cassation, dans un arrêt Furtwaengler, a semblé abonder dans le même sens lorsqu'elle a affirmé que l'interprète jouit d'un droit "sur l'œuvre que constitue son interprétation" (19).

(16) En ce sens, voir par exemple, P.-Y. Gautier, op. cit., n° 34, p. 57-58.

(17) R. Badinter, "Le droit de l'artiste sur son interprétation : l'arrêt Furtwaengler", J.C.P. 1964.I.1844 (n° 2, notamment).

(18) Comme l'a bien souligné Alain Pâris, "qui aurait pu penser il y a une centaine d'années, que l'interprète occuperait la place qui est la sienne actuellement" (A. Pâris, "Dictionnaire des interprètes et de l'interprétation musicale", éd. Laffont, 1989, p. 3) ? A de rares exceptions près, l'interprète était encore au XIX^{ème} siècle l'obscur serviteur du compositeur ou de l'écrivain, et son nom était relégué en caractères minuscules en bas d'affiche. Avec le XX^{ème} siècle, tout change : l'interprète devient une figure sociale, souvent de premier plan, et son nom fait de plus en plus oublier celui de l'auteur de l'œuvre. De nos jours, en effet, "on ne va plus au concert écouter la Symphonie Héroïque, on va applaudir tel grand chef, tel grand soliste" (Ibid., p. 3). Parallèlement les données des rapports entre l'interprète et son public sont bouleversées : les moyens de reproduction et la facilité des déplacements le font connaître du plus grand nombre et, de leur côté, les maîtres du "show business" font tout pour le transformer en vedette à part entière. La notoriété de certains interprètes "est telle que la paternité des chefs-d'œuvre s'en trouve modifiée : tour à tour l'Héroïque appartient à Furtwaengler, Böhm ou Karajan ; un chef et un metteur en scène se partageant Faust ou Carmen ! (Ibid.) Pourtant cette situation, choquante a priori, a des aspects positifs, c'est grâce à une série d'interprètes prestigieuses que, dans les vingt années qui ont suivi la dernière guerre, un genre entier, l'opéra a été ressuscité, que le monde a cessé d'être sourd à l'art lyrique, qu'aujourd'hui "le temps du chant est retrouvé" (A. Tubœuf, "Le Chant retrouvé", éd. Fayard, 1979, p. 18). Dans le domaine de la musique non lyrique, l'interprète entraîne le public vers des répertoires méconnus ou même vers la musique moderne, et il sollicite ainsi les compositeurs qui trouvent en lui un moyen providentiel pour garder le contact avec le public de leur temps (A. Pâris, op. cit., p. 4). Par ailleurs, jusqu'à l'apparition du disque, l'apport de l'interprète ne survivait pas, alors qu'aujourd'hui, les choses ayant changé, s'ouvrent des champs d'investigations nouveaux : celui du rôle, inchangé d'ailleurs, de l'interprète, qui est un rôle de re-création artistique ; celui de l'évolution des conceptions de ce rôle ; celui enfin de l'influence de l'interprétation sur la création artistique elle-même. A cela, on peut ajouter que, dans le domaine de la chanson et du cinéma, notamment, l'interprète tire derrière lui un public de "fans" qui ne viendraient peut-être pas à la musique, voire à la littérature (par le biais du cinéma ou de la télévision), en d'autres circonstances !

(19) Cass. civ. 4 janvier 1964, J.C.P. 1964.II.13712 ; D. 1964, 321, note Pluyette ; Rev. trim. dr. com. 1964, obs. Desbois, p. 320.

Mais, il faut y prendre garde, l'expression est ambiguë... Et d'ailleurs, conformément à la jurisprudence et à la doctrine dominantes (20), elle n'a pas été reprise par les rédacteurs de la loi du 3 juillet 1985 qui parlent, soit d'interprétation, soit de prestation, mais pas d'œuvre... Au demeurant l'institution par la loi du 3 juillet 1985 d'une réglementation particulière pour les "artistes-interprètes" pose d'une manière irréfutable qu'une interprétation d'œuvre artistique, littéraire ou musicale n'est pas une œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur puisque, précisément, elle n'est pas protégeable au titre du droit d'auteur, mais au titre d'une législation voisine du droit d'auteur, dont il est expressément précisé, qui plus est, qu'elle ne peut porter atteinte aux droits des auteurs, en ce sens qu'aucune disposition de cette réglementation particulière "ne doit être interprétée de manière à limiter l'exercice du droit d'auteur par ses titulaires" (21).

B) Ce qui invite à réfléchir sur ce qui oppose ces deux sortes de réalisations (22), puisqu'indiscutablement il y a réalisation dans les deux cas... A cet égard, viennent à l'esprit les questions suivantes...

a) Peut-on penser que la différence entre œuvre au sens du droit d'auteur et interprétation d'une œuvre artistique, littéraire et musicale ait sa source dans le fait que l'œuvre préexiste à l'interprétation ? Certainement pas, car les œuvres composites (23), c'est-à-dire les œuvres dans lesquelles est incorporée une œuvre préexistante, comme c'est notamment le cas pour les anthologies, les traductions, les adaptations, qui sont toutes des œuvres dérivées d'une œuvre antérieure, sont considérées comme des œuvres de l'esprit au sens du droit d'auteur ainsi que l'affirme l'article L. 112-3 CPI (24).

(20) Sous l'empire des lois de 1791 et 1793, quelques décisions avaient déjà écarté les interprétations du champ d'application de la propriété littéraire et artistique (voir not. Trib. civ. de la Seine, 23 juillet 1902, G.P. 1903-1-520 ; Trib. civ. de la Seine 23 avril 1937, S. 1938.2.57 ; Paris 24 décembre 1940, J.C.P. 1941.II.1649) au motif que l'interprète n'a pas participé à l'élaboration de l'œuvre et que son interprétation ne constitue pas une œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur (voir surtout Paris 24 décembre 1940, préc.).

Contre l'assimilation des notions d'œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur et d'interprétation d'œuvres artistiques, littéraires et musicales, voir not. en doctrine H. Desbois, note sous Paris 24 décembre 1940, préc. ; R. Lindon, concl. Paris 13 février 1957, affaire Furtwaengler, R.I.D.A., Octobre 1957, p. 150-151 ; H. Desbois, "Les droits des acteurs et des artistes sur leur interprétation", D. 1964, Chron. XXXV, p. 247 et s.

Sous l'empire de la loi du 11 mars 1957, voir not. en jurisprudence Paris, 30 novembre 1974, R.I.D.A., avril 1975, p. 195 ; Cass. civ. 15 mars 1977, R.I.D.A., juillet 1977, p. 141 (dans cette décision, la Cour de cassation, abandonnant le terme d'œuvre parle d'interprétation : "attendu qu'après avoir rappelé à bon droit que les interprètes des œuvres ne sont pas protégés par la loi du 11 mars 1957 et justement admis que cependant, en vertu du droit commun, ces artistes sont fondés à s'opposer à ce que leur interprétation..." ; déc. préc., p. 142) ; Cass. civ. 25 janvier 1984, R.I.D.A., juillet 1984, p. 148 (dans cette décision, il faut noter le réemploi malheureux du terme "œuvre" au lieu de celui d'interprétation : "les artistes exécutants et interprètes qui ont cédé tous leurs droits aux producteurs ne peuvent faire valoir pour la protection de leur œuvre..." ; déc. préc., p. 149).

(21) Article 15 alinéa 1 de la loi du 3 juillet 1985, devenu l'article L. 211-1 CPI.

(22) Le terme "création" aurait été assurément plus "parlant", mais en raison de son ambiguïté, nous avons préféré ne pas l'employer. En effet, le terme "création" même pris comme ici au sens de résultat de l'action de créer, est ambigu, puisque pris au premier degré il désigne seulement le résultat du processus par lequel une chose a reçu l'existence et que, pris au second degré, il désigne le résultat du processus par lequel a été promue à l'existence une chose telle qu'on puisse la considérer comme nouvelle, originale, c'est-à-dire désigne le résultat d'un processus radicalement différent dans son essence, du processus de simple fabrication, de simple réalisation.

(23) Aux termes de l'article L. 113-2 alinéa 2 CPI, ancien article 9 alinéa 2 de la loi du 11 mars 1957, "est dite œuvre composite, l'œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante, sans la collaboration de l'auteur de cette dernière".

(24) Aux termes de ce texte, ancien article 4 de la loi du 11 mars 1957, "les auteurs de traductions, d'adaptations, transformations ou arrangements des œuvres de l'esprit jouissent de la protection instituée par le présent code sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale. Il en est de même des

b) Peut-on alors penser que la différence entre interprétation et œuvre réside dans le fait que l'interprétation est subordonnée à l'œuvre à interpréter, en ce sens qu'elle doit la respecter (25) ? Pas véritablement, car il existe au sein des œuvres composites une catégorie d'œuvres qui, par nature, doivent respecter l'œuvre préexistante et qui, par le fait même, sont étroitement subordonnées à celle-ci... En effet, les anthologies, variété d'œuvres composites, se caractérisent par le fait que la part de "réalisation" de l'auteur de l'anthologie ne peut exister qu'au niveau du plan, et non pas au niveau du contenu même des passages choisis, puisque l'auteur de l'anthologie, s'il est libre du plan de celle-ci, ne peut modifier les extraits qui composent l'anthologie...

c) En définitive, est-ce que l'opposition entre œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur et interprétation d'une œuvre artistique, littéraire ou musicale, au sens habituel de ces termes, ne résiderait pas, essentiellement (26), dans le fait que l'interprétation ne peut avoir une figure autre que celle de l'œuvre, objet de l'interprétation, et cela parce qu'elle est, par essence, indissociable de l'œuvre interprétée ? Ces points étant précisés (1°), il faudra en mesurer les incidences (2°).

1°) Si l'on compare l'interprétation et l'œuvre composite (qu'il s'agisse d'une anthologie, d'une traduction ou d'une adaptation), il n'est pas niable que l'œuvre composite constitue toujours "une autre œuvre", car, par hypothèse même, elle a subi, à des degrés variables selon sa nature, une métamorphose telle qu'elle se trouve dotée d'une figure particulière, d'un visage singulier : l'anthologie diffère des œuvres présentées par sa structure... la traduction diffère de l'œuvre traduite par les vocables et les tournures de phrases, aussi fidèles soient-ils à l'esprit de la forme originelle... l'adaptation diffère de l'œuvre adaptée, dans le cas par exemple de la transposition d'un roman à l'écran, par un découpage propre, des dialogues spécifiques, pour ne rien dire de la matérialisation des lieux et des personnages... A l'inverse, l'interprétation ne diffère pas dans sa constitution de l'œuvre interprétée : elle n'est jamais une "autre œuvre", mais la même œuvre dans la vision qu'en a

auteurs d'anthologies ou recueils d'œuvres diverses qui, par le choix et la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles" !

(25) Moins juridiquement, mais plus exactement d'un point de vue ontologique, l'interprétation doit avoir une double fin. Elle doit tout d'abord tendre à servir l'œuvre, voire à instaurer un "mieux-entendre" (André Tubœuf, "Le chant retrouvé", éd. Fayard, 1979, p. 14) ou un mieux-voir. Elle doit ensuite redonner la vie à l'œuvre, et pour cela réussir à concilier le pareil et le différent... En effet, ainsi que l'a souligné Yehudi Menuhin, l'un de ceux qui a le mieux parlé des exigences et des spécificités de l'interprétation, il faut interpréter l'œuvre d'une façon telle qu'elle apparaisse égale à elle-même, tout en veillant à recréer suffisamment de la spontanéité originelle "pour qu'on y reconnaisse l'élan vital qui permet à l'interprétation d'être chaque fois nouvelle" (Y. Menuhin, "Variations sans thème", éd. Buchet-Chastel, 1980, p. 98).

Dans l'élaboration même de l'interprétation, Menuhin distingue d'ailleurs trois stades : d'abord celui de "l'exagération de toutes les distorsions possibles" (par distorsion, il entend les forces impulsives, immédiates et spontanées inhérentes à tout processus créateur ou re-créateur, qui ne "sont pas autre chose que la manifestation du changement continu qui est la vie), ensuite celui de "leur réduction", enfin celui de "la synthèse et l'assimilation totale de toutes les déviations" (Ibid., p. 97).

(26) On a encore fait valoir qu'accorder aux interprètes le bénéfice de la propriété littéraire et artistique compromettrait le prestige des auteurs... entraînerait pour ceux-ci un préjudice pécuniaire... rendrait plus difficile encore le respect de la règle de l'unanimité dans les cas où celle-ci est exigée (voir not. à ce propos note H. Desbois, sous Paris 24 décembre 1940, J.C.P. 1941.II.1649 et concl. R. Lindon pour Paris 13 février 1957, affaire Furtwaengler, R.I.D.A., octobre 1957 p. 144). Mais ces raisons ne sont guère convaincantes puisqu'elles auraient pu tout aussi bien être invoquées à propos des œuvres émanant de plusieurs auteurs, où la situation est voisine, et qu'elles n'ont pas été suffisantes pour empêcher l'institution du régime particulier qui gouverne cette catégorie d'œuvre, et notamment les œuvres de collaboration.

l'interprète, puisqu'interpréter c'est essentiellement rendre vivant le message d'un auteur à des sensibilités actuelles : celles de l'interprète et celles de son public (27).

Et la raison ? Eh bien, elle est selon nous que l'interprétation, en dépit de la singularité dont elle peut être dotée, fait corps avec l'œuvre interprétée d'une manière telle qu'elle n'en est jamais dissociable... En d'autres termes, l'interprétation d'une œuvre artistique, littéraire ou musicale, au sens usuel de ces mots, est immanente (28) à l'œuvre interprétée, ou plus précisément encore du point de vue juridique la forme de l'interprétation est immanente à la forme de l'œuvre, objet de l'interprétation, puisqu'en droit d'auteur c'est de forme, et de forme seulement, qu'il s'agit ! Que la forme de l'interprétation soit immanente à la forme de l'œuvre artistique, littéraire ou musicale interprétée n'a d'ailleurs, au plan de l'esthétique, rien d'étonnant puisque la forme en esthétique doit être distinguée de la forme-contours, c'est-à-dire de la figure géométrique, concrète, qui limite l'objet dans l'espace (29). En effet, toute personne quelque peu versée en esthétique sait bien que, par exemple, la forme sonore est affectée par l'instrument et par l'instrumentiste... Ainsi le même morceau joué sur deux violons différents n'aura pas la même forme, pas plus d'ailleurs que le même morceau joué en des moments différents par le même artiste sur le même violon n'aura la même forme... Pareillement, et bien évidemment, le même morceau de violon joué sur deux violons différents par deux artistes n'aura pas la même forme dans les deux cas... Et cela, parce que, chaque fois, ni le violon, ni le violoniste, ne vibrent pas de la même façon !

2°) Ainsi l'esthétique, qui est "la science des formes" (30), nous suggère-t-elle qu'au sein de la multiplicité des formes, il est intellectuellement possible de distinguer celles qui ont un caractère autonome - telles les formes des œuvres musicales (31), littéraires (32) et artistiques (33) au sens du droit d'auteur, ainsi que le montre bien l'exemple des œuvres composites - et celles qui ne possèdent pas ce caractère autonome - telles les formes prises par ces mêmes œuvres lorsqu'en raison de leur nature, elles peuvent faire l'objet d'une interprétation (34) puisque l'interprétation étant immanente à l'œuvre interprétée, la forme de l'interprétation est alors indissociable, inséparable, de la forme de l'œuvre, objet de l'interprétation.

Là est, selon nous, la raison profonde de l'impossibilité de considérer l'interprétation d'une œuvre artistique, littéraire ou musicale, au sens habituel de ces

(27) Le contraire étant simple "archéologie"...

(28) Le terme "immanent" étant pris ici au sens premier, étymologique, c'est-à-dire au sens de ce qui reste intérieur à l'être considéré et ne peut en être séparé, ou si l'on préfère de ce qui est contenu dans la nature d'un être (cf. Encyclopédie Philosophique Universelle, Les Notions Philosophiques : Dictionnaire, P.U.F., Tome I, Immanence, p. 1239).

(29) Cf. not. à ce sujet Étienne Souriau, "Vocabulaire d'Esthétique", P.U.F., 1990, p. 760-761.

(30) Sur cette conception de l'esthétique, voir not. Étienne Souriau, "L'avenir de l'esthétique, Essai sur l'objet d'une science naissante", éd. Alcan, 1929, p. 11 et s.

(31) Tel est le cas de toutes les œuvres musicales lorsqu'elles sont mises sur partition.

(32) Tel est le cas de toutes les œuvres littéraires, et tout particulièrement des œuvres théâtrales, en manuscrit ou éditées en vue de la vente en librairie.

(33) Tel est le cas de toutes les œuvres artistiques quelles qu'elles soient, c'est-à-dire qu'elles puissent ou non faire l'objet d'une interprétation... Ainsi, en esthétique, le même tableau (œuvre picturale insusceptible d'interprétation) considéré par le même observateur, sous des angles différents, des éclairages différents, dans des ambiances différentes, voire avec des encadrements différents, présentera, en chacun de ces cas, une forme picturale différente, bien que l'objet matériel que constitue le tableau soit resté strictement le même. Et cela sans que l'objectivité des observations ait à en souffrir, chaque cas constituant en effet un ensemble de formes susceptible d'être étudié de façon objective.

(34) En effet, si une œuvre chorégraphique, œuvre à n'en pas douter artistique, peut faire l'objet d'une interprétation, il n'en va pas de même, évidemment, pour ces œuvres artistiques que sont les œuvres de peinture, de sculpture, d'architecture, etc...

termes (35), comme une œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur. Mais, alors, il en résulte que la notion proprement dite d'œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur, c'est-à-dire considérée en soi, n'est nullement subordonnée à deux conditions - qu'il y ait une réalisation et que celle-ci soit une réalisation de formes - mais à trois conditions, puisque n'entrent pas en ligne de compte toutes les formes, mais seulement celles qui, étant dissociables, sont susceptibles d'avoir une existence propre, indépendante, en d'autres termes qui, étant séparables, sont dotées d'un caractère d'autonomie...

5. - Mais s'il est juridiquement justifié de soutenir que pour qu'il y ait œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur, il faut que l'on soit en présence de quelque chose réalisé grâce à une opération mentale fabricatrice... que ce quelque chose relève du domaine des formes... et plus précisément encore d'une catégorie de formes, celle des formes séparables, autrement dit des formes dotées d'un caractère autonome, il est alors possible de proposer de définir l'œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur, considérée en soi, comme "une réalisation de formes, procédant de l'activité mentale fabricatrice de l'homme et relevant du domaine des formes de type séparable", ou si l'on préfère "du domaine des formes dotées d'un caractère autonome".

Une fois cerné, ontologiquement et juridiquement, ce qu'est l'œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur (36), c'est-à-dire l'œuvre protégeable, il devient alors envisageable de préciser les caractéristiques (37) que doit en outre posséder cette œuvre protégeable pour être effectivement protégée (38). Mais c'est là une toute autre histoire...

(35) Et aussi au sens de la loi du 3 juillet 1985, c'est-à-dire au sens des articles L. 212-1 à L. 212-10 CPI !

(36) Cette définition de l'œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur, considérée en soi, demanderait trois séries de développements qui, n'entrant pas dans le cadre de cet article, seront juste évoquées.

Tout d'abord, la définition englobe des œuvres de nature opposée, à savoir celles appartenant au domaine de l'art (œuvres littéraires, œuvres musicales et œuvres artistiques proprement dites) et celles n'appartenant pas au monde de l'art (toutes les autres), encore qu'il existe des œuvres mixtes, telles par exemple les œuvres relevant des arts appliqués.

Ensuite, dans la mesure où l'on conserve les expressions "œuvres littéraires", "œuvres musicales" et "œuvres artistiques", comme peut y inviter la loi du 11 mars 1957, pour ne pas parler des conventions internationales, il est évident que ces expressions ne peuvent être entendues au sens courant, ainsi que le montre bien l'énumération donnée à l'article 3 de cette loi, devenu l'article L. 112-2 CPI, et qu'elles doivent en conséquence être redéfinies.

Enfin dans l'énumération de l'article L. 112-2 CPI (ancien article 3, loi de 1957) ne sont citées que des œuvres perceptibles par la vue et l'ouïe. Mais la présence dans ce même texte de l'adverbe "notamment" invite à affirmer que doivent y être ajoutées les œuvres perceptibles par l'odorat, le goût et le toucher, même si celles-ci restent encore aux portes du droit d'auteur (cf. à ce sujet notre article "Des œuvres aux marches du droit d'auteur s les œuvres de l'esprit perceptibles par l'odorat, le goût et le toucher", Revue de la Recherche Juridique, Droit prospectif, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1992-2, p. 97 et s.

(37) Telle, par exemple, l'originalité.

(38) En d'autres termes, d'envisager de préciser les conditions qui, au plan de l'œuvre, régissent la mise en jeu du droit d'auteur.

L'INTERVENTION DE L'ÉTAT, FAIT JUSTIFICATIF EN DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE

Par

Odile de DAVID-BEAUREGARD-BERTHIER
Docteur en droit

Le directeur général de la concurrence au sein de la Commission des Communautés européennes le rappelait récemment : "La politique de concurrence communautaire a été depuis la création du Marché commun un instrument important d'intégration du Marché européen" (1).

Or, les périodes de crise économique constituent un environnement particulièrement favorable au développement de l'interventionnisme étatique, susceptible de porter atteinte au processus d'intégration communautaire en créant des distorsions artificielles de concurrence entre États membres. Le risque de voir les objectifs du traité de Rome ainsi mis en péril n'a pas échappé aux auteurs du traité, qui ont prévu de nombreuses dispositions pour y répondre : dispositions relatives au libre commerce (articles 9 à 36), à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services (articles 52 à 66), au contrôle des aides étatiques (article 92 à 94), à l'aménagement des monopoles d'État (article 37), et enfin au droit de la concurrence (articles 85 et 86 en particulier).

Mais le traité de Rome ne contient aucune disposition prohibant directement des législations qui auraient pour seul but de soustraire certaines entreprises aux règles de concurrence du traité : les articles 85 et 86, relatifs respectivement aux ententes et aux abus de position dominante, ne s'adressent pas aux États, mais seulement aux-entreprises ou groupes d'entreprises. Il est toutefois acquis depuis 1977 (2) que les États membres, en vertu de l'article 3f) du traité, qui prévoit

(1) C.D. Ehlermann, "Politique actuelle de la Commission en matière de concurrence", communication présentée au colloque Europe et Société sur le thème Une politique de concurrence, moyen d'une politique industrielle dans un marché intégré, Paris, 15 et 16 juin 1993, publiée à la Rev. Marché commun, n° 371, septembre-octobre 1993, p. 699.

(2) CJCE, 16 novembre 1977, aff. n° 13/77, Inno c. ATAB, Rec. p. 2115 (attendus 31 et 33) ; voir aussi, plus récemment : CJCE, 30 avril 1986, aff. n° 209 à 213/84, Ministère public c. Asjès, Rec. p. 1425 ; CJCE, 1er octobre 1987, aff. n° 315/85, VVR, Rec. p. 4789 ; CJCE, 21 septembre 1988, aff. n° 267/86, Pascal Van Eycke c. ASPA, Rec. p. 4769 ; CJCE, 24 janvier 1991, aff. n° C.339/89, Alsthom Atlantique

l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le Marché commun, combiné avec l'article 5, dont l'alinéa 2 précise que les États ne peuvent prendre de mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des objectifs du traité, ont l'obligation de respecter l'effet utile des articles 85 et 86. Les instances communautaires font donc une application indirecte, ou application "oblique", des articles 85 et 86 aux États.

Cette question des réglementations étatiques anticoncurrentielles a été l'objet de nombreuses analyses, surtout depuis 1984, date à compter de laquelle la Cour de justice des Communautés européennes a abordé le problème de front (3).

En revanche, le deuxième aspect de la question a été beaucoup moins étudié par la doctrine : partant de la constatation qu'il est fort tentant, pour les entreprises auxquelles une violation des articles 85 ou 86 est reprochée, d'imputer cette violation aux États en invoquant les mesures auxquelles ils les ont soumises, il nous a semblé utile de rechercher de manière plus approfondie si et à quelles conditions les instances communautaires reconnaissent en pratique un effet justificatif à de telles mesures étatiques.

Seul le cas des entreprises privées nous intéressera ici. Nous laisserons de côté le cas particulier dans lequel se trouve l'État en tant qu'entrepreneur face au droit de la concurrence : du fait que l'État entretient avec les entreprises publiques (4) des relations très étroites, les possibilités de pression qui lui sont offertes sont beaucoup plus importantes qu'en ce qui concerne les entreprises privées. L'autorité étatique peut en effet, par le biais de discussions avec les dirigeants de ces entreprises, de conseils, de recommandations, d'octrois conditionnés de crédits, de contrôle de leur activité, orienter la politique de l'entreprise dans le sens souhaité.

Il reste que, s'agissant d'activités d'entreprises menées par l'État, le même phénomène (par exemple, la pratique d'un prix donné), peut être appréhendé sous deux angles différents : en tant qu'activité d'entreprise d'une part, et, le cas échéant, en tant qu'obligation découlant d'un texte de droit public d'autre part. Selon Monsieur Marengo (5), les règles de concurrence devraient toujours pouvoir s'appliquer à l'aspect "activité d'entreprise", que l'auteur du texte de droit public coïncide ou non avec l'organisme qui offre le bien ou le service en question. Quant à l'aspect "obligation publique", il peut fonder une responsabilité (supplémentaire) de l'État, lorsque celui-ci impose à l'entreprise une pratique interdite par les règles de concurrence communautaires (6). Par conséquent, l'intervention de l'État ne semble

c. Compagnie de construction mécanique Sulzer, Rec. p. I.120 ; CJCE, 28 février 1991, aff. n° C.332/91, *Marchandise e.a.*, Rec. p. I.1027.

(3) Voir notamment J.-B. Blaise, "Droit de la concurrence", *Rev. trim. dr. eur.* 1985, p. 559 ; G. Marengo, "Le Traité CEE interdit-il aux États de restreindre la concurrence ?", *Cah. dr. eur.* 1986, p. 285 ; R. Joliet, "Réglementations étatiques anticoncurrentielles et droit communautaire", *Cah. dr. eur.* 1988, p. 363. De manière plus générale, l'on pourra se référer par exemple à l'important ouvrage de Messieurs I. Van Bael et J.-F. Bellis, *Droit de la concurrence de la Communauté économique européenne*, Bruylant, Bruxelles, 1991, ainsi qu'au Code européen de la concurrence, récemment publié chez Dalloz (1993), avec les annotations de R. Kovar.

(4) La définition de l'entreprise publique a été précisée par la directive n° 80/723 de la Commission, du 25 juin 1980, relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques, adoptée sur la base de l'article 90 du traité : par entreprise publique, on entend toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer, directement ou indirectement, une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent (voir Directive n° 80/723 du 25 juin 1980, 2ème partie, "Règles applicables aux aides d'État"). Voir aussi CJCE, 11 avril 1989, aff. n° 66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen*, Rec. p. 803, D. 1990, SC, p. 91, obs. Cartou, *Rev. trim. dr. com.* 1989, p. 336, obs. du Pontavice, *Cah. dr. eur.* 1990, p. 620, note Defalque.

(5) G. Marengo, *op. cit.*, p. 300.

(6) Voir par exemple CJCE, 6 juillet 1982, aff. n° 188 à 190/80, *France, République italienne et Royaume-Uni c. Commission*, Rec. p. 2545, *Rev. trim. dr. com.* 1983, p. 638, note Bazex ; CJCE, 10 décembre 1991, aff. n° C.179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova Spa et Siderurgica Gabrielli Spa*, Rec. p. I.5889, JD1 1992, p. 477, obs. Hermitte.

pas susceptible de constituer un fait justificatif en faveur d'une entreprise publique coupable de pratiques anticoncurrentielles (7).

Quant aux entreprises privées qui prétendraient avoir été amenées à la mise en oeuvre de telles pratiques par l'action de l'État, nous nous efforcerons de montrer de quelle façon les instances communautaires prennent en considération le degré d'autonomie de leur volonté face à l'intervention publique, pour déterminer l'étendue de leur responsabilité au regard des règles de concurrence communautaires.

I - L'INTERVENTION DE L'ÉTAT, CAUSE D'ATTÉNUATION DE LA RESPONSABILITÉ DES ENTREPRISES PRIVÉES

La Cour de justice s'est prononcée à plusieurs reprises sur la question de savoir si et dans quelle mesure des interventions de l'État, quelles qu'elles soient, sur le marché, sont susceptibles d'entraîner l'inapplication du droit communautaire de la concurrence. Elle a conclu que les entreprises doivent de toute façon, en règle générale, respecter l'interdiction des ententes dans les domaines où elles conservent une marge de manoeuvre non négligeable ; cette prise de position rejoint la politique de la Commission en ce domaine, clairement résumée par Monsieur Waelbroeck : "the traditional Commission doctrine on this subject is that if the Government intervention has a mandatory character, and leaves no room for evasion, it can constitute an excuse under Articles 85 and 86 ; if, on the contrary, the intervention is in the form of a recommendation, of a wish, it is not an excuse" (8).

Nous nous efforcerons donc de dresser une typologie des différentes hypothèses susceptibles de se présenter devant les instances communautaires, en fonction de l'importance croissante de l'intervention publique.

A - Les pratiques restrictives de concurrence développées sur la base de mesures étatiques

Deux hypothèses se présentent ici, soit que l'entreprise exploite les possibilités offertes par une mesure étatique, soit qu'elle l'incorpore dans un accord conclu avec d'autres entreprises.

a) L'entreprise qui exploite les possibilités offertes par une mesure étatique

Dans une telle situation, l'entreprise utilise les réglementations nationales de façon à créer ou accroître un effet anticoncurrentiel. Se pose ici la question de savoir si le sujet de droit a la possibilité de tirer toutes les conséquences d'une mesure

(7) En ce sens, voir G. Pappalardo, "Measures of the States and rules of competition of the EEC Treaty", Annual Proceedings of Fordham Corporate Law Institute, 1985, p. 515, note 32. Dans un arrêt récent, (CJCE, 13 décembre 1991, aff. n° C.18/88, RTT et SA GB-INNO-BM, Rec. p. I.5941), la Cour a estimé que l'extension, par une mesure étatique, d'une position dominante d'une entreprise publique, constitue une violation de l'article 90 en liaison avec l'article 86 lorsque cette extension ne peut être regardée comme justifiée par une mission de service public d'intérêt économique général au sens de l'article 90 paragraphe 2 ; sur cet arrêt, voir les observations de C. Esteva Mosso, in "La compatibilité des monopoles de droit du secteur des télécommunications avec les normes de concurrence du traité CEE", Cah. dr. eur. 1993, p. 445, et spécialement p. 462 et suivantes. De manière plus générale, voir notamment P.-P. Van Gehuchten, "La notion d'entreprise publique selon la doctrine et la jurisprudence de la Cour et la fonction de l'article 90 du traité CEE", in Interventions publiques et droit communautaire, sous la direction de Jacqueline Dutheil de la Rochère et Jacques Vandamme, Ed. A. Pédone, Paris, 1988, p. 112 et suivantes ; L.M. Pais Antunes, "L'article 90 du traité CEE. Obligations des États membres et pouvoirs de la Commission", Rev. trim. dr. eur. 1991, p. 187.

(8) M. Waelbroeck, "The extent to which Government interference can constitute Justification under Articles 85 or 86 of the Treaty of Rome", International Business Lawyer, 1980, vol. 8, p. 113.

étatique même si celles-ci n'entrent pas dans le cadre des objectifs de l'auteur de la mesure.

C'est la mise en oeuvre des législations nationales relatives aux droits intellectuels qui a fourni à la Commission et à la Cour l'occasion de faire connaître leur position à ce sujet.

Les relations entre le fabricant allemand Grundig et son distributeur en France, la firme Consten, étaient basées sur deux éléments fondamentaux : d'une part, Grundig s'était engagé à fournir exclusivement Consten en produits destinés à la zone fixée dans le contrat ; d'autre part, Consten avait déposé en France la marque GINT apposée par Grundig sur tous ses produits.

La Commission estima (9) que le dépôt de la marque GINT par Consten était fondé sur un accord entre parties en vue de protéger le marché du distributeur ; elle releva, comme justification de sa conclusion, que la marque GINT était déposée par Grundig en Allemagne et par les divers distributeurs exclusifs dans les autres pays, et que cette marque faisait double emploi avec la marque Grundig et était dès lors inutile. Dès l'origine, la position de la Commission fut donc de considérer un accord entre entreprises visant à assurer la mise en oeuvre des droits intellectuels comme susceptible d'engager la responsabilité de ces entreprises : si les conditions d'application de l'article 85 paragraphe 1 sont remplies, il importe peu que les parties fassent usage des possibilités offertes par la législation nationale ; l'accord est interdit.

La Cour de justice rejeta pour la plus grande partie les recours des entreprises concernées (10) : les entreprises restent donc pleinement soumises aux interdictions de l'article 85 lorsqu'elles font usage de mesures étatiques dans le cadre d'ententes afin de restreindre la concurrence.

La Cour a eu l'occasion d'étendre cette jurisprudence à d'autres types de législation que celles relatives aux droits intellectuels.

Ainsi, dans l'affaire Béguelin (11), elle condamna l'usage d'une législation nationale contre la concurrence déloyale qui, couplée avec un accord d'exclusivité, permettait à un importateur de cloisonner le marché de manière absolue.

De même, l'affaire Dassonville (12) posait la question de la validité d'un accord de distribution exclusive lorsqu'une législation nationale sur les certificats d'origine, dont la violation peut justifier une constitution de partie civile par le distributeur, rend difficiles les importations parallèles. En réalité, la question posée par le Tribunal de première instance de Bruxelles débordait le cadre factuel de l'affaire, comme nous le verrons plus loin. La réponse de la Cour, négative quant à une éventuelle violation de l'article 85, eût été sans doute d'autant plus justifiée si elle s'était limitée aux faits de l'affaire : il nous semble en effet que le fait qu'un accord de distribution exclusive puisse créer, dans le chef du distributeur, l'intérêt justifiant une constitution de partie civile devant les tribunaux nationaux ne permet pas de conclure que l'exercice de la législation nationale est l'objet, le moyen ou la conséquence d'une entente.

Deux conséquences nous paraissent découler de l'ensemble de cette jurisprudence. Tout d'abord, les entreprises voient leurs possibilités d'utilisation des législations nationales limitées. En effet, l'usage des possibilités offertes par ces législations les expose à une violation des articles 85 et 86 du traité CEE, dès lors que cet usage est l'objet, le moyen ou la conséquence d'une entente ou d'un abus de position dominante. Dans l'état actuel du droit communautaire, cette doctrine semble

(9) Décision du 23 septembre 1964, J.O.C.E. n° 161 du 20 octobre 1964, p. 2545.

(10) CJCE, 13 juillet 1966, aff. n° 56 et 58/64, Grundig-Consten, Rec. p. 429 et 497.

(11) CJCE, 25 novembre 1971, aff. n° 22/71, Béguelin, Rec. p. 949.

(12) CJCE, 11 juillet 1974, aff. n° 7/74, Dassonville, Rec. p. 837.

cause d'insécurité juridique, dans la mesure où il s'avère difficile de déterminer de façon certaine si tel ou tel usage est ou non prohibé par les règles de concurrence communautaires.

b) L'incorporation d'une mesure étatique dans un accord entre entreprises

Dans cette hypothèse, il ne s'agit plus d'entreprises qui parviennent à établir un système restrictif de concurrence par le biais d'un usage particulier de dispositions de leur droit national, mais d'entreprises qui reprennent telles quelles les mesures étatiques et les introduisent dans un accord.

Les problèmes que posait l'affaire Dassonville eu égard à l'article 85 du Traité CEE ont été examinés plus haut ; il nous faut maintenant évoquer le problème plus général soulevé par le Tribunal belge dans sa question préjudicielle, quant à la validité d'un accord d'exclusivité "lorsque l'accord autorise seulement ou ne s'oppose pas à l'utilisation de cette réglementation par l'importateur exclusif pour empêcher les importations parallèles".

La Cour, reprenant la position qu'elle avait soutenue dans les affaires Grundig-Consten et Béguelin, rappela que pour apprécier la validité d'un accord, "il convient de prendre en considération non seulement les droits et obligations découlant des clauses de l'accord, mais encore le contexte économique et juridique au sein duquel il se situe" (attendu 13). Elle limita cependant la portée de sa jurisprudence en précisant plus loin (attendu 15) : "toutefois, le fait qu'un accord se borne à autoriser l'utilisation d'une telle réglementation nationale ou ne s'y oppose pas, ne suffit pas, à lui seul, à rendre l'accord nul de plein droit".

Ainsi que le soulignait l'avocat général dans ses conclusions, le caractère pénal de la législation la rendant applicable en dehors de toute initiative privée a pour effet que l'atteinte portée à la liberté de concurrence découle essentiellement et directement de la législation nationale elle-même. Et il semble indiscutable qu'un accord qui ne s'oppose pas à la mise en oeuvre d'une législation nationale ne saurait être pour cela contraire à l'article 85 : les entreprises n'ont pas le devoir de corriger les effets anticoncurrentiels du système législatif des États.

En ce qui concerne un accord autorisant l'utilisation d'une réglementation nationale, la question paraît moins simple.

Certains auteurs, tout en approuvant l'arrêt Dassonville, n'ont pas manqué de souligner que l'existence de l'accord rendait "plus précaire la position de l'outsider en butte non seulement à une action pénale mais encore à une action civile (ou plutôt à une constitution de partie civile) de la part des distributeurs exclusifs" (13).

L'argument ne nous semble pas convaincant, ni pour le cas d'espèce, ni sur le plan des principes. D'une part, nous savons qu'il n'existait pas d'accords entre le fabricant et le distributeur visant la constitution de partie civile par ce dernier ; la loi n'était pas reprise, ni même mentionnée. D'autre part, il n'était pas nécessaire d'être partie à un quelconque accord pour se constituer partie civile, tout distributeur lésé ayant cette possibilité.

Selon Monsieur Vandencastele (14), si l'arrêt Dassonville doit être approuvé, il n'en reste pas moins que son affirmation est peut-être trop générale, ce qui amène l'auteur à proposer une distinction entre deux situations :

(13) A. Tummers et M. Carpay-Herve, "L'arrêt relatif aux certificats scotch Whisky", Rev. dr. intel., 1974, p. 297 et 307.

(14) A. Vandencastele, "Libre concurrence et intervention des États dans la vie économique", Cah. dr. eur. 1979, p. 558-559.

- Si l'accord autorise l'utilisation d'une disposition pénale (et donc la constitution de partie civile), sans contenir toutefois aucune obligation ou aucun incitant à se constituer partie civile, il n'a pas d'effet restrictif en lui-même : il s'agit dans ce cas d'un simple rappel de dispositions légales, or nul n'est censé ignorer la loi (15).

- Si l'accord en cause ou une pratique concertée oblige les parties à assurer la mise en oeuvre de la législation par le biais de constitutions de partie civile ou de plaintes auprès du Parquet, la situation est différente. Monsieur Vandencastele montre en effet que toute entente visant à rendre l'usage d'une telle possibilité obligatoire semble bien aggraver la restriction de concurrence qui peut découler d'une réglementation nationale, car rien ne permet d'affirmer que le ministère public poursuivra une infraction déterminée à défaut de constitution de partie civile. Ceci est d'autant plus vrai lorsque, comme dans l'affaire Dassonville, l'atteinte portée à l'intérêt public apparaît minime, voire inexistante (16).

Quoi qu'il en soit, il reste que l'entreprise qui exploite les possibilités offertes par une mesure étatique ou qui l'incorpore dans un accord avec d'autres entreprises, avec pour résultat une restriction indubitable de concurrence, voit sa responsabilité pleinement engagée au regard des règles de concurrence communautaires. Les pratiques restrictives de concurrence développées sur la base de mesures étatiques se trouvant donc sanctionnées par la Cour de justice, il nous faut à présent aborder les hypothèses dans lesquelles l'État joue un rôle plus actif dans la réalisation d'une infraction aux articles 85 ou 86 du traité CEE.

B - Les pratiques restrictives de concurrence influencées par une action de l'État

Il s'agit plus précisément des pratiques facilitées, encouragées ou approuvées par l'État. Nous envisagerons dans un premier temps la situation des entreprises auxquelles l'État accorde des droits spéciaux ou exclusifs, avant de nous pencher sur le cas particulier des organismes investis par l'autorité publique de certains pouvoirs. Dans ces deux hypothèses, la question qui se pose est de savoir en quoi la restriction de la liberté d'action de l'entreprise ou de l'organisme qui découle de ses rapports privilégiés avec l'État peut justifier une limitation de sa responsabilité.

a) L'entreprise bénéficiaire de droits spéciaux ou exclusifs

Les entreprises bénéficiaires de droits spéciaux ou exclusifs sont des entreprises qui n'entrent pas dans la catégorie des entreprises publiques, mais auxquelles on a octroyé certains privilèges pour développer des fonctions considérées comme importantes par les gouvernements (17). Quant à l'identification des droits

(15) Dans l'affaire Van Ameyde contre UCI (CJCE, 9 juin 1977, aff. n° 90/76, Rec. p. 1091), que nous détaillerons plus loin, la Cour a affirmé la compatibilité de la législation nationale avec le droit communautaire, et par conséquent la légalité de l'attitude d'UCI respectant cette législation ; il ne fait cependant guère de doute que même au cas où la législation eût été considérée comme contraire au traité, l'attitude d'UCI n'eût point constitué une violation de l'article 85. De même, dans l'affaire Fedetab, sur laquelle nous reviendrons également, la Commission releva que "par lettre du 7 janvier 1971, Fedetab informa la société GB que les fabricants de cigarettes avaient décidé à l'unanimité de respecter scrupuleusement la loi sur la T.V.A." (décision Mestdagh-Huyghebaert, Fedetab, 20 juillet 1978, J.O.C.E. n° L. 224, du 15 août 1978, paragraphe 36) ; mais la Commission ne retint pas cette pratique parmi les accords et décisions tombant sous le coup de l'article 85 paragraphe 1 (voir les paragraphes 81 à 93 de la décision).

(16) Le whisky, même s'il n'avait pas de certificat d'origine valable, n'en était pas moins écossais !

(17) En ce sens, voir D.G. Goyder, *EEC Competition Law*, Clarendon Press, Oxford, 1988, p. 366-371 ; C. Esteva Mosso, *op. cit.*, p. 447-448.

spéciaux ou exclusifs en cause, la doctrine a souvent donné l'exemple des concessions de service public dont bénéficient certaines entreprises privées des États membres (18). Il a été également souligné que ces droits spéciaux ou exclusifs traduisent le plus souvent une situation de monopole au profit de l'entreprise considérée (19), ce qui ne signifie pas pour autant que les droits spéciaux ou exclusifs doivent nécessairement aboutir à une telle situation ; on peut en effet estimer que l'objectif des auteurs de l'article 90 paragraphe 1 du traité, qui vise "les entreprises auxquelles [les États] accordent des droits spéciaux ou exclusifs", a été d'utiliser une expression susceptible de recouvrir, de la manière la plus large possible, l'ensemble des entreprises se trouvant dans une situation de dépendance vis-à-vis des pouvoirs publics (20).

Toujours est-il que les instances communautaires ont souligné, à plusieurs reprises, que les règles de concurrence, et en particulier l'interdiction de l'article 86, s'appliquent également aux entreprises bénéficiaires de droits spéciaux ou exclusifs.

Dans l'affaire Sacchi par exemple, la Cour de justice a déclaré que "(...) rien dans le traité ne s'oppose à ce que les États membres, pour des considérations d'intérêt public, de nature non économique, soustraient les émissions de radio-télévision, y compris les émissions par câble, au jeu de la concurrence, en conférant le droit exclusif d'y procéder à un ou plusieurs établissements ; que cependant, pour l'exécution de leur mission, ces établissements restent soumis aux interdictions de discrimination (...)" (21).

Mais l'affaire General Motors Continental est encore plus significative de notre point de vue. L'État belge avait chargé à titre exclusif les entreprises constructrices de véhicules automobiles et leurs mandataires de la délivrance de certificats de conformité. Dans sa décision (22), la Commission avait reproché à GM d'abuser de sa position dominante en demandant un prix excessif pour une telle prestation de service. La Cour annula cette décision pour défaut d'abus de la part de la société (23), mais l'examen auquel elle se livra impliquait nécessairement qu'elle considérait la responsabilité de l'entreprise susceptible d'être engagée. L'avocat général Mayras avait d'ailleurs précisé dans ses conclusions que GM était pleinement responsable de la manière dont elle avait usé de son exclusivité, ajoutant qu'il était sans importance que ladite exclusivité, constitutive de position dominante, trouve son origine dans la législation nationale.

C'est l'arrêt GB-INNO-BM contre ATAB qui a fourni l'occasion à la Cour de prendre clairement position sur le problème qui nous intéresse, en répondant à la première question posée par la Cour de cassation belge, que "l'article 86 du traité CEE interdit l'exploitation abusive par une ou plusieurs entreprises d'une position

(18) Voir notamment R. Joliet, qui a étudié en particulier les "beliehene unternehmen" du droit allemand, in "Contribution à l'étude du régime des entreprises publiques dans la CEE", *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1965, n° 1, p. 73.

(19) Voir C.A. Colliard, "Le régime des entreprises publiques", in *Les Nouvelles*, Bruxelles, 1969, p. 858. Par exemple, une entreprise portuaire qui bénéficie de l'exclusivité de l'organisation des opérations portuaires pour le compte de tiers ou de l'exclusivité de l'exécution des opérations portuaires doit être considérée comme investie par l'État de droits exclusifs au sens de l'article 90 paragraphe 1 du traité CEE (CJCE, 10 décembre 1991, aff. n° C.179/90, *Merci Conventionali Porto di Genova c. Siderurgica Gabrielli*, déjà cité).

(20) En ce sens, voir L.M. Pais Antunes (op. cit., p. 193), qui explique que "c'est en effet l'existence d'un acte des pouvoirs publics accordant à une ou plusieurs entreprises déterminées, au détriment de toute autre entreprise également qualifiée, ou de toutes les entreprises en général, certains droits, qui constitue la condition fondamentale pour que de tels droits puissent être considérés comme exclusifs ou spéciaux".

(21) CJCE, 30 avril 1974, aff. n° 155/73, *Sacchi*, Rec. p. 409, concl. G. Reischl (attendu 14).

(22) Décision du 19 décembre 1974, J.O.C.E. n° L. 29 du 3 février 1975, p. 14.

(23) CJCE, 13 novembre 1975, aff. n° 26/75, *General Motors Continental*, Rec. p. 1367.

dominante, même si un tel abus est favorisé par une disposition législative nationale" (24).

La position des instances communautaires a été depuis lors confirmée à de nombreuses reprises, que ce soit par la Commission (25), ou par la Cour de justice (26).

b) Les mesures prises par un organisme investi par l'autorité publique de certains pouvoirs

Nous sommes là dans une situation où les liens entre l'opérateur économique et l'État sont encore plus étroits que dans l'hypothèse précédente. Et les interrogations que soulève une telle situation sont quelque peu différentes, puisqu'il s'agit avant tout de déterminer si un tel organisme peut ou non être considéré comme une entreprise soumise aux articles 85 et 86.

Dans la décision Pabst-Richard contre BNIA (27), la Commission a énoncé le principe selon lequel un organisme investi par l'autorité publique de certains pouvoirs, lorsqu'il agit en dehors des tâches qui lui ont été ainsi confiées et ne participe donc plus à l'exercice des dits pouvoirs, est une entreprise soumise aux règles de concurrence. Toute la difficulté est donc d'établir la frontière entre les deux types d'activités.

Dans l'affaire des "semences de maïs", se posait la question de la nature exacte de l'Institut national de recherche agronomique (INRA). La Commission releva qu'il s'agissait d'un "établissement public national à caractère administratif" (28). Sa mission est l'élaboration et le développement de la production végétale ; placé sous l'autorité du ministre de l'Agriculture, il ne peut exploiter commercialement ses découvertes. Or, l'accord de licence que cet institut avait conclu avec une entreprise allemande fut considéré comme un accord entre entreprises au sens de l'article 85, sans qu'aucune justification ne soutienne une telle affirmation...

(24) CJCE, 16 novembre 1977, aff. n° 13/77, GB-INNO-BM c. ATAB, Rec. p. 2115.

(25) Voir par exemple la décision "Zinc", du 6 août 1984, J.O.C.E. n° L. 220 du 17 août 1984, p. 27 ("le fait que des autorités des États membres aient connaissance d'accords de prix et qu'elles y participent ou les approuvent ne saurait soustraire ces accords à l'application des règles de concurrence du traité CEE"); dans le même sens, voir les décisions "Aluminium", du 19 décembre 1984, J.O.C.E. n° L. 92 du 30 mars 1985, p. 1 ; "Assurance-incendie", du 5 décembre 1984, J.O.C.E. n° L. 35 du 7 février 1985, p. 20 ; "Treillis soudés", du 2 août 1989, J.O.C.E. n° L. 260 du 6 septembre 1989, n° 178, JCP 1990, II, N°21430, chron. de jurisprudence communautaire par Boutard-Labarde et Vogel ; voir également M.-A. Hermitte, "Droit de la concurrence. Les décisions de la Commission des Communautés européennes", D. 1990, chron., p. 277 et suivantes.

(26) Voir par exemple CJCE, 20 mars 1985, aff. n° 41/83, République italienne c. Commission, Rec. p. 873 ; CJCE, 3 octobre 1985, aff. n° 311/84, CBEM Télé-marketing c. Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion et Information publicité Benelux, Rec. p. 3261 : "le fait que l'absence de concurrence ou la limitation de celle-ci sur le marché en cause est créée ou favorisée par des dispositions législatives ou réglementaires n'exclut nullement l'application de l'article 86" (attendu 16) ; CJCE, 4 mai 1988, aff. n° 30/87, Bodson c. Pompes funèbres, Rec. p. 2479 : le fait, pour une entreprise bénéficiaire en exclusivité des services de pompes funèbres dans une commune, de pratiquer des prix très élevés imposés par son contrat avec la commune, constitue un abus de position dominante au sens de l'article 86 du traité CEE ; CJCE, 13 décembre 1991, aff. n° C.18/88, RTT c. GB-INNO-BM : la RTT détenait le monopole belge d'établissement et d'exploitation du réseau public de télécommunications, avec le droit exclusif de fournir et d'agréer les appareils téléphoniques ; la Cour a rappelé sa jurisprudence constante selon laquelle constitue un abus au sens de l'article 86 le fait, pour une entreprise détenant une position dominante sur un marché donné, de se réserver, sans nécessité objective, une activité auxiliaire qui pourrait être exercée par une entreprise tierce ; mais comme l'activité auxiliaire d'importation, de commercialisation, de raccordement, de mise en service et d'entretien des appareils téléphoniques lui avait été accordée par le moyen d'une mesure étatique qui a mis la RTT "dans une situation dans laquelle cette entreprise ne pouvait pas se placer elle-même par des comportements autonomes sans violer les dispositions de l'article 86", la Cour a fait une application de l'article 86 en relation avec l'article 90.

(27) Décision du 26 juillet 1976, J.O.C.E. n° L. 231 du 21 août 1976.

(28) Décision du 21 septembre 1978, J.O.C.E. n° L. 286 du 12 octobre 1978, p. 23.

Si la Commission semble prête à soutenir une application extensive de l'article 85 du traité CEE, même à l'égard d'organismes dont l'indépendance vis-à-vis de l'État est limitée, voire illusoire, quelle est la position de la Cour de justice ?

A l'occasion de l'affaire IGAV contre ENCC, après avoir rappelé les dispositions du traité applicables aux actes des États membres qui portent atteinte au régime de concurrence, la Cour précisa que "les activités d'un organisme de caractère public, même autonome, si tant est que ses interventions ont lieu dans l'intérêt public et sont dépourvues de caractère commercial, relèvent des dispositions citées et non des articles 85 et 86" (29).

Une première interprétation conclura de ce passage que, pour qu'il y ait application de l'article 85 à un organisme de caractère public, une simple autonomie de celui-ci ne suffit pas : encore faut-il qu'il n'agisse pas dans l'intérêt public et que son activité revête un caractère commercial.

La seconde interprétation conduira à l'affirmation que l'existence d'une autonomie de l'organisme est sans pertinence aucune : les seuls critères à retenir seraient le caractère commercial et l'absence d'intérêt public ; pratiquement, cela aboutirait à sanctionner toute activité d'un organisme public qui ne serait pas justifiée par l'intérêt public et aurait un caractère commercial.

C'est semble-t-il cette seconde interprétation que l'on retrouve dans la jurisprudence ultérieure de la Cour de justice à l'égard des mesures prises par un organisme investi par l'autorité publique de certains pouvoirs.

Le cas du Bureau national interprofessionnel du Cognac (BNIC) a été soulevé à deux reprises devant la Cour, à quelque deux ans d'intervalle (30). Comme son nom l'indique, le BNIC est une organisation interprofessionnelle qui couvre le secteur des vins et eaux-de-vie dans la région de Cognac ; il s'agit là d'une création étatique, qui remonte à l'époque du régime de Vichy ; sa composition et son fonctionnement sont régis par un ensemble de textes législatifs et réglementaires. Se retrouvent principalement en son sein, sous la présidence d'une personne nommée par le ministre compétent, un certain nombre de délégués des viticulteurs, d'une part, et des négociants et bouilleurs de profession, d'autre part. Ces délégués, nommés par le ministre parmi des listes de candidats présentées par les organisations professionnelles intéressées, sont regroupés en deux "familles" qui peuvent conclure des accords.

L'autorité administrative compétente est, aux termes de la loi du 10 juillet 1975 relative à l'organisation interprofessionnelle agricole, habilitée à étendre ces accords "lorsqu'ils tendent à favoriser (...) la mise en oeuvre, sous le contrôle de l'État, de règles de mise en marché, de prix et de conditions de paiement (...)". Et lorsque l'extension est décidée, les mesures prévues sont obligatoires dans la zone de production intéressée pour tous les membres des professions en question (article 2 alinéa 3 de la loi).

Dans l'affaire BNIC contre Clair, un négociant était poursuivi pour non-respect d'un arrêté d'extension portant fixation de prix minima d'achat d'eaux-de-vie utilisées pour la production du cognac. Dans l'affaire BNIC contre Aubert, c'était pour avoir dépassé son quota de production qu'un négociant était attaqué par le BNIC. Il semble bien que dans les deux cas, les opérateurs économiques en question n'appartenaient pas aux organisations professionnelles ayant présenté des candidats aux postes de délégués, responsables de la négociation et de la conclusion des accords : ils étaient donc extérieurs à ceux-ci. La juridiction de renvoi était la même dans les

(29) CJCE, 18 juin 1975, aff. n° 94/74, IGAV c. ENCC, Rec. p. 699, attendu 35.

(30) CJCE, 30 janvier 1985, aff. n° 123/83, BNIC c. Clair, Rec. p. 391 ; CJCE, 3 décembre 1987, aff. n° 136/86, BNIC c. Aubert, Rec. p. 4789.

affaires : dans l'affaire Clair, elle avait centré ses questions sur la légalité de l'accord lui-même, alors que dans l'affaire Aubert, elle s'était attachée au contenu de la mesure, sans faire référence à la nature conventionnelle ou réglementaire de celle-ci.

Les enseignements de ces deux arrêts peuvent être regroupés autour de trois questions essentielles, le caractère anticoncurrentiel des mesures ne faisant aucun doute.

La première question était celle de l'existence ou non d'une concertation au sens de l'article 85 paragraphe 1. Sur ce point, le BNIC faisait état, à l'appui d'une proposition de réponse négative, de son origine, de la façon dont ses membres étaient nommés, et des règles régissant son fonctionnement. Il soutenait que les délégués de la viticulture et du négoce exerçaient un mandat conféré par le ministre, qu'ils n'engageaient pas les entreprises auxquelles ils pouvaient appartenir, et que lui-même n'avait finalement qu'un rôle de concertation et de proposition vis-à-vis des pouvoirs publics : seule l'intervention de ceux-ci conférait aux accords entre les familles un caractère obligatoire. En bref, selon le BNIC, l'accord entre les familles n'entraînait pas dans le champ d'application de l'article 85 paragraphe 1, et l'arrêté d'extension étant une mesure étatique, il échappait à toute règle du traité.

A cette argumentation, la Cour répondit simplement que les délégués doivent être regardés comme représentant leurs organisations lors de la négociation et de la conclusion des accords ; que la circonstance que les familles de viticulteurs et de négociants se réunissent au sein d'un organisme public n'a pas pour effet de soustraire leurs accords à l'application de l'article 85 ; et enfin qu'un accord fixant un prix minimal pour un produit, accord qui est transmis à l'autorité publique, en vue d'être entériné et rendu obligatoire pour l'ensemble des opérateurs économiques intervenant sur le marché en question, a pour objet de fausser le jeu de la concurrence sur ledit marché.

La question suivante était naturellement de savoir si cette concertation continuait à constituer une infraction à l'article 85 paragraphe 1, même après que les mesures sur lesquelles elle portait eurent été rendues obligatoires par un arrêté d'extension. A cet égard, la réponse de la Cour est également positive (31).

Enfin, il était important de déterminer si l'arrêté d'extension lui-même était compatible avec l'obligation qu'ont les États membres de respecter l'effet utile de l'article 85. Du point de vue pratique, c'était probablement là une question décisive : d'une part, la période qui s'écoule entre la conclusion de l'accord et l'adoption de l'arrêté d'extension peut être très courte ; d'autre part et surtout, de nombreuses entreprises n'étant pas membres des organisations professionnelles représentées au sein du BNIC, il est très probable que sans arrêté d'extension, les accords n'auraient même pas pu être mis en oeuvre effectivement.

Dans l'arrêt Aubert, la Cour a tranché dans le sens de l'incompatibilité de l'arrêté d'extension avec l'article 5 du traité CEE. Cette conclusion n'a rien de surprenant : elle s'inscrit logiquement dans le cadre de la politique jurisprudentielle de la Cour quant à l'application oblique des articles 85 et 86 aux États membres.

La position de la Cour de justice vis-à-vis des organismes investis de certains pouvoirs par les autorités publiques s'est trouvée récemment confirmée dans l'arrêt Höfner (32). Saisie à titre préjudiciel par un tribunal allemand de l'interprétation des articles 86 et 90 du traité CEE, la Cour a déclaré qu'un office public pour l'emploi, bénéficiant d'un monopole de placement, peut être qualifié d'entreprise au sens des

(31) "Quant à l'intervention d'un acte de l'autorité publique, destiné à conférer un effet obligatoire à cet accord vis-à-vis de l'ensemble des opérateurs économiques concernés, même s'ils n'ont pas été partie à l'accord, elle ne saurait avoir pour effet de soustraire celui-ci à l'application de l'article 85 paragraphe 1 (...)"

(32) CJCE, 23 avril 1991, aff. n° C.41/90, Klaus Höfner et Fritz Elser c. Macrotron, Rec. p. I.1979.

articles 85 et 86, l'activité de placement constituant une activité économique. Ce sont donc et l'article 86, et l'article 90 paragraphe 1 qui sont enfreints lorsque l'entreprise investie de droits exclusifs est amenée, par le simple exercice de ces derniers, à exploiter sa position de manière abusive, ou lorsque ces droits exclusifs sont susceptibles de créer une situation dans laquelle l'entreprise est amenée à commettre des abus (33).

Mais c'est probablement l'attendu 40 de l'arrêt rendu par la Cour de justice dans l'affaire VBVB et VBBB contre Commission (34) qui résume le mieux la politique suivie par les instances communautaires à l'égard des pratiques restrictives de concurrence influencées par une action de l'État : "Des pratiques législatives ou judiciaires nationales, à supposer même qu'elles soient communes à tous les États membres, ne sauraient s'imposer dans l'application des règles de concurrence du traité. Il en est ainsi, à plus forte raison, pour ce qui concerne des pratiques d'entreprises privées, même tolérées ou approuvées par l'autorité publique d'un État membre".

Que l'on se trouve face à une entreprise bénéficiaire de droits spéciaux ou exclusifs ou face à un organisme investi par l'autorité publique de certains pouvoirs, l'intervention de l'État sera donc tout au plus "prise en considération" par la Cour de justice dans son appréciation de la responsabilité de l'entreprise ou de l'organisme en question au regard du droit communautaire de la concurrence : les instances communautaires en tiendront compte pour la fixation des amendes, susceptibles d'atténuation en cas d'autorisation des pratiques anticoncurrentielles par les autorités nationales, par exemple (35).

L'infraction commise par l'entreprise n'en sera pas supprimée pour autant, ce qui pourra justifier le cas échéant un cumul de responsabilités : responsabilité de l'entreprise au regard des dispositions des articles 85 ou 86, et responsabilité de l'État au regard des dispositions de l'article 90 paragraphe 1 ou des dispositions combinées des articles 3 f), 5, et 85 ou 86 (36).

Dans ces conditions, on peut se demander à quelles conditions les interventions des autorités nationales sur l'activité des opérateurs économiques peuvent constituer une véritable cause d'exonération pour ces derniers.

II - L'INTERVENTION DE L'ÉTAT, CAUSE D'EXONÉRATION DE LA RESPONSABILITÉ DES ENTREPRISES PRIVÉES

Dans notre examen de la prise en considération du degré d'autonomie de la volonté de l'entreprise face à l'intervention publique, il nous reste à envisager notre dernière hypothèse, celle des pratiques restrictives de concurrence imposées par l'intervention publique, avant de dresser le bilan de la jurisprudence communautaire.

(33) De telles pratiques abusives peuvent consister dans le fait d'imposer au demandeur des services en question des prix ou d'autres conditions non équitables, ou encore dans le fait d'appliquer aux partenaires commerciaux des conditions inégales pour des prestations équivalentes.

(34) CJCE, 17 janvier 1984, aff. n° 43 et 63/82, VBVB et VBBB c. Commission, Rec. p. 19.

(35) En ce sens, voir notamment la décision de la Commission dans l'affaire des "treillis soudés", déjà citée.

(36) Voir en particulier CJCE, 21 septembre 1988, aff. n° 267/86, Van Eycke c. ASPA, Rec. p. 4769 : une réglementation ne peut être regardée comme visant à renforcer l'effet d'ententes préexistantes, que si elle se borne à reprendre totalement ou partiellement à son compte les éléments des accords intervenus entre opérateurs économiques tout en obligeant ou incitant ces opérateurs à en assurer le respect.

A - Les pratiques restrictives de concurrence imposées par l'intervention de l'État

Cette hypothèse recouvre en réalité au moins deux situations voisines mais néanmoins distinctes, soit que l'État impose directement à l'entreprise un comportement anticoncurrentiel, soit qu'une réglementation étatique vienne annihiler toute possibilité de concurrence résiduelle.

a) L'entreprise à laquelle l'État impose un comportement contraire aux règles de concurrence

Une telle situation ne s'est encore jamais présentée devant la Cour de justice, du moins à notre connaissance, mais il découle de l'ensemble de la jurisprudence précitée, que dans une telle hypothèse l'intervention de l'État constituerait une justification pour l'entreprise accusée de pratique anticoncurrentielle au regard du droit communautaire. Cette interprétation semble faire l'unanimité dans la doctrine (37).

La difficulté d'appréciation des situations tient à l'ambiguïté de l'attitude des États, qui, en effet, n'iront jamais en pratique jusqu'à ordonner explicitement à une entreprise de développer des pratiques directement contraires aux règles de concurrence du traité CEE ; les moyens de pression dont disposent les autorités étatiques sont beaucoup plus subtils, d'où, bien évidemment, un problème de preuve posé aux entreprises invoquant une telle intervention comme moyen de défense.

L'intervention des autorités gouvernementales a ainsi pu être discutée dans l'affaire Stichting Sigareten Industrie et autres contre Commission (38) : selon les requérantes, les pouvoirs publics néerlandais avaient exercé une influence décisive sur la formation des prix de vente et des marges des tabacs manufacturés. Dans certains cas, ils seraient même allés jusqu'à menacer "de prendre des mesures" si les agents économiques en cause ne se conformaient pas aux objectifs qui leur étaient assignés. La Commission estimait que rien ne permettait de considérer que les accords litigieux avaient été conclus "avec l'approbation ou à l'instigation de l'administration néerlandaise".

Pour sa part, l'avocat général Verloren van Themaat observait que si "l'administration néerlandaise est sûrement intervenue de façon intensive dans la politique des prix et des marges suivie par les requérantes (...), il ne ressort pas des documents produits par les requérantes que l'administration néerlandaise ait jamais insisté auprès de la SSI pour que les résultats de la concertation fassent l'objet d'accords contraignants entre les requérantes" (39).

De la même manière, dans ses conclusions sur le second arrêt du 10 décembre 1985 (40), Monsieur Verloren van Themaat s'exprimait comme suit : "l'influence

(37) On peut citer en particulier Messieurs Mégret, Louis, Vignes et Waelbroeck : "Si la coordination du comportement de plusieurs entreprises ne résulte pas d'un accord, exprès ou tacite entre elles, ou au moins de leur volonté de participer à l'exécution d'un plan commun, mais est imposée par l'autorité publique, il n'y a pas violation de l'article 85 paragraphe 1" (J. Mégret, J.-V. Louis, D. Vignes et M. Waelbroeck, Le droit de la Communauté économique européenne, tome 4, "Concurrence", Bruxelles, 1972, p. 10).

(38) CJCE, 10 décembre 1985, aff. n° 240 à 242, 262, 268 et 269/82, SSI et autres c. Commission, Rec. p. 3831.

(39) L'avocat général relevait de plus que l'administration néerlandaise niait avoir été informée de la teneur des accords conclus ; enfin, il soulignait que "pour ce qui est des accords reprochés aux requérantes en rapport avec les prix de vente aux consommateurs, toute insistance de l'administration pour que soient conclus des accords contraignants en la matière serait au surplus incompatible avec l'article 5 de la directive [n° 72/464 du Conseil, du 19 décembre 1972, relative aux impôts autres que les taxes sur le chiffre d'affaires frappant la consommation des tabacs manufacturés]. C'est pourquoi elle ne peut pas être présumée et les requérantes ne l'ont pas rendue plausible".

(40) CJCE, 10 décembre 1985, aff. n° 260/82, Nederlands Sigarenwinkeliers Organisatie, Rec. p. 3801.

des pouvoirs publics néerlandais sur l'accord litigieux sur les remises est reconnue par la Commission (...). La requérante n'a cependant pas pu établir à suffisance, ainsi que la Commission l'observe à bon droit, que l'administration néerlandaise a également insisté pour que soit conclu un accord collectif comportant les mesures actuellement en cause".

Selon Monsieur Kovar (41), ces considérations, tout comme celles de la Commission, "ne laissent pas de créer un certain malaise. Elles semblent, en effet, accréditer l'idée que l'"insistance" d'autorités étatiques pourrait constituer une cause d'exonération permettant d'écarter l'application des règles communautaires de concurrence".

La Cour de justice, quant à elle, fait montre d'une prudence rare, évitant d'aborder directement la question, en particulier dans l'arrêt SSI : "il n'est pas nécessaire d'examiner dans quelle mesure une pression ou une incitation des pouvoirs publics peut avoir pour effet de faire échapper des accords conclus par des entreprises à l'application de l'article 85 du traité. Il a été certes établi que les pouvoirs publics néerlandais ont mené avec les entreprises intéressées différentes concertations au cours desquelles ils ont tracé certains objectifs qu'ils souhaitaient voir atteints. Toutefois, il n'a pas été prouvé que les pouvoirs publics avaient indiqué que ces objectifs devaient être réalisés par la conclusion des accords anticoncurrentiels condamnés par la décision attaquée" (attendu 40).

La prudence de la Cour, génératrice d'incertitudes, peut sans doute être regrettée ici. Toutefois, un élément nouveau a été apporté plus récemment par le Tribunal de première instance. En effet, dans l'affaire Rendo et autres contre Commission (42), le Tribunal de première instance a eu l'occasion de déclarer que, lorsqu'une restriction illicite de concurrence provient à la fois de l'existence d'une législation nationale et d'un accord entre entreprises, l'examen doit d'abord porter sur cette législation, en utilisant la procédure en manquement, car l'accord n'a des effets pratiques "que dans la mesure où les restrictions qu'il prévoit dépassent celles qui découlent de la loi" (paragraphe 105). Et d'ajouter : "cela résulte notamment du fait que la Commission ne saurait obliger des entreprises, en vue de mettre fin à une infraction de l'article 85, à adopter un comportement contraire à une loi nationale, sans porter sur celle-ci une appréciation au regard du droit communautaire" (paragraphe 106).

Il s'agit là d'une mise au point bienvenue, qui va semble-t-il dans le sens d'un rééquilibrage dans l'appréciation faite par les instances communautaires de la part de responsabilité respective des États membres et des entreprises dans le cadre de pratiques contraires aux règles de concurrence communautaires.

Un dernier type d'intervention des autorités nationales, moins direct et donc moins visible, a pu être invoqué devant les instances communautaires.

b) L'absence de possibilité de concurrence résiduelle du fait d'une réglementation étatique

L'argument de la réduction des possibilités de concurrence du fait d'une réglementation étatique est utilisé pour aboutir à la conclusion que la concurrence que l'entreprise a pu limiter était peu importante, et donc la restriction imputable à l'entreprise, peu sensible.

(41) R. Kovar, "Droit communautaire de la concurrence et droit international", Cah. dr. eur. 1986, p. 144.

(42) TPI, 18 novembre 1992, aff. T.16/91, Rendo et autres c. Commission, Rec. p. II.2417. Voir également, sur cette affaire, les observations développées dans le XIIème rapport sur la politique de concurrence, Commission des Communautés européennes, 1992, p. 195-196.

Dans l'affaire "Sucre" (43), la Commission avait rejeté l'argument tiré par les parties de la situation particulière du marché italien : les parties avaient soutenu que les fournitures de sucre de producteurs étrangers aux producteurs italiens (et l'absence de vente directe aux consommateurs) s'expliquaient par le système d'adjudications instauré par les autorités italiennes. La Cour de justice, après avoir examiné la législation italienne, et tout en admettant que la législation communautaire à elle seule avait une influence non négligeable sur la concurrence, estima qu'"il n'en demeure pas moins qu'un domaine résiduel mais réel relève des règles de la concurrence" (44), et jugea le comportement des entreprises dans ce domaine résiduel contraire à l'article 85 du traité.

De même, dans l'affaire Fedetab, déjà évoquée, la Cour accepta de prendre en considération l'affirmation de la Fedetab selon laquelle, en raison de l'importance de la réglementation mise en place par le législateur belge dans le domaine du tabac, l'accord mis en cause ne pouvait restreindre la concurrence de manière sensible : "Il est donc nécessaire de considérer en premier lieu si (...) la réglementation belge et son application (...) ont pour effet, soit d'exclure, ainsi que le soutiennent les requérantes, la possibilité pour les fabricants et les importateurs de se faire concurrence de manière sensible en matière des marges à consentir au négoce, soit de mettre sérieusement en doute l'existence d'une telle possibilité" (attendu 126) (45).

Enfin, plus récemment, la Cour a répondu à une question préjudicielle relative à l'application de l'article 85 paragraphe 1 du traité CEE, à un contrat de fourniture de bière, qu'un tel contrat est interdit s'il est satisfait à deux conditions cumulatives : "il faut en premier lieu que, compte tenu du contexte économique et juridique du contrat litigieux, le marché national de la distribution de la bière dans des débits de boisson soit difficilement accessible pour des concurrents qui pourraient s'implanter sur ce marché ou qui pourraient y élargir leur part de marché (...). Il faut en deuxième lieu que le contrat litigieux contribue de manière significative à l'effet de blocage produit par l'ensemble [des contrats similaires qui produisent un effet cumulatif sur le jeu de la concurrence] dans leur contexte économique et juridique" (46).

Si la réduction de la possibilité de concurrence résiduelle du fait d'une réglementation étatique est donc officiellement prise en compte par les instances communautaires, on peut toutefois estimer que c'est exclusivement dans l'hypothèse extrême d'une absence totale de possibilité de concurrence résiduelle (et le cas ne s'est pas encore présenté devant les instances communautaires), que ladite réglementation étatique pourrait conférer l'immunité à l'entreprise mise en cause pour violation du droit communautaire de la concurrence.

A ce stade de notre étude, il nous reste à tenter de porter une appréciation sur l'ensemble de cette jurisprudence relative à la prise en considération de l'intervention de l'État en matière de mise en jeu de la responsabilité des entreprises sur la base des règles de concurrence communautaires.

(43) Décision Industrie européenne du sucre, 2 janvier 1975, J.O.C.E. n° L. 140 du 26 novembre 1975.

(44) CJCE, 16 décembre 1975, aff. n° 40 à 48, 54 à 56, 111, 113 et 114/73, Suiker unie et autres, Rec. p. 1663, attendu 24.

(45) L'affaire SSI précitée a été l'occasion d'un examen similaire, examen qui a également amené la Cour à conclure, en l'espèce, que "si la législation néerlandaise rend moins souple l'action des fabricants de tabacs manufacturés en ce qui concerne la concurrence par les prix, elle laisse tout de même aux fabricants des possibilités de créer un écart de prix entre leurs produits et ceux de leurs concurrents, soit en diminuant leurs prix, soit en les maintenant au même niveau alors que d'autres les augmentent" (attendu 29). Voir également CJCE, 20 mai 1987, Association nationale des travailleurs indépendants de la batellerie, Rec. p. 2201.

(46) CJCE, 28 février 1991, aff. n° C.234/89, Stergios Delimitis c. Henninger Brau AG, Rec. p. I.935, Rev. trim. dr. eur. 1991, p. 485, obs. R. Kovar.

B - Une jurisprudence qui limite sensiblement la possibilité d'invoquer une "state action defense"

Dans le cadre de l'application du traité CEE en matière de concurrence, quel est le bilan que l'on peut dresser des chances de succès, pour les entreprises privées accusées d'enfreindre l'article 85 ou 86 du traité CEE, lorsqu'elles invoquent une intervention de leurs autorités nationales comme moyen de défense ? C'est à cette question que nous voudrions tenter d'apporter une réponse, avant d'examiner la situation des entreprises privées aux États-Unis.

a) L'attitude réservée des instances communautaires

L'intervention de l'État est très souvent invoquée par les entreprises comme moyen de défense devant la Commission ou la Cour de justice. Mais force est de constater qu'en pratique, jusqu'à présent, les instances communautaires n'ont jamais exonéré de sa responsabilité une entreprise ayant voulu justifier son comportement anticoncurrentiel par une telle intervention. Et ce constat se vérifie quelle que soit l'importance de l'intervention des autorités nationales dans la réalisation de l'infraction, ou, en d'autres termes, quel que soit le degré d'autonomie réelle dont dispose l'entreprise vis-à-vis de l'État.

A cet égard, l'application des règles de concurrence communautaires constitue l'illustration la meilleure peut-être des statistiques tendant à montrer que les décisions de la Commission sont d'une manière générale rarement annulées par la Cour pour des raisons de fond (47)...

Par ailleurs, la mise en jeu des règles de concurrence se prête particulièrement bien à l'application d'un contrôle "in concreto" par les instances chargées de veiller à leur respect ; dans ce domaine plus que dans tout autre, il est tout à fait légitime, dans un souci d'équité et de bonne justice, d'appréhender les situations au cas par cas, avec un examen approfondi de toutes les données pertinentes relatives au marché en cause. Avec cette réserve toutefois que l'on peut trouver surprenant le résultat auquel on aboutit en pratique, à savoir le refus réitéré, jusqu'à présent du moins, d'exonérer une entreprise de sa responsabilité dans le cadre de l'application des articles 85 et 86, par la reconnaissance effective d'un effet pleinement justificatif aux interventions étatiques dont l'existence est pourtant parfois reconnue. Dans le meilleur des cas, répétons-le, l'entreprise pourra espérer obtenir une diminution de l'amende dont elle aurait été en principe passible...

L'examen du droit américain de la concurrence va nous montrer qu'il ne s'agit pas là d'une fatalité.

b) La notion d'acte d'État aux États-Unis

Une étude comparative de l'évolution du droit communautaire et du droit américain de la concurrence au cours des quinze ou vingt dernières années, menée par Monsieur Hawk (48), souligne la parenté de ces deux systèmes juridiques. Les Communautés européennes et les États-Unis affrontent de nombreux problèmes identiques, d'ordre économique comme juridique, telles que la définition du

(47) Voir M.-A. Hermitte, "Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes", JDI 1991, p. 475.

(48) B.E. Hawk, "La révolution antitrust américaine : une leçon pour la Communauté économique européenne ?", Rev. trim. dr. eur. 1989, p. 5. Voir également, de manière plus ciblée, G. Assant, "Antitrust intracorporate conspiracies : A comparative study of French, EEC and American laws", Rev. dr. aff. intern. 1989, p. 121.

comportement abusif et du comportement tendant à la monopolisation, et la définition d'un obstacle ou d'une restriction à la concurrence.

Sur le plan des textes, l'équivalent américain des règles communautaires de concurrence est le Sherman Act (49). Dans bien des cas, les Communautés européennes et les États-Unis ont abouti globalement aux mêmes réponses, par exemple en ce qui concerne les échanges d'informations horizontaux en matière de prix et de coût, et les critères d'appartenance à un groupe d'entreprises concurrentes. Mais de nombreuses autres questions de nature juridique ou économique ont reçu des réponses différentes, et ce, pour plusieurs raisons, au premier rang desquelles Monsieur Hawk place les objectifs politiques différents : en particulier, "l'objectif de base des Communautés qu'est l'intégration du marché a pour résultat des règles plus sévères sur le plan des restrictions territoriales verticales qu'en droit américain" (50).

En ce qui concerne l'influence que peut avoir une intervention étatique sur la responsabilité des entreprises reconnues coupables de pratiques anticoncurrentielles, c'est à la théorie de l'"acte d'État" ("state action"), qu'a eu recours la Cour suprême des États-Unis : l'acte d'État, notion plus large que le simple fait justificatif, est en effet visé par le quatorzième amendement de la Constitution américaine, sur la base duquel la Cour suprême s'est réservé notamment de juger du caractère raisonnable des restrictions au libre jeu du marché apportées non seulement par les États mais également par l'Union (51). De manière générale, pour reconnaître l'existence d'un acte d'État, "the inquiry must be whether there is a sufficiently close nexus between the State and the challenge action of the regulated entity so that the action of the latter may be fairly treated as that of the State itself" (52).

En matière de concurrence, et contrairement à la Cour de justice des Communautés européennes, la Cour suprême des États-Unis n'examine en général pas si une mesure a été imposée par l'État ou si elle a été autorisée, pour juger si le comportement des entreprises échappe aux règles de concurrence : elle examine uniquement s'il y a une politique active et non équivoque de l'État, ou si celle-ci cache un comportement d'entreprises privées.

Autrement dit, même si une pratique anticoncurrentielle est imposée par l'État, cette pratique peut être en théorie anticonstitutionnelle et ne bénéficiera d'aucune immunité si elle ne fait l'objet d'aucune supervision étatique (53). En revanche, une mesure non contraignante de l'État peut conférer une immunité dès lors que l'État contrôle activement le comportement des opérateurs économiques sur le marché en cause.

Ces principes ont été dégagés par la Cour suprême dans une longue série d'arrêts, dont le plus célèbre est sans doute l'arrêt *Brown contre Parker* (54), qui retient une solution radicalement opposée à celle consacrée par la Cour de Luxembourg dans les affaires relatives au BNIC.

Les faits de l'affaire *Brown contre Parker* méritent d'être rappelés : en vertu du *California Agricultural Prorate Act*, dix producteurs pouvaient demander l'établissement d'un plan de commercialisation, sur la base de certaines proportions, pour tout produit agricole à l'intérieur d'une certaine zone. Après une audience publique et

(49) La Section 1 du Sherman Act dispose que : "Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy in restraint of trade or commerce among the several states, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal", tandis que la Section 2 prohibe les abus de position dominante.

(50) B.E. Hawk, *op. cit.*, p. 6.

(51) Une autre voie consiste aujourd'hui pour la Cour suprême à tenter d'appliquer directement le Sherman Act aux mesures des autorités publiques (voir G. Marengo, *op. cit.*, p. 286).

(52) *Jackson V. Metropolitan Edison Co.*, 419 U.S. 345, 351 (1974).

(53) Mais on imagine mal en pratique une situation dans laquelle l'État aurait pris une mesure contraignante qui ne pourrait être qualifiée de politique active et non équivoque dudit État...

(54) *Brown v. Parker*, 39 F. Supp. 895, S.D. Cal. 1941.

s'il était démontré que le programme était de nature à empêcher un gaspillage dans l'agriculture, une commission étatique était habilitée à prendre la demande en considération. Le directeur, sur avis conforme de la commission, était tenu de réunir un comité composé de personnes choisies parmi des candidats proposés par les producteurs. Ce comité avait alors l'obligation d'établir un programme que la commission pouvait approuver après une nouvelle audience publique. Si le programme proposé, tel qu'approuvé par la commission, recevait l'accord de 65 % des producteurs possédant 51 % des terres consacrées à la production de la récolte soumise à réglementation, le directeur était tenu de l'instituer.

La Cour suprême considéra : "We may assume for present purposes that the California prorate program would violate the Sherman Act, if it were organized and made effective solely by virtue of a contract, combination or conspiracy by private persons, individual or corporate. (...) Although the organisation of a prorate zone is proposed by producers, and a prorate program, approved by the Commission, must also approved by referendum of producers, it is the state, acting through the Commission, which adopts the program and which enforces it with penal sanctions, in the execution of a governmental policy".

Contrairement à la jurisprudence européenne, l'arrêt *Brown contre Parker* consacre donc la présence d'une législation et non celle d'un accord (55). Par conséquent, pour l'entreprise, l'immunité dépend non de la question de savoir si une pratique est imposée ou non, mais de l'existence ou non d'une supervision active de l'État.

Un tel système peut sembler préférable à celui qui découle de la jurisprudence européenne en la matière. Dans les premiers temps de l'application du droit communautaire, les entreprises se trouvaient dans une position pour le moins inconfortable, comme l'a souligné Monsieur D. Waelbroeck (56) : devaient-elles respecter le traité CEE (au prix de sanctions nationales) ou leur législation nationale (au prix d'amendes communautaires) ? Le principe de la primauté du droit communautaire était le seul moyen de résoudre cette question. Et c'est ainsi qu'une entente, ou un abus de position dominante, interdite en vertu de l'article 85 paragraphe 1, ou de l'article 86, du traité CEE ne peut être déclarée licite sur le fondement de l'article 10 de l'ordonnance française du 1er décembre 1986 ; à l'inverse, une entente exonérée à Bruxelles sur la base de l'article 85 paragraphe 3 du traité CEE ne peut être sanctionnée au titre de l'article 7 de l'ordonnance française (57).

Il n'en reste pas moins que la distinction opérée par les instances communautaires entre autorisation ou encouragement, d'une part, et obligation, d'autre part, à commettre des infractions aux règles de concurrence du traité peut sembler quelque peu artificielle et inadéquate pour prendre en compte toute la subtilité des rapports entre les pouvoirs des États et le droit communautaire de la concurrence. D'aucuns

(55) Cette jurisprudence sera confirmée dans de nombreuses affaires ultérieures, et notamment à propos de dispositifs législatifs absolument identiques à la loi Lang (cf affaire n° 229/83, "Leclerc-Livres", devant la Cour de justice des Communautés européennes), en ce qu'ils exigeaient des producteurs et des grossistes qu'ils publient des barèmes de prix et faisaient interdiction aux détaillants de vendre à des prix inférieurs (*Schwegmann Bros v. Calvert Distillers Corp.*, 341 U.S. 384, 1951 ; *California Retail Liquor v. Midcal Aluminium*, 445 U.S. 97, 1980). Selon la Cour, un tel système, qui n'est pas supervisé par l'État, est contraire à la Constitution dès lors que les prix ne sont ni établis par l'État, ni contrôlés par celui-ci quant à leur caractère raisonnable ou non. Sont pour les mêmes raisons inconstitutionnelles une législation permettant aux ordres des avocats de fixer des tarifs minima d'honoraires (*Goldfarb v. Virginia State Bar*, 421 U.S. 773, 791, 1975), ou une mesure confiant à une commission composée de parties privées le soin d'élaborer des règles sur les pratiques du commerce (*Gibson v. Berryhill*, 411 U.S. 564, 1973).

(56) D. Waelbroeck, "Application des règles de concurrence du Traité de Rome à l'autorité publique", *Rev. Marché commun* 1987, p. 28.

(57) Sur ces questions, voir par exemple R. Houin et M. Pedamon, *Droit commercial*, Dalloz 1990, p. 663 et suivantes.

estiment que la Commission aurait voulu s'attaquer aux États membres de manière indirecte en affirmant, pour les besoins de la cause, le caractère d'entreprise de certains organismes n'ayant en fait aucune autonomie réelle vis-à-vis de l'État (58). Cette stratégie lui permettrait de mettre fin au comportement anticoncurrentiel sans mettre en cause l'État lui-même. Dans ces conditions sont tenus responsables, par application de l'article 85, non seulement l'organe de l'État, mais aussi les entreprises qui ont été amenées à collaborer avec celui-ci dans des relations qui n'étaient pas des relations équilibrées d'entreprise à entreprise, mais des relations d'État à entreprise, sans que cet élément puisse être réellement pris en considération.

A cet égard, la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis nous semble être plus proche des réalités, tant il est vrai que distinguer un "souhait" d'un "ordre" du gouvernement relève de la gageure dès lors que toute la politique des aides étatiques, par exemple, peut dépendre de l'empressement manifesté par les entreprises à répondre à de tels "souhais"...

(58) En ce sens, voir par exemple A. Vandencastele, op. cit., p. 574. Voir également J.-L. Delvolve, "Légalité des réglementations nationales des prix et responsabilité des États membres et des entreprises au regard du droit communautaire de la concurrence (art. 37, 5 alinéa 2, 85, 86, 90 du traité de Rome)", Gaz. pal., 29 août 1985, p. 477-478 ; J.-L. Dechery, "L'application des normes communautaires en matière de concurrence à l'horizon 1993", Rev. Marché commun 1990, p. 165-166.

LES POUVOIRS SPÉCIAUX CONFÉRÉS À LA COMMISSION PAR L'ARTICLE 90, § 3, DU TRAITÉ DE ROME

Par

Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN

Allocataire de recherches-Moniteur

GERJC, CNRS URA 1392

Lauréat de la Faculté de droit d'Aix-en-Provence

INTRODUCTION

L'article 90, §, 3 du Traité de Rome stipule que "*La Commission veille à l'application du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux États membres*".

Cette disposition originale impose un devoir de surveillance à la Commission qui est gardienne du Traité, et dans le même temps elle fournit à celle-ci les instruments nécessaires à son exercice, à savoir des pouvoirs spéciaux, renforcés, afin de conférer un effet utile aux dispositions des deux premiers paragraphes de l'article 90. Ceux-ci prévoient, en effet, que les États membres doivent respecter, le Traité, en général, et ses dispositions relatives à la concurrence, en particulier, dans leurs relations avec leurs entreprises publiques ou avec les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs. C'est la raison pour laquelle on considère généralement que le troisième paragraphe constitue la "clé de voûte" (1) de l'article 90. Néanmoins, on a pu souligner sa "claire obscurité" (2), due en grande partie au fait que, durant une première période, la Commission a fait un usage limité de cette disposition, et que la Cour de justice n'avait pas eu souvent l'occasion d'explicitier sa portée. Or, désormais, l'interprétation de cet article est facilitée, car non seulement, la Commission a manifesté un certain activisme depuis une période

(1) X. de Roux et D. Voillemot, "Les pouvoirs de la Commission dans le cadre de l'article 90", *Dictionnaire du marché commun*, par Gide, Loyrette et Nouel, Dictionnaires Joly, tome II, titre VIII, 4e éd., 1982, p. 267.

(2) G. Tesauro, conclusions présentées le 19 février 1990, C.J.C.E., 19 mars 1991, "*République française soutenue par République italienne, République fédérale d'Allemagne et République hellénique c/ Commission des Communautés européennes*", Rec. p. 1243, point 11.

récente (3), mais en outre, en moins de deux ans, de mars 1991 à novembre 1992 (4), la juridiction communautaire a rendu trois décisions importantes qui sont venues conforter et préciser les pouvoirs de la Commission. C'est pourquoi, il importe, aujourd'hui avec le recul nécessaire, de faire la synthèse de l'interprétation donnée par la Cour de Luxembourg à cette disposition centrale du système de concurrence applicable aux États membres.

Cette étude vise avant tout à mettre en évidence l'étendue des pouvoirs spéciaux conférés à la Commission par l'article 90, § 3. Par conséquent, il ne sera généralement pas fait état du contenu matériel des directives ou décisions adoptées sur cette base. Ce parti est dicté par la volonté de mettre en évidence le fort potentiel d'encadrement des compétences étatiques que recèle cet article. C'est d'ailleurs là que réside sa principale originalité, puisqu'il permet à la Commission, organe supranational, de dicter aux États nationaux leurs principaux choix de politique économique. La mise en œuvre de cet article est donc particulièrement exemplaire de ce "déficit démocratique" dont souffrirait l'Union européenne.

La pratique des institutions communautaires et surtout la jurisprudence de la Cour de justice conduisent à distinguer parmi les pouvoirs conférés à la Commission par l'article 90, § 3, entre : d'une part, un *pouvoir préventif*, s'exerçant par la voie de directives fixant des normes générales et impersonnelles ; et, d'autre part, un *pouvoir répressif*, s'exerçant par la voie de décisions ne fixant que des obligations particulières à l'égard d'États membres nommément désignés.

(3) La Commission a adopté quatre directives, d'une part, et quatre décisions, d'autre part, sur le fondement de l'article 90, § 3 :

Directives

1. Directive 80-723 de la Commission, du 25 juin 1980, relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques, *J.O.C.E.*, n° L. 195 du 29 juillet 1980, p. 35.
2. Directive 85-413 de la Commission, du 24 juillet 1985, modifiant la directive 80-723 de la Commission, du 25 juin 1980, relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques, *J.O.C.E.*, n° L. 229 du 28 août 1985, p. 20.
3. Directive 88-301 de la Commission, du 16 mai 1988, relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunications, *J.O.C.E.*, n° L. 131 du 27 mai 1988, p. 73.
4. Directive 90-388 de la Commission, du 28 juin 1990, relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications, *J.O.C.E.*, n° L. 192 du 24 juillet 1990, p. 10.

Décisions

1. Décision 85-276 de la Commission, du 24 avril 1985, relative à l'assurance en Grèce des biens publics et des crédits accordés par les banques publiques helléniques, *J.O.C.E.*, n° L. 152 du 11 juin 1985, p. 25.
2. Décision 87-359 de la Commission, du 22 juin 1987, relative aux réductions de tarifs des transports aérien et maritime réservées exclusivement aux résidents espagnols dans les îles Canaries et Baléares, *J.O.C.E.*, n° L. 194 du 15 juillet 1987, p. 28.
3. Décision 90-16 de la Commission, du 20 décembre 1989, relative à la prestation aux Pays-Bas du service de courrier rapide, *J.O.C.E.*, n° L. 10 du 12 janvier 1990, p. 47.
4. Décision 90-456 de la Commission du 1er août 1990, relative à la prestation en Espagne de services de courrier rapide international, *J.O.C.E.*, n° L. 233 du 28 août 1990, p. 19.

(4) L'ensemble de la jurisprudence sur la question tient en cinq arrêts de la Cour de Luxembourg :

1. C.J.C.E. Aff. C. 188 à 190/80, 6 juillet 1982, "République française, République italienne et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c/ Commission des Communautés européennes", *Rec.*, I, p. 2545.
2. C.J.C.E. Aff. C. 226/87, 30 juin 1988, "Commission c/ République hellénique", *Rec.*, I, p. 3611.
3. C.J.C.E. Aff. C. 202/88, 19 mars 1991, "République française soutenue par République italienne, République fédérale d'Allemagne et République hellénique c/ Commission des Communautés européennes", *Rec.*, I, p. 1259.
4. C.J.C.E. Aff. jointes C. 48/90 et C. 66/90, 12 février 1992, "Royaume des Pays-Bas et Koninklijke PTT NV et PTT-Post BV c/ Commission des Communautés européennes", *Rec.*, I, p. 627.
5. C.J.C.E., Aff. jointes C. 271/90, C. 281/90 et C. 289/90, 17 novembre 1992, "Royaume d'Espagne e a c/ Commission des Communautés européennes", *Rec.*, I, p. 5833.

I - LE POUVOIR PRÉVENTIF PAR VOIE DE DIRECTIVES

Selon l'avocat général Gerhard Reischl, dans ses conclusions sur l'arrêt "*France c/ Commission*" du 6 juillet 1982, l'article 90, § 3, du Traité "...tient compte de l'adoption possible de mesures prophylactiques de caractère général et abstrait" (5). En ce sens, on peut dire qu'il confère un pouvoir préventif, par la voie de directives, à la Commission de Bruxelles. Pourtant, le fait que la Commission exerce un tel pouvoir n'allait pas forcément de soi, car celui-ci s'analyse en un véritable pouvoir normatif visant à prévenir les comportements anti-concurrentiels des États membres dans leurs relations avec les entreprises du secteur public ou avec celles auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, alors qu'au terme des Traités, la compétence normative de principe semble appartenir au Conseil. Ceci explique qu'il ait fallu attendre 1980 pour que la Commission fasse usage de ce pouvoir pour la première fois (6). Dès cette époque, l'utilisation de ce pouvoir spécial de la Commission allait soulever de vives réactions de la part des États membres, qui, depuis lors, ont systématiquement attaqué les directives adoptées sur le fondement de l'article 90, § 3.

C'est pourquoi, s'il convient de souligner que le pouvoir préventif de la Commission a été conforté par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, il faut également mettre en évidence que la juridiction communautaire a cherché à fixer des bornes à l'exercice de cette compétence dérogatoire de la Commission.

A - L'AFFIRMATION DU CARACTÈRE NORMATIF DES DIRECTIVES ADOPTÉES SUR LE FONDEMENT DE L'ARTICLE 90, § 3

Le caractère normatif des pouvoirs dont dispose la Commission pour, à titre préventif, assurer l'efficacité de l'article 90 a été une question âprement discutée. Pour l'essentiel, certains États membres de la Communauté ont contesté le fait que les "directives" prévues à l'article 90, § 3, puissent valablement les lier car, comme elles émanent de la Commission qui est dépourvue de toute légitimité démocratique, elles ne pourraient avoir pour effet l'édition de règles contraignantes à l'égard des États membres.

Ainsi, dans son recours en annulation contre la directive "*transparence*" du 25 juin 1980, le Royaume-Uni a fait valoir plusieurs arguments tendant à dénier un caractère normatif aux directives prises sur la base de l'article 90, § 3 (7). Selon les autorités britanniques, il fallait distinguer entre plusieurs types de directives : d'une part, celles ayant une portée générale et qui constituent de véritables mesures législatives ; et, d'autre part, celles ayant une portée plus restreinte et qui s'apparentent à de simples décisions. Cette opinion était étayée par un argument de texte : l'article 90, § 3, du Traité stipulant que la Commission "adresse" les directives et non pas qu'elle les "arrête". D'après le gouvernement britannique, le verbe "arrêter" traduirait bien l'existence d'une compétence législative, alors qu'à l'inverse, le verbe "adresser" n'impliquerait qu'une compétence purement exécutive. En outre, toujours selon cette argumentation, les actes adoptés par la Commission ne pourraient être de véritables directives, au sens plein du terme, car ils ne bénéficieraient pas des garanties de procédure habituelles comme, par exemple, la consultation du Parlement et du Conseil économique et social.

(5) G. Reischl, *conclusions précitées*, p. 2587, point 2.

(6) Directive 80-723 de la Commission, du 25 juin 1980, précitée.

(7) *Recours du Royaume-Uni*, C.J.C.E., Aff. C. 190/80 du 6 juillet 1982, *Rec.*, pp. 2562 et 2563, point 2.

Ces arguments ont été examinés par la Cour de justice qui a tranché la question dans son arrêt "*France c/ Commission*" du 6 juillet 1982. Dans cette décision, elle a affirmé, sans ambiguïté, que les directives prévues à l'article 90, § 3, appartenaient à la catégorie générale des directives de l'article 189 du Traité (8). Cette position a été ensuite confirmée dans l'arrêt "*Commission c/ Grèce*" du 30 juin 1988 dans lequel la juridiction communautaire a posé en principe que "...si la compétence conférée à la Commission s'exerce dans un champ d'application spécifique et dans des conditions définies en fonction de l'objet propre de l'article 90, cette circonstance ne fait pas obstacle à ce que les "directives" (...) visées par cette disposition du Traité appartiennent à la catégorie générale des directives (...) prévues à l'article 189" (9). Par conséquent, une directive prise sur le fondement de l'article 90, § 3, constitue ainsi que l'énonce l'article 189, alinéa 3, du Traité : un acte qui "... lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens". C'est donc bien d'un acte de caractère normatif qu'il s'agit puisque les règles contenues dans une directive adoptée par la Commission créent des obligations contraignantes à l'égard des États membres.

Le caractère normatif des directives adoptées sur le fondement de l'article 90, § 3, étant établi avec certitude, il convient de souligner l'évolution de l'objet de cette catégorie d'actes.

B - L'ÉVOLUTION DE L'OBJET DES DIRECTIVES ADOPTÉES SUR LE FONDEMENT DE L'ARTICLE 90, § 3

L'objet des directives prises sur la base de l'article 90, § 3, détermine évidemment l'étendue du pouvoir préventif conféré à la Commission. Car, ainsi que l'a clairement énoncé M. Pais Antunes, la question essentielle est la suivante : "S'agit-il seulement pour la Commission de définir des règles instrumentales nécessaires à l'exécution de sa mission de surveillance ou, au contraire, peut-elle imposer de véritables obligations nouvelles aux États membres ?" (10).

Cette alternative a été tranchée par l'arrêt "*France c/ Commission*" du 19 mars 1991, dans lequel la Cour de justice a estimé que l'article 90, § 3, du Traité conférait à la Commission "...le pouvoir d'édicter des règles générales précisant les obligations résultant du Traité..." (11). Cette conception audacieuse du rôle de la Commission s'est traduite par une évolution de l'objet des directives. Ainsi, dans un premier temps, les directives prises sur le fondement de l'article 90, § 3, n'établissaient que des *règles de procédure* ; alors que, dans un second temps, elles fixaient des *règles de fond* afin d'ouvrir à la concurrence des secteurs économiques déterminés.

a) Des directives fixant des règles de procédure

En 1976, la Commission annonçait pour la première fois que ses services préparaient "...un projet de directive basé sur l'article 90, § 3, du Traité C.E.E., dans le triple but de mieux expliciter aux États membres les responsabilités qui découlent pour eux de l'application de l'article 90, de mettre en place des règles qui permettront à la Commission de mieux s'assurer que les dispositions du Traité sont

(8) C.J.C.E., Aff. C. 188 à 190/80 du 6 juillet 1982, *Rec.*, pp. 2573 et 2574, points 4, 5, 6 et 7.

(9) C.J.C.E., Aff. C. 226/87 du 30 juin 1988, *Rec.*, p. 3623, point 11.

(10) L.-M. Pais Antunes, "L'article 90 du Traité - Obligations des États membres et pouvoirs de la Commission", *R.T.D.E.*, 1991, p. 203.

(11) C.J.C.E., Aff. C. 202/88 du 19 mars 1991, *Rec.*, p. 1263, point 14.

respectées par les États membres agissant à travers les entreprises visées à l'article 90, § 1, ainsi que par ces entreprises elles-mêmes ; et finalement d'obtenir une meilleure transparence dans les relations financières entre les États et ces entreprises" (12). Et, c'est en 1980 que la Commission a adopté la directive relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques (13). L'objet de cette directive était de fournir à la Commission les *instruments* nécessaires pour vérifier que les États membres n'accordent pas d'aides incompatibles avec le Traité. Elle était nécessaire car la complexité des relations financières entre l'État et ses entreprises publiques ne permet pas toujours d'apprécier la nature réelle des interventions de la puissance publique. La directive donne donc à la Commission de Bruxelles les *moyens* d'identifier les situations où l'État ne s'est pas comporté comme un simple investisseur privé. Selon les termes de la directive : "...la transparence doit permettre de distinguer entre le rôle de l'État en tant que pouvoir public et en tant que propriétaire" (14). Les relations financières dont la transparence doit être assurée couvrent à la fois, les transferts actifs (apports en capital ou en dotation, prise en charge des pertes, prêts octroyés à des conditions privilégiées), et les transferts passifs (non-perception de bénéfices, non-recouvrement de créances, absence de rémunération normale des fonds utilisés), ainsi que la compensation des charges financières imposées aux entreprises par les pouvoirs publics. Les États ont l'obligation de faire apparaître dans les documents comptables des entreprises le montant et la destination des ressources publiques octroyées, et de les mettre à la disposition de la Commission si elle les réclame, pendant les cinq ans qui suivent. Ceci afin que l'instance bruxelloise puisse réellement contrôler s'il s'agit d'aides au sens de l'article 92.

Il convient, en outre, de noter que la Commission a récemment alourdi les obligations des États membres résultant de cette directive, en imposant, par une communication du 25 juillet 1991 (15), la transmission d'un "rapport annuel" aux entreprises publiques du secteur manufacturier dont le chiffre d'affaires annuel dépasse les 250 millions d'Écus.

Ensuite, la Commission a adopté une seconde directive le 24 juillet 1985 (16), dans le but d'étendre le champ d'application de la directive "transparence" du 25 juin 1980. En effet, cette dernière ne s'appliquait pas à certaines entreprises notamment celles exerçant leurs activités dans les domaines de l'eau, de l'énergie, des transports, des postes et télécommunications, et du crédit public. La directive de 1985 a donc intégré ces secteurs dans le champ d'application de la directive de 1980, tout en laissant subsister quelques exceptions, notamment au profit des entreprises réalisant moins d'un certain volume de chiffre d'affaires.

On constate que ces deux directives successives n'avaient finalement qu'un objet limité, car elles se bornaient à énoncer des règles de procédure, afin de permettre à la Commission d'améliorer son information en matière d'aides publiques aux entreprises. En revanche, à la fin des années quatre-vingt, la Commission devait mener une politique plus audacieuse en adoptant désormais des directives fixant des règles de fond.

(12) *Ve Rapport sur la politique de concurrence*, Commission des Communautés européennes, Bruxelles-Luxembourg, 1976, p. 118.

(13) Directive 80-723 de la Commission, du 25 juin 1980, précitée.

(14) *Exposé des motifs*, Directive 80-723 de la Commission, du 25 juin 1980, précitée.

(15) Communication de la Commission aux États membres - Application des articles 92 et 93 du traité CEE et de l'article 5 de la directive 80-723/CEE de la Commission aux entreprises publiques du secteur manufacturier, *J.O.C.E., Communications et informations*, n° C. 273, 18 octobre 1991, p. 2.

(16) Directive 85-413 de la Commission, du 24 juillet 1985, précitée.

b) Aux directives fixant des règles de fond

C'est sous l'impulsion de Sir Leon Brittan, alors commissaire à la Concurrence, que l'instance bruxelloise a décidé d'utiliser l'article 90, § 3, comme base juridique à des directives fixant des règles de fond. Ainsi, la Commission est à l'origine de deux directives dans le domaine des télécommunications et, a brandi la menace d'utiliser son pouvoir normatif dans le domaine de l'énergie.

Dans le domaine des télécommunications, tout d'abord, conformément au Livre vert de 1987, la Commission a adopté une première directive, le 16 mai 1988, relative à la concurrence dans les marchés de *terminaux* de télécommunications (17) ; et elle a adopté une seconde directive, le 28 juin 1990, relative, cette fois, à la concurrence dans les marchés de *services* de télécommunications (18). Cette orientation nouvelle inaugurée par la Commission afin de libéraliser le marché très protégé des télécommunications, est apparue aux yeux de la majorité des observateurs comme une démarche "révolutionnaire" (19). En premier lieu, la directive "*Terminaux de télécommunications*", du 16 mai 1988, a créé de véritables obligations nouvelles à l'égard des États membres, car elle visait, notamment, à ouvrir à la concurrence le marché des terminaux de télécommunications. Pour ce faire, elle a imposé aux États d'une part, d'abolir les droits spéciaux ou exclusifs octroyés à leurs administrations nationales ; d'autre part, de fournir un rapport annuel à la Commission sur le respect de ces dispositions. En second lieu, la directive "*Services de télécommunications*", du 28 juin 1990, a prolongé la libéralisation entreprise en 1988 en exigeant des États membres qu'ils abolissent les droits spéciaux ou exclusifs concédés à leurs entreprises publiques pour la fourniture de services de télécommunications autres que le service de téléphonie vocale. De plus, cette directive a également soumis ses destinataires à diverses obligations de communication d'informations. Il appert de ces deux directives que la Commission ne se contente plus de fixer des règles de procédure dans ses directives prises sur le fondement de l'article 90, § 3, elle crée également des règles de fond. Ce changement de perspective se vérifie encore dans les diverses déclarations d'intentions de membres de la Commission à propos d'une éventuelle libéralisation du secteur de l'énergie sur le modèle de celle opérée dans le secteur des télécommunications.

En effet, s'inspirant de la démarche suivie dans le domaine des télécommunications (20), et forts du sauf-conduit délivré par la Cour de justice dans son arrêt du 19 mars 1991, des membres de la Commission ont manifesté l'intention d'utiliser l'article 90, § 3, afin de libéraliser les marchés nationaux de l'électricité et du gaz (21). Par la suite, la Commission devait opter pour une stratégie différente et confier le dossier au Conseil afin qu'il arrête une directive sur le fondement de l'article 100 A (22). Par ailleurs, on peut relever que dans le même temps la

(17) Directive 88-301 de la Commission, du 16 mai 1988, précitée.

(18) Directive 90-388 de la Commission, du 28 juin 1990, précitée.

(19) L. Rapp, "Vers l'Europe des monopoles ?", *La semaine juridique - Cahiers de droit de l'entreprise*, supplément n° 2, 1991, p. 46.

(20) J.-E. de Cockborne, "La libéralisation du marché communautaire de l'électricité : les télécoms montrent-ils la voie ?", *R.D.A.I.*, n° 7, 1990, p. 851 et s. ; Sir L. Brittan, "La concurrence sur les marchés du gaz et de l'électricité de la Communauté européenne", Allocution prononcée devant l'association britannique des employeurs dans le secteur de l'ingénierie, *Agence Europe-Documents*, n° 1708, 25 avril 1991, p. 1 et s.

(21) Pour une manifestation de cette volonté, antérieure à 1991, cf. : *Le marché intérieur de l'énergie*, Commission des Communautés européennes, Bruxelles, 18 mai 1990, COM (90) 124 final, pp. 12 et 13.

(22) *Proposition de directive du Conseil concernant des règles communes pour le marché de l'électricité et du gaz*, Bruxelles, 21 février 1992, COM (91), 548 final.

Cf. également : A. Fiquet, "Le secteur électrique européen et le marché intérieur de l'énergie", *C.J.E.G.*, n° 473, janvier 1992, p. 4 et s. ; G. Meyronneinc, "La loi et le glaive. Un gardien pugnace : Sir Leon Brittan", *R.A.E.*, n° 1, 1992, p. 54 et s.

Commission a diligenté une action en manquement fondée sur l'article 169 du Traité, à l'égard des États accordant des droits spéciaux ou exclusifs à leurs entreprises publiques dans ce secteur de l'énergie. Toutefois, il reste qu'aujourd'hui encore, la Commission se réserve la possibilité de légiférer sur le fondement de l'article 90, § 3, si la procédure en cours devant le Conseil devait échouer (23). Or, lorsqu'on étudie les trois mesures principales envisagées, à savoir : premièrement, l'abrogation des droits exclusifs de production d'électricité et de construction de lignes électriques et de gazoducs ; deuxièmement, la mise en œuvre dans les sociétés verticalement intégrées du concept de l'"*unbundling*" (séparation de la gestion et de la comptabilité des activités de production, de transmission et de distribution) ; et troisièmement, l'introduction limitée d'un schéma d'accès de tiers au réseau (ATR) par lequel les compagnies de transmission et de distribution sont tenues d'offrir, contre une rémunération raisonnable, l'accès à leur réseau à certaines entités, on s'aperçoit que ces mesures constituent des règles de fond. Ceci n'a d'ailleurs pas échappé aux parlementaires français qui, lors de l'important "débat d'orientation sur l'organisation électrique et gazière dans le contexte européen", ont saisi l'occasion qui leur était offerte pour dénoncer une fois de plus l'activisme et le "dogmatisme libéral" de la Commission qui la conduisent à édicter de véritables règles législatives lorsqu'il s'agit de démanteler les monopoles publics (24).

Ainsi, force est de constater que, désormais, on peut aisément répondre à la question soulevée par M. Pais Antunes (25), et souligner que la Commission a opté pour une conception résolument extensive de son devoir de vigilance, en se reconnaissant compétente pour adopter des directives qui ne se contentent pas de définir de simples "*règles instrumentales*", nécessaires à l'exercice de ce devoir, mais qui vont jusqu'à imposer de véritables "*obligations nouvelles*" aux États membres. Dès lors, il était inévitable qu'un tel pouvoir reconnu à la Commission entraîne des conflits de compétence avec d'autres organes communautaires, car selon les États membres "*l'équilibre institutionnel*" (26) du Traité imposerait que la compétence législative de principe soit dévolue au Conseil, organe composé de représentants des États défendant leurs intérêts nationaux sous le contrôle "démocratique" du Parlement ; et qu'à l'inverse, la Commission, instance supra-nationale composée de fonctionnaires défendant l'intérêt communautaire, soit confinée à des tâches d'exécution ou de simple surveillance. C'est pourquoi certains États membres ont vu dans ces possibles chevauchements de compétences, plutôt une *concurrence* entre les différents pouvoirs des organes communautaires ; alors que selon la Commission et la Cour de justice ces rapports devraient être envisagés en termes de *complémentarité*.

(23) J. Docquier, "les Douze en majorité hostiles à l'accès des tiers aux réseaux de gaz et d'électricité", *Les Échos*, 21 mai 1992 ; F. Hamon, "Les monopoles des services publics français face aux droit communautaire : le cas d'EDF et GDF", *D.*, 1993, chron., p. 91.

(24) L'intégralité du débat parlementaire sur l'énergie a été reproduite dans un numéro spécial des *Cahiers Juridiques de l'électricité et du gaz* : C.J.E.G., n° 495, janvier 1994.

(25) L.-M. Pais Antunes, *article précité*, p. 203.

(26) Sur cette notion d'"équilibre institutionnel", cf. : G. Guillermin, "Le principe de l'équilibre institutionnel dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes", *Journal du droit international*, n° 2, 1992, p. 319 et s.

C - LA QUESTION DE LA CONCURRENCE OU DE LA COMPLÉMENTARITÉ DU POUVOIR PRÉVENTIF DE LA COMMISSION AVEC D'AUTRES MODES D'INTERVENTION DES ORGANES COMMUNAUTAIRES

Certains États ont tenté de faire valoir que le pouvoir préventif conféré à la Commission devrait nécessairement revêtir un caractère subsidiaire, en raison de la formulation même de l'article 90, § 3, qui stipule que les directives ne peuvent être adoptées par la Commission qu'"en tant que de besoin". Selon cette conception, les rapports entre les différents organes communautaires devraient être analysés en termes conflictuels, car ils conduiraient évidemment à une concurrence entre leurs pouvoirs. Mais d'après l'interprétation de la Commission, l'article 90, § 3, lui confère des pouvoirs qui sont, certes, résiduels, mais néanmoins, qui sont complémentaires avec : d'une part, *d'autres pouvoirs détenus par la Commission* elle-même ; et, d'autre part, *des pouvoirs exercés par d'autres organes communautaires*.

a) La question de la concurrence ou de la complémentarité par rapport aux autres pouvoirs de la Commission

La Commission dispose d'un puissant arsenal juridique afin d'ouvrir à la concurrence les marchés dans lesquels celle-ci fait défaut. Ainsi, il a été montré que l'article 90, § 3, a un domaine bien délimité. Mais, à côté de ce pouvoir préventif par la voie de directives, la Commission peut également utiliser l'article 169 du Traité, c'est-à-dire l'action en manquement.

Cette action est mise en œuvre par la Commission lorsqu'elle estime qu'un État a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu du Traité. Dans ce cas, la Commission adresse ses griefs à l'État en cause par le biais d'un avis motivé, et alors l'État peut répondre. Il s'agit donc d'une procédure contradictoire. Enfin, si l'État ne se conforme pas à l'avis de la Commission, cette dernière peut saisir la Cour de justice qui tranchera, en dernier ressort. Par conséquent, on constate que ce pouvoir de la Commission est un pouvoir *répressif* visant à sanctionner une infraction aux règles du Traité. Il s'agit donc d'un pouvoir nettement distinct du pouvoir *préventif* conféré à la Commission par l'article 90, § 3. Néanmoins, le gouvernement français a estimé que pour s'attaquer aux droits spéciaux ou exclusifs en matière de terminaux de télécommunications, la Commission aurait dû utiliser ses pouvoirs au titre de l'article 169, plutôt que d'adopter une directive sur le fondement de l'article 90, § 3. Le raisonnement du gouvernement français reposait sur l'idée que le pouvoir préventif attribué à la Commission par l'article 90 § 3 ne pouvait être considéré que comme un pouvoir *subsidiaire* par rapport aux autres pouvoirs détenus par l'autorité bruxelloise. Par conséquent le moyen invoqué par la France consistait à invoquer un détournement de procédure de la part de la Commission. La Cour de justice, dans son arrêt "*France c/ Commission*" du 19 mars 1991 a rejeté cet argument, en distinguant nettement les pouvoirs que tire la Commission de l'article 169 et ceux qu'elle tire de l'article 90, § 3. En effet, selon elle, cette dernière compétence, "...ne saurait, de par sa *nature* même, se prêter à faire constater qu'un État membre a manqué à une obligation qui lui incombe en vertu du Traité" (27). De plus, lors de l'audience ayant donné lieu à l'arrêt du 17 novembre 1992 "*Espagne c/ Commission*", l'autorité bruxelloise a précisé le sens de son action dans le domaine des services de télécommunications, en faisant valoir que l'utilisation de l'article 90, § 3, présentait des avantages par rapport à la procédure

(27) C.J.C.E., Aff. C. 202/88 du 19 mars 1991, *Rec.*, p. 1264, point 17 (c'est nous qui soulignons).

de l'article 169, car elle permet d'apporter "...une solution commune et cohérente pour tous les États membres afin non pas seulement de mettre fin aux infractions existantes, mais aussi d'éviter qu'elles ne se reproduisent" (28). Il est donc clair que la possibilité ouverte par l'article 169 n'entre pas en concurrence avec le pouvoir préventif de la Commission. En réalité, on s'aperçoit que les autorités communautaires conçoivent l'action en manquement comme une procédure de court terme, *complémentaire* de l'action normative de long terme engagée sur le fondement de l'article 90, § 3.

À cet égard, la politique de la Commission afin de libéraliser les marchés de l'électricité et du gaz est tout à fait révélatrice. Elle montre bien en effet que la Commission considère qu'elle dispose d'un choix discrétionnaire dans l'exercice de ses pouvoirs. Ainsi, M. Leon Brittan a déclaré que "...la Commission européenne dispose d'un large éventail d'instruments juridiques qui lui permet d'ouvrir la concurrence et le commerce dans les secteurs du gaz et de l'électricité. Il lui incombe maintenant de décider de la façon de les utiliser..." (29). Ces propos démontrent que la Commission a conscience de disposer d'un certain nombre d'armes qu'elle se réserve le droit d'utiliser au moment opportun. Elle a donc une approche globale d'après laquelle ses pouvoirs peuvent s'exercer de concert, sans qu'il y ait de conflit de compétences. C'est ainsi que dans le domaine de l'énergie, parallèlement à l'action normative qui pourrait être fondée sur l'article 90, § 3, la Commission, dès le 20 mars 1991, a entrepris une action en manquement à l'égard des États qui maintiennent des droits exclusifs d'importation et d'exportation de gaz et d'électricité (30). Cette action est fondée sur l'article 37 du Traité, qui impose aux États membres d'aménager leurs monopoles nationaux à caractère commercial, de telle sorte que toute discrimination entre ressortissants des États membres soit exclue. Pour l'instant, la Commission a adressé ses griefs aux États concernés et certains d'entre eux ont déjà retourné leurs observations. Ainsi, le gouvernement français a, pour l'essentiel, maintenu ses positions, tout en se déclarant prêt à participer activement à la construction du marché intérieur de l'électricité et du gaz (31). Toutefois, la Commission ayant décidé de mener à son terme la procédure de l'action en manquement en portant le conflit devant la Cour de Justice, le Ministre de l'industrie, afin d'accélérer et de préparer la mise en conformité du statut d'EDF et GDF avec les exigences communautaires, a décidé : d'une part, de mettre en place un groupe de travail, dit "Groupe Mandil", chargé d'élaborer un rapport sur les évolutions institutionnelles envisageables ; et, d'autre part, d'organiser un débat parlementaire sur l'énergie.

b) La question de la concurrence ou de la complémentarité par rapport aux pouvoirs d'autres organes communautaires que la Commission

Le moyen le plus souvent invoqué à l'encontre des directives de la Commission consiste à soulever l'incompétence de l'instance bruxelloise. Cette critique se

(28) *Rapport d'audience*, C.J.C.E., Aff. jointes C. 271/90, C. 281/90 et C. 289/90, 17 novembre 1992, précité.

(29) Sir L. Brittan, "La concurrence sur les marchés de l'électricité et du gaz de la Communauté européenne", *Allocution précitée*, p. 4.

(30) "La Commission européenne conteste les droits exclusifs d'importation et d'exportation d'électricité et de gaz - initiative en vue de la suppression des monopoles nationaux actuels", *Bulletin de l'Agence Europe*, n° 5457, 22 mars 1991, p. 8 ; "Monopoles nationaux à caractère commercial. Gaz et électricité", *Bulletin des Communautés européennes*, n° 3, 1991, point 1. 2. 48., p. 26.

(31) "Réponse du gouvernement français à l'avis motivé de la Commission des Communautés européennes", *Enerpresse*, n° 5431, 91. 10. 18.

faisant plus vive lorsque les directives fixent des règles de fond, ce qui est le cas, ainsi qu'il a été montré, depuis la directive du 16 mai 1988, relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunications.

D'abord, dans les recours dirigés contre la directive "*Transparence*" du 25 juin 1980, les requérants faisaient valoir que la directive adoptée par la Commission aurait dû être édictée par le Conseil. Leur raisonnement consistait à soutenir que comme la finalité de la directive était de permettre à la Commission de contrôler le respect de l'obligation des États membres de lui notifier, conformément à l'article 93, § 3, toute institution ou modification d'une aide étatique, et comme l'article 94 confère au Conseil la compétence pour fixer les conditions d'application dudit paragraphe, les règles en cause auraient dû relever de la compétence du Conseil. Mais la Cour n'a pas suivi l'argumentation des requérants, et a estimé que "...par rapport à la compétence du Conseil en vertu de l'article 94, celle qui est conférée à la Commission par l'article 90, § 3, s'exerce ainsi dans un champ d'application spécifique et dans des conditions définies en fonction de l'objet propre de cet article. Il s'ensuit que la compétence de la Commission pour arrêter la directive litigieuse dépend des nécessités inhérentes à son devoir de surveillance visé à l'article 90 et que l'éventualité d'une réglementation édictée par le Conseil en application de son pouvoir général en vertu de l'article 94 et comportant des dispositions qui toucheraient au domaine spécifique des aides octroyées aux entreprises publiques ne fait pas obstacle à l'exercice de cette compétence par la Commission" (32). Cette conception de la Cour penche nettement dans le sens d'une complémentarité entre les pouvoirs de la Commission et ceux du Conseil.

C'est la même analyse qui prévaut à propos des rapports qu'entretiennent l'article 90, § 3, d'une part, et les articles 100 A et 87 du Traité, d'autre part. En effet, dans les recours contre la directive "*Terminaux*" du 16 mai 1988, les États membres avaient avancé l'argument selon lequel celle-ci relevait de la compétence du Conseil, car son objet et ses finalités la rapprochaient des directives d'harmonisation des législations, que seul le Conseil est habilité à édicter sur le fondement de l'article 100 A. La Cour de Luxembourg a repoussé cet argument en jugeant que "...l'objet de la compétence conférée à la Commission par l'article 90, § 3, est différent et plus spécifique que celui des compétences attribuées au Conseil par l'article 100 A, d'une part, et par l'article 87, d'autre part" (33). Il convient de souligner que la Cour a récemment réaffirmé cette position de principe à l'occasion de l'examen des recours dirigés contre la directive "*Services de télécommunications*". En effet, s'appuyant sur le précédent constitué par son arrêt du 19 mars 1991, elle a de nouveau jugé que la reconnaissance d'un pouvoir normatif pouvant s'exercer dans le domaine de l'article 90 au profit du Conseil, n'excluait pas l'utilisation de cet article par la Commission (34).

De plus, le débat sur le choix des moyens à employer afin de libéraliser le marché de l'énergie, a également fait apparaître la complémentarité des approches fondées sur l'article 90, § 3, et sur l'article 100 A. Ainsi, dans un premier temps, la Commission avait décidé d'ouvrir à la concurrence les secteurs du gaz et de l'électricité sur le seul fondement de l'article 90, § 3. Mais dans un second temps, Sir Leon Brittan a semblé se raviser, et le dossier est passé de la D.G. IV (Direction générale de la concurrence) à la D.G. XVII (Direction générale de l'énergie), à la tête de laquelle se trouve M. Cardoso e Cunha, afin que celle-ci prépare une directive d'harmonisation sur le fondement de l'article 100 A. Ses travaux ont débouché sur

(32) C.J.C.E., Aff. C. 188 à C. 190/80 du 6 juillet 1982, *Rec.*, p. 2575, point 14.

(33) C.J.C.E., Aff. C. 202/88 du 19 mars 1991, *Rec.*, p. 1266, point 25.

(34) C.J.C.E., Aff. jointes C. 271/90, C. 281/90 et C. 289/90, 17 novembre 1992, *Rec.*, p. 5863, point 14.

un projet de directive (35), dont le rapport Desama, amendé par le Parlement européen, a constitué la trame. Ce transfert a pu apparaître comme une reculade de la part de l'ancien commissaire chargé de la concurrence, Sir Leon Brittan, qui déclarait vouloir ne pas "forcer le conseil" (36). Pourtant, il n'en est rien car, même après cette passation de pouvoirs, la Commission a continué de menacer d'utiliser l'article 90, § 3. C'est qu'en réalité, elle estime que son pouvoir préventif dans le cadre de l'article 90, § 3, est, certes, subsidiaire, mais néanmoins complémentaire par rapport au pouvoir du Conseil sur la base de l'article 100 A. Sir Leon Brittan a d'ailleurs déclaré très clairement que "...les articles 90 et 100 A ne sont pas interchangeables. Ils doivent fonctionner en étroite association" (37). Selon cette conception, l'article 90, § 3, constituerait l'arme ultime de la Commission à n'utiliser qu'"en tant que de besoin".

Pour conclure sur ce point, il faut souligner que le principal reproche adressé à la Commission est d'utiliser l'article 90, § 3, pour fixer des règles de fond en dehors de tout contrôle démocratique. C'est en cela, selon ses détracteurs, qu'elle modifie "l'équilibre institutionnel" du Traité. En effet, dans l'élaboration des directives de l'article 90, § 3, en principe seuls interviennent les fonctionnaires de la Commission, alors que dans le cadre de l'article 100 A, le Parlement européen est obligatoirement associé à l'élaboration des directives. Il faut cependant relever que, de sa propre autorité, Sir Leon Brittan a tenu informé le Parlement des étapes de l'élaboration de la directive "*Terminaux*" du 16 mai 1988. Toutefois, il a bien fait sentir aux représentants des peuples composant la Communauté qu'il ne s'agissait là que d'une faveur de sa part : "nous avons considérablement associé le Parlement même si nous n'avions aucune obligation juridique de le faire..." (38). Les difficultés d'élaboration de la directive "*Terminaux*" révèlent les réticences des États membres à l'égard du pouvoir normatif de la Commission. Certains auteurs ou hommes politiques estiment que l'acceptation générale du rôle de la Commission passe par la nécessité de "résorber le déficit démocratique" (39) au sein de la Communauté. Mais, il ne nous appartient pas, dans le cadre de cette étude, d'approfondir cette question délicate, il convient seulement de relever que l'utilisation de l'article 90, § 3, en raison de la résistance qu'elle suscite de la part des États membres, pose avec acuité la question d'une éventuelle réforme des institutions, visant à garantir une élaboration plus démocratique des normes communautaires (40). C'est d'ailleurs sur cette voie que semble s'engager la toute nouvelle Union européenne dont le Traité institutif renforce quelque peu le contrôle du Parlement sur la Commission (41).

Ce débat sur la compétence de l'autorité bruxelloise a mis en évidence le fait que celle-ci était fort discutée. C'est la raison pour laquelle, la Cour de justice a dû

(35) Propositions de directives du Conseil et du Parlement concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et du gaz naturel, *J.O.C.E.*, C, 6 décembre 1993.

(36) *Bulletin de l'Agence Europe*, n° 5653, 24 janvier 1992, p. 11.

(37) Sir L. Brittan, "Déclaration devant le parlement au nom de la Commission", *J.O.C.E. des débats du Parlement européen*, n° 3-381, 11 octobre 1989, p. 127.

Sur la question de la séparation des pouvoirs au sein de la Communauté, cf. : K. Lenaerts, "Some reflexions on the separation of the powers in the european community", *C.M.L.R.*, 1991, p. 12 et s.

(38) Sir L. Brittan, "Déclaration devant le Parlement au nom de la Commission", *intervention précitée*, p. 124.

(39) S. Veil, "La réforme des institutions doit résorber le déficit démocratique", *R.A.E.*, n° 3, 1991, p. 57 et s.

(40) Pour un inventaire des projets de réforme, cf. : J.-V. Louis, *La Commission au cœur du système institutionnel des Communautés européennes*, Éditions de l'Université de Bruxelles, coll. "Études européennes", 1989, p. 14 et s.

(41) Sur cette question, cf. notamment : L. Cartou, "Maastricht commenté (3e partie)", *L.P.A.*, n° 24, 1992, p. 7 et s. ; J. Rideau, "Le traité de Maastricht du 7 février 1992 sur l'Union européenne. Aspects institutionnels", *R.A.E.*, n° 2, 1992, p. 21 et s. ; D. Simon et Y. Gautier, "Maastricht : progrès quantitatifs ou saut qualitatif ?", *Europe*, n° 1, 1992, p. 1 et s.

fixer des limites au pouvoir préventif de la Commission, afin de le faire admettre par les États membres.

D - LES LIMITES AU POUVOIR PRÉVENTIF DE LA COMMISSION

Parmi les limites au pouvoir préventif de la Commission, on peut distinguer entre : d'une part, une limite effective établie par la Cour de justice, qui impose que le pouvoir créateur de la Commission se borne à *préciser les obligations découlant de l'article 90, § 1* ; et, d'autre part, une limite imparfaitement mise en œuvre, qui tient dans *l'exigence de respect de certains principes fondamentaux*.

a) Un pouvoir limité à la précision des obligations découlant de l'article 90, § 1

Cette limite au pouvoir préventif de la Commission a été clairement établie dans l'arrêt "*France c/ Commission*" du 19 mars 1991. En effet, selon l'interprétation de la juridiction communautaire : "...l'article 90, § 3, du Traité confère à la Commission le pouvoir de préciser, de façon générale, par voie de directives, les obligations qui découlent du paragraphe 1 de cet article. La Commission met en œuvre ce pouvoir lorsque, sans prendre en considération la situation particulière existant dans les différents États membres, elle concrétise les obligations qui s'imposent à ceux-ci en vertu du Traité... [par conséquent]... l'étendue de ce pouvoir dépend de la portée des règles dont il s'agit d'assurer le respect" (42). Cette conception de la Cour reprend à la lettre les arguments développés par la Commission dans ses mémoires en défense. Ainsi, l'instance bruxelloise avait affirmé que son rôle, bien qu'il soit indéniablement de nature législative, devait se limiter à "...préciser les obligations des États membres dans leurs rapports avec les entreprises de télécommunications auxquelles ils ont accordé des droits spéciaux ou exclusifs" (43).

C'est encore cette même idée qu'a développé l'avocat général dans ses conclusions du 20 mai 1992, à propos de l'affaire suscitée par les recours de l'Espagne, de la Belgique et de l'Italie contre la directive de la Commission du 28 juin 1990, "*Services de télécommunications*". Dans cette affaire, M. Jacobs a souligné que le pouvoir préventif de la Commission devait être limité à la précision des "... obligations incombant aux États membres en vertu du Traité dans des domaines particuliers" (44). Ce raisonnement a été approuvé par la Cour dans son arrêt du 17 novembre 1992 et ce, malgré l'argument intéressant soulevé lors de l'audience par le gouvernement belge qui soutenait que la directive "*Services*" aurait dû être précédée d'une directive du Conseil. En effet, selon le représentant du Royaume de Belgique, dans le cas de la directive "*Services*" une action législative préalable était nécessaire car, l'article 59 du Traité sur lequel se fondait la directive n'avait pas été suffisamment précisé par les règles de droit dérivé. Mais la Cour a repoussé ce moyen en relevant qu'il appartenait à la Commission de préciser les obligations des États membres, et que l'interprétation de la Belgique, si elle était adoptée, conduirait à priver l'article 90 de tout "effet utile" (45).

Par ailleurs, cette limite, mise en évidence par la jurisprudence de la Cour de Luxembourg, a servi de fondement à l'argumentation de certains commentateurs, afin de dénier à la Commission le pouvoir de libéraliser le marché de l'énergie à l'aide de l'article 90, § 3. Ainsi, M. Fiquet, qui occupe les fonctions d'attaché "affaires

(42) C.J.C.E., Aff. C. 202/88 du 19 mars 1991, *Rec.*, pp. 1264 et 1265, points 17 et 21.

(43) *Duplique*, Commission des Communautés européennes, p. 19.

(44) F.-G. Jacobs, conclusions présentées le 20 mai 1992, *Rec.*, p. 5852, point 38.

(45) C.J.C.E., Aff. jointes C. 271/90, C. 281/90 et C. 289/90, 17 novembre 1992, *Rec.*, p. 5865, point 21.

européennes" auprès du service juridique national d'Électricité de France, a estimé que comme la Cour a jugé que : "...le pouvoir de surveillance confié à la Commission dépend de la portée des règles dont il s'agit d'assurer le respect (...) l'appréciation de la légalité d'une directive 90, § 3, dépend en fait d'une analyse cas par cas de la compatibilité des droits spéciaux ou exclusifs octroyés aux entreprises". Dès lors, toujours selon M. Fiquet, "...si l'arrêt du 19 mars 1991 apparaît décisif quant au contexte particulier des télécommunications, il semble difficile d'en généraliser les solutions, s'agissant d'un hypothétique emploi de la même procédure à d'autres secteurs dont les caractéristiques économiques, techniques et juridiques sont différentes" (46). Cette affirmation démontre clairement que la jurisprudence de la Cour a été perçue comme fixant une limite générale à l'action de la Commission.

Ce qu'il importe de souligner en dernière analyse, c'est que cette exigence, d'origine jurisprudentielle, réduit considérablement les pouvoirs de la Commission, alors qu'en revanche, certains *principes fondamentaux*, ayant un fondement textuel certain et qui auraient pu constituer des limites importantes au pouvoir préventif de la Commission, ont été quelque peu laissés dans l'ombre par la Cour de justice.

b) Un pouvoir imparfaitement limité par le respect de certains principes fondamentaux

1) *L'insuffisance du contrôle juridictionnel sur le respect des principes de nécessité et de proportionnalité*

Ces principes peuvent être déduits de la lettre de l'article 90, § 3. En effet cet article du Traité stipule que les directives ne doivent être adoptées par la Commission qu'"en tant que de besoin", ce qui exprime l'exigence de nécessité. En outre, l'article 90, § 3, précise que ces directives doivent être "appropriées", autrement dit qu'elles doivent être proportionnées en regard du but à atteindre. Mais, comme nous l'avons signalé, la Cour de justice n'a pas développé outre mesure son contrôle sur ces deux points.

Ainsi, dans l'arrêt du 6 juillet 1982, elle a repoussé l'argumentation des requérants invoquant l'absence de nécessité de la directive "*transparence*", en se bornant à constater que la directive était nécessaire, en raison de la complexité des relations financières entre les États et leurs entreprises publiques, qui rendait difficile tout contrôle (47). De plus, dans cet arrêt, elle n'a pas examiné l'argument du gouvernement italien concernant le manque de proportionnalité de la directive, estimant que cet argument se confondait avec celui tenant au manque de nécessité (48).

De même, dans l'arrêt du 19 mars 1991, la Cour n'a pas examiné au fond le moyen tenant au manque de proportionnalité de la directive, car, selon elle, celui-ci se confondait avec ceux tirés du détournement de procédure et de l'incompétence de la Commission (49).

Dès lors, on constate que la Cour a éludé le contrôle de la nécessité et de la proportionnalité des directives, alors pourtant qu'il est exigé par la lettre de l'article 90, § 3. Les raisons de cette attitude, tiennent sans doute au fait que la Cour a préféré ne pas soumettre à un contrôle juridictionnel trop strict l'action difficile de la Commission qui, dans le cadre de l'article 90, § 3, intervient dans un domaine très sensible, où les résistances des États nationaux se font plus vives.

(46) A. Fiquet, note, C.J.C.E., 19 mars 1991, *C.J.E.G.*, n° 473, janvier 1992, p. 45.

(47) C.J.C.E., Aff. C. 188 à C. 190/80 du 6 juillet 1982, *Rec.*, pp. 2576 et 2577, points 16 à 19.

(48) C.J.C.E., Aff. C. 188 à 190/80 du 6 juillet 1982, *Rec.*, p. 2577, point 19.

(49) C.J.C.E., Aff. C. 202/88 du 19 mars 1991, *Rec.*, p. 1266, point 28.

Cette réticence des États s'explique par leur attachement à la préservation d'un secteur public fort qu'est censé garantir le principe de *neutralité* du Traité.

2) *L'insuffisance du contrôle juridictionnel sur le respect du principe de neutralité*

Ce principe de neutralité est consacré par l'article 222 du Traité qui stipule que : "Le présent Traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les États membres". On retrouve également des manifestations de ce principe aux articles 37 et 90, § 2, du Traité.

Certains États membres ont invoqué la violation de ce principe par la Commission, dans leurs recours dirigés contre la directive "*Terminaux*" du 16 mai 1988. Mais la Cour a estimé qu'en l'occurrence, ce principe de neutralité n'avait pas été violé par la Commission (50). Cette interprétation bienveillante de la Cour a pu paraître critiquable à certains auteurs qui ont tancé la Commission pour son excès de libéralisme. Ainsi, M. Le Mire s'est posé la question de savoir ce qui resterait de "... l'économie "mixte" et du rôle des États quant au soutien de l'activité économique, de l'emploi et des régions défavorisées, et de l'effectivité des articles 37, 90, § 2, et 222 du Traité, face au triomphe du principe libéral ? Y aurait-il encore un "droit public économique" dans chacun des États membres, ou ne demeurerait-il plus, au contraire, qu'un "droit de la concurrence appliqué au secteur public" par la Commission elle-même ?" (51).

En effet, lorsqu'on analyse la pratique de l'intervention de la Commission et le contrôle de la Cour, on est bien forcé de constater que la portée du principe de neutralité est considérablement restreinte. D'ailleurs, Sir Leon Brittan ne dissimule pas ses conceptions à cet égard en affirmant que "...dans le domaine du service public, il peut y avoir un noyau monopolistique si un État membre y est attaché, mais le reste doit être concurrentiel. Cette règle vaut pour les télécommunications, les services postaux, l'énergie et les autres secteurs qui se caractérisent par une abondante réglementation" (52). Une telle conception démontre que le principe de neutralité, strictement entendu, n'est pas respecté par la Commission qui se sert des directives afin de libéraliser des pans entiers de l'économie administrée des États membres. Néanmoins, la Cour de justice n'a pas estimé nécessaire de sanctionner la Commission lors de l'examen des recours dirigés contre les directives "*Terminaux*" de 1988, et "*Services*" de 1990. Ceci peut s'expliquer en raison de l'impérieuse nécessité d'ouvrir à la concurrence le secteur économique concerné.

En définitive, le pouvoir préventif de la Commission sur le fondement de l'article 90, § 3, reste difficilement admis par les États, et ce, d'autant plus que la Cour de justice ne fixe pas des limites très fermes au pouvoir *créateur* de l'autorité bruxelloise. C'est pourquoi l'adoption de directives par la Commission est, le plus souvent, ressentie comme un "*coup de force*" (53) et que l'article 90, § 3, apparaît comme une menace pesant sur les volontés d'interventionnisme économique des États membres de la Communauté.

En revanche, il paraît plus facile de faire admettre le pouvoir sanctionnateur de la Commission, s'exerçant par voie de décisions. Cela tient au fait que l'effet des actes adoptés en vertu de ce pouvoir *répressif* est plus limité, et qu'en outre, dans ce

(50) *Rapport d'audience*, C.J.C.E., Aff. C. 202/88 du 19 mars 1991, *Rec.*, p. 1236, point 56.

(51) P. Le Mire, note, C.J.C.E., 19 mars 1991, *A.J.D.A.*, 1991, p. 545.

(52) Sir L. Brittan, "La concurrence sur les marchés du gaz et de l'électricité dans la Communauté européenne", *Allocution précitée*, p. 4.

(53) L. Rapp, *article précité*, p. 46.

cas, la Commission reste fidèle à son rôle de gardienne du Traité et ne s'érige pas en législateur communautaire.

II - LE POUVOIR RÉPRESSIF PAR VOIE DE DÉCISIONS

Le pouvoir répressif de la Commission dans le cadre de l'article 90, § 3, a été plus facile à faire admettre que son pouvoir préventif. C'est pourquoi la matière a suscité relativement peu de commentaires et que, de même, les développements consacrés à cette seconde catégorie de pouvoirs spéciaux seront moins importants que ceux consacrés à la première. Néanmoins, il conviendra de souligner que le débat juridique portant sur les décisions de la Commission, a connu un regain d'intérêt, avec l'arrêt de la Cour de justice du 12 février 1992 (54) statuant pour la première fois sur un recours en annulation exercé contre une décision édictée sur la base de l'article 90, § 3, du Traité. Cet arrêt, tout en confirmant le caractère obligatoire des décisions de la Commission a précisé dans quelles limites le pouvoir d'édicter de tels actes devait s'exercer.

A - L'AFFIRMATION DU CARACTÈRE OBLIGATOIRE DES DÉCISIONS ADOPTÉES SUR LE FONDEMENT DE L'ARTICLE 90, § 3

Comme pour les directives, la première décision adoptée sur le fondement de l'article 90, § 3, est intervenue récemment puisqu'en effet, ce n'est qu'en 1985 que la Commission a adressé une décision à la Grèce, afin que celle-ci mette fin à la situation anti-concurrentielle qu'elle avait fait naître au profit de ses entreprises publiques du secteur des assurances et du secteur bancaire (55). Cette décision a suscité une vive réaction du gouvernement grec, qui a contesté le fait qu'elle puisse avoir une portée obligatoire. Selon les autorités grecques, en effet, la décision de la Commission ne pouvait avoir qu'une simple valeur d'*avis*; et au terme de l'article 189, dernier alinéa: "...les avis ne lient pas". Cette thèse de la Grèce s'appuyait, ainsi que l'a relevé l'Avocat général Mancini (56), sur l'opinion d'un juriste grec, M. Pappalardo, qui considérait que les décisions adoptées sur le fondement de l'article 90, § 3, devaient être considérées comme de simples avis, dotés néanmoins d'un considérable "poids moral" (57). C'est pourquoi, fort de cet argument, le gouvernement grec décida de ne pas exécuter la décision de la Commission, et ni même d'en demander l'annulation en vertu de l'article 173 du Traité. Aussi, la Commission a-t-elle intenté une action en manquement contre la République hellénique, et cette action a débouché sur un arrêt de la Cour de justice du 30 juin 1988, "*Commission c/ Grèce*". Dans cet arrêt, la Cour, conformément aux conclusions de l'Avocat général, a clairement repoussé l'argumentation développée par les autorités grecques, et par là-même, l'opinion doctrinale avancée par M. Pappalardo. En effet, selon la Cour, les "décisions" visées par l'article 90, § 3, du Traité appartiennent bien à la catégorie générale des décisions prévues à l'article 189 et, dès lors, "...la décision de la Commission du 24 avril 1985, était, en vertu des dispositions de l'article 189, alinéa 4, du Traité, "obligatoire en tous ses éléments" pour la République hellénique à qui elle était adressée" (58). À la suite de cet arrêt très ferme de la

(54) C.J.C.E., Aff. jointes C. 48/90 et C. 66/90 du 12 février 1992, *précité*.

(55) Décision 85-276 de la Commission, du 24 avril 1985, *précitée*.

(56) F. Mancini, conclusions présentées le 24 mai 1988, C.J.C.E., 30 juin 1988, *Rec.*, 1988, p. 3616 et s.

(57) M. Pappalardo, "Régime de l'article 90 du traité C.E.E. Les aspects juridiques dans l'entreprise publique et la concurrence, les articles 90 et 37 du traité C.E.E. et leurs relations avec la concurrence", *L'entreprise publique et la concurrence, Semaine de Bruges*, 1968, de Tempel, Bruges, 1969, p. 81 et s.

(58) C.J.C.E., Aff. 226/87 du 30 juin 1988, "*Commission c/ République hellénique*", *Rec.*, p. 3623, points 11 et 12.

Cour de Luxembourg, les autorités grecques se sont finalement inclinées, reconnaissant ainsi le caractère obligatoire des décisions de l'article 90, § 3, et ont modifié leur législation. En effet, la Grèce a promulgué au mois de février 1990, les dispositions législatives nécessaires pour mettre fin à la préférence réservée aux compagnies d'assurances grecques du seul secteur public (59).

Désormais, on peut donc affirmer que le caractère obligatoire des décisions adoptées par la Commission sur le fondement de l'article 90, § 3, n'est plus contestable et d'ailleurs, il n'est plus contesté ainsi que l'attestent les recours produits dans l'affaire de la poste aux Pays-Bas, qui n'invoquent même plus cet argument (60).

B - LA DIVERSITÉ D'OBJETS DES DÉCISIONS ADOPTÉES SUR LE FONDEMENT DE L'ARTICLE 90 § 3

Le caractère obligatoire de ses décisions étant consacré, la Commission s'est servie de cet instrument efficace pour s'attaquer à des situations anti-concurrentielles dans trois secteurs bien déterminés : premièrement, celui de la banque et des assurances, en Grèce ; deuxièmement, celui des transports, en Espagne ; et troisièmement, celui de la poste, aux Pays-bas et en Espagne.

En premier lieu, comme il déjà été évoqué, la Commission a adopté une décision, le 24 mai 1985, relative à l'assurance en Grèce des biens publics et des crédits accordés par les banques publiques helléniques. Par cette décision, la Commission a enjoint à la Grèce de se conformer aux règles du Traité, car elle estimait qu'une loi grecque de 1982 était contraire aux règles de concurrence applicables aux États dans leurs relations avec leurs entreprises publiques. En effet, au terme de cette loi : d'une part, tous les biens publics, y compris ceux des entreprises publiques helléniques, devaient être assurés exclusivement par les compagnies d'assurances du secteur public ; et, d'autre part, la loi faisait obligation au personnel des banques publiques de recommander à leurs clients de s'assurer auprès d'une compagnie d'assurances dépendant du secteur public bancaire. Selon la Commission, ces mesures étaient contraires à la liberté d'établissement, énoncée aux articles 52 et 53 du Traité, en ce qu'elles interdisaient aux compagnies d'assurance des autres États membres de s'établir en Grèce en tant qu'assureurs de biens publics. De plus, ces mesures étaient contraires aux articles 5 et 3f, et plus particulièrement aux articles 85 et 86 du Traité car elles restreignaient le jeu de la libre concurrence, en obligeant le personnel des banques publiques à inciter leurs clients à s'assurer auprès des compagnies d'assurance du secteur public. Ce qui induisait des violations de la liberté de la concurrence aux dépens des compagnies d'assurance des autres États membres, non seulement pour le marché en cause, mais aussi pour l'ensemble des activités d'assurances.

En second lieu, la Commission s'est attaquée à la situation anti-concurrentielle qui existait dans le secteur des transports en Espagne. Dans cet État, en effet, un ensemble de dispositions prévoyait des tarifs préférentiels pour les résidents des îles Canaries et Baléares lorsqu'ils désiraient se rendre sur le continent ou voyager à travers l'archipel. Mais ces tarifs de faveur étaient réservés aux seuls ressortissants espagnols. La Commission, estimant que ces dispositions étaient contraires à l'article 7 du Traité, qui est visé par l'article 90, § 1, et qui interdit toute discrimination fondée sur la nationalité, a adressé, le 22 juin 1987, une décision au gouvernement espagnol (61). Celui-ci, convaincu du caractère obligatoire de

(59) Article 4 de la loi n° 1975/1990 du 21 février 1990, *J.O. de la République hellénique*, fasc. A, feuillet n° 21 (cité par le *XXe Rapport sur la politique de la concurrence*, Commission des Communautés européennes, Bruxelles-Luxembourg, 1991, p. 242).

(60) *Rapport d'audience*, C.J.C.E., Aff. jointes C. 48/90 et C. 66/90 du 12 février 1992, , précité.

(61) Décision 87-359 de la Commission, du 22 juin 1987, précitée.

cette décision, n'en a même pas discuté le bien-fondé, et s'est conformé à la décision émanant de l'autorité bruxelloise, en modifiant la législation incriminée, seulement six mois après l'injonction de la Commission (62).

En dernier lieu, la Commission a adopté deux décisions dans le secteur postal, sur le fondement de l'article 90, § 3 : d'une part, elle a adressé une décision aux autorités néerlandaises ; et, d'autre part, elle a adressé une décision aux autorités espagnoles. D'abord, la Commission a enjoint aux Pays-Bas de mettre fin à la situation anti-concurrentielle qu'ils avaient créé en octroyant la concession exclusive du service de transport des lettres excédant 500 grammes à une entreprise publique. Cette décision, en date du 20 décembre 1989 (63), a fait l'objet d'un recours en annulation, sur la base de l'article 173 du Traité, émanant d'une part, de l'État directement visé par la décision, et, d'autre part, de l'entreprise publique concernée. L'arrêt rendu dans cette affaire par la Cour de justice, le 12 février 1992, a confirmé les pouvoirs de la Commission ; néanmoins, il a annulé la décision contestée pour violation du principe général des droits de la défense (64). Ensuite, la Commission a adressé une décision à l'Espagne, le 1er août 1990, car la réglementation concernant les services postaux dans ce pays empêchait toute entreprise autre que la Poste de fournir le service de courrier rapide international pour la correspondance (65). Selon la Commission, cette situation était contraire aux exigences de l'article 90, § 1, lu en combinaison avec l'article 86, alinéa 2, du Traité.

Au total, on constate que la Commission n'a adressé que quatre décisions à des États membres, et ce dans des secteurs assez divers. Le point commun de ces quatre décisions est qu'elles ont toutes pour finalité de réprimer des comportements anti-concurrentiels des États nationaux dans leurs relations avec leurs entreprises du secteur public. Il s'agit donc, comme nous l'avons déjà relevé, d'un pouvoir sanctionneur s'exerçant *a posteriori*, à l'égard des États membres qui manquent aux obligations qui s'imposent à eux, en vertu du premier paragraphe de l'article 90.

Ce pouvoir répressif est donc parfaitement identifié et s'exerce dans le domaine propre de l'article 90. Néanmoins, certains États membres ont estimé que ce pouvoir de la Commission d'adopter des décisions se confondait avec celui qu'elle détient de mettre en œuvre l'action en manquement.

C - LA QUESTION DE LA CONCURRENCE OU DE LA COMPLÉMENTARITÉ DU POUVOIR RÉPRESSIF DE LA COMMISSION AVEC L'ACTION EN MANQUEMENT

D'après une argumentation développée par une partie de la doctrine, l'existence d'une action répressive spécifique, l'action en manquement prévue à l'article 169 du Traité, devrait restreindre la compétence de la Commission pour adopter des décisions sur le fondement de l'article 90, § 3. Ainsi, M. Marengo, en 1983, affirmait : "Could Article 90 (3) be used for reasons of urgency in case where the normal proceedings under Article 169 could be instituted ? It is submitted that this is not permissible. The Commission can accelerate the preliminary procedure under Article 169 and then ask the Court for interim measures : the need for a decision under Article 90 (3) is therefore not at all evident. However, if a member State intends to persevere in the infringement until the decision of the Court, the use of

(62) Loi 33/1987 du 23 décembre 1987, *B.O.E.*, 24 décembre 1987 (cité par le *XXIIe Rapport général sur l'activité des Communautés européennes - 1988*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1989, p. 29).

(63) Décision 90-16 de la Commission, du 20 décembre 1989, *précitée*.

(64) C.J.C.E., Aff. jointes C. 48/90 et C. 66/90 du 12 février 1992, *précitée*.

(65) Décision 90-456 de la Commission, du 1er août 1990, *précitée*.

the procedure under Article 90 (3) would be counterproductive since it would only have the effect of postponing even further the outcome of the case" (66).

Effectivement, à première vue, il peut sembler plus logique que la Commission recoure directement à l'action en manquement lorsqu'elle constate l'existence d'une infraction d'un État membre dans ses relations avec ses entreprises du secteur public. Puisque de toute manière, c'est le seul recours dont dispose la Commission en cas d'inexécution de sa décision par l'État en cause. C'est ce qu'a démontré l'exemple de l'affaire de l'assurance des biens publics en Grèce, dans laquelle la Commission a dû finalement recourir à l'action en manquement afin de conférer un effet utile à sa décision.

Mais en réalité, si l'on regarde au-delà des apparences, la Commission a tout intérêt à adopter néanmoins une décision sur le fondement de l'article 90, § 3, car, dès lors, ainsi que l'a justement fait remarquer M. Pais Antunes : "...ce ne sera plus la violation des règles du Traité que l'État membre s'est vu reprocher dans la décision qui sera en jeu dans la procédure en manquement engagée par la Commission, mais tout simplement le manquement au respect de ladite décision" (67). De la sorte, on constate, qu'en effet, la portée véritable de l'article 90, § 3, mis en relation avec l'article 169, est de conférer à la Commission le pouvoir d'être maître de l'objet du litige. Puisqu'en ce cas, c'est autour de sa décision que se cristallise le contentieux. Ainsi, dans l'arrêt du 30 juin 1988 "*Commission c/ Grèce*", la Cour a dû rechercher si les autorités helléniques avaient manqué aux obligations précises résultant de la décision, et non pas si elles avaient failli aux obligations générales découlant du Traité. Cette position présente, en outre, l'avantage de fermer la voie de l'exception d'illégalité aux États qui souhaiteraient la soulever. En effet, d'après la juridiction communautaire, les voies de recours ouvertes, d'une part, par les articles 169 et 170 et, d'autre part, par les articles 173 et 175 "...poursuivent des objectifs distincts et sont soumises à des modalités différentes. Un État membre ne saurait donc utilement, en l'absence d'une disposition du Traité l'y autorisant expressément, invoquer l'illégalité d'une décision dont il est destinataire comme moyen de défense à l'encontre d'un recours en manquement fondé sur l'inexécution de cette décision" (68).

De plus, l'Avocat général Walter Van Gerven, dans ses conclusions présentées sur l'arrêt "*Pays-Bas c/ Commission*" du 12 février 1992, a affirmé que le pouvoir de prendre des décisions sur la base de l'article 90, § 3, était un pouvoir nettement distinct de celui de mettre en œuvre une action en manquement sur la base de l'article 169 (69). La Cour de Luxembourg a repris cette idée en jugeant que le pouvoir de la Commission, issu de l'article 90, § 3, "...n'empiète en rien sur les compétences que l'article 169 confère à la Cour" (70). Cette dernière observation permet de souligner que la Commission peut adopter des décisions au titre de

(66) G. Marengo, "Public sector and community law", *Common Market Law Review*, 1983, pp. 522 et 523. Traduction effectuée par nos soins : "L'article 90 § 3 pourrait-il être utilisé, en raison de l'urgence, dans des hypothèses dans lesquelles il serait possible de recourir à la procédure normale de l'article 169 ? Force est de constater que cela n'est pas possible. La Commission peut accélérer la procédure préliminaire de l'article 169, et dans ce cas, s'adresser à la Cour afin de mettre en œuvre des mesures provisoires : la nécessité d'adopter une décision sur le fondement de l'article 90 § 3 ne s'impose donc pas. Toutefois, si un État membre persistait à rester en infraction, malgré la décision de la Cour, l'utilisation de la procédure fondée sur l'article 90 § 3 serait quand même inefficace puisqu'elle n'aurait comme effet que de renvoyer à plus tard la solution définitive de l'affaire".

(67) L.-M. Pais Antunes, *article précité*, pp. 205 et 206.

(68) C.J.C.E., Aff. 226/87 du 30 juin 1988, *précité*, point 14.

(69) W. Van Gerven, conclusions présentées le 16 octobre 1991, C.J.C.E., 12 février 1992, *précité*, pp. 594 et 595, point 8.

(70) C.J.C.E., Aff. jointes C. 48/90 et C. 66/90 du 12 février 1992, *précité*, point 14.

l'article 90, § 3, sans concurrencer, ni ses propres pouvoirs au titre de l'article 169, ni ceux que la Cour de justice tire de cette disposition du Traité.

Par conséquent, on constate que l'existence de l'action en manquement ne constitue pas nécessairement un obstacle à l'adoption de décisions par la Commission sur le fondement de l'article 90, § 3, ainsi que l'avaient soutenu certains auteurs. Néanmoins, il faut relever que la Cour de justice impose tout de même une limite, que l'on retrouve dans le cadre de la procédure en manquement : le respect des *droits de la défense*.

D - LA LIMITE AU POUVOIR RÉPRESSIF DE LA COMMISSION : LE RESPECT DU PRINCIPE FONDAMENTAL DES DROITS DE LA DÉFENSE

Les limites au pouvoir répressif de la Commission auraient, tout simplement, pu être les limites prévues par l'article 90, § 3, à savoir : l'exigence de nécessité contenue dans l'expression "en tant que de besoin", et l'exigence de proportionnalité qu'implique le terme "appropriées". Mais il n'en a rien été, car la Cour de justice n'a pas eu à exercer son contrôle sur ces points, soit que les requérants n'aient pas soulevé ces arguments dans leurs moyens, soit que la Cour n'ait pas cru bon de les examiner. Ainsi, ce dernier cas est illustré par l'arrêt "*Commission c/ Grèce*" du 30 juin 1988, dans lequel le moyen a été invoqué par le gouvernement grec (71), repris dans ses conclusions par l'Avocat général (72), mais non examiné par la Cour puisque dans cette affaire elle ne s'est pas prononcée sur la légalité au fond de la décision en cause (73). Par conséquent, la seule limite que la Cour de justice ait imposé au pouvoir répressif de la Commission est une limite d'origine prétorienne.

C'est dans l'arrêt du 12 février 1992, "*Pays-Bas c/ Commission*", que la Cour de justice a introduit une limite importante au pouvoir de décision de la Commission, en décidant que le principe fondamental des *droits de la défense*, devait être respecté durant la procédure d'application des décisions adoptées sur la base de l'article 90, § 3. Cette solution avait été souhaitée par l'Avocat général Van Gerven dans ses conclusions (74), et elle était prévisible si l'on se réfère aux circonstances, assez exceptionnelles, de l'affaire. En effet, les Pays-Bas n'avaient été informés de la position de la Commission que par un simple télex, en date du 29 novembre 1988. En outre, ce télex était très bref et ne contenait pas un exposé suffisant des griefs ou des motifs pour permettre à l'État néerlandais, soit de se conformer aux prescriptions de la Commission, soit, en cas de refus persistant, de préparer sa défense. Face à cette situation manifestement inéquitable, la Cour de justice a commencé par rappeler que "...selon une jurisprudence constante, le respect des droits de la défense dans toute procédure ouverte contre une personne et susceptible d'aboutir à un acte faisant grief à celle-ci, constitue un principe fondamental de droit communautaire et doit être assuré, même en l'absence d'une disposition spécifique" (75). Par cette formule, la Cour de justice a consacré avec force l'applicabilité du principe des droits de la défense à la procédure des décisions de la Commission dans le cadre de l'article 90, § 3. Plus loin, la Cour a précisé la portée du principe en affirmant qu'il imposait non seulement, que "...l'État membre en cause se voie communiquer, avant l'adoption de la décision au titre de l'article 90, § 3, du Traité,

(71) *Argumentation de la République hellénique*, C.J.C.E., Aff. C. 226/87 du 30 juin 1988, *Rec.*, p. 3615, point 2 b.

(72) F. Mancini, *conclusions précitées*, p. 3618, point 4.

(73) C.J.C.E., Aff. C. 226/87 du 30 juin 1988, *Rec.*, p. 3624, point 17.

(74) M. Van Gerven, *conclusions précitées*, pp. 21 à 30, points 14 à 19.

(75) C.J.C.E., Aff. jointes C. 48/90 et C. 66/90 du 12 février 1992, *précité*, point 44.

un exposé précis et complet des griefs que la Commission entend retenir à son encontre" (76) ; mais encore, que "...l'État membre en cause soit mis en mesure de faire connaître utilement son point de vue sur les observations présentées par des tiers intéressés" (77). Cette dernière observation visant, dans cette hypothèse, l'entreprise publique néerlandaise concernée. Et enfin, à l'issue de ce raisonnement, et après avoir minutieusement examiné les circonstances de l'affaire, la Cour de Luxembourg a déclaré nulle la décision litigieuse pour violation des droits de la défense.

Cet arrêt revêt donc une portée considérable car, finalement, il établit une limite au pouvoir de décision de la Commission en le soumettant aux mêmes garanties procédurales que celles énoncées à l'article 169.

CONCLUSION

Au terme de cette étude, peut-on conclure avec M. Bazex que l'article 90, § 3, constitue un "grand chambardement" (78) ? Force est de constater que cette appréciation doit être nuancée, car, s'il est vrai que les arrêts récents de la Cour de justice ont confirmé la validité de l'intervention de la Commission, que ce soit à titre préventif ou à titre répressif pour faire respecter la libre concurrence à l'égard des entreprises publiques, il reste qu'en pratique, la Commission fait un usage limité de ses pouvoirs. Ainsi, il peut être rappelé qu'elle n'a adopté que quatre directives et quatre décisions sur le fondement de l'article 90, § 3, ce qui représente un nombre d'actes relativement peu important, par rapport à l'inflation actuelle des normes d'origine communautaire. En outre, il est probable que la voie de l'article 90, § 3, ne devrait plus guère être empruntée dans l'avenir. En effet, d'une part, s'agissant des *directives*, il paraît douteux que la Commission en adopte encore beaucoup sur la base de l'article 90, § 3, pour au moins deux raisons. La première étant que les États membres manifestent toujours une grande résistance (79) à l'égard de ces mesures élaborées sans véritable contrôle démocratique, et ceci à l'heure où une étape essentielle de la réalisation du marché intérieur est en train d'être franchie. La seconde raison tient au fait que, dans l'avenir, le pouvoir de la Commission ne devrait peut-être plus avoir beaucoup de domaines d'application, puisque l'article 90, § 3, n'est réellement utile que pour s'attaquer à un secteur public fortement réglementé. Or, à l'heure actuelle, on assiste à un démantèlement progressif des monopoles publics dans les États membres de la Communauté. Par conséquent, l'utilisation de l'article 90, § 3, devrait perdre de son intérêt et il n'est pas à craindre qu'il se transforme en "un instrument de législation ordinaire" (80), ainsi qu'ont pu le craindre, notamment certains parlementaires européens. D'autre part, en ce qui concerne les *décisions*, il est clair que l'exigence supplémentaire de respect des droits de la défense, posée par la Cour de justice, est de nature à priver ces décisions de leur principal attrait. Puisqu'en effet, leur intérêt résidait essentiellement dans leur efficacité et leur rapidité, notamment par rapport à l'action en manquement de l'article 169.

L'article 90, § 3, n'occupe donc finalement qu'un rôle résiduel au sein du régime de la concurrence, car ainsi que l'a justement fait remarquer M. Colliard, il

(76) *Ibid.*, point 45.

(77) *Ibid.*, point 46.

(78) M. Bazex, "L'article 90, § 3, du traité C.E.E. ou le grand chambardement", *G.P.*, 7-8 juin 1991, doctr., p. 271 et s.

(79) Pour un bon exemple de cette hostilité, cf. : Question écrite n° 2185/91 de M. G. Mottola à la Commission, à propos de l'utilisation par celle-ci de l'article 90, § 3, pour la libéralisation des services postaux à monopoles, *R.T.D.E.*, n° 3, 1992, p. 581.

(80) J.-P. Cot, *J.O.C.E. des débats du Parlement européen*, n° 3-381, 11 octobre 1989, p. 128.

ne sert qu'à "colmater les failles du régime général de la concurrence" (81). Par conséquent, cet article est plus remarquable par les potentialités d'atteinte à la souveraineté nationale qu'il recèle en germe, que par son effet réel d'encadrement des compétences étatiques.

(81) C.-A. Colliard, "Le régime des entreprises publiques", *Les nouvelles, Droit des Communautés européennes*, éd. Larcier, Bruxelles, 1969, p. 853.

**LA PARTICIPATION
AUX COMMUNAUTÉS ET À L'UNION
EUROPÉENNES :
LES PROBLÉMATIQUES DE
L'ADHÉSION DE QUATRE NOUVEAUX
ÉTATS OU DE LA POSSIBILITÉ D'UNE
UNION EUROPÉENNE À SEIZE**

Par

Pierre-Alexis FERAL

*Allocataire de recherche, Moniteur d'enseignement supérieur à la Faculté de Droit et
de Science Politique d'Aix-Marseille*

Membre de l'Association des Juristes européens (A.J.E. 13)

A la suite de la décision du Conseil européen d'Edimbourg (décembre 1992) prévoyant que les négociations sur l'élargissement de l'Union européenne à l'Autriche, la Finlande et la Suède commenceraient au début de 1993, les sessions ministérielles ouvrant ces trois conférences ont eu lieu à Bruxelles, le 1er février de cette même année. Par ailleurs, la Commission européenne ayant adopté son avis sur la demande d'adhésion de la Norvège, le 24 mars 1993, le Conseil a décidé, le 5 avril suivant, d'ouvrir sans plus tarder les négociations avec ce pays.

Par la suite, en ouvrant les travaux avec chacun des quatre pays candidats, le Conseil n'a pas hésité à mettre l'accent sur le défi que constitue cet élargissement et a rappelé, avec force et vigueur, que l'adhésion implique tout naturellement une acceptation intégrale de l'acquis communautaire et du traité sur l'Union européenne (7 février 1992), y compris les dispositions relatives à la politique étrangère et de sécurité commune (P.E.S.C.) ainsi que celles de la coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures. Ces différentes négociations sur l'adhésion, qui se sont déroulées tout au long de l'année 1993 et au début de l'année 1994, ont immanquablement illustré les difficultés qu'il y a dans toute adhésion, surtout quand celle-ci est prévue pour le 1er janvier 1995. On remarque à ce titre deux problématiques qui, bien que distinctes puisque la première est d'ordre juridique alors que la seconde est d'ordre politique, n'en sont pas moins intimement liées (1).

(1) Pour une présentation exhaustive de ces différentes problématiques mais aussi des aspects économiques et sociaux de l'adhésion, se reporter à : Luif (P.), "L'élargissement de la Communauté aux

Ière PARTIE - PROBLÉMATIQUE JURIDIQUE

L'Union européenne repose sur des traités internationaux. En conséquence, les mécanismes de droit international public sont utilisés, tout en se combinant avec des procédures spécifiquement communautaires.

A l'exception des six États fondateurs dont la participation aux Communautés résulte seulement du fait qu'ils ont signé et ratifié les traités constitutifs, tous les membres actuels et futurs ont été ou seront soumis à une "procédure d'adhésion".

Avant la création de l'Union, l'entrée dans les Communautés européennes s'analyse, d'un point de vue juridique, comme l'entrée dans les trois organisations et nécessite donc trois instruments d'adhésion distincts (un pour chaque traité).

Cette différenciation est d'autant plus évidente que la procédure d'admission du traité C.E.C.A. diffère de la procédure des deux autres, ce qui impose l'élaboration d'instruments de forme différente pour cette Communauté (l'article 98 du traité C.E.C.A. prévoit en effet que les "conditions d'adhésion" doivent être fixées par une décision du Conseil et non par un accord, l'État candidat n'ayant plus ensuite qu'à déposer un instrument d'adhésion).

Dans la pratique cependant, la procédure d'admission est apparue comme globale parce qu'il a été imposé aux candidats de demander leur admission à la fois dans les trois Communautés et parce que les problèmes politiques de l'admission se sont toujours posés par rapport à la C.E.E., l'admission dans les deux autres n'étant que la conséquence et l'accessoire de l'admission dans celle-ci. De plus, et bien qu'aucun texte ne l'ait prévu, l'admission dans les Communautés a imposé aussi au nouveau membre de participer à la coopération politique européenne (C.P.E.).

La création de l'Union européenne (traité du 7 février 1992 entré en vigueur le 1er novembre 1993) simplifie la situation. Il existe une procédure d'admission dans une structure unique qui est l'Union. L'admission dans celle-ci a donc a priori pour effet d'étendre au nouveau membre l'ensemble des obligations qui reposent sur l'ensemble des instruments constitutifs de l'Union. La procédure prévue par le traité de Maastricht (article O) est celle des traités C.E.E. et C.E.E.A. tels que modifiés par l'Acte unique européen (article 237 C.E.E. et 205 C.E.E.A.).

Il existe, dans le cadre des Communautés, un débat relativement ancien entre ceux qui ont tendance à privilégier la solidité des liens et l'homogénéité des membres et qui considèrent que toute nouvelle adhésion doit faire l'objet d'une réflexion préalable approfondie et ceux qui pensent que le cadre communautaire, favorisant le progrès économique et politique, doit pouvoir être étendu à tous ceux qui le souhaitent. La Commission, pour sa part, a fait prévaloir la thèse de la priorité de la réalisation du marché intérieur sur tout nouvel élargissement.

A partir de 1993, l'essentiel du marché intérieur étant réalisé, la question de l'élargissement est revenue au premier plan. On peut considérer comme pratiquement certain que l'Union sera élargie de façon très sensible dès le 1er janvier 1995.

Cet élargissement va, selon toute probabilité, se traduire, dans un premier temps, par l'admission de quatre membres de l'A.E.L.E. (Autriche, Finlande, Norvège et Suède) avec lesquels les négociations ont été ouvertes en 1993.

pays de l'A.E.L.E.", *Politique étrangère*, n° 1/93, p. 63-77 ; Nguyen (K.), "L'élargissement de l'U.E. à l'Autriche, la Finlande, la Norvège et la Suède", *Problèmes économiques*, n° 2-376, 18 mai 1994, p. 1-p. 8 ; Säilä (P.), "L'Espace économique européen et l'élargissement de l'Union européenne", *R.M.U.E.*, n° 1/94, p. 5-p. 11 ; voir aussi l'ouvrage publié sous la direction de M. Têlô, "L'Union européenne et les défis de l'élargissement", *Études européennes*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1994. Voir enfin le rapport d'information déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour les Communautés européennes sur "l'état des négociations en vue de l'élargissement de la Communauté", présenté par M. Raimond, n° 376, 1993, 85 pages.

Pour la Suisse, en dépit d'une demande officielle d'adhésion, la question est pour l'instant réservée en raison de la réponse négative du peuple au référendum concernant la participation à l'Espace économique européen (E.E.E.), pourtant beaucoup moins contraignant que le système communautaire. Cela montre bien l'état de l'opinion suisse qui est encore assez rétive à l'idée même d'"Intégration Communautaire".

Le sort du Lichstenstein est aussi très largement lié à celui de la Suisse. Le dernier État membre de l'A.E.L.E., l'Islande, n'a pas encore manifesté le désir d'être admis dans l'Union européenne.

En dehors de l'A.E.L.E., il y a trois candidats : la Turquie (demande d'admission présentée le 14 avril 1987), Malte et Chypre. Pour le premier, l'avis de la Commission (20 décembre 1989) indique qu'il n'est pas souhaitable que des négociations soient ouvertes pour le moment. Il est probable que la situation demeurera inchangée sur ce point pendant un délai indéterminé. Pour les deux autres, les avis de la Commission (juin 1993) sont positifs, mais il est indiqué que la partition de l'île de Chypre (partie grecque et partie turque) bloque pour le moment toute adhésion. Dès lors, seule l'admission de Malte apparaît pour l'instant probable dans un avenir assez proche.

Estimant que ces orientations concernant l'élargissement aux pays de l'A.E.L.E. n'affectaient pas les autres candidats et que celles-ci devaient être examinées selon leur intérêt propre, le Conseil européen de Copenhague (juin 1993) s'est félicité de l'élaboration par la Commission d'avis sur ces deux candidatures. Mais dans les deux cas il y a des réserves.

Si l'adhésion est conditionnée dans le premier cas au règlement pacifique et durable du conflit opposant les deux communautés chypriotes (avis du 30 juin 1993), elle l'est dans le second à l'engagement de réformes jugées nécessaires dans le domaine économique.

Un élargissement vers l'Europe de l'Est, s'il doit intervenir, devrait concerner en premier lieu : la Hongrie, la Pologne, la République Tchèque et la République Slovaque. Il s'agit là, à n'en pas douter, de perspectives à plus ou même à très long terme (XXIème siècle).

A - Les conditions que les candidats doivent remplir

1 - La qualité d'État (condition juridique)

2 - La qualité d'État européen (condition géographique)

Le Maroc qui a présenté une demande d'admission en 1985 est le premier et seul État à s'être vu évincé pour cette raison géographique. Il y aura par contre un véritable dilemme pour la Turquie (membre du Conseil de l'Europe), candidate officielle depuis 1987, qui a la plus grande partie de son territoire en Asie.

3 - Le respect des principes démocratiques et des droits de l'homme (condition politique)

4 - Autres conditions

Il existe ainsi une condition non écrite et non sanctionnable par des moyens juridiques qui est celle dite du respect de "l'acquis communautaire". Il a en effet été arrêté, dès le premier élargissement, que l'État doit assumer l'intégralité des obligations qui découlent des textes constitutifs (Droit communautaire originaire) et de l'ensemble des règlements, directives et décisions communautaires (Droit communautaire dérivé). De plus, l'État ne doit pas bénéficier de traitement dérogatoire une

fois la période transitoire expirée. Ce principe a été appliqué de façon constante depuis lors.

B - La procédure d'admission

Selon la lettre même des textes, la procédure d'admission comporte une première phase strictement "communautaire" suivie d'une seconde phase de caractère "international".

En effet, l'État candidat doit d'abord faire l'objet d'une décision d'admission prise par le Conseil à l'unanimité. Cette décision ne peut-être prise qu'après que le Conseil ait consulté la Commission (2) et obtenu du Parlement européen un "avis conforme".

Dans le cas de l'Autriche, de la Finlande, de la Norvège et de la Suède, l'avis conforme a été voté à une grande majorité (bien plus des 260 voix nécessaires dans chaque cas) par le Parlement dans sa séance du Mercredi 4 mai 1994 (3).

D'une façon générale, ce pouvoir accordé au Parlement européen depuis l'Acte unique, alors qu'à l'origine il n'était même pas prévu de consultation, lui permet donc en théorie d'empêcher le Conseil de prendre la décision d'admission.

Qu'en a-t-il vraiment été lors de cette journée du 4 mai 1994 ?

Il aura été surtout question d'"Honneur" pendant toute la durée des débats parlementaires précédents le vote sur l'élargissement de l'Union européenne.

Pour les uns, faute de garanties sur la future réforme institutionnelle (1996), seul le refus d'approuver les traités d'adhésion qui lui étaient soumis aurait permis au Parlement européen de sauver son honneur. Pour les autres, cet honneur aurait été irrémédiablement perdu si l'on avait claqué, même momentanément, "la porte au nez" des pays nordiques et de l'Autriche.

Jusqu'au bout, le député européen Jean-Louis Bourlanges a défendu la première thèse, estimant qu'en l'absence d'un véritable dialogue avec le Conseil européen sur l'avenir institutionnel de l'Europe, le Parlement ne pouvait, une nouvelle fois, accepter d'être considéré comme "quantité négligeable".

La motion de report des votes, qu'il a défendue avec éclat, a recueilli 150 voix (150 voix sur 518 parlementaires), soit plus qu'un succès mais pas assez pour s'imposer. Dès lors, l'issue des scrutins ne faisait plus aucun doute.

Dans la phase communautaire, il reste maintenant au Conseil à arrêter une décision d'admission à l'unanimité.

Mais cette décision ne réalise en aucun cas l'admission proprement dite. Il faut en effet que soit conclu ensuite entre le (ou les en l'occurrence) candidat(s) et les États membres (autrement dit chacun des douze États et non la Communauté en tant que telle) un accord international (dit d'adhésion) qui détermine la "condition de l'admission et les adaptations des traités sur lesquels est fondée l'Union que cette admission entraîne" (4).

(2) La Commission a rendu quatre avis favorables : le 01/08/91 pour l'Autriche ; le 31/07/92 pour la Suède ; le 04/11/92 pour la Finlande ; le 24/03/93 pour la Norvège. Voir aussi le XXVIème Rapport général sur l'activité des Communautés européennes 1992, p. 268-p. 270, et le XXVIIème Rapport général sur l'activité des Communautés européennes 1993, p. 250-p. 253. Voir enfin, "L'Europe et le défi de l'élargissement", Bull. C.E., supplément 3/92, 24 pages ; "Avis de la Commission sur la demande d'adhésion de l'Autriche", Bull. C.E., supplément 4/92, 51 pages ; "Avis de la Commission sur la demande d'adhésion de la Suède", Bull. C.E., supplément 5/92, 63 pages ; "Avis de la Commission sur la demande d'adhésion de la Finlande", Bull. C.E., supplément 6/92, 59 pages ; "Avis de la Commission sur la demande d'adhésion de la Norvège", Bull. C.E., supplément 2/93, 59 pages.

(3) La majorité nécessaire était en réalité de 259 voix et pas de 260, Lord O'Hagan ayant démissionné pour des raisons de santé et n'ayant pas été remplacé.

(4) A l'ordre du jour du Conseil européen de Corfou les 24 et 25 juin 1994.

Cet accord devra par la suite être ratifié par tous les États contractants (les États membres et les quatre candidats). Ce n'est qu'à l'entrée en vigueur de cet accord que le candidat devient membre.

C - Nature et contenu de l'accord d'adhésion

L'accord d'adhésion est un accord "inter-étatique" et non un accord entre la Communauté et le(s) candidat(s).

Quant au contenu, le point le plus important est relatif à la période transitoire. C'est la partie la plus longue de l'acte d'adhésion.

Il prévoit les durées qui peuvent être, et sont, généralement différentes selon les domaines, pendant lesquelles le nouveau membre bénéficiera de dérogations aux règles communautaires. Ceci concerne en particulier les règles de l'Union douanière, le nouveau membre pouvant continuer à être protégé pendant un certain temps par des barrières douanières et n'est donc pas obligé d'appliquer d'un seul coup l'ensemble du tarif douanier commun.

Enfin, la C.J.C.E. considère que les dispositions transitoires doivent être interprétées strictement compte tenu du principe général d'égalité entre les États membres (C.J.C.E. 29.03.1978, Commission c/Royaume-Uni, aff. 231/78, Rec. 1447).

D - Quelle force juridique pour "le compromis de Ioannina" sur les aspects institutionnels de l'élargissement ?

La conférence des gouvernements des États membres de l'Union européenne a formellement approuvé, le mercredi 30 mars, "le compromis" présenté par la Présidence grecque lors de la réunion informelle de Ioannina. Le "compromis" établit les règles transitoires applicables à la prise des décisions du Conseil de l'Union à la majorité qualifiée (5), valables jusqu'à l'adoption des modifications du traité sur l'Union européenne qui seront décidées éventuellement par la Conférence inter-gouvernementale de 1996.

L'acceptation du compromis a permis de mettre un point final aux négociations d'adhésion des quatre candidats à l'Union. Il comporte une "décision" du Conseil, les "déclarations au procès-verbal" des États membres et des États candidats et une déclaration de la Commission européenne qui souhaite la voir figurer dans un procès verbal du Conseil. Les textes font toutefois l'objet d'exégèses contradictoires qui laissent présager, comme dans le cas du pseudo "compromis de Luxembourg", de nombreuses querelles d'interprétation, querelles qui n'ont d'ailleurs pas manqué dès le lendemain de la conclusion de ce "compromis".

(5) Le système de pondération des voix est fondamental pour les décisions prises à la majorité qualifiée. Les critères actuels sont fondés sur les poids économique et démographique des pays membres (article 148-2 du Traité de Rome). La majorité qualifiée est définie par 54 voix sur 76 (soit 71 %). La minorité de blocage de 23 voix est donc atteinte si deux "grands pays" (France, R.F.A., Royaume-Uni, Italie) s'associent à un "petit pays". D'après le système actuel, la France, la R.F.A., le Royaume-Uni et l'Italie disposent chacun de dix voix, l'Espagne de huit, la Belgique, la Grèce, les Pays-Bas et le Portugal de cinq chacun, le Danemark et l'Irlande de trois chacun et le Luxembourg de deux. La projection des pondérations, en fonction des règles actuelles, conduit à octroyer quatre voix pour l'Autriche et la Suède et trois voix pour la Norvège et la Finlande. La majorité qualifiée passerait alors à 64 voix (sur 90) et la minorité de blocage à 27 voix. Il serait alors plus difficile pour deux "grands pays" de l'atteindre, car ils devraient s'associer à trois "petits pays", ou bien à deux "moyens". Cette situation pourrait se révéler moins favorable pour les quatre "grands", en raison notamment d'un risque de coalition "d'États moyens" qui paralyserait le processus de décision.

Du point de vue de la Commission, le "compromis" intervenu sur la problématique de la minorité de blocage est de nature politique et ne devrait pas pouvoir être invoqué devant la C.J.C.E. (6).

Or, le Royaume-Uni et l'Espagne continuent à prétendre le contraire, le Premier ministre John Major ayant souligné devant "les Communes" le caractère "juridiquement contraignant" de cet arrangement. Pour M. Kramidiotis, secrétaire général du ministère grec des Affaires étrangères, le compromis de Ioannina avalisé par les Douze revêt la forme d'une "déclaration politique incluant également une décision du Conseil".

En conséquence, "la déclaration politique est clairement un document politique, sans forme juridique", tandis que la décision du Conseil, si "elle a une nature juridique plus forte, ne fait pas partie du traité d'adhésion". Mais les décisions politiques n'ont-elles pas parfois une valeur plus grande que les décisions juridiques ? Surtout quand il s'agit, comme c'est le cas ici, de dirigeants politiques.

IIème PARTIE - PROBLÉMATIQUE POLITIQUE

La question du quatrième élargissement est à l'ordre du jour de la Communauté européenne depuis la fin des années 80.

Trente ans plus tôt, les pays membres de l'Association européenne de libre-échange (A.E.L.E.) entretenaient déjà des relations commerciales substantielles avec les Communautés. Lors du premier élargissement, en 1972-1973, tandis que le Royaume-Uni et le Danemark quittaient l'A.E.L.E. pour rejoindre la Communauté, des accords de libre-échange furent conclus entre les deux groupes de pays. Ces accords concernaient pratiquement tous les produits industriels mais excluaient les produits agricoles. Ils créaient une zone de libre-échange entre la Communauté et les pays de l'A.E.L.E. à l'intérieur de laquelle tous droits de douane et toutes restrictions quantitatives étaient abolis.

La réalisation du "Grand marché intérieur" risquait cependant de pénaliser les produits provenant des pays de l'A.E.L.E.. L'abolition des barrières non tarifaires, encore en vigueur, prévue par le Marché unique concernait les seuls échanges entre les Douze, mais non entre les Douze et les pays de l'A.E.L.E..

Peu avant que la nouvelle vigueur de la Communauté ne s'affirme, les pays membres des deux organisations convinrent de "consolider et de renforcer leur coopération, dans le but de créer un espace économique dynamique".

La Communauté et l'A.E.L.E. engagèrent des discussions informelles sur l'"Espace économique européen" (E.E.E) en mars 1989. En avril 1990, avant l'ouverture des négociations officielles sur l'E.E.E., les pays de l'A.E.L.E. déclaraient qu'ils souhaitaient un traité "large et global" autorisant "la libre circulation des biens, des services, des capitaux et des personnes, et renforçant, tout en l'élargissant, la coopération sur un pied d'égalité dans les domaines politiques latéraux et horizontaux tels que l'environnement, la recherche et le développement, l'éducation et la politique sociale". Ils insistaient sur l'établissement d'un mécanisme authentique de prise de décision conjointe sur le fond et sur la forme.

Au terme de longues négociations, les pays de l'A.E.L.E. durent cependant s'incliner et renoncer à leurs objectifs en matière de co-décision. La Communauté demeura intransigeante sur l'autonomie de la prise de décision communautaire.

Les négociations sur l'E.E.E. s'achevèrent en octobre 1991. Les pays de l'A.E.L.E. bénéficièrent alors de la plupart des dispositions du "Grand marché" (les "quatre libertés") à l'exception de celles concernant les produits agricoles. En échange

(6) Cf. Agence Europe, n° 6203 (n.s.) du 01/04/94, p. 3.

ils durent aussi se résigner à ne pas être consultés formellement sur l'élaboration future des règles du "Grand marché". Par la suite la Cour de justice des Communautés européennes (C.J.C.E.) ayant jugé le traité de l'E.E.E. incompatible avec le droit communautaire, certaines modifications durent être apportées avant sa signature, le 2 mai 1992 à Porto. Le traité E.E.E. est entré en vigueur le 1er janvier 1994 (après une nouvelle modification : accord amendé portant création de l'E.E.E., le 13 décembre 1993) (7).

A - Le point de vue de la Communauté européenne

Selon le traité de Maastricht, la politique extérieure et de sécurité commune (P.E.S.C.) "inclut l'ensemble des questions relatives à la sécurité de l'Union européenne, y compris la définition à terme d'une politique de défense commune (Article J-4 du traité sur l'Union européenne). L'U.E.O. élaborera et mettra en oeuvre les décisions et les actions de l'Union ayant des implications de défense.

A Maastricht, le Conseil européen avait chargé la Commission de préparer un rapport sur l'élargissement pour le Conseil européen de Lisbonne, les 26 et 27 juin 1992. En avril, Jacques Delors pressentit que ce rapport "constituerait un choc politique, intellectuel et institutionnel pour les Douze".

Il mit en garde la Commission : "l'élargissement ne doit pas se faire aux dépens de l'approfondissement".

Dans son rapport sur l'élargissement, la Commission déclare que l'accession des pays de l'A.E.L.E. à la Communauté ne devrait pas poser de problèmes économiques insurmontables. Le rapport fait référence à la P.E.S.C. du traité de Maastricht (Article J.1 - J.10). Il exige que les membres de l'Union souscrivent à ces clauses et mettent en oeuvre les décisions prises dans les traités. Les pays candidats ne doivent "entretenir aucun doute à cet égard". Ils seront tenus de fournir des assurances spécifiques et contraignantes quant à leur engagement politique et à leur capacité juridique d'honorer ces obligations.

Ce document exprime clairement la crainte que l'élargissement de l'A.E.L.E. ne compromette l'évolution de l'Union européenne, spécialement de la P.E.S.C..

Parmi les pays membres de la Communauté, la France est de ceux qui partagent cette approche. La Belgique, gardienne des institutions supranationales, est la moins favorable à l'élargissement. A l'autre extrémité, le Danemark et l'Allemagne y sont acquis. L'intérêt manifesté par le gouvernement britannique pour une augmentation du nombre des membres de la Communauté exprime davantage sa réticence envers un "approfondissement" de l'intégration, que son intérêt pour les pays de l'A.E.L.E.. Enfin les pays du Sud et l'Irlande craignent surtout d'y perdre de leur influence.

Lorsque, au Conseil d'Edimbourg, les 11 et 12 décembre 1992, un accord fut conclu sur le "paquet financier - Delors II", les autorités communautaires convinrent d'entamer les négociations d'élargissement avec l'Autriche, la Suède et la Finlande au début 1993. Les négociations avec la Norvège commencèrent quelques mois plus tard après que la Commission ait rendu son avis sur cette demande d'adhésion.

La Présidence de la Commission précisa : "les conditions d'admission seront fondées sur l'acceptation de l'intégralité du traité sur l'Union européenne et sur l'"acquis", sous réserve d'éventuelles mesures transitoires à convenir lors des négociations".

Cette formulation semblait indiquer que les nouveaux membres n'obtiendraient aucune clause d'exception telle que les concessions accordées au Danemark à

(7) Cf. P. Säilä, *op. cit.*, p. 5 et s.

Edimbourg. Elle reprend en quelque sorte les termes assez sévères de l'avis formulé par la Commission sur les demandes d'adhésions autrichienne, suédoise et finlandaise. Les pays de l'A.E.L.E. considèrent "injuste" cette insistance, la Communauté exigeant des engagements (particulièrement dans le domaine de la défense) que les membres actuels n'ont pas eu à fournir dans la mesure où la nature de la politique de défense commune restait et d'ailleurs reste encore inconnue.

Le début officiel des négociations, le 1er février 1993, marque une étape importante dans les relations de ces pays avec la Communauté. Mais le chemin à parcourir pour arriver au but -l'entrée dans l'Union européenne- sera encore long et difficile. Dans les négociations sur l'E.E.E., environ 60 % de l'acquis communautaire a, il est vrai, fait l'objet de discussions appropriées et est en vigueur dans les pays de l'A.E.L.E.. Mais certains aspects sensibles restaient encore à approfondir avec les pays candidats.

A l'occasion des sessions ministérielles tenues à Bruxelles le 21 décembre dernier, des progrès significatifs ont été réalisés. Les questions relatives aux normes et au "Marché unique" ont été réglées, les chapitres relatifs à la P.E.S.C. ainsi qu'aux affaires intérieures et judiciaires ont été apparemment considérés et déclarés clos, tandis que les négociations progressaient sur d'autres chapitres, en particulier l'incontournable Union économique et monétaire ainsi que sur l'épineux dossier agricole.

En effet les changements structureaux que réservent non seulement la politique communautaire, mais aussi les négociations du G.A.T.T., aux agriculteurs de l'A.E.L.E., ont déjà suscité des réactions négatives à l'égard de la Communauté. C'est un terrain très sensible car, dans les pays du Nord, les partis agraires occupent une place importante sur l'échiquier politique. Le fait que, sans appartenir à la mouvance socialiste, ils soient, dans de nombreux domaines, les plus proches des partis socialistes, les désigne comme les arbitres du jeu politique. Si ces partis devaient réaffirmer leur opposition à l'adhésion à l'Union, une majorité aura bien du mal à émerger dans un référendum (un référendum sur l'adhésion à l'Union européenne sera organisé dans chaque pays candidat). Le référendum en Autriche aura lieu dès le 12 juin prochain alors que pour les trois autres pays il se déroulera à la fin de l'année 1994 (8).

B - Des avantages de l'adhésion de quatre nouveaux pays à l'Union européenne

1 - Alors que beaucoup d'européens doutent de l'Europe, il sera réconfortant de voir de nouveaux pays intégrer l'Union européenne. Viendraient-ils si cette dernière était vouée à l'échec ?

2 - On passera d'un "Grand marché unique" de 330 millions d'européens à une "Union" regroupant environ 360 millions d'européens. Cela consolidera notre position de troisième puissance démographique, certes loin derrière la Chine et l'Inde, mais devant les États-Unis et la Russie.

3 - Cet élargissement fera de l'Union européenne la première puissance économique du monde. Avec un produit national brut de 5.888 milliards de dollars, elle devancera les États-Unis (5.567 milliards de dollars) et le Japon (3.158 milliards de dollars)

4 - Les quatre nouveaux membres seront des contributeurs nets au budget de la Communauté européenne : ils apporteront budgétairement plus qu'ils ne recevront en retour.

(8) Le 13 novembre 1994 pour la Suède.

5 - L'élargissement de l'Union européenne sera perçu par les nouvelles démocraties de l'Est comme une main tendue vers eux, puisque celle-ci, loin de se recroqueviller sur elle-même, se rapprochera de ces derniers, notamment avec l'adhésion de l'Autriche.

C - Des inconvénients et risques de l'adhésion de quatre nouveaux pays à l'Union européenne

1 - Il aurait fallu assortir cet élargissement d'une profonde réforme des institutions européennes. Conçues pour fonctionner à six États membres, elles sont aujourd'hui à bout de souffle. Depuis des mois et des mois, le Parlement européen attire l'attention du Conseil sur la nécessité d'un engagement précis des nouveaux adhérents sur des réformes institutionnelles, pour que l'élargissement n'entraîne pas la paralysie d'une Communauté qui fonctionnait à peu près à six, pas très bien à neuf (et même à dix), très mal à douze, et qui sera totalement bloquée à seize (exemple : Conseil des Ministres = on passe de 12 à 16 membres ; Commission = on passe de 17 à 21 membres et Parlement européen = on passe de 567 à 641 parlementaires (9)). Or, la réforme institutionnelle a été reportée à 1996.

2 - L'élargissement sera, sans équivoque, préjudiciable à la France. En effet, dans l'Europe des Douze celle-ci se trouvait au coeur de l'ensemble communautaire, dans l'Europe des Seize, le nouveau "coeur" géographique, mais aussi politique et économique, sera l'Allemagne, a fortiori si au début du XXIème siècle de nouveaux États, ceux de l'Est, adhèrent à l'Union européenne.

3 - L'élargissement risque de donner naissance à un paralytique. Si l'Europe des Seize voit le jour le 1er janvier prochain, les allemands porteront une lourde responsabilité du seul fait de la "cavalcade" qu'ils ont imposée. L'Union européenne a toute chance de devenir ingouvernable. Pour justifier sa hâte, Bonn a coutume d'expliquer qu'en procédant à l'indispensable réforme institutionnelle de l'Union avant l'arrivée de l'Autriche et des pays nordiques, on aurait rendu leur adhésion presque impossible : le "non" l'aurait emporté lors des référendums qui vont maintenant être organisés (dès le 12 juin en Autriche). Mieux vaut donc, paraît-il, attendre pour procéder à ces modifications la conférence intergouvernementale qui, de toute manière, est prévue à cet effet en 1996.

Mais on ne voit pas pourquoi cette réforme institutionnelle serait alors mieux acceptée par les citoyens des nouveaux États membres. L'argument ne tient guère, et chacun sait bien que la réponse est tout autre : la réforme de 1996 sera de peu de portée parce qu'elle posera partout des problèmes politiques difficiles et que bien des gouvernements hésiteront, hésitent déjà à les affronter.

4 - La Grande-Bretagne a obtenu, le mois dernier, lors d'une réunion des Douze dans la ville grecque de Ioannina, que l'adhésion des quatre nouveaux pays s'accompagne d'une modification des règles de prise de décision dans l'Union européenne, rendant son fonctionnement plus aléatoire. Traditionnellement, les décisions requérant une majorité qualifiée au sein du Conseil pouvaient être bloquées par une opposition (10) rassemblant 30 % des voix. Le compromis de Ioannina, tout en respectant la règle des 30 % (maintenant 27 voix), prévoit que, dans le cas où des États membres rassemblant 23 à 26 voix seraient hostiles à une décision, la discussion devrait se poursuivre pendant "un délai raisonnable". Reste à savoir ce qu'on entend par délai raisonnable ?

(9) Avec les élections au Parlement européen du 12 juin 1994, on passe de 518 à 567 parlementaires. En cas d'adhésion, les Douze ont d'ores et déjà convenu du nombre d'élus pour chaque pays : Autriche (21), Suède (22), Finlande (16), Norvège (15).

(10) Cf. note n° 5 sur le système de pondération des voix et de minorité de blocage.

5 - Dernier inconvénient : la neutralité de trois des quatre postulants. Pourront-ils concrètement s'impliquer dans la P.E.S.C. ? Il y aura inévitablement des problèmes et des ajustements à opérer, surtout si l'U.E.O. est intégrée, à terme, dans l'Union européenne.

D - Liste des pays "européens" ayant demandé l'adhésion à l'Union européenne

- 1 - Turquie le 14/04/87
- 2 - Autriche le 17/07/89 * (pays neutre)
- 3 - Chypre le 04/07/90
- 4 - Malte le 16/07/90
- 5 - Suède le 01/07/91 * (pays neutre)
- 6 - Finlande le 18/03/92 * (pays neutre)
- 7 - Suisse le 26/05/92 (pays neutre)
- 8 - Norvège le 25/11/92 *

Sur les sept pays de l'A.E.L.E., six ont adhéré à l'E.E.E. et quatre (*) ont formellement demandé à être intégrés à l'Union européenne.

Il reste donc en dehors de ce processus : l'Islande (membre de l'O.T.A.N.) qui ne songe pas pour l'instant à rejoindre l'Union européenne car elle ne veut pas ouvrir ses zones de pêche aux industries halieutiques de la Communauté ; la Suisse, qui le 6 décembre 1992 refusa par référendum de ratifier le traité de l'E.E.E., et enfin le Lichtenstein, membre de l'A.E.L.E. depuis le 1er septembre 1991 mais intimement lié à la Suisse sur laquelle il s'aligne en matière de politique étrangère (ils sont liés par une Union douanière).

CONCLUSION

Au terme d'un débat très animé, les députés européens ont donc approuvé le 4 mai dernier, certains dans la joie, d'autres dans la résignation, l'adhésion de l'Autriche (374 "oui", 24 "non" et 61 abstentions), de la Finlande (377 "oui", 21 "non" et 61 abstentions), de la Norvège (374 "oui", 24 "non" et 58 abstentions), et enfin de la Suède (380 "oui", 21 "non" et 60 abstentions) (11).

Reste à savoir si les citoyens de ces quatre pays sont, dans leur majorité, favorables pour devenir eux aussi, tout comme nous, citoyens de l'Union européenne. En fait, ces peuples se prononceront très prochainement au cours de référendums qui auront lieu en Autriche dès le 12 juin et pour les trois autres fin novembre 1994.

Pour le moment, quand on se penche sur l'état de l'opinion dans ces pays, on remarque que seule l'Autriche a de fortes chances de voir le "oui" l'emporter, même si l'opposition reste très forte, surtout auprès des écologistes. Pour les autres, mieux vaut être très prudent, car d'après de récents sondages la réponse est réservée notamment en Norvège où l'on craint la répétition de ce qui s'est passé en 1973. Faudra-t-il alors recommencer et reproduire la situation ubuesque du Danemark ?

Si, selon les conclusions du Conseil européen de Lisbonne, confirmées par le Conseil européen de Copenhague, l'élargissement à ces quatre pays de l'A.E.L.E. est apparemment possible (dès le 1er janvier 1995) "sur la base des" dispositions institutionnelles prévues dans le traité sur l'Union européenne, il ne fait aucun doute que pour les autres adhésions, on ne pourra en aucun cas faire l'économie d'une profonde

(11) Cf. Agence Europe, n° 6224 (n.s.) du 05/05/94, p. 3.

réforme institutionnelle à moins de vouloir prendre le risque de diluer l'Union européenne.

La préservation et la poursuite du processus d'intégration communautaire afin d'établir "une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe" rend déjà nécessaire un renforcement décisif de ses institutions en concomitance avec son élargissement.

Le système institutionnel d'une Union européenne à "Douze", à "Seize", à "Vingt" ou plus, ne peut être identique et immuable. On ne doit en aucun cas oublier de préserver et de développer les qualités d'efficacité, de démocratie et de transparence que tous les citoyens européens sont en droit d'exiger à la veille des élections au Parlement européen.

LA CONSTITUTION SUD-CORÉENNE DE 1987 ET LES LIBERTÉS PUBLIQUES

Par

Éric SEIZELET
Chargé de recherche au CNRS

INTRODUCTION

Depuis 1948, la Corée du Sud a été en proie à une instabilité institutionnelle chronique : neuf révisions constitutionnelles et six Républiques. Alternant régimes autoritaires et démocraties prétoiriennes, la Corée du Sud a longtemps connu une vie politique tourmentée, au rythme des proscriptions, des scandales financiers et des émeutes étudiantes. Ces fractures politico-constitutionnelles n'ont naturellement pas manqué d'affecter durablement la situation précaire et chaotique des droits fondamentaux dénoncée de longue date par l'opinion publique internationale (1). Au même moment, cette même opinion n'a pas manqué de s'interroger sur la légitimité du soutien accordé par les administrations américaines successives au régime de Séoul et aux États-Unis mêmes, le Congrès a mis en cause à plusieurs reprises une politique sacrifiant les droits de l'homme aux intérêts stratégiques immédiats de Washington (2). L'avènement de la VIème République, marquée par la première transition "en douceur" du pouvoir que le pays ait connue, n'échappe pas au climat général de tension qui assombrit, dans ce pays, la fin de tout mandat présidentiel, tandis que la Maison Blanche, révisant sa position, ne ménage pas en coulisses ses efforts pour faire plier le régime du président Chun. C'est ainsi que le 29 juin 1987, dans une "déclaration spéciale" en huit points - véritable proclamation de l'"idée de droit" des institutions à venir - le nouveau délégué général du parti gouvernemental - le parti pour la Justice et la Démocratie (PJD) -, M. Roh Tae-woo, s'engage solennellement à engager des réformes assurant une protection accrue des libertés

(1) Asia Watch, *Human Rights in Korea*, Washington D.C., janvier 1986 ; de la même organisation, *Legal Process and Human Rights in South Korea. A Stern, Steady Crackdown*, Washington D.C., mai 1987 ; William Shaw ed., *Human Rights in Korea : Historical and Policy Perspectives*, Cambridge and London 1991, Harvard University Press. Pour un rapide survol de l'histoire constitutionnelle de la Corée du Sud, Lawrence W. Beer ed., *Constitutional Systems in Late Twentieth Century Asia*, Seattle et Londres 1992, University of Washington Press, pp. 303 et s. Pour une présentation synthétique du régime des libertés publiques dans le cadre de la Constitution de la VIème République, rapport d'Amnesty International, *Corée du Sud : garanties relatives aux droits de l'homme dans la nouvelle Constitution*, novembre 1987, doc. SF 87 RN 190, 14 p.

(2) Ilpyong J. Kim, "Human Rights in South Korea and US Relations", in James C. Hsiung ed., *Human Rights in East Asia*, New York 1985, Parangon House, pp. 57 et s ; William H. Gleysteen Jr, *Korea, A Special Target of American Concern*, in David D. Newsom ed., *The Diplomacy of Human Rights*, New York 1986, University Press of America, pp. 85 et s.

fondamentales (3). Après d'âpres négociations avec l'opposition, un compromis est trouvé autour d'un système présidentiel tempéré, réhabilitant les droits du Parlement et plus respectueux des libertés des citoyens. Cet engagement en faveur de l'instauration d'un véritable État de droit, caution d'une démocratisation en profondeur de la vie publique, visait à enrayer un processus d'aliénation des libertés à double détente : d'une part, le décalage entre l'écriture des institutions et leur déclinaison par le pouvoir en place ; d'autre part, le refoulement des aspirations des classes moyennes à de nouveaux espaces de liberté que les régimes autoritaires successifs se sont efforcés de détourner et de juguler (4). Une fois élu, M. Roh s'efforce de convaincre l'opinion que la Corée entre désormais dans une ère nouvelle dans laquelle les libertés ne seront plus sacrifiées sur l'autel de la croissance et des impératifs de sécurité (5). En dépit de ces professions de foi et des conditions nouvelles offertes par la conjoncture intérieure et extérieure, au moins durant les premiers temps du nouveau régime, la situation des libertés reste fragile (6). Plus fondamentalement, l'évolution de l'agencement formel des libertés publiques, la nouvelle mouture des situations de crise et les controverses autour des législations restrictives, montrent que, tant au niveau de l'énoncé du droit que dans sa pratique, il n'y a pas encore coïncidence totale entre les libertés légales et les libertés réelles.

(3) En réalité, la Déclaration du 29 juin renferme deux points ayant trait, de façon significative, aux libertés. Au point n° 4 : "la dignité humaine doit être encore davantage respectée et les droits fondamentaux des citoyens doivent être encouragés et protégés au maximum. J'espère que les prochains amendements constitutionnels incluront les clauses de renforcement des droits fondamentaux proposés par le PJD, y compris une extension importante de l'*habeas corpus*."

Le gouvernement veillera tout particulièrement à ce qu'il n'y ait pas de violations abusives des droits de l'homme. Le PJD... devrait tenir des réunions périodiques avec les associations d'avocats et autres organisations de défense des droits de l'homme, pour prendre connaissance le plus rapidement possible de telles violations et adopter les mesures appropriées". Au point n° 5, M. Roh s'engageait à stimuler la liberté de la presse en révisant ou en abrogeant la loi cadre sur la presse. Cité in Manwo Lee, *The Odyssey of Korean Democracy. Korean Politics, 1987-1990*, New York 1990, Praeger, appendice n° 1, pp. 146 et 147.

(4) Il n'est pas inutile à ce propos de souligner qu'un sondage effectué par la presse en mai 1987 montre que 85,7% des personnes qui s'identifient à la nouvelle classe moyenne approuvent l'affirmation selon laquelle "il faut promouvoir les droits de l'homme, même aux dépens de la croissance économique". *Han'guk Ilbo*, 9 juin 1987. De façon plus générale, sur le rôle des classes moyennes dans le processus de démocratisation, Koo Hagen, "Middle Classes, Democratization and Class Formation : the Case of South Korea", *Theory and Society*, août 1991, tome 20, n° 4, pp. 485 et s.

(5) Discours inaugural du président Roh Tae-woo, Korea Times, 26 février 1988. Auparavant, au milieu de janvier, un Comité pour la Promotion de la Démocratie et de la Réconciliation Nationale avait été installé. Ce Comité, après de sévères critiques contre les violations des droits de l'homme sous le président Chun, recommanda la réduction des pouvoirs des agences et organes de renseignement, la révision de la loi sur la sécurité nationale, le droit pour les avocats d'être présents lors des interrogatoires de police et la protection des tribunaux contre les "ingérences extérieures".

(6) Entre février 1988, date de l'avènement officiel de la VIème République et août 1989, on a dénombré 2094 prisonniers d'opinion, soit plus du double par rapport à la Vème République et une moyenne de 3,78 arrestations par jour. Bertrand Chung, "kankoku ni okeru jinken jōkyō", la situation des droits de l'homme en Corée du Sud, jurisuto, février 1990, n° 950, p. 96.

L'ÉVOLUTION DE L'AGENCEMENT FORMEL DES LIBERTÉS PUBLIQUES EN DROIT CONSTITUTIONNEL SUD-CORÉEN.

TYPLOGIE DES LIBERTÉS FONDAMENTALES DANS LES CONSTITUTIONS DE 1972, 1980 ET 1987.

Nomenclature des libertés constitutionnelles sud-coréennes

	1972	1980	1987
nombre d'articles	26	28	29
Droits civils et politiques	13	14	14
Droits économiques et sociaux	6	8	8
Droits individuels	5	5	6
Devoirs	3	3	3

Une lecture au premier degré des dispositions constitutionnelles semble indiquer que le citoyen sud-coréen jouit, légalement, de tous les droits attachés à la dignité de la personne à laquelle les trois lois fondamentales font d'ailleurs explicitement allusion. Quatre constantes sont par ailleurs à observer : en premier lieu, *le traitement des libertés dans l'ordonnancement des priorités constitutionnelles jouit d'une situation préférentielle*. Le chapitre sur les droits et les devoirs du peuple suit immédiatement celui sur les dispositions générales relatives au siège de la souveraineté et à la forme de l'État sud-coréen, avant même la description des organes de l'État. En second lieu, *le constituant a étoffé les droits économiques et sociaux*. Il y a là, singulièrement depuis 1980, une prise de conscience des nouvelles exigences liées à la fois à une meilleure gestion de la croissance et à l'évolution des moeurs, comme en témoigne l'affinement des dispositions relatives à la protection du cadre de vie, à l'éducation, au droit à la santé et au principe d'égalité. L'influence japonaise, dans l'énoncé de ces "nouveaux droits", semble avoir été déterminante au niveau de l'inspiration générale. Mais avec des dispositions innovantes sur l'autonomie universitaire, le droit à la vie privée, au salaire minimum, à la formation continue, à l'environnement, en matière de protection des familles, des handicapés, des citoyens les plus démunis, qui confèrent à l'État, dans une optique toute "Weimarienne" des responsabilités particulières en matière de justice sociale et de régulation économique.- En troisième lieu, *les sûretés individuelles et l'intégrité physique des personnes bénéficient d'une protection accrue* : ainsi, alors que l'art. 10 de la Constitution de 1972 ne consacre que quatre paragraphes aux droits du prévenu et de l'inculpé, l'art. 12 de la Constitution de 1987 en consacre sept. De même, le droit de recours aux tribunaux fait l'objet de cinq paragraphes en 1987, contre trois seulement en 1972. On notera ainsi que la Constitution de 1980 ne se borne pas seulement à confirmer la prohibition de la torture. Elle affirme également l'absence de force probante de l'aveu extorqué ou non étayé. Quant aux dispositions additionnelles prévoyant l'invalidation des lois contraires à la loi fondamentale, elles devraient normalement permettre - si l'on en croit du moins les organisations de défense des droits de l'homme - aux personnes inculpées même au titre de la loi sur la sécurité nationale de bénéficier de l'*habeas corpus*. De même, entre la Constitution de 1987 et celle de 1980, il existe quelques précisions importantes : large ouverture du contrôle juridictionnel en cas de contrainte par corps, interdiction de soumettre les libertés de publication, d'expression, de réunion et d'association à un régime de censure ou d'autorisation préalable, système d'indemnisation publique des prévenus

et inculpés indûment incarcérés, réaffirmation de la présomption d'innocence (7). En quatrième lieu, *on observe une assez grande continuité dans l'énoncé des libertés, surtout depuis la Constitution de la Vème République*. Il semble en effet que les aménagements dans l'agencement des pouvoirs entre les organes de l'État aient été plus importants que dans le domaine des droits fondamentaux : la réforme est plus sensible dans le domaine des institutions en 1987 que dans celui des libertés, dont la nomenclature et la présentation s'inspirent très largement de la Vème République, en dépit des précisions ci-dessus rapportées.

D'une manière générale, la description constitutionnelle des libertés se fait plus précise au fur et à mesure des régimes. La Constitution de 1987 se borne à donner un coup d'accélérateur à ce processus, mais ne marque pas une rupture décisive par rapport aux Républiques précédentes. L'engagement stratégique de la Corée du Sud dans le camp occidental l'a conduit à privilégier des formules institutionnelles proches de ses principaux partenaires du monde libre. Le fait que, dans la pratique politique, les gouvernants successifs se soient écartés des principes reconnus par les lois fondamentales, obéit davantage à l'exploitation abusive des opportunités qu'offrait la configuration géopolitique exceptionnelle d'un État divisé, qu'à l'adhésion à un système idéologique offrant une alternative nationale crédible à la démocratie libérale (8).

VERS UNE RÉHABILITATION DE LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE DES LIBERTÉS

C'est bien évidemment sur le terrain de l'indépendance des juges par rapport au pouvoir politique que, là comme ailleurs, le poids des "traditions" s'est fait lourdement sentir : on rappellera ainsi que l'installation de la IVème République s'est accompagnée, en mars 1973, du renouvellement du corps judiciaire comprenant alors 439 juges, dont 10 % environ furent définitivement écartés. L'épuration toucha également neuf juges de la Cour suprême sur quinze (9). Dans la conduite des procès, dans le cadre des pouvoirs présidentiels de crise ou de la loi sur la sécurité nationale, non seulement les droits de la défense étaient régulièrement bafoués, mais les juges étaient soumis aux pressions de l'Exécutif et de la presse du pouvoir. Sous la présidence Park, en marge du recours à des tribunaux d'exception ou à des cours martiales, le régime s'employa ainsi à faire du pouvoir judiciaire l'instrument docile

(7) Il appartient naturellement au législateur de donner corps aux dispositions constitutionnelles précitées. On notera cependant que l'avènement de la VIème République s'est accompagné d'une modernisation, toujours en cours, des grands codes juridiques du pays, non sans d'âpres discussions. Ainsi, en juin 1992, le ministère de la Justice a dû renoncer à lever l'incrimination de l'adultère dans le projet de nouveau code pénal, face à l'hostilité de l'opinion et des groupes féministes estimant que le maintien d'une telle disposition contribuait à sécuriser la position juridique de l'épouse et à maintenir la cohésion de la famille. De même, les discussions sur le maintien de la peine capitale semblent avoir été relancées : l'on s'oriente vers la limitation des crimes - à l'heure actuelle au nombre de dix - passibles de la peine de mort, mais l'opinion publique sud-coréenne est favorable à son maintien. La réforme du code de procédure pénale butte sur la possibilité octroyée aux procureurs de délivrer des mandats d'arrêts urgents sans l'autorisation du juge et la prolongation de la garde à vue, pour lesquelles la Cour suprême a déjà fait connaître son hostilité. En janvier 1991, sont entrées en vigueur les dispositions nouvelles du code civil relatives au droit familial et successoral, instaurant une plus grande égalité des droits des époux, une réduction subséquente des pouvoirs du chef de famille et une meilleure protection des droits des enfants.

(8) David J. Wessels, "Advancing Human Rights : Japan, East Asia and the World", Sophia University, Institute of International Relations, Tôkyô 1986, Research Papers Series A-49, p. 9.

(9) Sohn Hak-kyu, *Authoritarianism and opposition in South Korea*, Londres et New York 1989, Routledge, p. 48. On se souvient en effet qu'à la suite de la promulgation de la Constitution de 1972, le président Park refusa le renouvellement de la nomination de neuf des juges de la Cour suprême qui, dans un arrêt fameux du 22 juin 1971, avait déclaré inconstitutionnel l'art. 2 al. 1 de la loi sur la responsabilité de l'État excluant de son bénéfice les militaires, fonctionnaires civils tués ou blessés en activité de service, ainsi que leurs ayants-droit.

de la répression. Sous la présidence Chun, la situation du pouvoir judiciaire apparaît mieux établie : le chef de l'État ne nomme plus l'ensemble des juges, mais seulement les membres de la Cour suprême, dont le président sur le consentement du Parlement. Mais, en réalité, la politique d'instrumentalisation du pouvoir judiciaire resta inchangée : mutations d'office de juges "contestataires", non renouvellement de nomination pour motifs politiques, intimidations diverses sous prétexte de corruption ou...d'adultère, tutorat idéologique des jeunes juges dans le cadre du mouvement *sae maül* (Rénovation des Campagnes) (10). De ce fait, le combat de l'opposition politique et de la dissidence pour l'indépendance de la justice et l'avènement d'un véritable *judicial review* demeura indissociable de la lutte pour les libertés.

La Constitution de la VI^{ème} République devait prendre ainsi des initiatives allant dans le sens d'une plus grande "crédibilisation" du système judiciaire et d'une amélioration de la garantie juridictionnelles des libertés.

La première initiative réside dans la *démocratisation de la procédure de désignation des juges*. Certes, le chef de l'État continue de nommer le président et les membres de la Cour suprême, mais sur le consentement du Parlement. Les juges des tribunaux inférieurs sont nommés, comme par le passé, par le président de la Cour suprême pour dix ans renouvelables, mais sur le consentement de la Conférence des Juges de la Cour Suprême. En d'autres termes, l'autorisation du Parlement d'un côté, la réintroduction du principe de collégialité dans le processus de désignation des juges de l'autre, doivent permettre à la fois d'éviter les nominations dictées par les seules considérations politiques et de prévenir le non renouvellement des juges pour les mêmes motifs.

La seconde initiative réside dans le renforcement *du pouvoir d'enquête et d'investigation du Parlement en matière d'État*. Rien ne permet de dire que le pouvoir judiciaire en est exclu, alors que la loi fondamentale de 1980 stipulait que la mise en oeuvre d'une telle prérogative ne pouvait interférer avec un procès ou des poursuites et investigations criminelles en cours. Il ne s'agit évidemment pas d'autoriser le pouvoir législatif à s'immiscer dans le fonctionnement normal de la justice, mais de permettre à la représentation nationale de "débusquer" les ingérences du pouvoir et des services de sécurité ou de renseignement susceptibles de nuire à la bonne marche des tribunaux. La protection des justiciables peut ainsi sortir théoriquement renforcée de l'existence d'un mécanisme à double détente : administratif, par le biais de ce pouvoir d'enquête - pourvu que la sanction en soit correctement organisée - et juridictionnel par le biais des tribunaux ordinaires, voire du Tribunal constitutionnel, si ces ingérences peuvent être qualifiées de violation grave des droits fondamentaux des citoyens.

La troisième initiative réside précisément dans *l'établissement d'un Tribunal constitutionnel*. Il existait certes depuis quinze ans une Commission Constitutionnelle qui n'eut qu'une existence nominale et de ce fait, le citoyen sud-coréen se trouva privé d'une voie directe lui permettant de faire constater l'inconstitutionnalité des pratiques et lois dictatoriales. L'avènement d'un tel Tribunal fut salué comme une avancée sur la voie de la consolidation de l'État de droit et le succès qu'il a rencontré auprès du public - 977 saisines fin 1990 - toutes catégories de recours confondues, témoigne de l'attente de l'opinion. La doctrine a également placé de très grands espoirs dans cette institution, car elle serait de nature à faire évoluer l'attitude des Coréens, plus enclins à considérer le système judiciaire

(10) Sur ces différents points, le rapport précité d'Asia Watch de mai 1987, op. cit., pp. 110 et s. Pour un examen détaillé de cas d'intimidation de juges et d'avocats, et notamment l'affaire Yi Pyong-nin, Jerome A., "Lawyers, Politics and Despotism in Korea", American Bar Association Journal, 1975, vol. 61, pp. 730 et s.

comme l'auxiliaire dévoué du pouvoir exécutif que comme le garant des libertés constitutionnelles face à l'État. Le Commentaire Officiel de la Constitution salue également la nouvelle institution comme assurant la sauvegarde du pouvoir judiciaire, "tout en épargnant aux tribunaux ordinaires la politisation qu'entraînerait toute implication dans des controverses constitutionnelles". Enfin, le rapport de 1991 du département d'État américain sur les pratiques nationales en matière de droits de l'homme, souligne quant à lui que le Tribunal est appelé à jouer un rôle de plus en plus important, en dépit des critiques dont il fait l'objet tant à gauche qu'à droite de l'échiquier politique sud-coréen (11). Cette nouvelle impulsion donnée au contrôle de constitutionnalité apparaît déjà dans la garantie offerte à toute une série de droits, qui tels que le droit d'accès à l'information, ne sont pas explicitement prévus par la loi fondamentale (12). Surtout, les possibilités de saisine offertes aux citoyens semblent ouvrir de plus grandes opportunités de sanction de l'abstention fautive du législateur - du moins lorsque celle-ci est constitutive d'une grave violation de la loi fondamentale -, dans des domaines tels que les droits économiques et sociaux où, traditionnellement, le pouvoir discrétionnaire de la loi était considéré comme important : le "droit à l'existence", *saengjonkwôn*, c'est-à-dire à une protection sociale minimum garantissant la dignité de l'individu devient ainsi une créance exigible sur l'État en termes de politique publique et non pas simplement la formulation d'une norme d'équité non juridiquement protégée.

La quatrième initiative réside dans la *réorganisation de la justice militaire*. Si la Constitution de la VIème République confirme l'existence de tribunaux militaires relevant de l'autorité de la Cour suprême statuant en tant que juridiction de cassation, et la possibilité pour des civils d'y être traduits, en cas de proclamation de l'état d'exception ou dans les conditions précisées par la loi, elle indique également qu'il peut être fait appel devant les tribunaux civils des sentences capitales prononcées dans le cadre de l'état d'exception. Ainsi le constituant a-t-il voulu éviter que la proclamation de telles circonstances exceptionnelles ne privât les droits de la défense de la protection que présente le double degré de juridiction, du moins pour le jugement des infractions les plus graves. Cette restructuration s'insère indiscutablement dans le cadre plus général d'un rééquilibrage des forces au profit du pouvoir civil et, plus particulièrement, d'une atténuation du caractère exorbitant du droit commun de la justice militaire.

La cinquième initiative, non encore achevée, est l'*amélioration du fonctionnement du système judiciaire*. Il va sans dire que mesures précédentes ne sont pas à elles seules de nature à asseoir l'indépendance des juges et la protection des justiciables. Le principe maintenu du renouvellement décennal des juges, les garanties de carrière à peine améliorées offertes par l'art. 106 de la loi fondamentale restent dans la ligne de l'ancien régime (13). Même avec les aménagements ci-dessus

(11) Notre étude : "la réforme du contrôle de constitutionnalité en Corée du Sud", Revue Française de Droit Constitutionnel, n° 9, 1992, pp. 141 et s. Également, Yoon Dae-kyu, "Judicial Review in the Korean Political Context," Korean Journal of Comparative Law, 1989, vol. 17, p. 151. James M. West et Yoon Dae-kyu, "The Constitutional Court of the Republic of Korea : Transforming the Jurisprudence of the Vortex" ? The American Journal of Comparative Law, hiver 1992, vol. 40, n° 1, pp. 73 et s.

(12) Décision du 4 septembre 1989 faisant découler le droit d'accès à l'information administrative de l'art. 21 de la Constitution relatif aux libertés d'expression, de réunion et d'association. Ainsi, selon le Tribunal constitutionnel, seule la protection de l'intérêt public ou de la vie privée d'un tiers pourrait être opposée à la demande de communication d'un document administratif. Dans le cas d'espèce, l'Administration avait opposé un refus à la demande de communication de registres fonciers qu'elle détenait. Récemment, après de vifs débats entre la justice et la presse, le tribunal criminel de district de Dongbu à Séoul, a confirmé, en juin 1992, le droit d'accès des journalistes aux fichiers des mandats d'arrêt.

(13) La destitution des juges peut intervenir, non seulement après une procédure d'*impeachment* de mise en accusation par le Parlement devant le Tribunal constitutionnel, en cas de violation de la loi et de la loi fondamentale, mais aussi après une condamnation de réclusion criminelle. Cette disposition ne

décrits, il est douteux que les juges soient prémunis contre des pressions du pouvoir s'exerçant de façon plus occulte. L'exemple du Japon montre que la cohabitation avec un parti conservateur ultradominant, sans perspective crédible d'alternance politique, incite les juges à se montrer plus perméables au discours du pouvoir, sans même que celui-ci ait à mettre en cause, par ses agissements, l'indépendance formelle de la magistrature. Ajoutons que l'omnipotence de la police et du ministère public, s'appuyant sur d'imposants services de sécurité, n'a d'ailleurs point disparu pour autant. L'autocensure des juges, la déférence traditionnelle à l'égard de l'autorité, l'endoctrinement qui fut longtemps le lot des professions judiciaires, au demeurant peu nombreuses et donc facilement manipulables, peuvent contribuer à perpétuer des réflexes d'inhibition conduisant à une sous-évaluation ou minoration des mécanismes sophistiqués par quoi le pouvoir est amené à se plier à la règle de droit (14). La pétition de 288 "jeunes juges", au printemps 1988, appelant à une rénovation de la Cour suprême et protestant contre la "bureaucratisation" de l'appareil judiciaire est tout à fait significative d'un conflit de générations autour du repositionnement de la justice dans un pays en voie de démocratisation. Le fait que ce mouvement de révolte ait débouché, en juin, - fait sans précédent dans l'histoire du pays - sur le départ du président de la Cour suprême, M. Kim Young-chul, auquel il était reproché sa nomination sous la présidence Chun en avril 1986, en dit suffisamment long sur la nécessité d'une adaptation en profondeur de la justice sud-coréenne aux impératifs d'une modernisation jusque-là repoussée. Plus récemment encore, le 30 juin 1993, une pétition émanant de 40 autres magistrats, soutenue par le barreau sud-coréen, dénonçait encore la timidité des réformes et la "politisation" des juges et le 10 septembre 1993, le président de la Cour suprême en exercice, M. Kim Deok-joo, suivi par le procureur général, M. Park Jong-cheol, a présenté sa démission dans le cadre de la campagne de moralisation et de transparence des patrimoines des hauts fonctionnaires lancée par le nouveau chef de l'État, M. Kim Young-sam (15). Cette décision s'inscrit naturellement dans le cadre du processus de démocratisation des institutions, et en particulier du fonctionnement du procès pénal. Toutefois, dans les milieux judiciaires, on craint que la crise interne de confiance qui affecte la justice ne sorte aggravée de la pression de l'opinion et de l'Exécutif et que ne s'amenuisent ainsi les garanties statutaires offertes aux juges par la Constitution. En outre, selon une enquête effectuée en 1991 par l'office sud-coréen de recherches sur le droit et les institutions, 93 % des citoyens admettent que l'argent et le pouvoir exercent une influence sur le résultat des procès et 78 % d'entre eux souhaitent que les tribunaux reflètent davantage les tendances de l'opinion publique. L'attitude des coréens à l'égard de la justice semble ainsi osciller entre un sentiment persistant de méfiance issu de la période d'avant la VI^{ème} République, et l'espoir que le processus actuel d'approfondissement de la démocratie conduira, là aussi, à une plus grande ouverture : les magistrats constatent d'ores et déjà une revendication plus affirmée des droits subjectifs chez les citoyens et donc l'urgence d'une restauration de la confiance dans la justice pour que les tribunaux puissent pleinement exercer leur fonction de régulation.

met donc pas les juges à l'abri de poursuites pénales qui reposeraient sur des motifs politiques. L'action publique étant par nature distincte de la mise en accusation, la Constitution n'écarte pas la possibilité de poursuites pénales, même en cas de rejet par le Tribunal de la demande d'*impeachment*.

(14) En 1986, pour 41 millions d'habitants, on ne comptait que 837 juges, 557 procureurs et 1483 avocats.

(15) Dans le cadre de la "loi sur l'éthique de la fonction publique" adoptée par le Parlement à l'unanimité le 20 mai 1993.

LES CONSÉQUENCES JURIDIQUES DES ÉTATS DE CRISE SUR LES LIBERTÉS PUBLIQUES

DES POUVOIRS EXORBITANTS MAIS MIEUX ENCADRES

Les constituants de la VIème République, en dépit de vives discussions, n'ont pas supprimé les pouvoirs présidentiels spéciaux, mais ils se sont efforcés de les édulcorer en ménageant une gradation des états de crise et en limitant au maximum les contraintes pesant sur les droits des citoyens, compte tenu des déterminismes structurels de politique intérieure et extérieure. L'idée générale qui inspire un tel dispositif est de renforcer le principe de légalité en réservant les exceptions les plus manifestes aux garanties constitutionnelles des libertés aux seuls états de crise grave, imminente et manifeste.

Il s'agit en premier lieu d'un pouvoir réglementaire d'urgence, *kingùp ch'òbun*. Ainsi, en vertu de l'art. 76 de la Constitution de 1987, le président est autorisé à prendre, à titre minimal et nécessaire, et le cas échéant sous forme d'ordonnances présidentielles ayant force de loi, des dispositions d'urgence de caractère économique et financier, afin de protéger l'ordre et la sécurité publics ainsi que la sécurité de l'État en cas de troubles intérieurs, de menace extérieure, de calamités et de fléaux naturels, ou en cas de crise économique et financière. Ce pouvoir d'émission d'ordonnances urgentes existe également, pour la protection de la sécurité de l'État "en cas de grave situation de guerre mettant en péril l'intégrité de l'État" (al. 2).

En second lieu, le président peut exercer un pouvoir réglementaire d'exception (art. 77), par la proclamation de l'état de siège en temps de guerre, d'incident, ou pour tout autre situation de caractère exceptionnel, impliquant le recours à la force militaire, ou nécessaire au maintien de l'ordre et de la sécurité publics. L'état d'exception est une variante aggravée de l'état de siège simple qui autorise le président à prendre des "mesures particulières" dans le domaine des libertés d'expression, d'association, de réunion, concernant le principe de l'arrestation sur mandat judiciaire, ou "relatives aux pouvoirs du gouvernement et des tribunaux".

Ce dispositif appelle quatre séries d'observations

D'abord, le président jouit d'un *pouvoir discrétionnaire dans la mise en oeuvre ou la levée de ces pouvoirs spéciaux*, sauf adoption de résolution parlementaire de résiliation de l'état de siège. La seule obligation constitutionnelle est purement formelle : il lui est fait obligation de soumettre sa décision à la délibération du Conseil des ministres, que le chef de l'État n'est pas - semble-t-il - tenu de suivre. La continuité avec l'ancien régime est ici évidente.

Ensuite, *les conditions d'encadrement des pouvoirs spéciaux sont plus strictes* : le pouvoir réglementaire d'urgence ne peut s'exercer que si l'on ne peut attendre la convocation du Parlement, ou dans l'impossibilité de le réunir. Il est clair que le constituant a entendu limiter les exceptions au principe de la compétence législative du Parlement et que ces pouvoirs d'urgence ne peuvent s'exercer qu'à titre résiduel et supplétif.

Par ailleurs, *la nature et l'étendue de ce pouvoir réglementaire d'urgence sont également précisés* par deux dispositions. La première vise à en réduire la portée matérielle. Ainsi, dans le cadre de la Constitution de 1980, les mesures d'urgence concernaient *l'ensemble des affaires de l'État* : politique intérieure, diplomatie, économie, finances et pouvoir judiciaire selon les termes mêmes de la loi fondamentale. Elles sont désormais circonscrites aux seules matières économiques et financières. L'urgence prévue à l'al. 2 autorise certes le président à procéder par décrets-lois hors de ce cadre strict, mais dans un contexte particulier - une situation

grave de belligérance - qui consacre le caractère éminemment exorbitant de cette prérogative. La seconde mesure vise à en limiter l'impact sur les libertés : d'une part, depuis 1987, la Constitution ne précise plus que le chef de l'État est autorisé, au titre de ses pouvoirs d'urgence, à suspendre provisoirement les droits et libertés des citoyens. D'autre part, il n'est plus habilité, à édicter des "mesures particulières" à destination de l'exécutif et du judiciaire, cette possibilité n'existant, comme nous l'avons vu, que dans le cadre de l'état d'exception. En d'autres termes, il n'est plus possible au chef de l'État d'exciper de ses seuls pouvoirs d'urgence pour exercer une sorte de dictature du temps de crise.

Enfin, *les techniques de contrôle offrent de meilleures garanties* : outre le fait que le Parlement doit être informé "sans délai" des dispositions adoptées dans le cadre des pouvoirs d'urgence, celles-ci doivent être approuvées par lui pour conserver leur validité. Les mesures prises au titre de l'état de siège ne font pas l'objet d'une ratification parlementaire, mais le président est tenu d'en prononcer la levée à la demande de la majorité absolue des membres du Parlement. Surtout, ont été également supprimées, dès 1980, les dispositions constitutionnelles stipulant que les pouvoirs d'urgence ne peuvent faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. Le développement de l'État de droit ne peut que ressortir grand de la fonction ainsi dévolue au juge de garantir, au moins en théorie, le maintien d'un seuil minimal de légalité dont les pouvoirs spéciaux ne peuvent être affranchis.

LA PERSISTANCE DE ZONES D'OMBRES

Elles tiennent essentiellement à la définition légale des pouvoirs présidentiels spéciaux. Le constituant ne précise pas en effet les critères d'application de ces pouvoirs, ni ce que recouvrent les "mesures particulières" dont il s'agit, ni la durée desdits pouvoirs. Sans doute le constituant a-t-il préféré s'en remettre au législateur pour le détail, laisser au président une certaine marge d'appréciation pour faire face à une situation de péril et tenter d'établir un fragile équilibre entre les contraintes d'un État de droit respectueux des libertés, et les impératifs d'une situation à la fois intérieure et extérieure qui est loin d'être stabilisée. L'histoire montre pourtant que les chefs d'État sud-coréens ont fait un usage souvent immodéré de leurs pouvoirs spéciaux pour priver les citoyens de leurs droits constitutionnels les plus élémentaires (16). Même si les voies de contrôle à la fois parlementaire et judiciaire paraissent dorénavant plus largement ouvertes, leur efficacité est douteuse parce qu'intervenant *a posteriori*, alors que, compte tenu de l'expérience du passé, le principe même de pouvoirs présidentiels spéciaux ne peut qu'inspirer une certaine méfiance. La voie judiciaire est incertaine, s'agissant en l'espèce de décisions de

(16) Se rapporter par exemple aux neuf ordonnances présidentielles prises entre janvier 1974 et mai 1975 dont les ordonnances urgentes n° 1 et 2 du 8 janvier 1974 interdisant tout critère à l'égard de la Constitution de 1972 et déférant les contrevenants à un Tribunal Militaire d'Exception spécialement créé à cet effet, l'ordonnance urgente n° 3 du 14 janvier 1974 dite de "stabilisation de l'économie et du niveau de vie de la nation" prise après le choc pétrolier de 1973, l'ordonnance urgente n° 4 du 3 avril 1974 aggravant les peines encourues - jusqu'à la peine de mort - pour manifestations illégales dans les campus universitaires et interdisant les activités et les principales organisations politiques du mouvement étudiant, l'ordonnance urgente n° 7 du 7 avril 1975 autorisant l'emploi de la force militaire pour rétablir l'ordre dans un certain nombre d'Universités, dont l'Université Koryò, et l'arrestation sans mandat des contrevenants, l'ordonnance urgente n° 9 du 13 mai 1975 dite "de protection de la sécurité de l'État et de l'ordre public" visant à lutter contre les "rumeurs infondées", la fuite des capitaux et la corruption des fonctionnaires. L'ensemble de ces mesures coïncide avec le rapprochement sino-nord coréen et la victoire communiste au sud Vietnam. Depuis le début des années 1970, loi martiale fut proclamée elle à quatre reprises : en décembre 1971 - bien que la Constitution de l'époque ne l'autorisait pas explicitement - en octobre 1972 en prélude à l'avènement de la IVème République, en octobre 1979 dans la région de Pusan, puis sur tout le pays en mai 1980 à la suite de graves émeutes étudiantes.

caractère gouvernemental. La question s'est posée en réalité très tôt, lorsque le 21 juillet 1964 la Cour suprême sud-coréenne eut à statuer sur la licéité de l'état d'exception décrété par le gouvernement à la suite des manifestations étudiantes de protestation contre le projet de traité nippo-sud-coréen. La Haute juridiction, invoquant la théorie des "actes de gouvernement", s'est bornée à relever que seul un organe gouvernemental tel que le Parlement était en mesure d'apprécier l'opportunité d'un "acte de haute portée politique et militaire" et qu'en conséquence de tels actes ne pouvaient faire l'objet d'un contrôle judiciaire. Il s'agit là d'une décision depuis lors maintes fois confirmée par la jurisprudence.

De telles pratiques suscitent de vives discussions dans la doctrine de droit public (17). Il n'est pas certain que la jurisprudence puisse évoluer, malgré le nouveau contexte de la VIème République. Toutefois, il faut remarquer que l'inauguration d'un nouveau Tribunal constitutionnel et l'ouverture subséquente d'un recours des particuliers pour violation des droits fondamentaux, sont de nature à ouvrir de nouvelles opportunités en vue d'un meilleur encadrement par le droit des actes de gouvernement. Il reste que l'on peut envisager une distinction entre la décision de recourir aux pouvoirs spéciaux, insusceptible par définition de recours, et les mesures concrètes d'application qui pourraient faire l'objet au moins d'un contrôle minimal de légalité et de constitutionnalité, ce que d'ailleurs la Cour suprême ne semble pas totalement exclure. Quoi qu'il en soit, le débat n'est point - heureusement - d'actualité, puisque depuis 1987 le président n'a pas fait usage de ses pouvoirs spéciaux, même si, après le décès de six policiers consécutif à de violents affrontements à Pusan avec des étudiants, le président Roh, dans un communiqué spécial du 3 mai 1989 envisagea d'y avoir recours "si la poursuite de la violence et des agissements illégaux devait compromettre l'avenir de l'État et de la démocratie". Néanmoins, il est permis de penser qu'à terme, la définition juridictionnelle du champ d'application de ces prérogatives présidentielles sera symptomatique de l'évolution des rapports de force entre le pouvoir exécutif, jusque-là peu enclin à voir contester, au nom du respect des libertés, sa conception extensive de l'intérêt national, et un pouvoir judiciaire peu disposé à lui contester ce monopole.

LE RÉGIME DE LA RÉSERVE LÉGISLATIVE ET DES LOIS RESTRICTIVES

L' ATTÉNUATION DE LA CLAUSE DE RÉSERVE LÉGISLATIVE

Elle résulte de l'art. 37 de la Constitution de la VIème République qui stipule que les droits et libertés des citoyens peuvent être limités par la loi, dans la mesure nécessaire à la sécurité de l'État, au maintien de l'ordre et à l'intérêt public. Toutefois, ces limitations ne doivent pas enfreindre leur "contenu essentiel". En d'autres termes, il appartient au seul Parlement d'apporter des limitations aux libertés, - ce qui exclut l'exécutif même au titre de ses pouvoirs d'urgence - sous la réserve que les restrictions dont il s'agit ne privent les citoyens des garanties minimales que leur offre la loi fondamentale. Une précision d'importance qui fut réintroduite sous la Vème République, en réaction contre les exactions du régime Park, mais qui peut être également considérée comme faisant référence aux événements de Kwangju. La nouveauté réside dans le fait que depuis 1980, il s'agit

(17) La majorité de la doctrine soutient le principe d'une "juridicisation" des actes de gouvernement susceptibles d'avoir des répercussions sur les droits fondamentaux. Elle admet cependant que les matières soumises à référendum populaire par le président, les actes diplomatiques, les pouvoirs de grâce et l'octroi des marques d'honneur soient soustraits aux tribunaux. Elle reste néanmoins divisée sur la question des pouvoirs de caractère militaire.

d'une clause *globale*, et non plus *particulière* à chaque liberté. Il ne fait aucun doute, d'après la doctrine dominante, que l'énoncé actuel de cette clause de réserve est à mettre en corrélation avec l'affirmation du caractère inviolable des droits fondamentaux. La substitution n'est pas neutre : on passe en effet de l'idée d'une reconnaissance des libertés sous condition suspensive, voire résolutoire de la loi, à un système dans lequel la fonction législative d'encadrement se trouve définie à la fois dans ses buts, et - innovation -, dans son objet propre. A titre d'illustration, l'art. 33 de la Constitution de 1987 renverse la présomption générale de limitation frappant, sous la Vème République, les droits collectifs des agents du secteur public, des collectivités locales et des personnels "travaillant dans des entreprises ayant une influence sur l'économie nationale". Désormais, c'est à la loi de fixer les catégories de fonctionnaires pouvant exercer de tels droits et de déterminer les restrictions qui pèsent encore sur les seuls personnels des "industries importantes de défense" dûment identifiées par elle, et non par l'Exécutif. Dans la pratique, la question s'est posée surtout de savoir si le législateur pouvait imposer des limitations aux droits collectifs des fonctionnaires. C'est ainsi qu'en mai 1992, le Tribunal constitutionnel, au nom de la mission de service public impartie aux agents de l'État, a confirmé la constitutionnalité de l'interdiction faite aux enseignants des écoles primaires et secondaires publiques, par l'art. 66 du statut de la fonction publique d'État, de se grouper en syndicats (18). Des évolutions ne sont pas à exclure : le 11 mars 1993, le Tribunal constitutionnel a jugé que l'interdiction totale du droit de grève faite aux agents de l'État et des collectivités territoriales était contraire à la loi fondamentale. En conséquence, il a enjoint le législateur de modifier l'art. 12 de la loi sur la médiation des conflits de travail d'ici 1995. Cette décision concerne au premier chef les cheminots, mais le Tribunal a explicitement souhaité que ce droit soit étendu aux agents des Postes et Télécommunications et des Centres Hospitaliers de l'État, sous des conditions encore à déterminer. D'une manière générale, on estime que l'ensemble du secteur public pourrait bénéficier de cette extension, modulée toutefois en fonction de la nature de l'emploi dont il s'agit.

Le gouvernement a également entrepris de mettre le droit du travail en accord avec les normes de l'OIT à laquelle la Corée du Sud a adhéré en décembre 1991, dans la foulée de son admission à l'ONU : si l'on s'achemine vers une reconnaissance plus large du droit de grève et des activités politiques des syndicats, d'autres points semblent encore faire difficulté, notamment la levée de la prohibition de l'intervention de tiers dans les négociations entre partenaires sociaux et l'organisation du pluralisme syndical au sein de l'entreprise. Là aussi des aménagements substantiels ne sont pas à exclure : lors de sa dernière réunion en mars 1993, le conseil d'administration de l'OIT a transmis au nouveau ministre du Travail, M. Rhee In-je, plusieurs recommandations appelant à la levée des restrictions pesant sur le pluralisme syndical sur les lieux de travail, les droits collectifs des agents publics et demandé l'élargissement des leaders syndicalistes encore détenus ainsi que la réintégration des enseignants révoqués pour fait syndical.

(18) Rappelons que le syndicat chonkyojo créé en mai 1989 avait été déclaré illégal le mois suivant et que 1490 enseignants adhérents avaient été licenciés.

LES RÉTICENCES A L'ADMISSION DU PRINCIPE DE LA PROTECTION DES LIBERTÉS CONTRE LA LOI OPPRESSIVE

Elles proviennent à la fois de la fiabilité des garanties juridiques et surtout des risques inhérents au recours à la "violence légitime". Il n'est, pour s'en persuader, que de suivre les vicissitudes de la garantie juridique du contrôle de constitutionnalité des lois en Corée du Sud. Le Tribunal constitutionnel de la VIème République laisse augurer des perspectives intéressantes, mais il est encore prématuré de tirer des enseignements d'une expérience par trop récente. Quant à la question des garanties politiques, elles apparaissent encore plus problématiques puisqu'elles tournent autour de la légitimation, voire de la légalisation du droit de résistance à l'oppression, *chòhangkwòn*. Nombreux sont les constitutionnalistes sud-coréens qui ont fini par reconnaître, au nom du droit naturel, le recours à un tel droit comme ultime moyen de protection de l'ordre constitutionnel face à un pouvoir dictatorial et aux "lois scélérates" qu'il inspire et ont trouvé, dans les art. 8 et 32 al. 1 de la Constitution de 1980 relatifs, respectivement, à la dignité individuelle et au respect des libertés non énumérées dans la Constitution, confirmation implicite de leurs thèses (19). La Cour suprême, dans un arrêt d'assemblée du 8 avril 1975 a cependant nié le principe de la transcendance d'un tel droit par rapport à l'ordre légal positif. Force est de constater que la légitimité du droit à résistance à l'oppression n'a guère été contestée par l'opinion publique sud-coréenne : selon le sondage précité du *Han'guk Ilbo*, 95,7 % des citoyens appartenant à la classe moyenne, admettent que "la Constitution doit garantir le droit du peuple à se rebeller contre un gouvernement anti-démocratique". Sans doute s'agit-il là d'une adhésion plus affective que raisonnée, mais elle n'en est pas moins significative d'une méfiance instinctive de l'opinion à l'égard d'un "légalisme" qui ferait en définitive le jeu d'un gouvernement dictatorial, à l'abri des mécanismes conventionnels de résolution des conflits et d'arbitrage rendus inopérants par la faiblesse endémique des institutions de contrôle juridictionnel et politique. La question ne devait pas tarder à rebondir lors des négociations qui s'ouvrirent en août 1987 entre le PJD et l'opposition emmenée alors par le parti démocratique pour la réunification (PDR), à propos de la mention, dans le préambule de l'avant-projet de Constitution, du droit de résistance à l'oppression et de la neutralité politique des militaires. Finalement, un compromis avait été trouvé autour de la réintroduction de la référence à l'"idéal démocratique du mouvement du 19 avril de lutte contre l'injustice" (20) que la Vème République avait supprimée, tandis que la neutralité politique des militaires était inscrite dans le chapitre I sur les "dispositions générales" de la loi fondamentale. La majorité avait alors craint qu'une telle mention n'encourage la création d'un "gouvernement révolutionnaire". Néanmoins, le fait qu'elle ait constitué l'une des pierres d'achoppement du débat constitutionnel montre que, pour une partie de l'opinion, la marche vers la démocratisation devait s'inscrire dans un vécu historique et ses références emblématiques. A l'heure actuelle, ces discussions ont perdu de leur acuité : l'affermissement progressif de l'État de droit a rendu moins actuelle - voire même dangereuse - l'alternative d'une "violence légitime" contre le pouvoir en place,

(19) On citera en particulier les travaux des professeurs Hwang San-duk, notamment *Pòpkwa tokchae - Minju kukka-ùi pòpchilsò-wa tokchae chòngch'i*, droit et dictature : le régime dictatorial et l'ordre légal de l'État démocratique (1963), Ku Pyòng-sak, *Kungmin-ùi chòhangkwòn*, le droit du peuple à la résistance à l'oppression (1979), Kim Ch'òl-su, *Chòhangkwòn sogo*, considérations sur le droit de résistance à l'oppression (1980). En particulier le professeur Kim, lors des discussions préparatoires relatives à la Constitution de la Vème République, fut l'un des six coauteurs d'un projet de loi fondamentale prévoyant explicitement, dans son art. 40, le droit de résistance à l'oppression.

(20) Allusion aux grandes manifestations étudiantes qui ont conduit à la fin de la Première République et à la chute du président Syngman Rhee.

alors que les citoyens disposent désormais de moyens propres à la pacification du débat politique et de plus grandes opportunités de faire respecter leurs droits par les voies conventionnelles de règlement des conflits.

LA RENONCIATION AUX DISPOSITIFS LÉGISLATIFS DE TRANSITION

On veut faire ici allusion aux dispositions additionnelles des Constitutions de la IV^{ème} et de la V^{ème} République qui prévoient qu'en attendant l'entrée en vigueur de la loi fondamentale et la mise en place des institutions, les lois adoptées par des organes législatifs transitoires nommés par le chef de l'État - le Conseil Extraordinaire des Affaires d'État (CEAE) d'un côté, le Conseil Législatif pour la Sécurité Nationale (CLSN) de l'autre -, les jugements et mesures budgétaires consécutifs conserveraient leur validité, même une fois le Parlement installé, et qu'ils "ne pourraient faire l'objet d'aucune contestation ou action en justice sur la base des dispositions constitutionnelles en vigueur" (21). C'est ainsi par exemple que le CLSN, jusqu'à sa suppression en mars 1981, et en contrepartie de la levée de la loi martiale, prit, selon le département d'État américain, près de deux-cents lois organisant l'épuration de la classe politique et imposant de considérables restrictions aux droits fondamentaux (22). Paradoxalement, bien qu'indiscutablement la Constitution de la V^{ème} République soit d'allure plus "démocratique" que la précédente, la politique législative adoptée par le Conseil, principalement dans le domaine social et des droits collectifs des travailleurs, est singulièrement en retrait par rapport à la période précédente, comme si une telle législation devait "corriger" et encadrer les nouvelles ouvertures et avancées sociales du régime. Quoi qu'il en soit, ces organes paralégislatifs présentaient trois caractéristiques : ils constituaient une exception notable au principe de séparation des pouvoirs puisqu'ils permettaient à l'Exécutif d'exercer - temporairement - la réalité du pouvoir législatif ; ils avaient une connotation corporatiste marquée notamment par une sous-représentation du monde du travail ; ils devaient grandement encourager l'hypertrophie du pouvoir exécutif puisqu'en fait, sinon en droit, leur pérennisation assignait des limites au moins politiques aux pouvoirs du futur Parlement. On ne pouvait donc les considérer, sur le plan fonctionnel, comme de simples organes provisoires ou de suppléance du Parlement. Dans la pratique, on remarquera que Park préféra surtout s'appuyer sur ses pouvoirs spéciaux, alors que le président Chun s'en remit davantage à ce type de dispositif. Si la technique était quelque peu différente, l'effet

(21) A titre d'exemple le CLSN, installé en octobre 1980, comprenait 81 membres dont 20 politiciens, 13 universitaires et scientifiques, 10 militaires, 9 personnalités issues de la "société civile", 4 représentantes d'organisations féminines, 8 membres des professions judiciaires, 8 personnalités religieuses, 3 personnalités issues du monde des affaires, 3 représentants du monde de la presse et de l'édition, 2 représentants des associations d'anciens combattants et un syndicaliste.

(22) On peut citer ainsi parmi ces lois supra-constitutionnelles la "loi fondamentale sur l'information" de novembre 1980 complétée par les "directives sur l'information" du ministère de la Culture et de l'Information, qui, arguant de la "mission de service public" des médias, organisait un contrôle très strict des organes de presse dérogeant au principe de liberté d'expression pourtant inscrit dans la loi fondamentale. Toutefois, l'art. 20 al. 1 de la Constitution de la V^{ème} République n'interdisait pas expressément la censure et, selon l'interprétation gouvernementale dominante, cet article visait davantage la liberté individuelle d'expression que les libertés collectives. L'avènement de la V^{ème} République consacra l'interdiction explicite de la censure et la loi fondamentale sur l'information fut abrogée et remplacée par deux dispositifs législatifs spécifiques sur les publications périodiques et les émissions audio-visuelles calqués sur les modèles américain et japonais. Parmi les autres lois spéciales prises en vertu de ces dispositions, la loi de novembre 1980 d'"assainissement des mœurs politiques" interdisant jusqu'en juin 1988 les activités politiques de "tout individu ayant une responsabilité avérée dans la dégradation du climat politique et social", la loi de "protection sociale" de décembre 1980 instaurant un dispositif décennal particulier de surveillance pour certaines catégories de criminels de droit commun, la loi de janvier 1981 sur "l'accélération des procès" limitant les possibilités de recours devant la Cour suprême, ainsi qu'une importante législation concernant la réorganisation de la sécurité intérieure du territoire, le régime des élections et la protection des salariés.

sur les libertés était similaire. Paradoxalement, ces dispositions additionnelles étaient investies, par la loi fondamentale elle-même, d'une valeur supra-constitutionnelle. Non seulement elles échappaient à tout contrôle juridictionnel, mais également à toute critique. Elles portaient en germe la négation de l'État de droit, ne serait-ce que parce qu'elles permettaient aux Conseils précités de prendre des lois rétroactives restreignant les droits politiques des citoyens et l'on comprend que la Constitution de la VIème République, soucieuse d'en finir avec ces pratiques et usages d'un autre âge, ne les ait pas reprises. Comme par ailleurs il est stipulé à l'art. 9 des dispositions additionnelles que "les lois, règlements et traités en application au moment de l'entrée en vigueur de la présente Constitution conservent leur validité tant qu'ils ne contreviennent pas aux dispositions constitutionnelles", il est légitime de penser que les lois prises autrefois par le CLSN sont soumises désormais au contrôle de constitutionnalité. Plus généralement, toutes les lois prises sous la Vème République peuvent être dorénavant déferées au Tribunal constitutionnel, soit par requête des parties soit par les tribunaux ordinaires (23).

LA REMISE EN CAUSE PROGRESSIVE MAIS DIFFICILE DES LOIS SÉCURITAIRES

Au premier rang de ces lois figure la loi sur la *sécurité nationale* adoptée en décembre 1948 : cette loi d'exception, prise lors de la naissance de l'État sud-coréen, prévoyait une gamme de peines très étendue pouvant aller jusqu'à la peine capitale pour les instigateurs de toute une série de crimes conçus en termes très larges : activités d'espionnage, agissements de "groupes anti-étatiques", subversion des institutions, contacts et autres manoeuvres de soutien, d'exhortation et de propagande en faveur de ces mêmes groupes, ainsi que la non dénonciation de tels crimes. Elle a été complétée, en juillet 1961, par la loi anticommuniste, qu'elle finit par absorber, en décembre 1980 (24). Concrètement, ces deux lois, combinées avec les pouvoirs présidentiels d'exception - et sous couvert de lutte contre la subversion marxiste - furent de puissants instruments de répression de la dissidence, réduisant d'autant plus les garanties constitutionnelles des citoyens que les tribunaux développaient une interprétation extensive du principe de "dangerosité claire et immédiate" et limitaient la recherche de l'intention délictueuse à la simple "prise de conscience d'agir dans l'illégalité" (25). Ce dispositif a été complété, en juillet 1975, par la loi sur la *sécurité publique*, qui instaure un régime spécial de surveillance et de sûreté pour les personnes condamnées à de lourdes peines de prison au titre de la loi sur la sécurité nationale et du code de sécurité militaire pour création, adhésion ou collusion avec des groupes anti-étatiques, sédition et émeute : le ministre de la Justice était habilité à maintenir en détention administrative, à titre préventif, pour deux ans reconductibles, toute personne "dangereuse" n'ayant pas donné des signes de résipiscence et de "conversion" politique. Un dispositif semblable existait également pour les criminels de droit commun, dans le cadre de la loi précitée de "protection sociale" qui faisait obligation au juge d'imposer des mesures spéciales d'éloignement

(23) Sur ce point, la VIème République se distingue des précédentes. Avant 1987, la Commission constitutionnelle n'était compétente que pour les lois adoptées après l'entrée en vigueur de la loi fondamentale, les autres relevant de la Cour suprême.

(24) Loi n° 3318 du 31 décembre 1980. On considère généralement que la loi sur la sécurité nationale s'inspire de la loi japonaise de 1925, dite de "préservation de la paix publique", destinée à contrecarrer les entreprises de subversion de la "structure nationale" nipponne.

(25) Pour la présentation de quelques décisions éclairantes de la Cour suprême sous la présidence Chun, voir Lee Kee-hyun, dynamique idéologique et mutation socio-politique : une analyse du champ idéologique en Corée du Sud des années 1980, thèse de doctorat en sociologie, Université de Paris VII, 1992, pp. 246 et s.

d'une durée de dix ans aux condamnés, aliénés et toxicomanes répondant à certaines conditions légales (26). On notera surtout, au Sud comme au Nord qui dispose d'un appareil sécuritaire tout à fait similaire, que ces mesures ont été directement liées à l'affirmation de l'identité de leurs régimes politiques respectifs et qu'au-delà des différences évidentes de système et d'idéologie, dans les deux cas, on assiste, à travers la mise en place de ces législations d'exception, à une instrumentalisation du patriotisme et de la "question nationale" comme moyen d'asseoir la légitimité des régimes en place.

C'est en vertu de la loi sur la sécurité nationale qu'en dépit de la libéralisation du régime, au cours du printemps et de l'été 1989, des parlementaires de l'opposition, des étudiants contestataires, des religieux dissidents ont été lourdement condamnés. Il va sans dire que, depuis 1987 notamment, de nombreuses voix se sont élevées, en Corée même comme à l'étranger, pour réclamer une révision de ces lois liberticides, ainsi que la restructuration des services de police, de l'agence de planification de la sécurité nationale (APSN), - l'ancienne KCIA de sinistre mémoire -, et du commandement de la sécurité militaire, responsable d'opérations de "renseignements" contre des politiciens et dissidents en vue (27). En outre, en juillet 1990, sont entrés en vigueur en Corée du Sud le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ICCPR) et le premier Protocole facultatif s'y rapportant, auxquels Séoul avait adhéré au mois d'avril précédent (28). Cette adhésion ne pouvait qu'inciter le régime à mettre son droit en correspondance avec les stipulations de la convention. Mais faute de consensus, en dépit de longues et infructueuses négociations avec l'opposition parlementaire, le gouvernement se résolut, en mai 1991, à faire passer en force au Parlement deux projets de loi portant l'un révision de la loi sur la sécurité nationale (29), l'autre, création d'une agence de police nationale (APN). Si la nouvelle loi stipule bien qu'elle ne pourra dorénavant faire l'objet d'"aucune interprétation ou application impropre restreignant de façon déraisonnable les droits fondamentaux" et si elle comporte quelques modifications substantielles - atténuation de l'échelle des peines, plus grande définition légale des incriminations notamment en matière d'espionnage et de non dénonciation, disparition du caractère automatique de certaines peines infamantes telles que la suppression des droits civiques et laissées à la discrétion des tribunaux -, la nouvelle loi sur la sécurité nationale continue à autoriser les poursuites contre toute personne "tendant à louer, encourager des organisations anti-étatiques, à entrer en contact ou communiquer avec elles" ou avec leurs représentants, pourvu que les activités dont il s'agit visent

(26) La loi a été révisée en mars 1989 pour limiter ces mesures de sûreté au seul cas de danger de récidive, si le juge l'estime nécessaire. Néanmoins, le Tribunal constitutionnel, dans une décision du 14 juillet 1989, a jugé contraires à la loi fondamentale lesdites mesures de sûreté prévues par l'ancienne loi, pour violation du *due process of law*, des limites aux clauses restrictives de liberté, et du droit d'accès aux tribunaux.

(27) Le 10 mars 1993, le gouvernement a annoncé un premier plan de restructuration de l'APSN, aux termes duquel les activités de cette dernière seraient recentrées autour du renseignement à l'étranger et en Corée du Nord, les agents détachés auprès des administrations centrales et des organismes publics rappelés et la plupart de ses bureaux provinciaux fermés. En revanche, les pouvoirs d'investigation de l'Agence seraient limités aux cas d'espionnage et d'"activités anti-étatiques", dont le champ d'application imprécis autorise néanmoins les spéculations sur la portée exacte des réformes. En septembre de la même année, dans le cadre de cette politique de recentrage, l'APSN a annoncé la suppression - qui doit être approuvée par le Parlement - du Conseil de Coordination de l'Information qui constituait jusque-là l'antenne de l'Agence dans les ministères.

(28) Avec quatre réserves se rapportant, en particulier, aux droits syndicaux des fonctionnaires. La Corée du Sud a également adhéré, en octobre, au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Dans son rapport au Comité des droits de l'homme des Nations Unies de juillet 1991, le gouvernement sud-coréen a précisé que les dispositions du Pacte "s'imposaient avec la même force que les lois internes, sans qu'il soit nécessaire de prévoir une législation particulière". Il sera donc possible au Tribunal constitutionnel de se référer directement à ces dispositions.

(29) Loi n° 4373 du 31 mai 1991.

uniquement "à mettre *sciemment* en péril la sécurité nationale ou l'ordre démocratique de base de la nation". Une formulation qui est loin de soulever toutes les ambiguïtés et qu'il appartiendra vraisemblablement aux tribunaux de préciser au coup par coup, mais qui marque un progrès indéniable dans la recherche de l'intention criminelle subjective (30). La neutralité politique d'une APN structurellement indépendante du ministère de l'Intérieur est sujette à caution : elle dépend d'un Conseil de sept membres ayant bien pour but, entre autres missions, de veiller au respect des droits de l'homme, mais tous ses membres sont nommés par le chef de l'État sur proposition du ministre de l'Intérieur. Sur le plan fonctionnel, l'agence resterait également très largement tributaire du parquet, des forces armées et de l'APSN. Cette dernière fait d'ailleurs l'objet de vives discussions concernant son budget, le champ d'application du droit d'investigation gouvernementale du Parlement et la réorientation de ses activités sur le renseignement extérieur (31). Quant à la loi sur la sécurité publique, elle a été remplacée, en juin 1989, par une loi d'*observation et de sûreté*. Désormais, le régime spécial de surveillance, renouvelable tous les trois mois, ne s'applique plus qu'aux personnes condamnées pour espionnage ou pour "infiltration dans des zones placées sous influence de groupes anti-étatiques" - en clair la Corée du Nord. La nouvelle loi supprime le système de détention administrative et d'assignation à résidence, mais punit d'une peine d'un à trois ans d'emprisonnement les anciens condamnés qui ne se conformeraient pas au contrôle judiciaire auquel ils sont soumis et aux restrictions pesant sur leurs libertés d'expression, d'association et de déplacement. La loi purge ainsi le régime de police administrative auquel la "criminalité politique" était soumise de ces éléments les plus critiquables. Cependant, la levée de ces mesures étant subordonnée à la volonté de se conformer aux lois existantes, il y a encore place, en pratique, pour toutes les procédures contestées d'abjuration et de conversion en vigueur sous l'ancienne loi sur la sécurité publique. En résumé, on constate une édulcoration des grandes lois liberticides, mais la tendance générale des réformes est moins à leur démantèlement qu'à la recherche de substituts qui ne peuvent que nourrir, dans la pratique, l'inquiétude des défenseurs des droits de l'homme (32). On a relevé la contradiction qu'il y avait à maintenir la vieille prohibition des contacts avec l'ensemble des organisations communistes alors que le gouvernement sud-

(30) Cette formule s'inspire très largement de deux décisions du Tribunal constitutionnel des 2 avril et 25 juin 1990 concernant l'art. 7 al. 1 et 5 de la loi litigieuse : la répression de l'apologie d'organisations anti-étatiques n'est conforme à la loi fondamentale que si les activités contestées "tendent à mettre en danger la sécurité et l'existence de l'État ou à subvertir l'ordre libéral et démocratique". Ces décisions, selon un rapport de l'organisation Asia Watch de novembre 1990, ne semblent guère suffisamment dissuasives pour les procureurs. Un autre rapport de décembre 1992 de l'Ordre Coréen des Avocats constate cependant qu'en dépit d'indéniables progrès sur la voie de la démocratisation, la situation des droits de l'homme en Corée du Sud demeure difficile. En 1991, les violations de la loi sur la sécurité nationale ont représenté, selon cette organisation, plus de 40% des "arrestations politiques". Une position à rapprocher de la recommandation effectuée auprès du gouvernement sud-coréen, en juillet 1992, par le Comité des droits de l'homme de l'ONU, de mettre la loi sur la sécurité nationale en accord avec les normes internationales.

(31) Pour un aperçu général de ces discussions, voir les rapports d'Amnesty International : Corée du Sud : retour à la "répression par la force et à la torture", décembre 1989, doc ASA 25/43/89, notamment pp. 4 et 5 ; prisonniers politiques à long terme, décembre 1989, doc ASA 25/42/89, pp. 5 et 6 ; révision de la loi sur la sécurité nationale et de la loi sur l'agence pour l'organisation de la sécurité nationale, mai 1990, 6 p., doc ASA 25/25/90 ; détentions pour atteintes à la sécurité nationale, septembre 1991, doc ASA 25/25/91, pp. 4 et s. Rapport général 90, Paris 1990, Éditions francophones, p. 81. Également, Far Eastern Economic Review (FEER), 23 mai 1991, p. 11.

(32) Signalons enfin, pour être complet, que le ministère de la Défense a annoncé, en août 1992, une révision prochaine de la loi sur les secrets militaires allant dans le sens d'un respect plus scrupuleux du droit d'accès à l'information des citoyens. Cette décision fait suite à la position prise par le Tribunal constitutionnel en février 1992 indiquant que le principe de confidentialité devait être plus strictement interprété et ne pouvait être opposé aux informations mettant directement en cause les droits des citoyens.

coréen était engagé, depuis novembre 1989, dans une *nordpolitik* assidue, couronnée par l'instauration récente de relations diplomatiques avec Pékin. Il n'en reste pas moins vrai que même si depuis une loi de septembre 1990, les autorités ont quelque peu assoupli le régime des contacts avec le Nord, elles tiennent cependant à en conserver le contrôle, pour éviter que la multiplication des initiatives privées de contacts avec Pyongyang ne donne prise à des manoeuvres de déstabilisation. L'admission des deux Corées à l'ONU en septembre 1991, puis la signature, en décembre de la même année, d'un Pacte de non-agression entre Séoul et Pyongyang, auraient dû contribuer à créer un climat favorable à une révision plus ambitieuse de ces dispositifs sécuritaires encore hautement controversés. Mais même si la Corée du Nord, en position de faiblesse, a mis quelque peu en veilleuse son ancienne revendication d'une abrogation pure et simple de la loi sur la sécurité nationale comme préalable à une normalisation des rapports bilatéraux, le maintien par elle d'une posture agressive, par les concentrations de troupes le long de la zone démilitarisée, la production d'armes de destruction massive et le flou qui entoure son programme nucléaire, pèse sur le maintien de cet arsenal sécuritaire, et donc, indirectement, sur les libertés.

CONCLUSION

Les libertés en Corée du Sud ont été entravées par un renversement durable et prolongé des catégories de référence : c'est en effet la banalisation et la récurrence des régimes d'exception, qui, paradoxalement, ont rejeté l'exercice ordinaire des libertés dans une situation exorbitante du droit commun. En d'autres termes, les gouvernements de crise qui se sont succédé depuis 1948 n'ont pas seulement entravé le fonctionnement normal du jeu institutionnel. Par la stratification de législations répressives successives, ils ont paralysé l'exercice des libertés, en réduisant au minimum, en amont, les contraintes de légalité formelle et en incitant, en aval, les autorités chargées de les appliquer à se décharger des contraintes matérielles inhérentes au principe de légalité. Le résultat de cette évolution fut un affaissement durable de l'État de droit, non seulement au sein de la classe dirigeante, mais aussi jusque dans certains milieux d'opposition proches de la dissidence, persuadés que face à la violence du pouvoir, l'action directe - voire révolutionnaire - contre la "dictature militaire" devrait permettre de mettre à nu les contradictions du régime. Ces affrontements produisirent la matrice d'une culture politique structurellement adverse, peu propice à la reconnaissance des libertés. A cet égard, à défaut d'avoir été véritablement "pacifique", la transition démocratique qui s'est opérée en 1987 marque un changement indéniable par rapport aux régimes précédents, même si, depuis cette date, elle a emprunté des voies détournées à travers toute une série d'ajustements parfois difficiles, d'arbitrages souvent perçus comme autant de compromissions et d'introspections douloureuses : alternance d'amnisties et de phases répressives, priorité affichée des droits de l'homme mais lenteur des réformes sur le terrain, volonté d'apurer le passé mais sans entamer un lien social en pleine recomposition, désir de se démarquer de l'héritage laissé par le président Chun mais nécessité de composer avec les forces de l'ancien régime (33). La fiabilité du processus actuel d'enracinement des libertés dépendra de cinq facteurs : confirmation de la dévolution pacifique du pouvoir en vue d'une normalisation de la vie politique ; légitimation des contre-pouvoirs, en particulier législatif et judiciaire, face aux dérives autocratiques et à l'arbitraire bureaucratique ; autonomisation et

(33) Han Sung-joo, "Korea's Democratic Experiment 1987-1991", *Democratic Institutions I*, 1992, pp. 65 et s.

responsabilisation de la société civile afin de réduire les effets dysfonctionnels de la violence protestataire ; relève des élites politiques, par l'arrivée au pouvoir de nouvelles générations moins obnubilées par les impératifs de sécurité ; détente avec le Nord susceptible d'accélérer l'obsolescence des principaux dispositifs liberticides. Des défis qu'il reste encore à surmonter, pour que les exigences de la raison d'État cèdent enfin le pas à la rigueur de l'État de droit et que les libertés en Corée du Sud satisfassent aux critères en vigueur dans les grandes nations démocratiques dont elle n'a cessé de se réclamer. Nul doute cependant que la Corée du Sud, par son cadre institutionnel rénové, sa volonté d'internationalisation et son dynamisme économique, dispose d'atouts sans précédents pour parvenir à un équilibre des pouvoirs plus respectueux des droits fondamentaux et confirmer du même coup que même en Asie, la revendication par certains d'une "exception culturelle" dans le domaine des droits de l'homme ne saurait servir d'alibi à l'asservissement des libertés individuelles et collectives.

LES RÉGIMES CONSTITUTIONNELS PROVISOIRES EN FRANCE

Par

Ouattara SAMBARÉ-NATCHABA
Ministre des Affaires étrangères de la République du Togo
Professeur à l'Université du Bénin (Togo)

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE - LA LÉGITIMITÉ DES RÉGIMES CONSTITUTIONNELS PROVISOIRES

I - LA LÉGITIMITÉ FONDÉE SUR L'HISTOIRE

- A - La légitimité révolutionnaire
- B - La légitimité fondée sur la souveraineté de l'État

II - LA LÉGITIMITÉ FONDÉE SUR LE DROIT

- A - La légitimité démocratique
- B - La légitimité anti-démocratique

DEUXIÈME PARTIE - L'AMÉNAGEMENT DES POUVOIRS DANS LES RÉGIMES CONSTITUTIONNELS PROVISOIRES

I - LA CONCENTRATION DES POUVOIRS AU BÉNÉFICE DE L'EXÉCUTIF

- A - La concentration totale
- B - La concentration tempérée

II - LA CONCENTRATION DES POUVOIRS AU BÉNÉFICE DU LÉGISLATIF

- A - La concentration réelle
- B - La concentration factice

Depuis 1791, la France a connu douze Constitutions. Ce nombre record de lois fondamentales ne reflète qu'une partie de la réalité constitutionnelle française. Il faut, en effet, y ajouter les régimes constitutionnels provisoires, au nombre de neuf, qui ont servi à assurer la transition d'un régime à l'autre : la Convention (1792-1795), le Gouvernement provisoire et l'Assemblée Constituante de 1848, le Gouvernement (1871), l'Assemblée Constituante de 1871 (1871-1875), le Gouvernement de l'État Français, dit Gouvernement de Vichy (1940-1944), le Comité Français de Libération Nationale, dit Gouvernement d'Alger (1942-1944), le 1er Gouvernement provisoire de la République Française (1944-1945), le 2ème Gouvernement provisoire de la République Française avec les deux Assemblées Constituantes (1945-1946).

Certains de ces régimes sont des gouvernements de fait, issus d'un coup d'État, d'une révolution ou de l'occupation militaire. Ils "exercent leur autorité après s'être établis en violation de la Constitution de l'État" (1).

D'autres sont des régimes "légaux" dont un texte prévoit expressément l'existence et l'organisation.

L'étude de ses régimes est particulièrement intéressante dans la mesure où, soit ceux-ci ont soit servi de "laboratoires" d'expérience constitutionnelle, soit préfigure les régimes définitifs qui leur ont succédé.

Pour bien appréhender tout à la fois la portée et les conséquences de ces régimes, il faut tout d'abord s'interroger sur leur fondement politique, donc sur la nature de leur légitimité (1ère partie).

Cette première démarche accomplie, il est nécessaire d'examiner la manière dont les pouvoirs sont aménagés (2ème partie).

PREMIÈRE PARTIE - LA LÉGITIMITÉ DES RÉGIMES CONSTITUTIONNELS PROVISOIRES

La légitimité des régimes constitutionnels provisoires repose tantôt sur l'histoire (I), tantôt sur la loi (II).

I - LA LÉGITIMITÉ FONDÉE SUR L'HISTOIRE

En dehors de toute assise constitutionnelle, certains régimes provisoires trouvent leur source dans la révolution, d'autres dans l'exigence du respect de la souveraineté de l'État.

A - La légitimité révolutionnaire

Trois régimes répondent à ce critère : la Convention de 1792, le Gouvernement provisoire de 1848 et le Gouvernement de la Défense Nationale de 1870.

1) La Convention (1792-1795)

Le 10 août 1792, à la suite d'un mouvement insurrectionnel, le Roi est déposé par le corps législatif. Simultanément est décidée l'élection d'une nouvelle Assemblée, portant le nom de Convention Nationale.

(1) Cf. C. Debbasch et Y. Daudet, Dictionnaire de politique, 6e Éd. Dalloz, 1992, p. 196.

Sans aucun respect des procédures constitutionnelles encore en vigueur, il est décidé de faire élire cette Assemblée au suffrage universel à deux degrés (électeurs primaires et secondaires) (2).

Dès l'origine, la convention fonde sa légitimité non pas sur l'application du droit mais sur la volonté populaire exprimée dans les urnes révolutionnaires d'août 1792 qui ont définitivement balayé les structures de l'ancien régime incarnées dans la personne du Roi. C'est la raison pour laquelle le premier acte de cette convention, nouvellement élue (3) sera de prononcer, le 21 septembre 1792, l'abolition de la monarchie.

En réalité, pendant toute cette période c'est la Commune révolutionnaire de Paris (qui a supplanté la Commune légale) contrôlée par les clubs Jacobins qui fait la loi, allant même jusqu'à supprimer la liberté de la presse en interdisant la publication de journaux royalistes.

Pour sortir de cette période provisoire ou règne un pouvoir de fait, la convention s'attelle à la rédaction d'une nouvelle constitution, celle de la Première République, qui devra être ratifiée par le peuple par la voie du référendum. Dans l'intervalle, le pouvoir est temporairement exercé par une dictature où s'affrontent Montagnards, Girondins et "Centristes" du Marais.

Cette dictature conventionnelle s'exerce pendant la période dite de la Terreur où s'accumulent les atteintes aux libertés collectives et individuelles.

L'instauration du Tribunal criminel extraordinaire, issu de la loi du 20 mars 1793 dite loi des suspects, suppression de l'inviolabilité parlementaire, mise en place d'une police secrète intérieure destinée à contrôler l'ensemble du territoire national en constituent des symboles évocateurs.

Après l'échec de la Constitution Girondine présentée par Condorcet en février 1793, est péniblement rédigé un nouveau texte sous l'impulsion des Montagnards ; il s'agit de la Constitution Montagnarde du 24 juin 1793, adoptée par référendum, mais qui ne sera jamais appliquée. La France étant alors en guerre contre les puissances monarchistes européennes, un décret de la Convention Nationale suspend l'application de la nouvelle Constitution et déclare que "le gouvernement sera révolutionnaire jusqu'à la paix".

S'ouvre alors la période -tragique et sombre- du gouvernement révolutionnaire.

Tout d'abord dominée par Danton qui sera guillotiné le 5 avril 1794, ce régime de fait et de terreur passe entre les mains de Robespierre qui imposera sa loi à travers le Comité de Salut Public, qui lui servira de caution, et le Tribunal révolutionnaire qui lui servira de bourreau.

Après le triomphe de la fête de l'Être Suprême (7 mai 1794), Robespierre est, à son tour, victime de son propre système et monte sur l'échafaud le 28 juillet 1794 après le coup d'État du 9 Thermidor. C'est alors le début de la "Convention thermidorienne", régime de dictature qui durera jusqu'à l'adoption de la Constitution du 5 Fructidor an III (26 août 1795).

La légitimité révolutionnaire du régime de la Convention apparaît donc tout au long de son histoire. Elle se renforce même au fil des mois. A son origine, le régime conventionnel s'analyse comme un gouvernement de fait destiné à mettre en place des institutions nouvelles sur le fondement de textes provisoires suscités par le contexte révolutionnaire du moment.

(2) La Constitution du 3 septembre 1791 prévoyait, elle, le système du suffrage censitaire réservé aux citoyens actifs.

(3) Les électeurs primaires se réunissent le 26 août 1792, les électeurs secondaires le 2 septembre.

Après le vote et la ratification par le peuple de la Constitution montagnarde de 1793 la nature du régime se modifie quelque peu et accentue le caractère révolutionnaire.

En suspendant la mise en pratique de cette loi fondamentale démocratiquement adoptée, les conventionnels se placent délibérément en dehors du droit et légitiment leur pouvoir sur la seule Révolution, telle qu'elle s'exprime alors à travers les clubs dominant qui actionnent au gré des circonstances, les troupes populaires.

Le caractère minoritaire de l'élite dirigeante qui se réduit peu à peu à l'omnipotence d'un seul homme, marque les limites de cette légitimité en lui conférant un caractère anti-démocratique et autocratique.

2) *Le gouvernement provisoire de la République de 1848*

a) Historique

A la suite des journées révolutionnaires de février 1848, Louis Philippe, Roi des Français depuis 1830, abdique en faveur de son petit fils, le Comte de Paris, mais cette concession politique de dernière minute de la Monarchie ne change rien à la détermination des opposants au régime qui proclament la République le 24 février 1848 et qui mettent en place un gouvernement de fait qui, dès le lendemain, se dénommera "gouvernement provisoire de la République française".

Cette structure politique constituée par acclamation, n'a aucune assise légale.

A cet égard, il entre dans la catégorie générique des gouvernements révolutionnaires.

Composé de républicains militants (Lamartine, Arago, Ledru-Rollin, Louis Blanc...), ce gouvernement provisoire de la République française se fixe une mission prioritaire : remettre ses pouvoirs à une assemblée constituante démocratiquement élue et chargée de rédiger une nouvelle constitution.

L'Assemblée sera élue au suffrage universel direct le 23 avril 1848 et, fidèle à ses promesses, le gouvernement provisoire démissionnera le 6 mai, deux jours seulement après l'installation des nouveaux députés.

Ce régime est d'une nature bien différente de celui de la convention. Bien que, comme celle-ci sa légitimité repose sur la Révolution, il en diffère sur de nombreux points.

Tout d'abord, il repose sur l'adhésion d'une majorité de Français à la République, les mouvements révolutionnaires de février 1848 semblant ainsi avoir exprimé, en avant-garde, un sentiment général bien ancré dans la population.

Ensuite, contrairement au véritable cauchemar politique que fut la Terreur, la période très courte du gouvernement provisoire de 1848 se déroule dans l'enthousiasme et le romantisme (4).

Enfin, ce gouvernement édicte un certain nombre de mesures politiques et sociales sans précédent, liberté de la presse, liberté de réunion, accès de tous les citoyens à la Garde Nationale, restauration du suffrage universel, suppression de la peine de mort en matière politique, abolition de l'esclavage, création des ateliers nationaux pour lutter contre le chômage...

Dans ces conditions, bien que d'essence révolutionnaire, le gouvernement provisoire de la République se distingue par son caractère à la fois démocratique et libéral.

(4) Cf. sur ce point J.-J. Chevallier et G. Conac, Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à nos jours, Dalloz 8e éd 1991, p 191 et 192.

Ici la révolution n'a été que la source initiale du pouvoir, celle qui l'a généré, mais elle n'a pas, par la suite, servi d'alibi, comme sous la Convention, à la mise en place d'un régime autocratique et intolérant.

3) *Le Gouvernement de la Défense Nationale (1870)*

Dès l'annonce de la défaite des armées impériales à Sedan, le 4 septembre 1870, se met en place, dans une grande confusion (5) un nouveau gouvernement révolutionnaire qui prend le nom de Gouvernement de la Défense Nationale dirigé par le Général Trochu, Gouverneur militaire de Paris. Il comprend des républicains modérés comme Gambetta ou Jules Favre.

L'installation de ce gouvernement se fait sous la pression des manifestations de foule qui agitent la capitale pendant cette période, ce qui lui confère incontestablement son caractère révolutionnaire.

De plus, alors que la France est encore en guerre contre la Prusse (6), les responsables de ce pouvoir de fait et notamment Gambetta ressuscitent l'esprit de Valmy et appellent les citoyens à lutter par les armes contre la monarchie prussienne.

Si cet aspect des choses rappelle par certains côtés la Convention, fondamentalement, par son esprit et ses objectifs, ce régime s'en distingue radicalement.

La mission de ce gouvernement est double : permettre de régler définitivement la question de la guerre ou de la paix, et donner à la France une nouvelle Constitution.

Pour y parvenir il faut donc faire élire, au suffrage universel, une Assemblée Constituante.

C'est donc bien un esprit démocratique qui souffle sur ce gouvernement. C'est ce que résume parfaitement Jacques Bainville dans son ouvrage sur la III^{ème} République : "Pour naître comme pour durer, la République a eu besoin du concours des révolutionnaires. Mais ce concours la compromettait en effrayant les parties paisibles de la population. Elle avait donc un égal besoin de se modérer. Dès le 4 septembre, elle fit, d'instinct, ce jeu d'équilibre qui deviendra par la suite une loi" (7).

Très rapidement sont organisées des élections qui voient s'affronter deux camps : les partisans de la poursuite de la guerre et ceux de la signature de la paix.

La plupart des membres du gouvernement de la Défense Nationale appartiennent au premier groupe, les modérés et les monarchistes, Adolphe Thiers, au second.

Le 8 février 1871, les électeurs, en masse, tranchent pour la paix, ce qui conduit à un paradoxe politique, le régime républicain étant représenté par une forte majorité de députés royalistes.

Cette élection marque la fin du gouvernement de la Défense Nationale.

B - La légitimité fondée sur la souveraineté de l'État

Ce sont les événements dramatiques de la deuxième guerre mondiale qui nous fournissent ce cas de figure.

A la suite de la signature de l'armistice les 22 et 24 juin 1940, par le Maréchal Pétain, Président du Conseil, l'Assemblée Nationale (8) réunie à Vichy, charge ce dernier de préparer une nouvelle Constitution.

(5) Pendant quelques heures deux "Gouvernements provisoires" vont même cohabiter : l'un, dirigé par Trochu, l'autre par Blanqui et des républicains révolutionnaires.

(6) L'armistice sera signé le 28 janvier 1891.

(7) J. Bainville, La III^{ème} République, 1935, p. 19, cité in J. de Mallafosse, Histoire des institutions et des régimes politiques de la Révolution à la IV^{ème} République, Montchrestien, 1975, p. 138.

(8) Il s'agit de la réunion de la chambre des députés et du Sénat.

Se met alors en place un gouvernement provisoire, dit de l'État Français surnommé "Gouvernement de Vichy" que nous étudierons plus loin.

Officiellement, ce gouvernement exerce sa pleine autorité sur ce que l'on appelle la "zone libre", par opposition à la zone occupée par les Allemands. En fait, même s'il a l'apparence du pouvoir, son indépendance est très relative tant la pression des autorités d'occupation est forte.

C'est dans ce contexte que depuis Londres, le Général de Gaulle a pris la tête de la France Libre destinée à résister à l'occupant intérieur.

Le débarquement des troupes américaines à Alger le 7 novembre 1942 rend à ce territoire français sa pleine souveraineté et le met en dehors de la compétence du Gouvernement de Vichy. Aussitôt après, un putsch permet la prise du pouvoir de l'amiral Darlan, successeur désigné du Maréchal Pétain, entouré de plusieurs personnalités parmi lesquelles le Général Giraud. Le 24 décembre, Darlan est assassiné par un exalté, Fernand Bonnier De La Chapelle, dans des conditions jusqu'ici mal définies.

Giraud lui succède immédiatement et prend aussitôt contact avec le Général de Gaulle.

Après de multiples péripéties, l'accord entre les deux hommes se fait et le 30 mai 1943, le Général de Gaulle arrive à Alger, foulant ainsi pour la première fois depuis trois ans une terre française.

Les négociations longues et difficiles entre le Chef de la France libre et Giraud aboutissent le 3 juin à la constitution du Comité Français de Libération Nationale (C.F.L.N.) qui sera surnommé le Gouvernement d'Alger.

Dans sa phase initiale, ce gouvernement est co-présidé par le Général de Gaulle et le Général Giraud. Dès le début les relations entre les deux hommes sont orageuses et très rapidement éclate un conflit majeur qui va tourner à l'avantage du chef de la France Libre.

L'éviction de Giraud se fait progressivement et à partir d'octobre 1943, le C.F.L.N. n'a en pratique plus qu'un seul chef, le Général de Gaulle.

Peu à peu, ce comité va s'étoffer et prendre l'allure d'un véritable Gouvernement.

Au printemps 1944, la défaite militaire allemande et la libération du territoire français dans son ensemble paraissant imminente le C.F.L.N. se transforme en Gouvernement provisoire de la République française (3 juin 1944) et trois mois plus tard se transporte à Paris.

La nature du Gouvernement d'Alger est complexe et cela concerne tout d'abord le fondement de sa légitimité. Incontestablement, il faut rechercher celui-ci du côté de la volonté de ses initiateurs de maintenir la souveraineté française à travers une structure politique ne dépendant pas d'une puissance étrangère.

Cet objectif est clairement indiqué dans l'ordonnance du 3 juin 1943 instituant le C.F.L.N. qui a pour tâche "d'exercer la souveraineté française sur tous les territoires en dehors du pouvoir de l'ennemi".

La deuxième difficulté tient à la nature même du C.F.L.N.. Peut-on le qualifier de gouvernement de fait ? Certes, comme nous le verrons cet organisme en a bien l'aspect aussi bien au niveau de son organisation qu'à celui de son fonctionnement.

Toutefois, son champ de compétence est territorialement limité. Même s'il prétend -sans doute à juste titre- incarner l'ensemble de la souveraineté française, il ne peut en pratique, exercer son autorité que sur une partie du territoire national. Ce phénomène est d'autant plus sensible que, de son côté, le Gouvernement de Vichy, installé en métropole, s'estime lui aussi apte à incarner l'ensemble de la Nation.

Dans ces conditions, le C.F.L.N. dont la légitimité est réelle, peut être qualifié de "gouvernement de fait partiel" (9).

Malgré les incertitudes à la fois politiques et juridiques qui pèsent sur lui, le Gouvernement d'Alger se donne une double mission très ambitieuse : libérer le territoire et restaurer la légalité républicaine bafouée par Vichy en rétablissant la démocratie.

C'est ainsi, que dès 1943, il édictera toute une série d'ordonnances légitimant les actes de la résistance (10), restaurant le pluralisme politique (11), rétablissant les syndicats (12) ou abolissant la censure en matière politique (13).

Ce gouvernement "libérateur" d'essence démocratique va encore s'accroître avec le premier Gouvernement provisoire de la République française (G.P.R.F.).

2) *Le premier G.P.R.F.*

Après la transformation du C.F.L.N. en Gouvernement Provisoire de la République française (G.P.R.F.), le 3 juin 1944 et son installation sur le sol métropolitain à la fin août 1944, la France retrouve un pouvoir central unique (14).

Le G.P.R.F. est présidé par le Général de Gaulle et représente toutes les forces politiques françaises à l'exception des mouvements et des partis collaborationnistes.

Ce gouvernement rendra très vite la parole au peuple.

Le 21 octobre 1945 les Français élisent une Assemblée érigée en Constituante par l'adoption d'un référendum organisé le même jour.

Ce premier G.P.R.F. est incontestablement un véritable gouvernement dont la souveraineté s'étend progressivement à l'ensemble du territoire national français et qui est officiellement reconnu comme tel par les puissances alliées.

Ce gouvernement, qui bénéficie d'un large consensus politique et populaire, se fixe comme priorité le rétablissement de la légalité républicaine et de la démocratie. A cet égard l'ordonnance du 9 août 1944 est particulièrement significative puisqu'elle proclame que "le premier acte de ce rétablissement est la constatation que la forme de gouvernement de la France est, et demeure, la République" (15). La même ordonnance après avoir posé ce principe abroge d'ailleurs expressément 119 textes adoptés par le Gouvernement de Vichy dont de nombreux qui portaient atteinte à des libertés fondamentales.

Le premier G.P.R.F., malgré son caractère de gouvernement de fait, apparaît donc bien comme un pouvoir légitime et protecteur des libertés.

Il apparaît bien, comme le notait Georges Burdeau, comme un gouvernement "de structure autoritaire et d'esprit démocratique" (16).

II - LA LÉGITIMITÉ FONDÉE SUR LE DROIT

Dans l'histoire constitutionnelle française, certains gouvernements provisoires ont été juridiquement prévus et organisés. Certains d'entre eux ont un caractère démocratique, d'autres un caractère anti-démocratique.

(9) Cf. G. Vedel, *Droit constitutionnel*, Sirey 1949, p. 281.

(10) Ordonnance du 6 juillet 1943 J.O.R.F 10 juillet, p. 23.

(11) Ordonnance du 1er juillet 1943 J.O.R.F 1er juillet, p. 14.

(12) Ordonnance du 6 juillet 1943 J.O.R.F 10 juillet, p. 24.

(13) Ordonnance du 6 mai 1944 J.O.R.F 20 mai.

(14) Le Maréchal Pétain et Pierre Laval seront conduits en Allemagne au lendemain de la libération de Paris.

(15) J.O.R.F 10 août 1944 p. 688.

(16) G. Burdeau, *Manuel de Droit Constitutionnel*, 5e édition, p. 206-208.

A - La légitimité démocratique

1) *L'Assemblée Constituante de 1848*

Les élections à la Constituante ayant eu lieu le 23 avril 1848, le gouvernement provisoire démissionne le 6 mai et laisse la place à la nouvelle Assemblée qui va, provisoirement, tenir lieu de régime constitutionnel.

Composée en majorité de députés modérés et conservateurs, la nouvelle Assemblée s'attelle à la rédaction de la Constitution. Mais elle se trouve rapidement confrontée à des mouvements de mécontentements qui deviendront très vite insurrectionnels. Les journées révolutionnaires de juin 1848, déclenchées par la suppression des ateliers nationaux, sont très violentes et sont très durement réprimées.

Homme d'ordre, c'est le Général Cavaignac, ministre de la guerre qui devient l'homme fort du régime et qui lui donne son caractère autoritaire.

Paradoxalement, ce gouvernement dont la légitimité démocratique était directe, sera moins libéral et moins tolérant que le gouvernement de fait, d'origine révolutionnaire, qui l'avait précédé. Et cette nécessité de concilier l'ordre et l'autorité avec la démocratie sociale et le libéralisme marquera l'élaboration de la nouvelle Constitution de la IIème République qui se caractérise d'entrée par son ambiguïté.

2) *L'Assemblée Constituante (1871-1875)*

C'est le suffrage universel qui fonde la légitimité de ce régime provisoire.

L'Assemblée Constituante élue le 8 février 1871 va être, en effet, investie de tous les pouvoirs.

Dominée par les monarchistes, favorables à la paix, elle va tenter de donner à la France une nouvelle constitution. Cette tâche sera cependant ardue.

Tout d'abord, politiquement, le contexte de cette période est à la fois paradoxal et ambigu.

Alors que la République a été solennellement proclamée le 4 septembre 1870, les Français, démocratiquement, élisent en majorité des députés monarchistes qui se croient ainsi fondés à restaurer la Monarchie dans la nouvelle Constitution.

Mais, en réalité, le choix des Français a été influencé par l'attitude des républicains et des monarchistes vis-à-vis de la Prusse, les premiers étaient favorables à la poursuite de la guerre, les autres à la paix. Et c'est cette volonté pacifiste qui a déterminé le vote des électeurs.

Toute l'histoire de cette période est marquée par cette ambiguïté qui affecte la légitimité du pouvoir. Si celle-ci est, à l'évidence, de nature démocratique, sa signification fait l'objet d'une méprise, génératrice d'instabilité.

Le gouvernement Thiers, qui est confronté à l'épisode sanglant de la Commune de Paris en sera la première victime.

Républicain conservateur, Adolphe Thiers, va très vite se heurter à l'hostilité de la majorité monarchiste et il est contraint à la démission le 24 mai 1873. Le même jour le Maréchal de Mac Mahon lui succède et la tâche dans la majorité est prioritairement le rétablissement de la monarchie.

Cette mission va manquer de peu d'arriver à son terme. Seul l'entêtement du prétendant immédiat à la couronne, le Comte de Chambord, constituera un obstacle infranchissable et reléguera aux oubliettes, le projet de restauration du Roi (17).

(17) Il est vrai qu'au fil des mois et des élections partielles, la majorité monarchiste va peu à peu se réduire et disposer finalement d'une marge très étroite.

Institutionnellement, l'oeuvre de l'Assemblée Constituante va cependant être considérable. Ce régime provisoire va rétablir la fonction du Président de la République (18), consacrer le septennat (19) et surtout voter l'amendement Wallon qui pérennise la République à travers la stabilisation de l'élection du Président (20). C'est ce texte qui va ouvrir la voie à l'adoption des trois lois constitutionnelles dont l'ensemble, à vrai dire hétéroclite, formera la Constitution de la IIIème République, qui donnera à la France son régime le plus durable dans le temps (21).

3) Le deuxième gouvernement provisoire de la République française (G.P.R.F.) (1945-1946)

Le deuxième G.P.R.F. est la conséquence institutionnelle directe de l'adoption du projet soumis au référendum le 21 octobre 1945 dont la deuxième question concernait l'organisation provisoire des pouvoirs publics jusqu'à la mise en vigueur de la nouvelle Constitution (22).

Sa légitimité démocratique est donc incontestable et, de tous les gouvernements provisoires que la France a connu, c'est sans doute celui qui dispose de l'assise populaire la plus claire et la plus forte (23).

Le deuxième G.P.R.F. révèle nettement cette caractéristique essentielle dans sa composition puisque tous les partis politiques ayant pris part à la Résistance, y compris le Parti Communiste, y sont représentés.

Destiné à mettre en place le nouveau régime, en concours avec l'Assemblée Constituante, le G.P.R.F. est cependant très vite affecté par des crises majeures. La première d'entre elles, éclate à propos de la discussion des crédits militaires et entraîne, le 20 janvier 1946, la démission du Général de Gaulle qui est remplacé par le socialiste Félix Gouin.

La seconde de ces crises trouve sa source dans les urnes, le premier projet de Constitution élaboré par l'Assemblée Constituante, est rejeté par le peuple français lors du référendum du 5 mai 1946.

Ce vote négatif entraîne l'élection d'une nouvelle Assemblée Constituante, plus axée au centre que la précédente, ce qui suscite un nouveau changement à la tête du G.P.R.F. avec l'arrivée de Georges Bidault.

C'est cette deuxième Constituante qui va élaborer le projet de Constitution, qui, adopté par le peuple français le 13 octobre 1946, devient le régime définitif de la IVème République.

B - La légitimité antidémocratique : Le gouvernement de Vichy (1940-1944)

Le Gouvernement de l'État français, dit Gouvernement de Vichy, est sans doute celui des régimes provisoires français qui pose le plus grand nombre de problèmes au regard de la légitimité. Cela provient tout à la fois des circonstances du moment, de ses conditions de mise en place et de son fonctionnement.

(18) Loi du 31 août 1871, dite Constitution Rivet.

(19) Loi du 13 mars 1873, dite Constitution de Broglie.

(20) Amendement voté le 29 janvier 1875.

(21) Loi du 24 janvier 1875, relative au Sénat ; loi du 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs publics ; loi du 16 juillet 1875 relative aux rapports des pouvoirs publics.

(22) On a parlé à son propos de "petite Constitution".

(23) C'est le premier scrutin auquel participaient les femmes.

1) *Les circonstances*

C'est la défaite militaire française en juin 1940 qui va susciter la naissance de ce gouvernement provisoire. Lorsque le 13 juin 1940 les Allemands entrent dans Paris, les institutions de la III^{ème} République sont toujours en fonction : Albert Lebrun est Président de la République et Paul Reynaud, Président du Conseil, chef d'un gouvernement où siège depuis quelques jours le Maréchal Pétain.

Le débat, au sein du Cabinet tourne très vite autour de la question centrale de l'armistice.

Paul Reynaud y est opposé, Pétain et la hiérarchie militaire y sont, au contraire, favorables. Le vainqueur de Verdun ayant finalement acquis à sa cause la majorité des ministres, le Président du conseil démissionne et Albert Lebrun charge Pétain de diriger le gouvernement.

Pierre Laval devient vice-président du Conseil, le 24 juin 1940, l'armistice est signée et se pose alors la question du siège du gouvernement. C'est Vichy qui finalement est choisi (24). C'est dans cette ville que vont donc se réunir les Chambres pour statuer séparément sur un vœu de révision et ensuite, réunies en Assemblée Nationale, pour adopter la loi de révision. Ce qui fut fait les 9 et 10 juillet 1940.

2) *La mise en place*

L'article unique de la loi Constitutionnelle du 10 juillet 1940 confiait au gouvernement du Maréchal Pétain le soin de préparer une nouvelle Constitution de "l'État Français" garantissant les droits du travail, de la famille et de la patrie.

C'est sur la base de ce texte que le Maréchal Pétain met en place progressivement des institutions provisoires par une série d'actes constitutionnels édictés sous sa seule autorité. C'est cet ensemble de dispositions qui constitue le fondement juridique du Gouvernement de l'État français, dit Gouvernement de Vichy.

Qu'elle est, alors, la légitimité de ce régime provisoire ? Elle repose d'abord originellement, sur la loi. La révision de 1940, a, en effet, été adoptée conformément aux dispositions de l'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, qui plus est à une large majorité de parlementaires (25).

Certes, les deux assemblées avaient décidé de modifier quelque peu, compte tenu des circonstances, les règles applicables au calcul de la majorité, mais comme le note le Doyen Vedel, "cette décision critiquable demeura sans influence" (26).

Dans ces conditions, au 10 juillet 1940, le gouvernement de Vichy apparaît tout à la fois légal et populaire, même si toute référence à la République a volontairement disparu, tout comme d'ailleurs le rappel des acquis révolutionnaires symbolisés par les trois termes de liberté, égalité, fraternité.

Cette adéquation originelle entre légalité formelle et légitimité démocratique va cependant être rapidement remise en cause tout au long de l'existence du Gouvernement de Vichy.

(24) Décret du 8 juillet 1940.

(25) 559 voix pour, 80 contre et 17 abstentions.

(26) G. Vedel, Droit constitutionnel, Op cit. p. 258. L'article 8 de la loi constitutionnelle du 24 février 1875 imposait de calculer la majorité nécessaire à la révision non sur les votants mais sur le nombre total de parlementaires. Si cette règle avait été suivie, 467 voix auraient suffi pour réviser le texte de 1875. Ce total a été, comme on l'a vu, largement dépassé.

3) *Le fonctionnement*

Tout d'abord, très rapidement et sous l'impulsion du Général de Gaulle et de la résistance intérieure, l'autorité de ce gouvernement va être radicalement contestée.

Ensuite, le caractère autoritaire et même autocratique de ce régime va se développer. Allant bien au-delà de sa mission initiale, la préparation d'une nouvelle Constitution, le Maréchal Pétain va mettre en place un régime de dictature, dépourvu de tout contrôle réel et ne reposant sur aucune approbation populaire démocratiquement exprimée.

C'est dans ce contexte anti-démocratique que de nombreuses et importantes décisions seront prises. Certaines, les moins contestables, étaient destinées à réorganiser l'État notamment au niveau territorial. Mais le plus souvent, il s'agissait de textes liberticides et discriminatoires : exclusion des juifs des emplois publics et des professions libérales, censure de la presse, interdiction des partis politiques d'opposition, création de juridictions d'exception, épuration dans la fonction publique...

Enfin, plus la guerre va durer, et plus le gouvernement de Vichy va être sous l'influence de l'occupant étranger. La suppression de la zone libre en 1942, marque le point d'orgue de cette évolution. Tout ceci explique que, peu à peu, le gouvernement de Vichy, va perdre le soutien populaire dont il bénéficiait au début de la guerre.

Dans ces conditions, on peut affirmer que la légitimité du gouvernement de Vichy n'a, sur la durée, reposé que sur la loi mais de manière antidémocratique.

DEUXIÈME PARTIE - L'AMÉNAGEMENT DES POUVOIRS DANS LES RÉGIMES CONSTITUTIONNELS PROVISOIRES

L'aménagement des pouvoirs dans les régimes constitutionnels provisoires nous offre des situations institutionnelles très diversifiées que l'on peut cependant unifier autour d'un axe commun, la concentration des pouvoirs. Celle-ci se fait tantôt au bénéfice de l'exécutif (I) tantôt au bénéfice du législatif (II).

I - LA CONCENTRATION DES POUVOIRS AU BÉNÉFICE DE L'EXÉCUTIF

La concentration des pouvoirs au bénéfice de l'exécutif peut être totale (A) ou tempérée (B).

A - La concentration totale

Dans ces hypothèses, tous les pouvoirs de l'État sont concentrés dans le pouvoir gouvernemental plus ou moins personnalisé. Mais, ici encore, des distinctions s'imposent. Dans certains cas cette concentration peut s'exercer de manière libérale, dans d'autres cas de façon autoritaire voire dictatoriale.

1) *La concentration libérale*

a) *Le Gouvernement provisoire de 1848*

Nous avons déjà montré combien le climat politique entourant le gouvernement provisoire de 1848 était singulier, empreint à la fois d'utopie et de libéralisme. Malgré son caractère politiquement modéré en l'absence de contre-pouvoir issu d'une Assemblée, ce régime, très bref dans la durée, donne aux "ministres" tous les pouvoirs.

Ce rôle exclusif de l'exécutif ne débouche cependant pas sur un pouvoir absolu du Gouvernement, celui-ci étant composé de personnalités diverses peu enclines à la dictature.

b) Le Gouvernement de la Défense Nationale de 1870

Le Gouvernement de la Défense Nationale qui va diriger la France pendant moins de cinq mois va lui aussi exercer tous les pouvoirs mais sans porter atteinte aux libertés. Se déclarant lui-même comme un pouvoir de transition, il va se préoccuper de mettre en place le plus rapidement possible une Assemblée représentative issue du suffrage universel. Dans l'intervalle il oriente son action dans un domaine traditionnellement réservé à l'exécutif : les relations internationales et, plus précisément compte tenu du moment, la question de la guerre avec la Prusse (27).

2) La concentration autoritaire : Le Gouvernement de Vichy

Le Gouvernement de l'État français concentre tous les pouvoirs entre les mains d'un homme, le Maréchal Pétain qui prend le titre de "Chef de l'État".

• Le Chef de l'État

Cette fonction est créée dès le lendemain du vote de la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 (28).

Le caractère autoritaire du régime découle en premier lieu de l'auto-désignation du Maréchal Pétain qui signe sa propre nomination qui dérive ainsi, selon lui, de la loi du 10 juillet 1940. Le successeur du Maréchal sera, dans un premier temps, nominativement désigné : il s'agit de Pierre Laval (29). Par la suite un nouveau texte va confier le choix du successeur au Conseil des Ministres (30) avant de revenir à la désignation nominative (31).

Les attributions du Chef de l'État sont très importantes : il a, tout d'abord, la plénitude du pouvoir gouvernemental qui va bien au-delà des limites du seul exécutif : représentation de l'État au plan international, droit de grâce, nomination aux emplois civils et militaires, promulgation et exécution des lois. Il préside le Conseil des Ministres. De plus, à titre provisoire, le chef de l'État exerce la plénitude du pouvoir législatif en l'absence d'Assemblée parlementaire (32). Enfin, et on renoue ici avec la tradition monarchique, le chef de l'État est investi du rôle de Juge politique.

• Le Conseil des Ministres

Il ne faut pas, ici, se laisser abuser par la terminologie. Le Conseil des Ministres du Gouvernement de Vichy n'a, en effet que peu de choses en commun avec son prédécesseur de la III^{ème} République. Les Ministres et Secrétaires d'État sont nommés et révoqués par le chef de l'État et ne sont responsables que devant lui.

Leur rôle est purement administratif. Seul le vice-président du Conseil tient une place plus importante. C'est lui qui préside le Conseil de Cabinet qui se réunit en l'absence du chef de l'État.

(27) Un armistice est signé avec la Prusse le 28 janvier 1871.

(28) Acte Constitutionnel n° 1 - 11 juillet 1940.

(29) Acte Constitutionnel n° 4 - 12 juillet 1940.

(30) Acte Constitutionnel n° 4 ter - 13 décembre 1940.

(31) Acte Constitutionnel n° 4 quater - du 10 février 1941. Le successeur choisi est l'amiral Darlan.

(32) L'Acte Constitutionnel n° 2 du 11 juillet 1940 prévoit cependant que même dans la période de transition la guerre ne peut être déclarée sans l'assentiment des Assemblées.

• *Les autres organes*

Deux autres organes consultatifs sont également associés au Gouvernement de Vichy. Il s'agit tout d'abord du Conseil National dont les membres sont désignés par le chef de l'État et qui joue un rôle politique. Quant au Comité Budgétaire, lui aussi composé de membres choisis par le chef de l'État, il intervient pour donner des avis dans le domaine financier.

La structure du Gouvernement de Vichy se caractérise bien par la concentration totale des pouvoirs au bénéfice du chef de l'État qui les exerce de manière autoritaire, ce qui est encore accentué par l'extrême personnalisation du régime. Le Maréchal Pétain exerce aussi une véritable dictature d'absolue qui ne se trouve tempérée par aucun contre-pouvoir, si ce n'est alternativement celui de Pierre Laval ou de ses collaborateurs de Vichy. Ce caractère très personnalisé du régime est symboliquement attesté par la prestation de serment au Maréchal qui s'impose à tous les fonctionnaires de l'État français.

A partir de 1942, l'image du vainqueur de Verdun s'était quelque peu altérée et les Allemands ayant occupé l'ensemble du territoire national (à l'exception de l'Outremer), le gouvernement de Vichy va peu à peu perdre toute autonomie.

La concentration absolue des pouvoirs va, formellement, subsister mais c'est le pouvoir lui-même qui va disparaître au profit de la puissance occupante.

B - La concentration tempérée : Le C.F.L.N. et le 1er G.P.R.F.

Le C.F.L.N., puis le 1er G.P.R.F., nous offrent un nouvel exemple de concentration des pouvoirs au bénéfice de l'exécutif. Ici encore, on retrouve, à travers le Général de Gaulle, le phénomène de personnalisation du pouvoir. Pourtant, le régime d'Alger est radicalement différent, quant à sa nature, de celui de Vichy. Tout d'abord, comme nous l'avons montré, il s'agit d'un pouvoir de fait d'inspiration démocratique et libérale. Ensuite en ce qui concerne l'aménagement institutionnel, la concentration des pouvoirs s'exerce de manière tempérée, par les contre-pouvoirs qui sont progressivement mis en place : la dyarchie initiale de la Présidence du Comité, le rôle des commissaires et la création d'une Assemblée Consultative.

1) La dyarchie initiale de la Présidence du C.F.L.N.

Le Comité Français de la Libération Nationale a été créé avec beaucoup de difficultés. Après le conflit entre de Gaulle et Giraud, l'accord ne pouvait se faire que par le compromis, aucun des deux généraux n'acceptant de céder le pas à l'autre. Il ne restait alors qu'une solution : la co-présidence du Comité.

L'article 1er du Décret du 3 juin 1943 (33) fixant l'organisation et le fonctionnement du C.F.L.N déclare que "le Comité Français de la Libération Nationale est alternativement présidé par les généraux Giraud et de Gaulle".

Juridiquement, il existe donc une égalité parfaite entre les co-présidents qui se traduit par le fait que toutes les décisions du C.F.L.N devaient être signées par les deux généraux.

Nous citerons pour illustrer cette égalité juridique entre les deux généraux un exemple particulièrement significatif : le droit de grâce, attribution régaliennne par excellence, était exercé par les deux présidents du Comité.

En cas de désaccord entre les deux hommes, la décision est prise par le C.F.L.N dans son ensemble (34).

Pourtant, malgré toutes ces dispositions et toutes ces précautions, l'égalité entre les deux présidents n'a jamais pu être réellement respectée.

Cette difficulté d'application est inhérente au système de la dyarchie. Le strict bicéphalisme gouvernemental, concevable dans les textes, se déforme rapidement dans la pratique, surtout lorsque l'on se trouve en période de crise où il est nécessaire que le pouvoir suprême soit concentré entre les mains d'un seul homme. Les décisions peuvent être alors prises plus rapidement et plus efficacement.

Dans ces conditions, il était logique que l'équilibre savamment dosé par les textes de juin 1943 soit rompu au profit du président qui possédait la plus forte personnalité, le Général de Gaulle.

Le 4 août 1943 intervient une modification fondamentale du Décret du 3 juin 1943 concernant l'organisation et le fonctionnement du C.F.L.N..

Le système de la "présidence spécialisée" est substitué à celui de la "présidence alternée" (35).

C'est incontestablement le Général de Gaulle qui profite le plus des nouvelles dispositions puisqu'il reçoit la compétence la plus large et la plus générale, Giraud n'ayant plus que des attributions strictement militaires. Ce dernier devient Commandant en chef mais à la condition que pendant le temps où il exerce un commandement effectif en opérations, il cesse d'exercer toutes fonctions de président du C.F.L.N. (36). D'autre part, l'autonomie du commandant en chef dans son propre domaine était fortement limitée.

Il ne restait plus alors qu'à tirer les conséquences de cette évolution et à renoncer définitivement à la dyarchie. Ce qui fut fait le 9 novembre 1943, avec le départ de Giraud.

2) *Les membres du C.F.L.N. - Les Commissaires*

C'est l'article 1er du Décret du 3 juin 1943 (37) qui institue les Commissaires en stipulant que "les affaires qui entrent dans la compétence du Comité Français de la Libération Nationale sont réparties entre des Commissaires" (38).

Les Commissaires sont nommés par le Comité et responsables devant lui et ils apparaissent ainsi comme les ministres de ce Gouvernement particulier qu'est le C.F.L.N..

Peu à peu ce "gouvernement" va se donner une assise politique très large en s'ouvrant aux représentants des partis politiques traditionnels frappés d'interdiction par le Gouvernement de Vichy.

Le C.F.L.N. ne cesse de se transformer tout au long de son existence et surtout le nombre des Commissariats ne cesse d'augmenter.

Mais il ne trouve son véritable achèvement qu'en mars 1944. A cette époque il comporte pratiquement tous les départements ministériels traditionnels (Intérieur, Justice, Éducation, Travail, Affaires étrangères ...) auxquels s'ajoutent ceux qui étaient liés à la conjoncture de l'époque : commissariat aux prisonniers, déportés et réfugiés...

Par la diversité et la représentativité de leurs appartenances politiques ainsi que par leurs attributions, les Commissaires jouent incontestablement un rôle

(34) Cf. Ord. 10 septembre 1943 sur l'exercice du droit de grâce, J.O.R.F 11 septembre 1943, p. 117.

(35) Y.-M. Danan, La vie politique à Alger de 1940 à 1944, L.G.D.J. 1963, p. 204.

(36) Décret 4 août 1943, J.O.R.F 7 août 1943, p. 57.

(37) J.O.R.F 10 juin 1943, p. 2.

(38) D. 2 octobre 1943, J.O.R.F. 7 octobre 1943, p. 168, art. 3.

important dans le Gouvernement d'Alger et constituent un contre-pouvoir efficace au Président du Comité, comme l'avait d'ailleurs souhaité le Général de Gaulle lui-même.

3) *L'Assemblée consultative*

La nécessité pour le Gouvernement d'Alger d'accroître sa représentativité a amené très vite à poser le problème de la création d'une assemblée politique à caractère consultatif.

Cette assemblée est instituée par une ordonnance du 17 septembre 1943 qui dispose dans son article 1er :

"Il est institué une assemblée consultative provisoire, chargée de fournir une expression aussi large que possible, dans les circonstances présentes, de l'opinion nationale.

Cette assemblée sera dissoute de plein droit à la date où sera constituée l'assemblée chargée de désigner le gouvernement provisoire".

La composition de cette Assemblée consultative répond bien à ce souci de représentativité puisqu'on y retrouve des délégués des mouvements de résistance, des parlementaires élus depuis 1936 et "représentant les différentes fractions de l'opinion publique" ainsi que des délégués des conseils généraux (39).

L'organisation et le fonctionnement de cet organisme le rapproche, à maints égards, d'une véritable assemblée parlementaire. Sont ainsi prévus un règlement intérieur, un régime d'incompatibilités et surtout des immunités parlementaires.

S'agissant de ses attributions, l'Assemblée consultative n'est pas, à proprement parler, une Assemblée parlementaire puisqu'elle n'est pas titulaire du pouvoir législatif mais se borne à émettre des avis sur toutes les questions délibérées par le C.F.L.N..

Il faut noter également l'existence de "passerelles" entre l'Assemblée et le Comité.

C'est ainsi que l'article 14 de l'Ordonnance du 19 septembre 1943 dispose que les membres du C.F.L.N. et le Général de Gaulle en tête, ont assisté de façon fréquente aux séances.

Le gouvernement d'Alger a prévu un organe permanent de liaison entre la "Consultative" et le Comité : le Commissaire d'État aux Relations avec l'Assemblée et aux études (40) dont les attributions sont fixées par le Décret du 4 décembre 1943 (41).

On relève enfin que l'Assemblée consultative peut exercer un certain contrôle sur les actes du Comité en demandant à chacun des "Commissaires" de présenter un exposé verbal sur les questions d'intérêt national.

De plus, à partir du 12 décembre 1943, chaque délégué à l'Assemblée consultative dispose du droit de poser des questions écrites aux membres du Comité Français de Libération Nationale.

Comme nous venons de le montrer, il existe d'importants contre-pouvoirs à la toute puissance du C.F.L.N.. Même si le Général de Gaulle, nanti de la légitimité historique qu'il incarne à travers le maintien de l'indépendance nationale, exerce un pouvoir fort dans un régime qui ignore, formellement, la séparation des pouvoirs, il ne faut pas en conclure pour autant que nous sommes en présence d'une dictature. Malgré les difficultés du moment, le Gouvernement d'Alger a ainsi su préserver et

(39) Sont exclus de cette représentation les élus et les fonctionnaires ayant collaboré au gouvernement de Vichy ainsi que les parlementaires ayant voté la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940.

(40) Ce commissariat sera détenu par André Philip.

(41) J.O.R.F. 1er janvier 1944, p. 4.

transmettre à ses successeurs la flamme de la République, de la démocratie et de la liberté.

II - LA CONCENTRATION DES POUVOIRS AU BÉNÉFICE DU LÉGISLATIF

La concentration des pouvoirs au bénéfice d'une Assemblée investie de pouvoir législatif peut être réelle (A) ou factice (B).

A - La concentration réelle

1) *L'Assemblée constituante de 1871*

L'Assemblée constituante élue le 8 février 1871 concentre tous les pouvoirs, dans l'attente de l'adoption d'une nouvelle constitution.

Juridiquement on est donc, ici, en présence d'un véritable régime d'assemblée (42). Outre le pouvoir de voter la loi, la constituante a le privilège de contrôler totalement l'exécutif qui est ainsi placé sous sa tutelle.

La "Constitution Rivet" du 31 août 1871 reflète bien cela. Bien qu'il reconnaisse l'existence d'un Président de la République et sa qualité de Chef du pouvoir exécutif, ce texte consacre la toute puissance de l'Assemblée.

Le Président de la République est placé "sous son autorité" et il est responsable devant elle, mais il est dépourvu du droit de dissolution.

La loi du 13 mars 1873 (43) va encore plus loin en restreignant le droit du chef de l'exécutif de communiquer directement avec l'Assemblée et en lui retirant la possibilité de s'occuper de politique intérieure.

Thiers, qui exerce la fonction de Président de la République depuis le 17 juin 1871, va essayer de sortir de ce carcan et d'affirmer l'autonomie du pouvoir exécutif par rapport à l'Assemblée mais sa tentative se solde par un échec et il est contraint à la démission le 24 mai 1873.

Son successeur, le Maréchal de Mac Mahon, n'inverse pas le rapport de forces existant mais parvient cependant à stabiliser la fonction présidentielle.

Pendant toute cette période, l'Assemblée constituante dispose donc de la réalité du pouvoir et domine l'exécutif, ce qui préfigure déjà les grandes orientations de la future III^{ème} République.

2) *Le deuxième G.P.R.F.*

La loi du 2 novembre 1945 portant organisation provisoire des pouvoirs publics change radicalement la nature du régime du G.P.R.F. créé à Alger.

On passe d'un exécutif titulaire de l'ensemble des pouvoirs à un gouvernement d'assemblée.

Outre le pouvoir constituant qu'elle exerce partiellement (44) l'Assemblée de 1945 exerce la plénitude du pouvoir législatif.

Le pouvoir exécutif appartient toujours au G.P.R.F. mais ce dernier est strictement contrôlé par l'Assemblée devant laquelle il est responsable.

(42) Cf. sur ce point C. Debbasch, J.-M. Pontier, J. Bourdon et J.-C. Ricci, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Economica 3^{ème} éd. 1990, p. 455.

(43) Dite Constitution de Broglie.

(44) Le pouvoir constituant décisif appartient au peuple qui doit approuver le projet de Constitution par référendum.

On est cependant bien en présence, ici, d'un régime d'assemblée car l'exécutif ne dispose pas des prérogatives qui sont les siennes dans un régime parlementaire. C'est ainsi que n'existe pas le droit de dissolution.

Un doute a cependant subsisté un temps sur la véritable nature du régime et il s'est exprimé juridiquement à propos de la question de confiance.

Pour le Général de Gaulle, le Gouvernement disposait bien de cette prérogative parlementaire. Lui-même d'ailleurs y aura recours lors de la discussion des crédits militaires en janvier 1946.

Pour André Philip, au contraire, l'exécutif ne pouvait utiliser cette procédure, déniait ainsi au Gouvernement le pouvoir d'utiliser cette arme contre l'Assemblée (45). Si, en droit, le problème n'a jamais trouvé de solution définitive, politiquement, c'est la thèse Philip qui a fini par l'emporter.

La démission du Général de Gaulle, le 20 janvier 1946 et son remplacement par Félix Gouin, laisse totalement le champ libre à l'Assemblée constituante qui devient toute puissante.

B - La concentration factice

1) *La Convention*

Le régime constitutionnel de la Convention a toute l'apparence d'un régime d'assemblée mais la réalité est bien différente.

Il faut cependant nuancer cette affirmation et distinguer deux périodes.

Dans la première, qui va de l'abolition de la Monarchie (21 septembre 1792) au 6 avril 1793, c'est l'Assemblée constituante, dénommée Convention, qui exerce tous les pouvoirs. Son statut très proche de celui de l'Assemblée de 1789, en fait l'unique représentant de la Nation et lui confère une indépendance absolue.

Il existe, certes, un "conseil exécutif provisoire" chargé des "fonctions de la puissance exécutive" (46) mais celui-ci dépend totalement de la Convention dont il n'est, en fait, qu'un simple commis.

Pendant cette période, s'exerce donc un véritable régime d'assemblée dans lequel la Convention cumule tous les pouvoirs : constituant (47), législatif et exécutif.

A partir d'avril 1793 tout va changer et la Convention va peu à peu être dépouillée de toutes ses prérogatives au profit d'un comité puis d'un seul homme.

A cette date, on procède à un important remaniement de la Convention elle-même qui se trouve divisée en 21 comités chargés de surveiller l'activité de l'exécutif et ce dernier est éparpillé en 12 commissions exécutives. Parmi ces commissions, deux sont plus importantes, le Comité de sûreté générale et surtout le Comité de Salut public.

Officiellement, ce comité a pour mission de contrôler le Conseil exécutif provisoire, qui n'a pas été supprimé et, à ce titre, il peut révoquer les ministres qui en font partie.

Partant de là, le comité de Salut public va devenir le véritable maître de l'État, les autres organes, y compris la Convention, étant ramenés à un rôle de figuration.

(45) Cf. G. Vedel, op. cit. p. 299.

(46) Décret de l'Assemblée constituante du 10 août 1792.

(47) Sous réserve de l'approbation du peuple

Peu à peu la dictature "anonyme" du Comité va se personnaliser et s'incarner dans un seul homme, Robespierre qui va exercer une dictature absolue (et sanglante) jusqu'à sa chute en juillet 1794.

Les thermidoriens qui vont lui succéder maintiendront ce régime de dictature jusqu'en 1795.

En définitive, la Convention se caractérise bien par un décalage entre l'apparence du régime et sa réalité.

La concentration du pouvoir au bénéfice de l'Assemblée n'est qu'une illusion éphémère, et la nature de ce régime est tout autre.

La dictature n'émane pas en fait de la Convention mais d'un organe restreint entièrement entre les mains d'un seul homme, Robespierre.

A cet égard, ce régime préfigure les systèmes constitutionnels marxistes-léninistes.

2) *L'Assemblée constituante de 1848*

Ici encore la nature du régime va évoluer sous la pression des événements politiques.

L'Assemblée constituante élue au suffrage universel direct le 24 avril 1848 cumule tous les pouvoirs. Pourtant, dans un souci de modération, elle décide de confier l'exercice du pouvoir exécutif à une commission de cinq membres qui choisit les ministres hors de son sein.

Comme sous la convention, cet organe est cependant dépendant de l'Assemblée.

L'échec de la politique sociale de cet exécutif, et les émeutes qui s'ensuivent vont conduire l'Assemblée, soucieuse du rétablissement de l'ordre, de déléguer l'ensemble du pouvoir exécutif à un "homme providentiel".

Le décret du 24 juin 1848 dispose ainsi que "tous les pouvoirs exécutifs sont confiés au Général Cavaignac". Ce dernier a même le droit de nommer lui-même les ministres, donnant ainsi à ce régime sa coloration véritable : la personnalisation du pouvoir.

DE LA SOUVERAINETÉ (1) DES CONFÉRENCES NATIONALES AFRICAINES

Par

Palouki MASSINA
Docteur en Droit

Assistant à la Faculté de Droit - Université du Bénin - Lomé

Jadis le roi Ghézo d'Abomey invita "tous les fils du pays à boucher de leurs doigts les trous de la jarre percée, afin de sauver la patrie" (2) ; il n'avait certainement pas conscience de proposer au monde une institution qui, sous l'appellation moderne de conférence nationale révolutionnerait, au cours des années 1990-1991, le continent africain ! En effet, inaugurées cette fois encore par le Bénin (3) en février 1990, les conférences nationales vont non seulement signer l'arrêt de mort des régimes monolithiques d'Afrique mais aussi favoriser l'avènement du pluralisme démocratique, et provoquer sinon la remise en cause du moins jeter le doute sur certains principes juridiques bien éprouvés, à commencer par celui qu'on peut qualifier de sacramental puisque c'est lui qui légitime l'exercice du pouvoir dans un État : la souveraineté (4).

Les conférences ont dans leur ensemble dénié leur légitimité aux gouvernants issus des systèmes monopartistes d'alors et se sont autoproclamées souveraines. Certaines se sont basées sur la conviction que les participants à ces assises représentaient le peuple de leur pays. D'autres ont invoqué les "accords" intervenus entre les gouvernants et l'opposition et qui ont souvent servi de point de départ de ces instances ; les gouvernants s'étaient expressément engagés à "ne pas remettre en cause les décisions" qui en seraient issues.

(1) Sur la souveraineté on peut lire M. Hauriou, *La souveraineté nationale*, 1912 ; B. de Jouvenel, préface à l'édition du "Contrat social" de J.J. Rousseau et de la souveraineté, 1955 et en précurseur, Jehan Bodin, *Les six livres de la République*, 1576.

(2) Lire l'article intitulé : *Afrique Noire, Conférences nationales : Est-ce vraiment la solution ?* in *Jeune Afrique*, n° 1591 du 2 juillet 1991, p. 16.

(3) Relayé par plusieurs autres pays : le Gabon, le Congo, le Togo, le Niger, etc.

(4) Le phénomène a donné lieu à plusieurs études : voir par ex. Narcisse Mouelle Kombi II, *La Conférence nationale africaine*, in *Afrique 2000*, nov. 1991, pp. 35 s. ; J.B. Kuassi Honkoton, *Une nouvelle voie d'accès au pluralisme politique : la conférence nationale souveraine*, mêmes réf. pp. 41 et s.. V. ég. "La transition au Bénin ou la démocratie en gestation", ouvrage collectif (monographies) publié en janvier 1992, éd. Cahiers d'Études et d'analyses, n° 1, lire particulièrement pp. 11 s., et pp. 34 s.

S'agissant du Togo, l'opposition et le pouvoir en place avaient conclu, après plusieurs démonstrations de forces (manifestations et grèves violentes notamment), des accords le 12 juin 1991 en vue de faire convoquer une conférence des Forces vives du pays" (5). Ces accords, repris par le décret de convocation du 25 juin (6), en précisent l'ordre du jour et la philosophie. Il s'agit de débattre de la vie politique nationale (sous tous ses aspects) afin d'élaborer une déclaration de politique générale, de mettre en place de nouvelles institutions (7) et d'organiser une période de transition cogérée par toutes les sensibilités politiques devant aboutir à des élections générales démocratiques. Le Chef de l'État qui assumerait ses fonctions de Président de la République, s'engagerait à ne pas remettre en cause les orientations et décisions de la conférence.

Il n'y avait en ce qui précède rien qui puisse autoriser ou laisser présager un véritable bouleversement de l'ordre établi. L'esprit de ces dispositions semblait être au contraire de jeter les bases de la démocratie. C'est pourtant au bouleversement des institutions et des principes que l'on assista partout, avec plus ou moins de réussite suivant les pays et la force de résistance des régimes en place.

La conférence nationale togolaise, à l'instar d'autres conférences avant (celle du Bénin en particulier) et après elle, s'autoproclama "souveraine". Elle suspendit la constitution et les institutions en vigueur et se transforma en législateur et constituant.

Mais les conférences nationales, inconnues du droit constitutionnel et de la pratique politique africaine (les rapprocher en effet de l'arbre à palabre serait dénaturer cette dernière institution) et rendues nécessaires par les difficultés auxquelles les régimes et les pays sont confrontés (8) pouvaient-elles légitimement se proclamer souveraines ?

Il importe de lever tout de suite une ambiguïté et de préciser les termes du débat. En écoutant les déclarations faites par les participants et les termes employés par les conférenciers, on pouvait croire que ce qui était revendiqué était la souveraineté première, celle appartenant au peuple. Or, compte tenu de la définition unanimement admise et qui sera donnée ci-dessous, il apparaît que les conférences revendiquaient non pas la puissance souveraine, mais l'exercice du pouvoir ; les arguments des différents intervenants n'apportaient en effet aucune nouvelle définition des concepts classiques régissant la matière dans les États d'inspiration juridique française, à savoir que la "souveraineté exercée" par le peuple (le peuple pouvant déléguer l'exercice du pouvoir à ses représentants), appartient à la nation.

Les prétentions des uns et des autres ont cependant jeté suffisamment le trouble dans l'esprit de plus d'un, même des plus avertis, pour justifier cette nouvelle étude doctrinale sur la définition de la souveraineté.

L'objet de nos travaux va plus loin : il se propose de rechercher si les délégués aux conférences nationales africaines remplissaient les conditions juridiques leur permettant d'exercer à la place des dirigeants qu'ils contestaient, le pouvoir au nom du peuple. Il s'agit de déterminer si l'on pouvait leur reconnaître la qualité de représentants (du peuple), la puissance suprême ne pouvant être exercée que par le peuple lui-même ou par ses représentants. L'analyse révèle qu'ils ne pouvaient

(5) La notion de "force vive" n'a pas de signification juridique. Il semble que les auteurs aient voulu désigner sous ce vocable les différentes couches socio-professionnelles du pays.

(6) Décret n° 91, 179 du 25 juin 1991, portant convocation de la conférence nationale modifié en ce qui concerne la date d'ouverture (le 8 juillet au lieu du 26 juin) par le décret n° 91.182.

(7) Il s'agit notamment de la désignation d'un Premier ministre et de la formation d'un gouvernement de transition où seraient représentées toutes les sensibilités politiques. Les conférenciers désignèrent en outre un organe législatif de transition, le Haut Conseil de la République (H.C.R.) et exclurent la sensibilité au pouvoir du gouvernement.

(8) J.B. Kuassi Monkotan, op. cit., p. 50.

régulièrement pas prétendre à cette qualité ; toutefois l'exercice par certaines conférences du pouvoir du commandement a été possible dans certains États (Bénin, Congo et Niger) à cause de l'existence d'un large consensus (9) sur la nécessité de résoudre rapidement les problèmes qui minaient ces pays, fût-ce au prix d'entorses aux règles établies.

Une telle démarche conduit l'auteur à établir l'inexistence en l'espèce des conditions traditionnellement exigées pour pouvoir "représenter" le peuple (première partie), puis à examiner le bien-fondé des raisons qui ont poussé les conférenciers à adopter un comportement manifestement révolutionnaire en dépouillant les gouvernants en place de leur légitimité constitutionnelle (deuxième partie). Il conviendra également de s'interroger sur ce que l'on pourrait appeler la "dérive juridique" dont les ténors des conférences ont fait preuve en proposant au nom de la démocratisation et de la liberté, d'écarter des principes de droit établis, principes dont ils ne contestaient pas la validité mais dont l'application eût rendu plus difficile la réalisation de leurs objectifs politiques.

1 - L'EXERCICE DE LA SOUVERAINETÉ

Après la célèbre controverse doctrinale qui a opposé les auteurs monarchistes du XVI^e et les antimonarchistes des XVII^e et XVIII^e siècles, les conditions d'exercice de la souveraineté ne posent, en principe, plus aucun problème de nos jours ; il en va de même de la notion même de souveraineté (1.1). Ces conditions, unanimement admises par la doctrine, ont fait défaut à l'ensemble des conférences nationales africaines (1.2).

1.1. - LES CONDITIONS D'EXERCICE DE LA SOUVERAINETÉ

La souveraineté est une notion centrale de la science politique et du droit public puisqu'elle seule légitime l'exercice du pouvoir dans l'État. Aussi convient-il d'en rappeler la signification avant de préciser l'organe qui en est investi.

1.1.1 - De la souveraineté

Définie par les dictionnaires Larousse et Petit Robert comme étant l'autorité suprême, la qualité du pouvoir politique qui n'est soumis au contrôle d'aucun autre pouvoir, la notion de souveraineté que les juristes romains appelaient à juste titre "majestas" a été davantage fixée grâce aux travaux de Jehan Bodin (10) et de ses successeurs (11). Inhérente à la notion même de communauté politique, la puissance souveraine est, pour reprendre l'expression imagée de Bodin, la quille qui soutient les côtés, la proue, la poupe et le tillac d'un navire ; c'est elle qui unit tous les membres et parties de la communauté en corps ; la souveraineté est la "force de cohésion, d'union de la communauté politique sans laquelle celle-ci se disloquerait" (12). Elle cristallise cet échange de "commandement et obéissance" qui s'impose à

(9) Ce consensus n'a pas empêché des tentatives de remise en cause ultérieure du gouvernement de m. André Milongo par une partie de l'armée congolaise soutenue par une frange de la population en janvier 1992. De même la disposition de la loi fondamentale de la transition interdisant aux membres de l'exécutif d'être candidats aux élections présidentielles clôturant la transition a été abrogée par le conseil supérieur de la République (C.S.R.) en février 1992.

(10) Jehan Bodin, *Les six livres de la République*, 1576.

(11) Entre autres Thomas Hobbes, *Le Léviathan*, 1651 traduit de l'anglais par François Tricaus en 1971, éd; Sirey, 3^e tirage, 1983 ; John Locke, *L'Essai sur le gouvernement civil*, 1890 ; et J.J. Rousseau, *Du contrat social*, 1762.

(12) Cité par J.J. Chevallier in *Les grandes oeuvres politiques de Machiavel à nos jours*, A. Colin, coll. U, 1986, p. 38.

tout groupe social. Elle est également pour Rousseau le "pouvoir du corps politique sur tous ses membres" (13).

La théorie de la souveraineté, précisent Gicquel et Hauriou, se propose de donner une réponse à la question de savoir "à qui appartient dans l'État... le pouvoir de commander et de contraindre" (14).

Ainsi entendue, la souveraineté présente certaines caractéristiques (...une, indivisible, inaliénable et imprescriptible art. 1, titre III de la Constitution française de 1791) dont les caractères absolu et perpétuel.

Elle est absolue car celui qui en est investi est placé au dessus de tous ; il ne peut en aucun cas être sujet aux commandements d'autrui. Il peut, seul, anéantir les lois inutiles pour en faire d'autres... Il n'y a pas un statut du souverain comme il y a un statut des gouvernants car la qualité de la souveraineté est "de ne dépendre, dans son existence, d'aucun ordre juridique préétabli" (15). Elle est donc, par essence, un pouvoir absolu (mais pas sans bornes).

Elle est également perpétuelle puisqu'"intimement liée à la conscience directrice de la société... les États démocratiques l'incarnent dans la survivance naturelle de leur forme sociale" (16). P. Mesnard en avait déduit naturellement, appuyé plus tard par J.J. Rousseau, qu'il ne saurait y avoir souveraineté d'un corps législatif élu pour un temps déterminé : "ce ne sont là que magistrats" (17) ou, selon l'expression de Rousseau, "des commissaires". La pratique des institutions a contredit ces auteurs sur ce point. En effet, le renforcement du parlementarisme en Europe s'est traduit par l'"usurpation" de la "majestas" par les organes législatifs qui ont pris l'habitude de se comporter en véritables souverains entre deux élections. Ce parlementarisme qualifié d'"absolu" par Carré de Malberg et d'"ultra représentatif" par le Doyen Vedel, marqué par la confiscation de la souveraineté par la Chambre basse (18) et l'indépendance de cette Chambre par rapport au corps électoral, a eu cours en Grande-Bretagne avec la Chambre des Communes et en France avec l'Assemblée nationale des IIIème et IVème Républiques. Fondé sur la théorie de la représentation il exclut l'existence d'une opinion extérieure aux assemblées (19) ; il est de nos jours combattu par certains États qui ont introduit dans leurs textes fondamentaux des procédés de démocratie semi-directe redonnant un certain pouvoir au peuple (20).

(13) Cité par le même auteur, *ibid.*, p. 114 et 115.

(14) Jean Gicquel et André Hauriou, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, éd. Montchrestien, Précis Domat, 8ème éd., 1985, p. 305.

(15) Georges Burdeau, *Manuel de droit constitutionnel et institutions politiques*, L.G.D.J. 20ème éd., 1984, p. 34 : c'est parce que le souverain est placé au-dessus de tout statut constitutionnel qu'il n'est pas lié par lui.

(16) P. Mesnard, *L'Essor de la philosophie politique au XVI^e siècle*, Paris 1963, cité par J.J. Chevallier, *op. cit.*, p. 38.

(17) Il y a en effet eu évolution de la doctrine sur ce point : on admet aujourd'hui avec John Locke et Sieyès qu'il peut y avoir délégation partielle de la souveraineté à des représentants.

(18) La prépondérance du Parlement (et notamment de la chambre basse) sur les autres organes constitutionnels aboutit à ce que l'on appelle la "souveraineté parlementaire" pour traduire l'idée de confiscation de la souveraineté par le Parlement. Celle-ci procède de l'idée de "souveraineté" de la loi qui ne saurait avoir un domaine limité ; elle ne saurait en outre faire l'objet d'un contrôle quelconque de régularité, car il y aurait là un crime de lèse-majesté. Voir Prelot et Boulouis, *op. cit.*, pp. 87, 110 et 483 ; Ch. Debbasch, *op. cit.*, pp. 44 et s. ; B. Chantebout, *ég. préc.*, pp. 97 et s. et p. 253, ainsi que Gicquel et Hauriou, *op. cit.*, p. 307.

(19) Le référendum n'a été possible en Grande-Bretagne qu'une seule fois, en 1972, à propos de l'entrée de l'Angleterre dans la communauté économique européenne (C.E.E.). En France son utilisation n'est devenue "ordinaire" qu'à partir de 1958.

(20) Sur ces procédés qui vont de veto à l'initiative populaire jusqu'à la possibilité de révoquer des élus, voir les constitutions italienne, espagnole, suisse et américaine. Cf. G. Burdeau, *Manuel de droit constitutionnel*, L.G.D.J. 22ème éd., 1991, pp. 228 et s. ; Chantebout, *op. cit.*, pp. 224 et s. ; Prelot et Boulouis, *préc.*, p. 88 et s. La souveraineté de la nation ne se manifeste plus ici seulement par le choix des élus mais par un véritable contrôle du corps électoral sur les élus.

Perpétuelle et absolue, la "majestas" a une marque, une caractéristique, qui commande toutes les autres (21) et qui consiste en le pouvoir de donner et d'anéantir la loi, sans le consentement de qui que ce soit ; dans le cas contraire, il n'y aurait plus puissance souveraine. Car si le prince est obligé de ne faire loi sans le consentement d'un plus grand que soi, il est vrai sujet ; si d'un pareil, il aura compagnon ; si des sujets, soit du sénat ou du peuple, il n'est pas souverain" (22). Autrement dit, il n'y a de véritable souveraineté que si l'organe qui en est investi est soustrait à toute sujétion et à tout contrôle. Il s'agit là d'un point sur lequel il ne peut y avoir de contestation possible ; or, comme nous le verrons dans la deuxième partie (23), *il a manqué aux conférences africaines* qui se sont transformées en constituantes le pouvoir de décider en dernier ressort (24).

Cela ne signifie nullement que la souveraineté est illimitée comme pourrait le laisser entendre le pouvoir de créer et d'abroger la loi ; car, si tout pouvoir législatif est "legibus solutus", c'est-à-dire affranchi des lois, il n'en demeure pas vrai que le souverain reste tenu par la loi qu'il a faite tant qu'il n'a pas choisi de l'abroger. Pour absolue qu'elle soit, la puissance souveraine n'est donc pas arbitraire. Mais ne considère-t-on pas souvent que celui qui n'est obligé qu'envers lui-même n'est pas lié ?

Il n'est donc pas surprenant que l'organe qui entend exercer le pouvoir cherche à légitimer son action en se parant de la souveraineté, de cette "majestas" suprême et absolue qui autorise commandement et coercition et appelle obéissance et soumission de la part des sujets.

1.1.2. - Du souverain

Si l'on s'est accordé très tôt sur la signification et le contenu de la souveraineté, il y a eu évolution sur l'organe qui en est le titulaire. Deux sortes de théories opposées se sont succédées à cet égard.

Les premières, et les plus anciennes, sont les théories théocratiques que résume bien la formule de l'apôtre Saint Paul dans son épître aux Romains : "Non est potestas nisi a Deo" (il n'est aucun pouvoir qui ne vienne de Dieu) (25). Pour ces théories, Dieu est la source de tout pouvoir car il a seul la puissance d'"enchaîner" les consciences, mais elles divergent quant au titulaire de la souveraineté. Pour les uns, c'est Dieu lui-même qui le désigne directement (théorie du droit divin surnaturel), alors que pour les autres, sa désignation relève des hommes (théorie du droit divin providentiel). Le prince, une fois investi, devient le souverain, le titulaire de la puissance.

Les théories démocratiques de la souveraineté soutenues au XVI^e siècle lui attribuent en revanche une origine populaire, le peuple pouvant consentir à transférer totalement le pouvoir à un prince (monarchie), à une minorité (aristocratie) ou à la multitude (démocratie). Elle fait de son titulaire quel qu'il soit, une "autorité qui n'a

(21) Hobbes et Rousseau estimaient en outre que la souveraineté était indivisible. Rousseau ajoutait que parce qu'elle se confondait avec la volonté (générale) elle était infallible ; Lire J.J. Chevallier, op. cit., p. 115.

(22) Entre autres décréter la guerre et traiter la paix, battre monnaie, juger en dernier ressort ...

(23) Il y a unanimité de la doctrine sur ce point ; on peut retrouver cette citation de Bodin dans son ouvrage précité ou dans celui de J.J. Chevallier, op. cit., p. 38.

(24) Cf. infra, 2^eme partie, p. 14 et s.

(25) Voir Charles Debbasch et autres, Droit constitutionnel et institutions politiques, éd. Economica, 1983, p. 36. Les théories théocratiques sont au nombre de deux : pour la théorie du droit divin naturel, Dieu qui est à l'origine de la souveraineté, en désigne lui-même le titulaire. Pour la théorie du droit providentiel, le pouvoir vient de Dieu, mais le mode et l'usage du pouvoir viennent des hommes. Le pouvoir concret (par opposition à la puissance même) est contingent.

pas besoin d'avoir raison pour valider ses actes" (26). C'est lui qui décide quelle est l'idée de droit valable dans une collectivité (27).

Ces dernières théories se sont précisées par la suite pour donner naissance aux deux théories modernes de souveraineté populaire et de souveraineté nationale. La première, défendue par J.J. Rousseau (28), la seconde par Sieyès (29), elles ont tour à tour été consacrées par le droit positif depuis la Révolution Française de 1789.

La thèse de la souveraineté nationale fut la première à être consacrée par les révolutionnaires qui ont entendu substituer la nation, entité abstraite, au roi (30). La Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose en son article 3 que "Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément". Cette disposition qui dépouille le prince (31) de sa souveraineté est constitutionnalisée en 1791 sous une rédaction légèrement différente, mais plus complète : "La souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible. Elle appartient à la Nation ; aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice" (art. 1, Titre III de la Constitution de 1791) : Plus démocratique que le régime auquel il succède, les constituants lui ont cependant préféré par la suite la théorie de la souveraineté populaire.

Celle-ci a été consacrée par les constitutions de 1793 (an I) et de 1795, puis en 1848 (32). En vertu de l'article 25 de la constitution du 24 juin 1793 "La souveraineté réside dans le peuple". De même, pour les constituants de 1795, "L'universalité des citoyens français est le souverain" (33) (art. 2, constitution du 5 fructidor, an III). Thèse attrayante par l'idéal de démocratie qu'elle fait miroiter (exclusion, en principe, du régime représentatif et impliquant, pour l'adoption d'une mesure législative, l'intervention de tous les citoyens) mais dont la mise en oeuvre s'avère difficile à aménager.

C'est ainsi que, malgré la volonté des uns ou des autres de faire prévaloir, à telle ou telle époque, l'une ou l'autre des deux théories, la préférence est allée très tôt à la conception défendue par Sieyès : le souverain est la nation. Cependant, les formules employées par les constitutions françaises ultérieures (celles du 27 octobre 1946 et du 4 octobre 1958), montrent une certaine hésitation devant un choix net du type de souveraineté à adopter. Sans être très heureuse, la formule retenue traduit l'impossibilité pratique, à l'époque où la lutte politique vise la conquête de plus de liberté, d'appliquer exclusivement le principe de la souveraineté nationale ou celui de la souveraineté populaire : "La souveraineté nationale appartient au peuple..." (34). Cette disposition a été reprise quasi mot à mot par les constitutions des États

(26) Tiré de la Xe lettre des "Lettres Pastorales" du professeur Jurieu, cité par M. Kossi Apalco, Procureur général près la cour suprême dans son allocution du 15 juillet 1991. Cf. les travaux de la Conférence nationale togolaise, 8 juillet - 28 août 1991, non publiés.

(27) G. Burdeau, op. cit., p. 34.

(28) J.J. Rousseau, *Le Contrat social*, 1762, Lire J.J. Chevallier, op. cit., p. 114.

(29) Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers-État*, 1789 ; voir ég. J.J. Chevallier, *ibid*, p. 132 et s.

(30) Cf. Charles Debbasch, op. cit., p. 37 et Marcel Prelot et Jeans Boulouis, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, Coll. "Précis Dalloz", 11ème éd. 1990, p. 329.

(31) Les monarchistes (Bodin et d'autres) en défendant la souveraineté du roi, entendaient lutter contre la souveraineté "aristocratique" du Moyen-Age qui avait entraîné le morcellement à l'infini de l'autorité publique. Outre J. Bodin, lire Thomas Hobbes, *Le Léviathan*, 1651. Bossuet, *La Politique tirée de l'Écriture Sainte*, 1697-1709. Pour des extraits et commentaires de ces ouvrages, lire J.J. Chevallier, *Les grandes oeuvres ...*, préc., pp. 44 à 68.

(32) Lire Bernard Chantebout, *Droit constitutionnel et science politique*, A. Colin, coll. U, 9ème éd., p. 92 ; J. Gicquel et A. Hauriou, op. cit., p. 308.

(33) C'est la revanche de la thèse de Rousseau sur celle de Sieyès.

(34) Constitution du 27 octobre 1946, art. 18 ; Constitution du 4 octobre 1958, art. 3.

d'Afrique noire francophone (35), perpétuant ainsi l'amalgame commis en 1946 et 1958 en associant peuple à nation, confusion qui traduit en fait la similitude entre ces deux types de souverainetés puisqu'elles exigent toutes pour leur mise en oeuvre, l'intervention du peuple et surtout de représentants (infra, 1.1.2.2.), avec le risque de voir ceux-ci confisquer la souveraineté (v. supra, 1.1.1.) (36). Le Togo d'avant la constitution du 14 octobre 1992, autrement dit d'avant la Conférence Nationale, ne faisait pas exception à cette "règle" (37).

La souveraineté, par sa puissance de commandement, est l'instrument de cohésion de la société. Elle a besoin d'être mise en oeuvre pour atteindre cet objectif. Pour ce faire, son titulaire, la nation, personne morale, abstraite, distincte des individus qui la composent, a besoin d'être représentée.

1.1.2.1. - La nécessité d'une représentation

La souveraineté nationale à l'état pur exige, pour sa mise en oeuvre, l'organisation d'un régime représentatif. La nation, titulaire de tous les pouvoirs, ne peut en effet les exercer que par délégation (38) ; elle les exerce par l'intermédiaire d'organes représentatifs qui émanent d'elle et qui sont chargés d'exprimer sa volonté.

La poussée de la démocratie a conduit à l'association d'éléments de la souveraineté nationale et de celle du peuple. De sorte que la souveraineté nationale (et a fortiori la souveraineté populaire) est exercée par le peuple. Mais devant l'impossibilité de réunir les citoyens chaque fois que cela s'avère nécessaire pour qu'il exprime sa volonté, les différentes constitutions confient le rôle d'interprète de la volonté du peuple à des corps de représentants ; le peuple n'intervenant directement que dans des cas exceptionnels, cette dernière procédure étant lourde et paralysante pour le fonctionnement de l'État. D'où la disposition suivante, souvent reprise avec de légères variations par les différents textes fondamentaux : "La souveraineté appartient au peuple... Le peuple l'exerce... par le vote de ses représentants et par le référendum" (39). Si donc, la nation attribue, par l'intermédiaire de la constitution, l'exercice de la puissance suprême aux divers individus en corps, pour son propre compte, elle autorise le peuple à en déléguer l'exercice à des individus ou à des corps ayant la qualité de "représentants" (40), c'est-à-dire à des personnes habilitées à "vouloir" pour elle. Mais les conditions de cette délégation sont assez strictes.

1.1.2.2. - Les conditions de délégation de l'exercice de la souveraineté

Les textes constitutionnels sont formels : seul le peuple peut déléguer l'exercice de la puissance souveraine à ses représentants.

(35) Cf. par ex., Constitution Ivoirienne du 3 novembre 1960, art. 3 et 4 ; projet de Constitution nigérienne, art. 8 et 9 ; art. 2 de la Constitution sénégalaise du 7 mars 1963.

(36) B. Chantebout, traduit cette idée en écrivant : "Selon Sieyès, la souveraineté appartient au peuple certes, mais au peuple pris dans son ensemble en tant qu'entité abstraite ... Le peuple c'est la nation", op. cit., p. 93.

(37) Cf. Constitution du 7 avril 1961, art. 3, Constitution du 12 mai 1963, art. 2 et Constitution du 9 janvier 1980, art. 2 ; l'art. 4 de la Constitution de 1992 dispose que "la souveraineté appartient au peuple".

(38) Préambule du titre III, art. 2 de la déclaration de 1789.

(39) Cf. Constitution française de 1791, art. 1er et 2, de 1793, art. 7, de l'An III, art. 2, de 1848, art. 18, du 27 octobre 1946, art. 3, et du 4 octobre 1968, art. 3.

(40) Bodin estimait même que seul le souverain pouvait exercer un pouvoir de décision, in J.J. Chevallier, op. cit., p. 42.

Aucun individu, aucun corps ne peut s'ériger en législateur ; et nul ne peut prétendre exercer un pouvoir de décision s'il n'en a été préalablement investi par le souverain lui-même.

Si à une époque donnée il y avait eu une hésitation à ce sujet (41), les textes actuels sont également clairs sur les modalités d'investiture des représentants. En vertu de l'article 3 de la Constitution du 27 octobre 1946 (repris sous une autre forme par l'article 3 de la Constitution de 1958) si en matière constitutionnelle le peuple exerce la souveraineté par le vote de ses représentants et par le référendum, il le fait en toutes autres matières, par des députés (à l'Assemblée Nationale) *élus au suffrage universel égal, direct et secret*. Cette modalité de désignation par élection au suffrage universel égal, direct et secret, est celle retenue par les constitutions des États d'Afrique francophone et par les textes fondamentaux togolais précités. Elle a également été retenue par les textes de portée universelle que sont la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 (art. 21.3) ; le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (art. 25 a et b) ou de portée régionale comme la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 (art. 31.1), parce qu'elle assure l'expression libre de la volonté des électeurs. Le peuple arrête librement le scrutin qu'il entend pratiquer pour désigner (42) celui ou ceux auxquels il confiera le pouvoir de donner et de casser la loi.

Seul le peuple souverain qui délègue l'exercice de la "majestas" peut le reprendre. La délégation ne signifie en effet ni abandon ni contrat de soumission. Le pouvoir, selon John Locke est un dépôt (trust, trusteeship) (43) confié aux gouvernements pour agir pour le compte de peuple confondu à la nation. Si le dépositaire (parlement ou prince) agit d'une façon contraire à la fin (le bien public) pour lequel il avait reçu l'autorité, le peuple reprend sa souveraineté initiale pour la confier à qui lui paraît convenable (44).

Il en est ainsi parce que le peuple qui détient le vrai pouvoir suprême (et non le législatif) garde toujours une souveraineté potentielle en réserve.

Il dispose de deux voies pour retirer sa confiance aux élus ; le procédé traditionnel et conforme aux principes démocratiques est celui de l'élection ; le fait de se prononcer à l'occasion d'une échéance électorale, au scrutin égal, direct et secret, pour un autre candidat que celui qu'on avait investi antérieurement, correspond à un retrait de confiance ; le nouvel élu devenant le dépositaire du pouvoir.

On admet également que lorsque le gouvernement abuse du pouvoir, et ce dans un sens contraire à l'intérêt public, la résistance à l'oppression (la désobéissance), l'insurrection deviennent un droit. "Lorsque le fardeau de l'absolutisme devient insupportable, il n'est plus de théorie de l'obéissance... qui tienne", écrit Locke (45). Il appartient au peuple qui retire sa confiance à ses gouvernants d'attribuer provisoirement et pour un temps l'exercice du pouvoir aux individus ou aux corps qu'il aura expressément choisis, suivant la procédure décrite

(41) Les auteurs considèrent qu'au sens des premières constitutions françaises, le représentant n'avait pas nécessairement besoin d'être élu ; ceci avait pour effet de conférer cette qualité au monarque. Pour P. Prelot et J. Boulouis, la représentation procède non pas de l'élection mais de la constitution, parce que la représentation est une compétence juridique, conférée par la constitution habilitant à prendre des décisions étatiques ; cf. leur ouvrage précité, pp. 330 à 332. V. dans le même sens Debbasch, *préc.*, p. 42.

(42) "Agents du souverain, celui-ci est toujours maître du procédé de leur désignation", écrit G. Burdeau dans son ouvrage, *préc.*, p. 33.

(43) Lire J. Locke, l'Essai sur le gouvernement civil, *préc.*, cité par J.J. Chevallier, *op. cit.*, p. 77.

(44) Là est la théorie et l'idéal. En réalité, le rôle des citoyens consiste uniquement à élire des représentants. Une fois qu'ils le font, ils sont dépossédés, par ceux-ci pour la durée de la législature de leur souveraineté. V. les points de vue de J. Gicquel et A. Hauriou, *op. cit.*, p. 307 ; Ch. Debbasch et autres, *op. cit.*, p. 44 ; B. Chantebout, *op. cit.*, p. 94.

(45) Cité par J.J. Chevallier, *op. cit.*, p. 77 ; Voir ég. Burdeau, *op. cit.*, pp. 46 et 50 et Debbasch, *ibid.*, p. 94 à 98.

précédemment (supra, p. 13 et suiv.). Le retrait de la confiance à l'occasion d'une insurrection est en effet une chose, le choix du nouveau dépositaire en est une autre ; il y a ici deux étapes bien distinctes et non concomitantes : il y a d'abord le retrait de la souveraineté aux dirigeants contestés ; il y a ensuite investiture par le peuple des nouveaux dépositaires du pouvoir.

Il découle de tout ceci deux certitudes : primo, nul ne peut sous aucun prétexte, sans désignation expresse par le peuple, se déclarer détenteur du pouvoir suprême ; secundo, le dépositaire de la souveraineté (de son exercice plus exactement) ne peut l'aliéner en la déléguant à une autre autorité ; il n'en a pas le droit (46).

Les conférences nationales du Bénin, du Congo, du Togo, du Niger, etc. pouvaient-elles dans ces circonstances revendiquer la souveraineté ?

1.2 - LE CAS DES CONFÉRENCES NATIONALES AFRICAINES

Le malentendu a été total : les dirigeants voulaient faire des conférences nationales des États généraux (47) chargés d'examiner l'état de la société et de faire des propositions en vue de sortir de la crise (48) ; l'opposition en a fait des instances investies du pouvoir d'exercer le commandement suprême. Les voies et les arguments utilisés pour y parvenir sont cependant juridiquement contestables, car non seulement leurs délégués ne pouvaient ni se prévaloir de la qualité de représentants (1.2.1.), ni se prétendre investis par le peuple d'un quelconque mandat (1.2.2.).

1.2.1 - Défaut de la qualité de représentant du Peuple (49)

Le peuple délègue l'exercice du pouvoir par la voie de l'élection au suffrage universel égal, direct et secret (50). L'expression de la volonté doit donc être expresse, jamais tacite. Or, comment a-t-on procédé pour désigner les représentants aux conférences nationales ?

Gouvernements et oppositions semblent avoir eu l'intention d'envoyer aux conférences des délégués élus par les différentes couches socio-professionnelles du pays, d'où l'exigence consistant à demander à chaque délégué de produire un procès verbal de désignation. Mais cette intention n'a été effectivement réalisée dans aucun des pays concernés. Pour le Togo par exemple, les accords signés à cet effet ont prévu la représentation du gouvernement et de l'administration, des partis légalement constitués, des associations, des dignitaires des régimes qui se sont succédés à la tête du pays, ainsi que des autres couches socio-professionnelles (syndicats, monde rural, religieux, professions libérales) et des invités. Tous les délégués, à l'exception des

(46) Le fait que les conférences africaines aient été organisées à la suite d'accords dans lesquels les dirigeants s'engageaient à "ne pas remettre", en cause les décisions qui en seraient issues ne doit pas, à notre sens, être interprété comme une reconnaissance de la souveraineté de ces instances, comme une aliénation d'un pouvoir dont ces dirigeants ne sont que les dépositaires et qu'ils exercent pour le compte du peuple. Si cela était le cas, il faudrait considérer cette disposition comme nulle et de nul effet.

(47) Sur cette notion et la composition des États généraux de 1789, voir le Dictionnaire de la Révolution et de l'Empire, éd. Larousse, pp. 144 à 146.

(48) Lire, outre les articles de N. Mouelle Kombi II et de J.B.K. Monkotan précités, "La transition au Bénin ou la démocratie en gestation", ouvrage collectif également précité ; A.K. Agbobli, Prolégomènes à la conférence nationale du Togo, Revue Afrique 2000, n° 7 nov. 1991, pp. 55 à 73.

(49) Pour le cas du Togo, lire Tchodie K. Mbabiniou, Essai sur l'évolution du présidentielisme en Afrique noire francophone ; l'exemple togolais, Thèse droit, 21 avril 1993, Université de Caen, p. 306 et s.

(50) Cf. Maurice Duverger, Le système politique française, P.U.F., coll. Thémis, 20e éd. 1991, p. 52 ; cité également par M. Tchodie, ibid, p. 307.

membres du gouvernement auraient dû être élus, sinon à l'échelle nationale, du moins par les corps auxquels ils appartiennent. Or les délégués élus par leur base n'ont constitué qu'une infime minorité des conférenciers.

A l'exception de l'Université du Bénin où douze membres sur seize ont été élus, il n'y a eu élection que dans les corps où la désignation des délégués par les responsables a été contestée par la base (51), généralement parce qu'elle voyait en la personne désignée un agent trop proche du régime contesté et dont on allait faire le procès à la conférence (52).

De même les délégués de deux catégories de citoyens ont été nommément désignés par les gouvernements et l'opposition pour participer aux assises ; il s'agit des dignitaires des anciens régimes et des invités. Au total, le principe de l'élection ayant été largement écarté, la grande majorité des délégués ne pouvaient valablement prétendre représenter telle ou telle portion du peuple qui était d'ailleurs inéquitablement représenté.

Par ailleurs, certains délégués aux conférences nationales africaines ne pouvaient, dans tous les cas, avoir légitimement la qualité de représentants du peuple et ne pouvaient par conséquent exercer le pouvoir de commandement suprême. En effet, ne peuvent juridiquement avoir cette qualité que les personnes inscrites sur la liste électorale et remplissant les conditions requises d'éligibilité. Au nombre de celle-ci figure celle relative à l'âge des candidats. Sans que le droit africain soit unanime sur ce point, l'âge minimum exigé pour être député varie entre dix-huit et vingt-cinq ans suivant les pays (53). Or, tous les délégués aux conférences africaines ne remplissaient pas cette condition : il en est ainsi de délégués d'associations d'élèves et d'écoliers, des associations de jeunes filles, etc..., dont certains étaient des mineurs (de 18 ou 21 ans suivant les pays). Au Togo par exemple, le bureau provisoire devait comprendre le plus jeune de l'assemblée ; un mineur de 16 ans (54) fut ainsi membre de ce bureau.

Ces mineurs, juridiquement inéligibles, ne pouvaient avoir la qualité de représentants et ne pouvaient donc pas, normalement, exercer la "majestas" au nom du peuple.

A ces différents vices, il faut en ajouter un autre : l'inégale représentation manifeste du peuple dans ces instances. Toujours au Togo, les partis avaient droit à douze délégués (et trois observateurs) et les préfectures (le monde rural) à deux délégués pour les petites et six pour les plus grandes : or, à l'exception d'un d'entre eux (55), les partis qui venaient de se former pour la circonstance ne pouvaient compter, s'agissant des plus connus (56), que quelques centaines d'adhérents, alors que les préfectures les plus petites à l'époque ne comptaient pas moins de 30.000 habitants (57). Il en a été de même pour les associations qui, créées pour la plupart la veille de la conférence et ne comptant pas d'autres adhérents que les membres de

(51) Il s'agit des délégués de l'Université du Bénin, de quelques administrations centrales et de quelques chefs traditionnels.

(52) Un ancien député togolais estimait à 22 le nombre total des délégués élus sur les 943 présents à la conférence.

(53) Les législations des États qui ont eu recours à la conférence nationale contiennent des conditions d'éligibilité et d'inéligibilité, et, au nombre des premières la condition d'âge minimum. Au Togo, le candidat à la députation, doit avoir 25 ans révolus à la date des élections (v. art. 158, al. 2, de la loi n° 92-3 du 8 juillet 1992 portant code électoral).

(54) Choisi au bénéfice du jour du mois et de naissance entre deux jeunes âgés de 16 ans. Il est à noter que la démocratie traditionnelle africaine n'admet ni les mineurs ni les jeunes avant un âge déterminé par les cérémonies d'initiation, ni les femmes sous l'arbre à palabre.

(55) L'ex-parti unique, le Rassemblement du Peuple togolais (RPT).

(56) Cette qualité étant uniquement liée à la personnalité du fondateur.

(57) La plus petite étant celle d'Assoli avec 35.000 habitants et la plus grande la commune de Lomé avec 725.000 habitants (estimations, ORSTOM, 1991).

leur bureau, avaient droit à deux délégués (plus un observateur). Qui ces délégués pouvaient-ils raisonnablement représenter ? S'il y avait eu élection, le peuple n'aurait pas été aussi mal représenté, et la plupart des délégués n'auraient sans doute pas été présents aux dites assises. M. Mouelle Kombi II a-t-il ainsi pu écrire que "la conférence nationale fonctionne selon une logique d'exclusion (... marginalisation des masses paysannes et ouvrières, minimalisation de la représentation des femmes et même du troisième âge)" et qu'elle "est captée pour des personnes possédant les moyens techniques (chefs de partis et d'associations) ou intellectuels (universitaires, avocats, hauts fonctionnaires, etc...) leurs permettant de s'imposer..." (58).

Mais le vice principal est constitué par l'absence d'élection de la grande majorité des délégués qui, n'ayant reçu aucune investiture du souverain, ne pouvaient légitimement représenter celui-ci et exercer la "majestas" en son nom (59).

Les ténors des conférences nationales africaines avaient pressenti cette lacune ; c'est pourquoi ils ont justifié la souveraineté des assises par un autre argument juridique tout aussi contestable, celui du mandat implicite.

1.2.2 - L'argument tiré du mandat implicite

En l'absence d'investiture expresse, pour ne pas être taxés de commettre ce que Bodin appelle l'"éverson" (60), et être traités d'usurpateurs les conférenciers déclareront avoir reçu un mandat implicite du peuple. Reportons-nous encore une fois à la déclaration de M. Apaloo (61). Ce mandat, dit-il, n'est pas écrit, mais point n'est besoin d'un écrit puisque, le mandat étant un contrat consensuel, le consensus entre le mandant (le peuple souverain) et le mandataire (opposition) suffit ; ce consensus s'est réalisé à l'occasion de contacts que les partis d'opposition ont eu avec le peuple, notamment à l'occasion de meetings où les leaders faisaient acclamer leurs propositions et intentions par les participants, le consensus résulte également de "l'obéissance (62) du peuple à ceux qui lui proposent un nouveau contrat social" (63). Comment après tout cela, dénier à ceux qui, au nom de ce peuple, soutenu par ce peuple, ont contraint par des grèves et des manifestations diverses les gouvernants à accepter les conférences nationales, le droit de se dire représentants légitimes et de se déclarer souverains ? Certains partisans de la souveraineté iront plus loin en se disant investis d'un mandat (implicite) général (64). Les délégués peuvent ainsi, par une introjection de la fiction de représentativité, se convaincre d'être les porte-paroles du peuple et même s'identifier à ce peuple.

Cette construction, séduisant par sa simplicité, ne résiste pas à l'analyse lorsqu'elle est confrontée aux exigences mêmes de la théorie de mandat avec représentation, puisque c'est bien de cela qu'il s'agit en l'espèce.

En droit privé, on considère que les pouvoirs du représentant ont un triple fondement : la volonté des intéressés (le contrat de mandat, contrat exprès donc), une décision de justice (gestion de biens par un administrateur judiciaire) ou la loi

(58) V. son article précité in *Afrique 2000*, n° 7, nov. 1991, p. 37.

(59) Nous rappelons l'intéressante analyse de M.M. Prelot et Boulouis, selon laquelle la représentation résulte non pas de l'élection mais de la constitution, v. note 3, supra p. 14.

(60) Les protagonistes disposaient pourtant de temps nécessaire pour organiser l'élection de leurs délégués aux assises.

(61) Op. cit., pp. 7 à 9.

(62) Mais l'obéissance ne signifie pas nécessairement l'adhésion. Comme on le verra plus loin (infra, note 100, p. 33), l'obéissance peut être le résultat d'une contrainte ou de la simple crainte.

(63) Ibid., p. 9

(64) Lorsque le contractant est considéré comme agissant "pour le compte d'une personne publique" ; V. C.E. 30 janv. 1931, Société Brossette, 123 ; T.C. 8 1er juil. 1983, *Entreprise Peyrot*, D. 1983-534, concl. Lasry, note Josse ; C.E. 30 mai 1975, *Soc. d'équipement de la région montpelliéraine*, D. 1976, 4, note Moderne ; T.C. 7 juil. 1975, *commune d'Agde*, D. 1977-8, note Battinger.

(déterminant par exemple les pouvoirs d'un administrateur légal). Aucune de ces conditions n'est remplie ici.

En droit constitutionnel (65) il ne peut y avoir habilitation pour "vouloir" pour le compte de la nation que par voie explicite. Car si le peuple exerçant la souveraineté au nom de la nation peut en déléguer l'exercice à qui il veut et selon les modalités de son choix, il résulte tant des textes constitutionnels nationaux que des textes internationaux auxquels le Togo et les autres pays francophones d'Afrique ont souscrit que le peuple togolais choisit les représentants par l'élection (66). *En l'état actuel des droits nationaux africains, sans une investiture expresse par le peuple par voie d'élection il n'est point de mandat en matière politique* (67). Et, contrairement à ce que pensait M. Apaloo, s'il y avait eu mandat, celui-ci ne pouvait être que spécial et non général ; en effet, le mandat conçu en termes généraux ne permet que les actes d'administration, alors qu'il doit être exprès pour conférer le pouvoir d'aliéner ou d'hypothéquer (art. 1988 Code civil) (68). Or, l'exercice de la "majestas", avec pour corollaire la suspension des constitutions existantes, des assemblées élues et la fixation de nouvelles règles de jeu politique, ne saurait raisonnablement être considéré comme un simple acte d'administration (69) mais bien plus que cela. Sans doute, le fait pour les parties (pouvoir et opposition) d'avoir convenu que les délégués à la conférence devaient être munis d'un mandat, (et chacun de ceux-ci en avait effectivement produit un) sans fixer la valeur représentative d'un tel mandat pouvait-il donner lieu à des contradictions regrettables ! Mais, l'idée de départ étant l'élection des délégués, la question n'avait pas à se poser. Ce principe ayant été écarté dans la plupart des cas, le mandat ainsi produit ne présentait plus de signification véritable et ne pouvait être considéré comme émanant d'une "portion du peuple". Encore moins les mandats produits par les délégués de certaines associations constituées juste pour permettre à leurs fondateurs de participer à la conférence et dont le nombre des adhérents (les mandataires) se limitait parfois aux membres de leur bureau.

En l'absence des conditions juridiques, la confiscation de la souveraineté par les conférences nationales africaines -comme l'avaient fait avant elles des Assemblées plus illustres ayant marqué de leur sceau l'histoire politique et constitutionnelle européenne- ne pouvait se fonder que sur d'autres arguments, politiques et sociologiques cette fois.

2 - LA JUSTIFICATION DE L'EXERCICE DE LA SOUVERAINETÉ PAR LES CONFÉRENCES NATIONALES AFRICAINES

Une certaine doctrine, qui date de l'époque des monarchies, veut, qu'en certaines circonstances, le peuple puisse sans aucune procédure particulière, retirer l'exercice de la souveraineté à qui en avait reçu délégation. Mais elle n'est pas allée jusqu'à affirmer que ces circonstances permettaient une délégation automatique, et sans respect d'aucune règle, à d'autres organes. Cette doctrine a inspiré les

(65) En droit administratif, la jurisprudence n'a élaboré la théorie de mandat (implicite) en matière de travaux publics que lorsqu'il existait déjà des liens contractuels entre une personne publique (mandant) et une personne privée (mandataire).

(66) "Un chef est un chef par la volonté du peuple" dans l'Afrique traditionnelle, écrit Souayidou Varissou dans son article "L'autoritarisme à l'épreuve du pouvoir en Afrique noire", in *La transition au Bénin ...*, op. cit., p. 20.

(67) Lire lexique de termes juridiques, Dalloz, 1981, p. 267.

(68) Lire Alex Weil et François Terré, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, (Précis), 3ème éd., 1980, p. 83.

(69) Dans les États où les gouvernants ne se sont pas opposés à la proclamation de la souveraineté, les conférences ont exercé le pouvoir de commandement dans toute sa rigueur (cas du Niger, par exemple : comparution et arrestation de personnes soupçonnées de délits ou crimes divers, etc.).

conférences nationales africaines, mais celles-ci sont allées plus loin ; elles ont fait prévaloir la thèse d'un retrait et d'une nouvelle délégation automatique de l'exercice du pouvoir suprême (2.1.) ; cela les a naturellement conduits à poser la question de la légitimité, intimement liée à celle de l'exercice de la souveraineté (2.2.). Les réponses données ici et là dénotent un désir de s'affranchir, pour la circonstance, du respect de la règle de droit, subordonnant ainsi le droit au sociologique et au politique.

2.1- LE RETRAIT AUTOMATIQUE DE L'EXERCICE DE LA SOUVERAINETÉ

Le peuple, titulaire de la souveraineté, peut en retirer l'exercice au dépositaire de deux manières (70) : soit en refusant de le réélire (c'est la voie normale en démocratie), soit à l'occasion d'une insurrection (71) contre des gouvernants abusant de leurs pouvoirs. L'insurrection est une situation anormale qui confirme la rupture définitive du contrat de confiance qui liait les gouvernés (maîtres de l'autorité déléguée) aux gouvernants. Les situations qui ont conduit dans les pays africains à la tenue de conférences nationales furent véritablement de type insurrectionnel (2.1.1.) ; mais, le transfert automatique de la confiance ainsi retirée à d'autres personnes, ne serait-ce qu'au profit de ceux qui ont initié la contestation et obtenu la tenue des conférences est, au point de vue du droit, fort contestable (2.1.2.).

2.1.1 - L'insurrection comme moyen de retrait de la confiance du peuple

L'ensemble de la doctrine considère que le pouvoir est un dépôt (72), confié aux gouvernants au profit du peuple ; il est confié en vue de la réalisation du bien public ; si les gouvernants agissent dans un sens contraire, disent les auteurs, alors le peuple peut reprendre sa souveraineté initiale, dont il ne s'est jamais dépouillé. Les monarchistes déjà, admettaient que les rois établis par les peuples sont liés à eux par un contrat aux termes duquel l'obéissance est due dans la mesure où l'autorité respecte les fins qu'elle se doit de servir. Et que le peuple est fondé à résister au tyran qui viole les conditions du contrat (73).

Hobbes, soutenait cette thèse en 1651 dans son "Léviathan" ; le souverain doit procurer à ses sujets ce pourquoi l'État est institué : la sécurité (74). Dès lors, "s'il s'affaiblit au point de ne plus pouvoir assurer aux sujets la protection qui est sa seule fin, les sujets sont déliés de toute obligation" (75). Il en est de même lorsque, par son comportement ou par les lois qu'il édicte, le souverain gêne l'existence des hommes et les empêche d'être heureux. Se justifie ainsi le droit au soulèvement, le droit à l'insurrection (76) visant à renverser le tyran que Locke défend en ces termes :

(70) Cf. supra; p. 15 et s.

(71) La formule générale consacrée est la "résistance à l'oppression". Il peut s'agir d'une résistance défensive consistant à répondre par la violence à celle des gouvernants qui exécutent une loi contraire au bien commun, ou d'une résistance agressive dont le but est de contraindre les gouvernants par la force à retirer des décisions non conformes à l'intérêt commun qu'ils ont prises. Lorsque la violence des gouvernants devient intolérable, les citoyens peuvent opérer une révolution.

(72) Locke, emploie les termes anglais de "trust" et "trusteeship".

(73) V. par ex. G. Burdeau qui rend compte de la doctrine de Saint Thomas et de Marsile de Padoue dans son manuel précité, p. 47. V. ég. Debbasch, op. cit., p. 95.

(74) C'est-à-dire la conservation de la vie contre les périls, mais aussi la jouissance des satisfactions légitimes de cette vie.

(75) Hobbes, Le Léviathan, 1651, cité par J.J. Chevallier, op. cit., p. 52.

(76) L'insurrection est un soulèvement destiné à renverser le pouvoir établi (cf. Dict. "Le Petit Robert", préc. p. 1016).

"Lorsque le fardeau de l'absolutisme devient trop insupportable, il n'est plus de théorie de l'obéissance qui tienne" (77). Et il n'y aurait aucun avantage pour le peuple, sous prétexte de maintenir la paix sociale, de demander à celui-ci d'accorder tranquillement toutes choses à ceux qui lui font ou voudraient lui faire violence. "Quelle paix serait celle-là, poursuit l'auteur, qui consisterait uniquement dans la violence et la rapine, et qu'il ne serait à propos de maintenir que pour l'avantage des voleurs et ceux qui se plaisent à opprimer?".

Les gouvernants utilisent mal leur pouvoir lorsque la sauvegarde du bien public n'est pas assurée. Ils en abusent lorsqu'ils s'en servent pour opprimer le peuple ou une partie du peuple, lorsque les droits et les libertés ne sont plus respectés ou lorsqu'ils sont délibérément violés.

Le droit à la résistance (défensive et agressive) (78) a été consacré par le droit positif à travers les déclarations des droits (79) à partir de la Révolution. La constitution française de 1791 en fait un des droits naturels et imprescriptibles de l'homme (80). Sa valeur constitutionnelle résulte de nos jours de la reconnaissance de la même valeur à la Déclaration de 1789 depuis 1958.

Les griefs des oppositions nationales à l'encontre de dirigeants africains sont précisément ceux-là qui, d'après Hobbes et Locke, justifient la contestation et l'insurrection ; il leur a été reproché d'avoir, sous l'action du parti unique, violé délibérément le droit en baïllonnant les libertés : interdiction de la liberté d'expression et d'opinion, sanctions, arrestations et détentions arbitraires pour délits d'opinion, assassinats politiques, mauvaise gestion et dilapidation de la richesse nationale à des fins personnelles, etc. Toutes choses contraires au bien public, pour lequel l'autorité a été confiée, et qui traduisent l'oppression du peuple par les dirigeants africains.

De tels griefs soigneusement dus (81) au temps des monopartismes tout puissants, sont apparus à la faveur du "vent de l'Est" (échec du parti unique dans les pays de l'Est) ; ils ont motivé et alimenté la contestation dans tous les pays africains qui pratiquaient le monopartisme ; on a assisté à des manifestations de rues et à des violences accompagnées de barricades dressées par les manifestants, à la destruction d'édifices publics ou de biens appartenant à des personnes proches des partis contestés, le tout sur fond d'affrontements meurtriers avec les forces de l'ordre et l'armée. Ces événements à caractère insurrectionnel qui ont abouti partout à l'apparition de l'insécurité et à la paralysie des économies nationales, traduisaient incontestablement d'après les ténors des oppositions la rupture de la confiance entre

(77) Cité par J.J. Chevallier, op. cit., pp. 77 et 78.

(78) V. la définition donnée à la note (71).

(79) Les États d'Afrique noire francophone proclament dans les préambules de leurs textes fondamentaux leur attachement aux valeurs proclamées par les différentes déclarations des droits.

(80) L'art. 35 de la déclaration de 1793 stipule : "quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est pour le peuple et pour chaque portion du peuple le plus sacré des droits et le plus indispensables des devoirs".

(81) A vrai dire, la critique venait un peu tard pour certains de ces griefs. Certains des pays qui ont organisé des conférences à partir de 1990 avaient déjà fait des progrès sur la voie de la démocratisation avant cette date. Il en est ainsi, par exemple, du Togo : après avoir connu l'expérience d'une liste de candidatures uniques arrêtée par le parti unique aux législatives de décembre 1979, les élections générales de 1985 et 1990 ont été ouvertes ; et des personnalités en vue, proches du pouvoir, ont été battus par des "inconnus". Par ailleurs, il a été créé le 9 juin 1987 une commission nationale des droits de l'homme, chargée de servir d'intermédiaire entre les administrés dont les droits sont violés et l'administration ainsi que de promouvoir la protection des droits et libertés fondamentaux. Son action a conduit à une nette amélioration des rapports administratifs-administrés et à la libéralisation de la presse. Cf. les rapports d'activité publiés par cette commission en 1988 et 1989 ; la conférence nationale togolaise s'est tenue du 8 juillet 1991 au 28 août 1991 à une période où il existait déjà une presse privée développée et très virulente ; en voici quelques titres : *Atopany Express*, *Forum Hebdo*, *La Tribune des Démocraties*, *Le Courrier du Golfe*, *La Lettre de la Nation*, *L'Avenir*, *l'Étincelle*, etc. En définitive, les reproches faits aux régimes africains semblent résulter d'une assimilation abusive et sans nuance du monopartisme à la dictature.

gouvernants et une partie des gouvernés et donc le retrait de l'exercice, du "dépôt" de la souveraineté ; il s'agissait en effet d'une hypothèse où l'État ne pouvait plus assurer aux citoyens la sécurité publique qu'ils étaient en droit d'attendre de lui (82). Mais s'agissait-il en réalité d'une insurrection au sens exact du terme ? Il ne le semble pas. L'insurrection suppose en effet un soulèvement populaire contre le régime établi et procède d'un mécontentement général. De caractère spontané, affectif, irraisonné,... ses manifestations comportent une large part d'inconnu et d'imprévisibilité. Initialement, elle n'a pas de chefs ; les circonstances les feront surgir elle n'a pas de plan ; elle se livre à des actes contradictoires" (83).

Si l'on excepte le cas du Bénin où il y avait véritablement un mécontentement général du fait de l'état désastreux de l'économie nationale (84), la plupart des mouvements enregistrés dans les autres pays n'avaient rien de spontané. Ils étaient déclenchés et conduits suivant des mots d'ordre bien précis lancés par des leaders connus à l'avance de tous. Une fois déclenchées, les manifestations de rue (marches, casses, grèves) stoppaient net à l'appel des mêmes leaders (85).

Programmées, organisées et planifiées, les révoltes n'étaient pas l'expression d'une véritable insurrection, d'un retrait collectif de la confiance aux gouvernants contestés mais plutôt de la tentative de "transformation violente du régime politique" (86).

Dans ces circonstances, la thèse du retrait de l'exercice de la souveraineté aux anciens dirigeants (87) et de son transfert automatique aux conférences nationales n'en est que plus critiquable.

2.1.2 - La thèse contestable du transfert automatique de l'exercice de la souveraineté

Toutes les argumentations soutenues par les ténors des conférences nationales vont dans le sens de l'idée selon laquelle la confiance ayant été retirée aux anciens dirigeants, ceux qui ont été à la base de la contestation, de la rupture du contrat social, doivent être censés avoir bénéficié de la confiance ainsi retirée. Les dirigeants discrédités ne sont plus habilités à gouverner (témoin la crise institutionnelle !).

Or il faut que les pays soient gouvernés en attendant les élections générales. Seuls peuvent le faire ceux qui ont harangué les foules et dirigé les diverses manifestations. Comment, selon l'opposition, ne pas admettre ce postulat puisque, en répondant aux mots d'ordre des leaders, le peuple a clairement manifesté sa volonté de leur faire confiance pour diriger le pays et proposer autre chose. C'est cette assertion qui a poussé M. Apaloo (88) à affirmer que les délégués à la conférence nationale, quel que soit le mode de désignation qui les y a conduits, étaient les "représentants authentiques" du peuple souverain qui, parce qu'il est

(82) Hobbes pensait lui, à l'insécurité venant de l'extérieur mais on doit raisonnablement y inclure celle venant de l'intérieur.

(83) Marcel Prelot, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Précis Dalloz, 2ème éd. 1961, p. 178 et 11ème éd. 1990, p. 198.

(84) Les salaires et les bourses d'études n'étaient pas versés depuis plusieurs mois.

(85) Par exemple au Togo, après la signature des accords du 12 juin 1991, les leaders du collectif donnèrent l'ordre de cesser la grève générale et violente qu'ils avaient fait déclencher six jours plus tôt, le 6 juin.

(86) Prelot et Boulouis, *Précis Dalloz*, éd. 1990, pp. 198 et s. Comparer avec Debbasch, op. cit., pp. 97 et s.

(87) Dont la légitimité était contestée par les leaders des oppositions nationales qui ont dénoncé le manque de liberté des élections effectuées sous l'égide d'un parti unique.

(88) Dans sa communication présentée le 15 juillet 1991 à la Conférence Nationale du Togo, op. cit. p. 7.

souverain, ne peut se voir imposer une procédure pour déléguer l'exercice du pouvoir suprême à qui il juge apte à cet effet.

Il y a sur ce point une erreur d'interprétation des principes juridiques de la part de l'auteur de cette affirmation. En démocratie (c'est, en tout cas, l'objectif avoué des conférences nationales), le peuple se fixe par la constitution et les lois des règles de conduite ; il auto-limite sa souveraineté et devient, pour ainsi dire, un "organe institué" comme le sont le législatif, l'exécutif et le judiciaire. Et c'est en suivant ces règles que le peuple affirme sa détermination de vivre sous le règne du droit. Locke n'était pas d'un avis contraire car, s'il reconnaissait au peuple opprimé le droit de retirer sa souveraineté initiale "pour la confier à qui il jugera à propos" (89) ; il n'envisageait nullement que cela se fit de façon automatique. En conclure autrement reviendrait à refuser au peuple le droit de prévoir lui-même les modalités de manifestation de sa volonté, de ses choix et de s'y conformer (90). Ce serait également reconnaître à la souveraineté un caractère qu'elle n'a pas : celui d'être arbitraire.

Forts en tout cas de ces arguments critiquables, les conférences nationales africaines, à l'exception de celle du Gabon, ont proclamé leur souveraineté. Dans certains pays comme le Bénin ou le Niger où le silence de la population et de l'armée a été interprété comme valant adhésion tacite (91), les conférences, et notamment leur bureau (qualifié pour la circonstance de *Praesidium*) (92), ont pu exercer réellement le pouvoir de commandement et de contrainte que cela sous-tendait : elles ont suspendu la constitution en vigueur dissous les institutions qui en étaient issues (le Parlement notamment), retiré ses prérogatives au Chef de l'État et mis en place de nouvelles institutions pour la durée de la transition (93).

En revanche, dans les pays où les dirigeants en place, soutenus par l'armée et une partie de la population n'ont pas adhéré aux décisions des conférences, celles-ci n'ont pas pu mettre en oeuvre pleinement le pouvoir de commandement et de contrainte que suppose la "majestas" ; ce fut le cas principalement au Togo et au Zaïre, ainsi que dans une certaine mesure, au Congo. C'est dire combien, sinon le consentement de tous, du moins l'adhésion du plus grand nombre est indispensable pour permettre l'exercice de l'autorité.

L'existence de deux pouvoirs parallèles -l'exemple malgache fut l'exemple parfait de cette situation- où les actes de ceux qui s'étaient proclamés souverains restaient inexécutés lorsqu'ils ne plaisaient pas aux dirigeants auxquels le pouvoir avait été en principe retiré, a ainsi réveillé la vieille querelle de la légitimité.

2.2 - LA QUESTION DE LA LÉGITIMITÉ

Les conférences avaient pressenti la difficulté qu'il y aurait à se déclarer souveraines si elles n'arrivaient pas à se faire reconnaître par la population comme

(89) in J.J. Chevallier, *op. cit.*, p. 77.

(90) A quoi serviraient alors la Constitution et les lois de la République si, une fois adoptées, on pouvait les écarter lorsqu'elles paraissent gênantes.

(91) Mais comme le dit si bien Burdeau (*préc.* p. 30) les gouvernés acceptent le pouvoir par habitude, par paresse ... ou par peur de la contrainte que les gouvernants ne manqueraient pas d'exercer à l'encontre de leur révolte. Et beaucoup de gens ont en effet été obligés de rester chez eux les jours de grève à cause des violences perpétrées par les partisans de la grève à l'encontre de ceux qui n'y souscrivaient pas.

(92) Il y a là une ironie du sort amusante, car au moment où on fustige le système du parti unique hérité des pays de l'Est, c'est à l'expérience soviétique que l'on emprunte le terme de *Praesidium*.

(93) Un gouvernement dirigé par un Premier ministre est un organe législatif de transition. Contrairement au Togo le gouvernement formé à l'issue de la conférence a comporté, dans les autres États, des représentants de toutes les sensibilités politiques.

étant les détenteurs du pouvoir de contrainte, autrement dit si elles ne jouissaient pas d'une certaine légitimité.

La légitimité étant cette qualité qui fait accepter le pouvoir d'un groupe dirigeant par les gouvernés et dispense en partie de recourir à la contrainte (94), il importe, pour tout individu ou groupe d'individus qui veulent exercer une parcelle de pouvoir, de se faire accepter par les gouvernés ; sans cette acceptation qui provoque l'obéissance de ceux-ci aux ordres reçus, il n'est pas de véritable puissance souveraine.

A propos de la légitimité deux conceptions traditionnelles s'opposent qu'il convient d'abord d'examiner (2.2.1). L'on s'interrogera ensuite sur cette attitude des conférenciers qui ont délibérément choisi de s'affranchir des règles de droit qu'ils trouvaient gênantes pour la circonstance (2.2.2.).

2.2.1 - Les deux conceptions de la légitimité (95)

Les auteurs de sciences politiques opposent traditionnellement la légitimité juridique ou formelle à la légitimité sociologique ou matérielle (96).

D'après la première conception, un régime n'est considéré comme légitime que si la pratique constitutionnelle est conforme au type de souveraineté affirmé par la constitution. Cela signifie par exemple qu'un régime non issu d'élections libres alors que la constitution avait opté pour la souveraineté populaire ne peut se prétendre légitime. En conséquence, un gouvernement qui s'écarte du type de souveraineté prévu par la constitution ne saurait être légitime, et l'illégitimité autorise la désobéissance et l'insoumission, voire l'insurrection. On cite généralement à ce propos l'exemple du Chili sous le Général Pinochet de 1973 à 1987. On peut, dans la mesure où l'on considère que les élections menées sous l'égide d'un parti unique ne sont jamais libres, en dire de même pour les pays qui ont expérimenté un monopartisme fort dans lequel les dirigeants ont souvent exercé leur autorité au mépris des règles prévues par la constitution et les lois de leur État.

Cette conception est susceptible de critique ; en effet, il n'y a rien à redire lorsque la pratique est conforme avec le type de souveraineté affirmé dans la constitution et lorsque ce type de souveraineté traduit la volonté profonde des gouvernés. Il en va tout autrement lorsque les citoyens ne se reconnaissent plus dans la règle constitutionnelle. Vouloir à tout prix faire prévaloir la thèse juridique dans cette hypothèse serait illogique, vu le divorce qui existe entre la volonté profonde des gouvernés et la règle appliquée. C'est ce risque que veut éviter la conception sociologique.

Pour cette deuxième thèse, largement défendue par les auteurs, la légitimité résulte de la confrontation du mode de souveraineté mis en oeuvre par les gouvernants et de celui ressenti par la majorité des gouvernés (97). Autrement dit, pour que des institutions soient considérées comme légitimes, il faut qu'il y ait un accord entre leur fondement tel qu'il est affirmé par les gouvernants, la pratique politique mise en oeuvre et l'idée de droit dominante (98) qui prévaut dans l'opinion

(94) Bernard Chantebout, *Droit constitutionnel et science politique*, A. Colin Paris, Coll. U, 1989, p. 6.

(95) Il ne faut pas confondre légalité et légitimité ; la légalité consiste pour un système politique à fonctionner conformément aux règles en vigueur dans l'État ; alors qu'un système n'est considéré comme légitime que lorsqu'il y a une communion parfaite entre lui et le volonté profonde des gouvernés.

(96) V. Bernard Brachet, *Droit public*, fasc. I, *Droit constitutionnel et libertés publiques*, Les cours du droit, Cours photocopié 1985-1986, p. 40 ; G. Burdeau, op. cit., p. 29 et 37 ; Ch. Debbasch et autres, op. cit., p. 94 et s.

(97) B. Brachet, op. cit., p. 40 et s.

(98) C'est ce que G. Burdeau appelle la "représentation dominante de l'ordre social désirable" dans toute société politiquement organisée ; V. son manuel précité, p. 29.

publique. En conséquence, si dans une nation donnée, il y a distorsion entre les vœux de la majeure partie de la population et la réalité des institutions, s'il y a divergence entre les aspirations du groupe et les objectifs du pouvoir, l'autorité devient sociologiquement illégitime. Cette conception qui fait de la légitimité un concept de sociologie politique plutôt que juridique est la porte ouverte à toutes les velléités de mise en cause continue du droit ; elle fait en effet une large place au subjectivisme, ce qui occasionne, souvent, des divergences d'interprétation. Elle est cependant plus favorable au courant d'idée prônant l'adaptation des règles de droit à l'évolution des mœurs de la société qu'elles encadrent (99).

Cette dernière thèse a guidé les participants aux conférences nationales africaines qui ont reproché aux gouvernants d'avoir contourné la légitimité démocratique qui correspondait aux vœux des gouvernés et que renfermaient les constitutions. Ils l'ont fait en imposant par l'intermédiaire du parti unique des candidatures uniques à toutes les élections alors que les constitutions affirmaient le principe du suffrage universel, égal et secret ; ils l'ont également contourné en confisquant la souveraineté du peuple ou de ses représentants (élus à l'issue d'élections non libres) au profit d'un petit groupe d'hommes (les cadres du parti unique), et, le plus souvent d'un seul homme, le chef de l'État, qui est ainsi devenu le seul détenteur de la souveraineté.

Pour toutes ces raisons, les oppositions et les conférenciers se sont efforcés de contester la légitimité de ces dirigeants issus du système de parti unique ; légitimité que, selon eux, le peuple a retirée ; les contestations violentes, les manifestations de rues, les grèves générales, la destruction des symboles du pouvoir et les affrontements avec les forces de l'ordre et l'armée sont là pour le prouver. Le peuple, et plus précisément une partie de celui-ci, en suivant les mots d'ordre de l'opposition, a manifesté clairement son intention d'en tenir les leaders pour les autorités légitimes.

Aucun doute n'est permis à ce sujet pour M. Apaloo, par exemple : "la légitimité a changé de camp (dans notre pays) ; elle est aujourd'hui représentée par l'opposition démocratique, qui est porteuse du nouveau concept de rapports politiques prédominant". La preuve "réside dans l'obéissance (100) du peuple à l'opposition démocratique" (101). L'auteur poursuit sa démonstration pour l'explicitier davantage : "L'obéissance du peuple à ceux qui lui proposent un nouveau contrat social confirme la perte de légitimité du gouvernement actuel. Le pouvoir légitime étant celui qui incarne le concept politique prédominant, on ne doit tenir légitimes que les gouvernants qui en sont effectivement les agents d'exercice" (102).

La thèse sociologique de la légitimité, favorable aux aspirations modernes des peuples au changement vers plus de liberté, comporte une incertitude : qui est chargé de prendre la mesure du nouveau concept qu'on dit dominant, comment, et à

(99) Si on applique le principe de la "légitimité démocratique" en vertu duquel on ne considère comme légitime que le gouvernement institué de manière démocratique, c'est-à-dire fondé sur le suffrage populaire, et qui gouverne de manière démocratique, on est conduit à affirmer l'illégitimité des conférences nationales et, peut-être, à s'interroger sur celle des gouvernants en place.

(100) L'obéissance n'est nullement synonyme d'adhésion. Alors que l'adhésion suppose une approbation réfléchie, l'obéissance qui est l'action d'écouter et de se conformer à ce qu'ordonne ou défend quelqu'un peut être mue par plusieurs facteurs : l'approbation, bien sûr, mais aussi -et ce fut le cas dans les pays africains avant et au moment des conférences, la paresse ou la peur de se rebeller contre ceux qui utilisent la violence ou l'intimidation, de même que la crainte de représailles.

(101) Apaloo, Communication du 15 juillet 1991, in Travaux de la Conférence nationale du Togo, op. cit., p. 12.

(102) Apaloo, *ibid.*, p. 13. L'auteur semble sur ce point confondre la légitimité, la légalité et l'effectivité. L'exercice du pouvoir peut être effectif sans que celui qui l'exerce soit légitime. Cf. Prelot et Boulouis, *préc.*, p. 204 (à propos des gouvernements de fait). De même l'action d'un gouvernement de fait peut être légale alors que le caractère de ce type de gouvernement est d'être, tant qu'il ne s'est pas légitimé par l'action d'une nouvelle constitution, illégitime.

partir de quel moment il le devient? Il n'y a aucun problème lorsque c'est le peuple dans son ensemble qui se lève pour réclamer un nouvel ordre politique. Mais lorsque ce n'est pas le cas, lorsque c'est une fraction, fût-elle significative, qui se soulève et cherche, par des actes spectaculaires ou de violence, à imposer ses points de vue politique, il n'y a pas de doute que cela pose problème (à moins d'interpréter, comme certains l'ont d'ailleurs fait, le silence du plus grand nombre comme une approbation tacite de l'action de la minorité remuante) ! L'histoire contemporaine fourmille d'exemples : on se rappelle les journées révolutionnaires organisées par les partis communistes d'Europe sous la pression des bolcheviks au début des années 1920, ou les grandes grèves de 1947 orchestrées en France par le parti communiste et la confédération générale des travailleurs (C.G.T.) en vue de déstabiliser le régime. Et on a assisté dans certains pays à des retournements de situations, lorsque les régimes contestés ont réussi à mobiliser leurs partisans et à les faire sortir dans la rue pour s'opposer à ceux de leurs adversaires politiques ; ce fut le cas au Togo, au Burkina Faso, au Congo, au Cameroun et au Zaïre (103).

Il est donc difficile de vouloir faire triompher exclusivement la conception juridique ou la conception socio-politique. La première favorable à la stabilité gouvernementale peut être taxée de conservatrice. Elle est néanmoins plus sécurisante que la seconde qui, dynamique et au service du changement, ouvre la voie aux aventures politiques en tout genre, et donc susceptible d'être une source continue d'insécurité (104).

Il n'empêche que les conférenciers africains ont, dans leur ensemble, privilégié la conception socio-politique de la souveraineté et de la légitimité, traduisant ainsi leur désir de changement "brutal" des régimes en place. Ceux qui ont suivi avec attention le déroulement de l'une ou l'autre de ces conférences ont pu voir se développer une dérive juridique regrettable.

2.2.2 - La tendance à la dérive juridique

Les développements antérieurs révèlent l'état d'esprit qui a animé les participants aux dites assises et prouve, s'il en était besoin, le peu de cas qui a été fait du droit positif. Quels ont été les acteurs de cette dérive, quelles formes a-t-elle pris, quels furent les motifs et quelles en sont les conséquences ? Ce sont là les questions auxquelles il convient de répondre.

La violation des principes juridiques lors des conférences africaines résulte de l'action conjuguée des régimes en place et des oppositions nationales. Pour les premiers, elle vient de leur engagement, inscrit dans les accords de préparation des assises conclus avec l'opposition, à "ne pas remettre en cause les décisions et les recommandations" qui en seraient issues alors que les délégués à ces instances ne pouvaient juridiquement avoir la qualité de représentants du peuple ; cela pouvait être interprété comme une "aliénation" illégale de leur part, de l'exercice de la souveraineté que le peuple leur avait confié. Certains, tels les présidents Kerekou du Bénin et Ali Saibou du Niger, ont poussé plus loin l'illégalité en se prononçant spontanément en faveur de la souveraineté de la conférence (105). Quant à la

(103) Mais, comme le dit G. Burdeau, la réussite de l'insurrection prouve qu'elle était légitime, alors que si elle échoit, le pouvoir établi n'aura pas de peine à la faire déclarer criminelle ; Voir son manuel préc., p. 48 et son "Traité de science politique", 3ème éd., t. IV, n° 287 et s.

(104) Bien sûr, en cas de réelle tyrannie de la part des gouvernants, le peuple, dans sa grande majorité usera légitimement de son droit de résistance à l'oppression pour chasser le tyran du pouvoir et se doter de nouveaux gouvernants.

(105) Cet élément vient renforcer l'idée de la perte automatique de leur légitimité, du fait des soulèvements populaires, par les anciens dirigeants.

violation du droit par les oppositions nationales, elle vient surtout de leur désir d'écarter pour la circonstance des principes juridiques dont l'application aurait eu pour résultat d'avantager les gouvernants contestés ; cette violation du droit s'explique aussi par le souci de faire prévaloir exclusivement les thèses socio-politiques de la souveraineté et de la légitimité. La commission par ces oppositions d'une illégalité flagrante eût d'ailleurs été choquante et incompréhensible puisqu'elles avaient fixé comme objectif de leur action le rétablissement du droit et la mise en place d'États de droit.

Les opposants ont pu ainsi se présenter en ardents défenseurs du droit en proposant dans le même temps des solutions dont l'application aboutissait à la mise à l'écart de règles faisant partie du droit positif. Il en est ainsi, par exemple, de la revendication de l'exercice de la souveraineté au profit de personnes non mandatées expressément par le peuple à cet effet. Il en est de même de la thèse du transfert automatique de la légitimité sur la personne des leaders de l'opposition etc. Certaines solutions imaginées pour la circonstance ont carrément conduit à une dérive juridique qui aurait pu donner à sourire si les conséquences n'en étaient pas souvent très fâcheuses comme le montre une fois encore l'exemple du Togo :

Les accords du 12 juin 1991 qui avaient conduit à la conférence nationale togolaise du 8 juillet suivant prévoyaient, entre autres choses, le maintien en poste du chef de l'État pendant la durée des assises et de la transition. L'acte n° 1 du 16 juillet qui proclamait la souveraineté de la conférence ne maintenait plus le Chef de l'État que pendant la durée de la transition (106) ; conscients que cela ne plairait pas au Général Eyadema que l'on savait opposé à la proclamation de la souveraineté, et que celui-ci risquait de refuser de promulguer les actes qui ne lui conviendraient pas, les conférenciers envisagèrent dans un premier temps de confier le pouvoir de promulgation au *praesidium* de la conférence ; devant les critiques, ils trouvèrent une formule dilatoire qu'ils prirent l'habitude d'inscrire au dernier alinéa de l'article final de tous leurs actes : "Faute par le Président de la République de la promulguer (il s'agit de l'acte) dans le délai ci-dessus visé (24 heures), il sera immédiatement exécutoire". La suite confirma la crainte des conférenciers : le Président de la République modifia certains actes avant de les promulguer et refusa de promulguer ceux qu'il jugeait inopportuns ou contraires aux accords du 12 juin ; ces derniers ne furent jamais exécutés.

L'opposition, en proposant des solutions qui contournaient les principes en vigueur, n'avait cependant pas pour objectif la remise en cause du droit. Ces solutions lui ont été dictées par le but que visait son action politique : renverser à tout prix des régimes qui constituaient à son avis un frein à la démocratie et à la liberté. Or, l'opposition avait la conviction qu'elle ne pourrait y parvenir si on se contentait d'appliquer les règles de droit positif. Comment en effet prétendre déraciner au moyen des procédés légaux et démocratiques ces régimes pratiquement indéracinables qui corrompent les populations, les manipulent ou les terrorisent ? Des élections menées dans de telles hypothèses, en vue de désigner les délégués aux conférences nationales, seraient perdues d'avance pour ceux qui n'utilisent pas les mêmes méthodes, car elles auraient pour résultat d'y envoyer des délégués majoritairement favorables aux dirigeants en place ; aucun espoir alors de véritable changement pour le bien-être des populations. Le droit pouvait bien souffrir quelques entorses pour que se réalisent la démocratisation de la vie publique et le "droit au bonheur" ; voilà une doctrine pernicieuse aux conséquences imprévisibles !

(106) Son sort pendant la transition devait être réglé par l'acte fondamental de la transition adopté à la fin de la conférence.

Il n'y a en effet fondamentalement rien à redire lorsque le changement de l'ordre et des principes juridiques établis dans une société donnée résulte d'une volonté collective de la majorité des citoyens. Mais lorsqu'il résulte, comme cela est souvent le cas, de l'action violente d'une minorité qui, aussitôt, revendique le pouvoir d'exercer la souveraineté, il y a lieu de s'interroger sur sa conformité avec le bien commun que doit sous-tendre toute action politique. Aucune section (107) du peuple ni aucun individu n'ayant le pouvoir de s'attribuer l'exercice de la souveraineté que la société dans son ensemble qui possède puissance sur elle-même peut déléguer, l'attitude des délégués aux conférences nationales africaines constitue un mépris pire que celui qu'on manifesté certains auteurs du siècle des lumières, à l'égard du peuple qu'ils prétendaient représenter. Montesquieu (108) et Sieyès (109), considéraient que le peuple, qualifié de populace imbécile privée de lumière et de bon sens (110), par Holbach, n'était pas capable de se gouverner lui-même et que ce qu'il savait bien faire était de choisir ceux à qui il doit confier quelque partie de son autorité. Les délégués aux conférences africaines ont considéré, leur autolégitimation le montre, que cette populace imbécile "n'était même pas capable de choisir elle-même ses délégués et qu'une élite" pouvait le faire pour elle (111).

En fait, désirant à tout prix "*devenir quelque chose*" les conférences nationales ont voulu s'identifier entièrement au Tiers-État de Sieyès (Tout-Rien-Quelque chose) (112) pour faire leur "révolution" ; mais elles n'en remplissaient pas les conditions. Si Mirabeau a pu, après la séance royale du 23 juin 1789, lancer au maître de cérémonie d'aller dire à ceux qui l'envoient que les membres de l'Assemblée Nationale (113) étaient réunis par la volonté du peuple et ne quitteraient leurs places "que par la force des baillonnettes", c'était à cause de la confiance qu'ils avaient en ce peuple qui les y avait expressément mandatés. L'attrait produit par les États généraux de 1789 fut si fort que certains virent dans la proclamation par l'Assemblée Nationale de son "inviolabilité" le droit pour les conférences africaines de se déclarer souveraines. Il y a là une grave erreur d'analyse car l'inviolabilité dont il s'agissait visait à rendre la chambre indépendante du pouvoir royal et à assurer l'immunité de ses membres.

En réalité ces assises, par les pouvoirs qu'elles ont entendu exercer, se sont plutôt comportées comme la Convention réunie en France au lendemain du 10 août 1792 pour réviser la Constitution et qui proclama le 20 septembre l'abolition de la royauté et décida, dès le lendemain, de dater ses décrets de l'an I de la République (114). La différence fondamentale cette fois encore est que les membres de la Convention étaient élus (115).

En tout cas, les conférences nationales, événements accidentels de l'histoire politique africaine contrairement aux États généraux qui faisaient partie des institutions politiques et du droit public français sous l'Ancien Régime, (c'était des

(107) Autrement dit, aucune fraction ou portion du peuple, fût-elle homogène.

(108) Lire Montesquieu, *L'esprit des lois*, 1742, cité par J.J. Chevallier, *les grandes oeuvres ...*, op. cit., p. 87 ; V. ég. B. Chantebout, op. cit., p. 24.

(109) Cité par B. Chantebout, *ibid.*, p. 94.

(110) Cf. Ch. Debbasch et autres, pp. 38 et 43.

(111) Il y a là une violation flagrante des principes démocratiques qui placent dans le peuple tout pouvoir, ainsi que mépris du suffrage universel.

(112) Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers États ? 1789* ; V. ég. J.J. Chevallier, *Les grandes oeuvres politiques ...*, op. cit., p. 132 et s.

(113) Formée des représentants du Tiers-État et du bas clergé ainsi que de quelques représentants de la noblesse. Lire par ex. J. Cadart, *Le régime électoral des États généraux de 1789 et de son origine 1302-1624*, Paris Sirey, 1952 cité par Tchodie, op. cit. p. 313.

(114) Il y a eu coïncidence parfaite entre la convention et les conférences africaines sur ces deux points.

(115) Ces élections se sont déroulées dans un fâcheux climat de peur et d'intolérance : Cf. "Dictionnaire de la révolution et de l'emploi", éd. Larousse, op. cit., p. 109.

institutions d'origine féodale à mission purement consultative puisque leur rôle se limitait à adresser des doléances au roi) ont voulu faire "leur révolution" (116) et procéder à un changement sans armes des régimes politiques en place. Celle-ci s'est accompagnée dans la plupart des pays (Bénin, Congo, Niger, Togo) d'un coup d'État, dans la mesure où cette expression désigne la conquête du pouvoir politique par des moyens illégaux, inconstitutionnels (117) : suspension de la constitution et des institutions antérieures, dépouillement des prérogatives du Chef de l'État élu au suffrage universel au profit du gouvernement et, surtout, du pouvoir législatif de la transition et permis la mise en place non pas de gouvernements légitimes, mais de gouvernements de fait.

3 - CONCLUSION

La défense du droit en période de contestation de l'ordre établi constitue une entreprise téméraire et presque toujours incomprise. Pour les partisans du changement en effet, vouloir faire appliquer le droit comme si l'on était en période normale revient à protéger le régime décrié qui, soit dit en passant, ne s'était jamais préoccupé de respecter les règles qu'il avait lui-même édictées. La défense de la thèse juridique de la souveraineté paraît alors non seulement conservatrice mais aussi, et dans une certaine mesure, quelque peu immorale. Comment en effet, d'une part, imposer au groupe social opprimé qui aspire à la démocratie et à la liberté (118) le respect d'une règle que le pouvoir qu'il s'agit de chasser n'a jamais su respecter ? Comment, d'autre part, invoquer la thèse de la souveraineté juridique désavantageuse pour les acteurs du changement alors que la souveraineté du peuple avait été usurpée (en l'absence d'élections véritablement libres) et monopolisée par un seul individu (le Chef de l'État, Chef du parti unique ?) ? N'est-il pas enfin plus logique qu'une fraction du peuple, dès lors qu'elle se réunit pour débattre des affaires de la cité, dispose de plus de pouvoir, de puissance que l'usurpateur, sans que l'on ait à rechercher la manière dont les membres de ladite fraction ont été désignés ? Se justifie ainsi la thèse socio-politique, séduisante pour les raisons antérieurement évoquées, mais combien plus dangereuse pour la stabilité intérieure des États, puisqu'elle permet à la tendance momentanément la plus remuante d'exercer le pouvoir en dehors de toute habilitation populaire expresse. Mais, d'un autre côté pour des raisons de sécurité et de tranquillité publique, il n'apparaît pas raisonnable de recourir systématiquement à la thèse inverse au risque de perpétuer un immobilisme politique préjudiciable aux libertés.

En outre, la règle de droit étant le produit des rapports sociaux, ne faut-il pas reconnaître le droit pour une portion du peuple souverain de se soulever contre les normes posées par l'usurpateur et de fixer librement celles qu'elle juge désormais conformes "à la volonté générale" ? Si cette thèse, qui légitime la confiscation à leur profit de la souveraineté par les conférences africaines, peut se justifier dans un contexte dictatorial ou tyrannique, l'ériger en principe général est dangereux. Car cela conduirait à faire valoir l'idée que le droit n'est qu'un alibi que seuls les groupes politiquement faibles peuvent invoquer et que ceux qui sont en position de force peuvent écarter. Cela reviendrait à rétablir le règne de la force et de l'arbitraire au nom d'une liberté dont les groupes momentanément forts pourraient seuls déterminer le contenu. Une telle théorie, qui ne reconnaît qu'une utilité strictement

(116) Le présent article n'a pas pour objet de traiter de la valeur de cette révolution ni de ses résultats.

(117) Cf. Dictionnaire "Le Petit Robert", 1983, p. 701 et "Le Petit Larousse illustré", 1975, p. 262.

(118) Il n'est pas certain que le concept de liberté ait tout à fait dans les sociétés traditionnelles d'Afrique, la signification qu'on lui donne dans les sociétés individualistes d'Occident. Il faudra qu'un jour la doctrine se penche sur cette question.

conjoncturelle au droit, est profondément liberticide et recèle, en elle, les germes de destruction de l'harmonie sociale : elle autorise en effet la mise en cause continue, au besoin par la violence, de l'ordre établi et constitue de ce fait un facteur d'instabilité juridique et sociale. Et cela même si les référendums constitutionnels ultérieurs peuvent être interprétés comme ayant couvert, dans une certaine mesure, le manque de légitimité des conférences africaines ; d'autant que cette légitimation ne place nullement l'État définitivement à l'abri de toute remise en cause éventuelle inhérente à la théorie même défendue par les conférenciers.

NAISSANCE DU FÉDÉRALISME HELVÉTIQUE

Par

Viviana RAVASI

Chargée de recherches à la Faculté de Science Politique de Milan

Mais connaître le futur est autant peu souhaitable dans la vie de l'individu quant il y est dans celle de l'humanité. Et au regard, notre impatience astrologique c'est vraiment fou.
(Jacob Burckhardt)

L'horizon temporel dans lequel se placent les plus importantes institutions politiques et les concepts idéologiques de notre temps a comme terme initial influent la Révolution Française, la fin de l'Ancien Régime et la naissance de la société bourgeoise. Dans ce cadre, l'usage est de reconstruire notre histoire contemporaine en suivant les événements de la formation des principaux États nationaux, l'Allemagne et l'Italie avant tout, ou des institutions démocratiques et représentatives. De ce point de vue, les événements de la Confédération Helvétique paraissent, dans le même temps, marginaux et excentriques. Mon impression est que ce fait est seulement le résultat d'un préjugé, d'un examen hâtif, conduit en projetant en arrière la réalité présente. Si l'on examine en profondeur la réalité européenne de la période qui s'étend de la moitié du XVIIIème siècle à la moitié du XIXème, on pourra constater, derrière une apparence de marginalité, une étroite intégration de l'élaboration intellectuelle - bien témoignée par l'exceptionnelle contribution fournie à la pensée politique par des personnalités comme Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), Benjamin Constant (1767-1830) et Carl Ludwig von Haller (1768-1854), mais visible aussi dans la participation de beaucoup d'autres personnages aux événements contemporains (1) - tandis que l'excentricité des faits politiques se transformera progressivement dans la réalisation d'un modèle alternatif à celui de l'État national centralisé ; un modèle dont l'efficacité durable suscite, désormais depuis longtemps, de l'intérêt et de l'admiration.

Le but de cette contribution est celui d'exposer -avec l'inévitable concision et approximation d'un bref article- la trame constituée par l'expérience

(1) On pense à la contribution fournie par des savants comme Euler, Albrecht von Haller ou par Heinrich Pestalozzi dans le domaine pédagogique.

historique et intellectuelle dans laquelle s'est formé et réalisé le modèle politique du fédéralisme suisse. Dans cet article il ne sera pas possible d'explorer le cours entier de l'histoire helvétique, à partir de la première alliance jurée au Grütli jusqu'à aujourd'hui, mais nous devons nous limiter à un examen des principales caractéristiques de l'évolution fédérative de la Suisse dans la période où elle a acquis ses traits actuels, entre 1789 et 1848. Pendant cet examen nous chercherons aussi à souligner les conséquences que ces traits caractéristiques ont produit dans l'élaboration politique de la culture helvétique.

À la veille de la Révolution française, la Suisse se présentait comme une réalité politique très articulée (2) : au corps central -constitué par les treize États souverains qui s'étaient alliés pendant les cinq siècles précédents, avec l'adhésion aux successives "paix confédérales" et aux traités défensifs, (Schwytz, Ury, Unterwalden, Luzern, Zürich, Glarus, Zug, Bern, Fribourg, Solothurn, Basel, Schaffausen e Appenzell) représentés dans la Diète- se rangeaient une série d'autres Pays alliés ou protégés, comme le Valais supérieur, les trois Ligues Rétiques (l'actuel Graubünden), la cité de San Gallo et la Principauté de l'Abbé de San Gallo, la République de Gersau. Certains de ces Pays alliés avaient eux aussi la faculté de participer à la Diète ; sont exclus de cette liste la cité de Genève et la Principauté de Neuchâtel, dont l'accès à la Confédération était interdit par le veto des Cantons catholiques, bien qu'ils fussent liés d'un lien étroit d'alliance avec les Cantons protestants et profondément insérés dans les faits de la Confédération. Il y avait, en outre, les Pays soumis (ou Fогтеien) à la Confédération ou à l'un des treize États souverains, comme les campagnes de Zürich, Bern, Luzern, Basel, Fribourg -soumis aux cités respectives- ou les "baliages" du Tessin, de Baden, Argau, Turgau, Sargans -soumis au contrôle et à l'administration de plusieurs États- et de la Leventina, soumis au gouvernement d'Ury.

Les obligations chargeant sur les États alliés étaient constituées par l'assistance militaire réciproque, par la garantie territoriale et par la possibilité de stipuler des traités collectifs avec les puissances voisines -ce qui n'empêche aucun des États de maintenir sa propre politique extérieure, aussi différente et en conflit avec celle de la Diète- et, last but not least, la participation aux bénéfices de la garantie de souveraineté, indépendance et neutralité reconnue aux États suisses du Traité de Westfalia de 1648. Du reste, même entre les treize États souverains, il n'y avait pas parité de droits ; les liaisons entre eux étaient assez différentes et étaient contenues dans des traités bi- et plurilatéraux qui déterminaient la différente position de chacun d'eux. Par exemple, Fribourg et Solothurn ne pouvaient pas contracter des alliances sans l'autorisation des huit Cantons les plus anciens (Schwytz, Ury, Unterwalden, Luzern, Zürich, Glarus, Zug, Bern), tandis que Basel et Schaffausen avaient l'obligation de rester neutres en cas de conflit entre les confédérés. En outre, deux profondes lignes de fracture séparaient en permanence les treize États souverains : la division confessionnelle, qui se croisait avec la distinction entre États montagnards et États citoyens, et la rivalité entre les Cantons de Bern et de Zürich, du reste tous les deux de religion protestante. L'existence de ces conflits paralysait la Diète, c'est-à-dire le seul organisme commun existant, empêchant une quelconque initiative commune différente de la simple défense des intérêts et des équilibres constitués.

La différence de statut juridique entre les différents Pays composant l'entité géographique Suisse se réfléchissait dans les différences de statut qui caractérisaient la population. Presque partout les paysans n'avaient aucun droit

(2) Pour une récapitulation de l'histoire suisse on renvoie à l'excellent volume de William Martin, *Storia della Svizzera*, Bellinzona, Casagrande 1980.

politique, la plus grande partie des cités avaient une organisation politique de type oligarchique et corporatif, dont avait été progressivement exclue la majorité des résidents depuis la substantielle fermeture -entre la fin du XVIIème siècle et le début du XVIIIème- des registres de la bourgeoisie. Pendant la période que nous examinons, la structure sociale de la Suisse paraît composée de six classes hiérarchiquement ordonnées :

1. - les résidus de l'ancienne noblesse féodale, présents seulement dans quelques États et désormais presque privés d'une quelconque influence politique ;
2. - la noblesse citoyenne, effective détentrice du pouvoir ;
3. - la bourgeoisie citoyenne appartenant aux corporations de métiers et douée de droits politiques ;
4. - les "natifs", habitant des cités depuis plusieurs générations, mais privés des droits politiques ;
5. - les "habitants", immigrés étrangers ou paysans, résidant dans les cités mais privés eux aussi des droits ;
6. - les paysans et les habitants des pays soumis, privés des droits politiques.

Le phénomène de la servitude personnelle est pratiquement éteint ou en voie d'extinction dans presque tous les États, à la différence des vastes régions de la France pré-révolutionnaire.

En effet, au-delà des différentes formes organisatrices, soit les États souverains soit les États alliés étaient gouvernés par des oligarchies restreintes, quelquefois tout simplement par noyaux familiaux. Néanmoins les États (Schwytz, Ury, Unterwalden e Glarus) dans lesquels existait encore l'institut de la "Landsgemeinde" -l'assemblée de tous les citoyens- constituaient une exception à cette règle. Derrière cette substantielle homogénéité de structures politiques il y avait une situation économique généralement prospère, grâce aux longs siècles de neutralité, à la position névralgique du Pays pour les trafics commerciaux le long de la directrice nord-sud et enfin aux gains économiques des "capitulations", c'est-à-dire les traités qui liaient les États, en particulier les plus pauvres, aux puissances étrangères, concernant la fourniture de troupes mercenaires.

À la fin du XVIIIème siècle, donc, la réalité politico-économique de la Suisse est caractérisée par la présence de nombreuses lignes de fracture qui rendent assez précaire la survivance de la Confédération comme entité politique autonome et qui constituent les conditions nécessaires pour une subversion de l'ordre social traditionnel, dans le but d'élargir les droits de citoyenneté aux membres de la classe bourgeoise qui en sont exclus.

L'un des critiques les plus pénétrants de la réalité politique des États confédérés est justement Jean-Jacques Rousseau qui néanmoins, dans ses œuvres politiques les plus célèbres, ne manque jamais de se déclarer "citoyen d'un État libre", vantant avec orgueil son appartenance au corps politique de la Cité de Genève. En effet, les "principes de droit politique" exposés dans le Contrat Social et les conditions que Rousseau place afin de fonder un État bien ordonné selon ces principes, reflètent la situation de Genève, mais ils cachent aussi une critique radicale dont les effets ne manqueront pas de se manifester dès les années immédiatement successives à la publication de l'ouvrage même (3). Les gouvernants genevois s'apercevront immédiatement de ce fait et, le 19 juin 1762, condamneront au feu soit le Contrat soit l'Émile, vu que les principes exposés par Rousseau réduisaient le gouvernement de l'État à un simple mandataire du peuple,

(3) En 1770 un mouvement révolutionnaire conduit par Isaac Cornuauud éclata à Genève ; les révolutionnaires invoquaient l'extension des droits et des privilèges de la citoyenneté pour tous les natifs de la cité. La révolte fut domptée seulement grâce à l'intervention militaire de Bern, de la Savoie et de la France, appelés par les autorités de la cité.

transférant à celui-ci la souveraineté. C'était sans doute la thèse la plus fastidieuse pour les gouvernants de Genève, impliquant une responsabilité et une dépendance qu'aucun gouvernement de l'époque n'aurait jamais pu accepter, mais la définition du type idéal d'État bien ordonné sous-entendait de nombreuses autres critiques à l'oligarchie genevoise, critiques qui seront révélées seulement après la condamnation du livre, dans les *Lettres écrites de la Montagne*.

On sait que, pour Rousseau, la voie qui conduit à un État bien ordonné est assez étroite. Elle peut être parcourue seulement par un peuple caractérisé d'une identité fondée sur des liaisons originaires ou des affaires communes, qui jouisse d'un substantiel isolement de ses voisins, qui soit de dimension limitée (dans lequel chaque membre peut être connu de tous) et dans lequel il n'y ait pas d'inégalités excessives entre les membres de la communauté (4). À part la dernière, il s'agit de conditions découpées sur la réalité des communautés helvétiques contemporaines, Communautés ordinairement administrées avec sagesse, mais dans lesquelles la séparation entre gouvernants et gouvernés s'approfondissait de plus en plus (on voit la critique de l'aristocratie héréditaire - "le plus mauvais de tous les gouvernements" - dans le Contrat) (5).

À partir, entre autre de la réalité de son Pays, Rousseau trace intentionnellement et pour la première fois la structure d'un pouvoir politique unitaire et illimité, sur des bases démocratiques et nationales, qui dépasse définitivement la structure caractéristique des pouvoirs intermédiaires, héritée du Moyen-âge et conservée par l'Ancien Régime. Il fait cela en précisant que l'on traite d'un modèle idéal, valable seulement pour une communauté idéale, même si, avec un éclair de clairvoyance, il indique la construction d'unions confédérales comme la voie pour former des entités étatiques de dimensions plus remarquables sans perdre les bénéfices propres des communautés plus étroites (6). Ainsi Rousseau place son œuvre au centre d'un carrefour d'où partiront les nombreuses expériences successives, surtout celle qui, à travers la Révolution Française, porte aux États nationaux centralisés et celle qui, à travers la Révolution et les conflits intérieurs, porte les communautés helvétiques à s'associer dans une structure fédérale profondément pénétrée de la pratique de la démocratie directe, justement dans le but de concilier unité et diversité.

Le passage de la faible structure politique et institutionnelle caractéristique du système des alliances confédérales jusqu'en 1798, jusqu'à l'institution d'un gouvernement fédéral doué de compétences définies et indépendantes des Cantons, exigera encore le travail d'un demi-siècle, pendant lequel le peuple suisse pourra expérimenter sur sa propre peau soit un ample éventail de solutions constitutionnelles, soit les difficultés de conserver l'indépendance et la prospérité quand on est divisé et environné de voisins trop puissants (7).

L'histoire du traînement du peuple suisse dans les événements européens suivants la Révolution française, à partir de l'invasion française de 1798, est l'histoire de la rupture d'un équilibre désormais frêle et miné par les discordes, entre chaque État et à l'intérieur de chacun d'eux. En même temps c'est l'histoire de la reprise lente de conscience des raisons fondamentales et de la spécificité d'une cohésion qui durait, avec une alternance de vicissitudes, depuis cinq siècles. La République Helvétique unitaire imposée par les Français vainqueurs ne réussira jamais à obtenir l'adhésion de la majorité du peuple suisse. L'application

(4) Jean Jacques Rousseau, *Le Contrat social* (1762), tr. it. *Il Contratto sociale*, Torino, Einaudi 1977, p. 69.

(5) *ibid.* pp. 95-96.

(6) *ibid.* p. 129, nota.

(7) Presque à confirmer les prescriptions de Rousseau.

mécanique de mesures de nature idéologique -par exemple l'abolition des dîmes, qui néanmoins constituaient pour la plupart et dans la majorité des anciens Cantons des entrées de l'État et non de l'Église- faisait abstraction des conséquences qu'ils auraient eu dans la réalité et minait ultérieurement le déjà faible prestige de la République. À ces faits s'ajoutaient la résistance à renoncer aux autonomies locales, les charges connexes avec l'occupation militaire française et l'entraînement territorial dans les conflits européens, depuis plus de trois siècles de tranquillité.

Même l'inglorieuse fin de la République Helvétique en 1804 ne fut pas effet du libre choix du peuple suisse, mais simple imposition par Bonaparte d'une solution institutionnelle qui pouvait tranquilliser la situation intérieure de la Suisse sans y fonder un pouvoir central trop solide, maintenant donc une sorte de protectorat français sur un territoire d'énorme importance stratégique pour la France.

L'Acte de Médiation est émané par le Premier Consul après avoir examiné "si la Suisse constituée par la Nation Fédérative, pouvait être tenue sous un Gouvernement central, autrement qu'avec la force" (8) et dans le but de "reconnaître le genre de Constitution, qui était le plus conforme au vœu de chaque Canton ; discerner ce qui mieux se conforme aux idées que les nouveaux Cantons se sont faites de la liberté, et du bonheur ; concilier dans les anciens Cantons les institutions consacrées par le temps avec les droits rétablis à la masse des Citoyens" (9). Le résultat est constitué d'un Acte Fédératif entre 19 Cantons (Appenzell, Argau, Basel, Bern, Fribourg, Glarus, Graubünden, Luzern, S. Gallen, Schaffausen, Schwytz, Solothurn, Ticino, Turgau, Unterwalden, Ury, Vaud, Zug, Zürich) qui établit, entre autre, l'élimination des privilèges personnels, l'existence d'une citoyenneté helvétique, la liberté de circulation et de résidence des citoyens entre un Canton et l'autre et la prohibition d'instituer des droits de douane entre les Cantons. Enfin, il contient les constitutions dictées par les 19 Cantons, dans lesquelles sont rétablis les ordonnements politiques antécédents à la Révolution (régimes de Landsgemeinde ou de Conseil) et maintenues les distinctions confessionnelles existantes.

Avec l'Acte de Médiation de 1804 la Suisse retrouve néanmoins une tranquillité effective, maintient les principales conquêtes civiles, fruit de la Révolution et, ce qui est le plus important, maintient sa propre identité fédérative malgré les contrastes intérieurs et une situation extérieure caractérisée par l'extrême précarité de l'existence des États et des lignes de frontière. Il faut en outre souligner que, pendant la décennie de l'existence de l'Acte de Médiation, dans de nombreux Cantons retourneront au pouvoir les aristocraties expulsées par la Révolution de 1798, préfigurant donc ce qui allait se passer après 1816.

Le déclin des fortunes napoléoniques en 1813 rouvre les portes à l'anarchie entre les Cantons, divisés entre ceux qui veulent simplement le rétablissement de la situation précédente à 1798 et les nouveaux Cantons (Vaud, Argau, Turgau, S. Gallen, Ticino, Zug) pas anxieux de retourner à être sujets des anciens États souverains. Ce fait met le destin de la Suisse dans les mains des puissances victorieuses. La volonté russe de faire de la Suisse un tampon entre la France et l'Autriche, fait que les puissances contraignent les Cantons helvétiques à soussigner un nouvel Acte Confédéral le 7 août 1815. Dans les mois suivants la Diète accepte aussi l'entrée dans la Confédération des nouveaux Cantons de Neuchâtel, Valais et Genève, assumant l'actuel configuration géographique.

(8) *Atto di mediazione del Primo Console per la Svizzera*, Lugano, chez Rossi e C. 1803.

(9) *ibid.* p. 1-2.

L'Acte confédéral soussigné en 1815 ramenait l'horloge de l'histoire en arrière de quelques années : la souveraineté était rendue aux Cantons, en dehors de sa propre Commune, chaque suisse était un étranger, chaque Canton était nouvellement libre de battre monnaie, imposer des droits et des taxes, la Diète confédérale pouvait prendre seulement des décisions à l'unanimité. D'autre part, dans le cadre du nouvel Acte confédéral, il était finalement constitué le noyau d'une armée commune, qui sera la meilleure école pour un sentiment national suisse, au-delà des liens d'appartenance cantonale. En outre, depuis le démembrement de l'ancien territoire bernois avec la constitution des nouveaux Cantons de Vaud et de Thurgau, dans la nouvelle Confédération il n'y avait plus de Canton qui pouvait jouir d'une évidente prééminence politique, territoriale et de population, comme cela avait été le cas jusqu'en 1798 ; situation qui, au contraire, caractérisera l'unification allemande autour de l'État prussien.

Dans le même temps, la crise économique qui caractérisait la décennie entre 1816 et 1825 est à l'origine d'un grand processus d'industrialisation et à une série d'importants mouvements migratoires intérieurs, surtout des anciens Cantons forestiers en direction des cités.

Sous le profil intellectuel c'est le moment de la critique aux extrémismes démocratiques de la Révolution française et, particulièrement, à la pensée de Rousseau, considéré comme responsable d'avoir trop conséquemment déduit l'omnipotence de la volonté générale, justifiant ainsi toute forme d'oppression. C'est un référent critique commun soit à la pensée libérale, soit à celle des conservateurs.

Le représentant le plus illustre du premier courant est sans doute Benjamin Constant, natif de Lausanne, appartenant à une famille protestante qui avait abandonnée la France depuis l'Édit de Nantes et qui avait donné de nombreux représentants politiques et militaires à la cité. Constant avait participé activement aux événements révolutionnaires dans la période 1797-1802, pour être enfin exilé par Napoléon avec Mme de Staël. Rentré en France après la chute de Napoléon, il fut un des plus grands représentants de l'opposition libérale au régime de la Restauration. La critique que Constant adresse à Rousseau est toute basée sur la signification différente que la notion de liberté a pour les modernes à l'égard des anciens, principal référent de Rousseau dans ses œuvres.

Dans les républiques anciennes le peuple exerçait collectivement et directement beaucoup des fonctions de la souveraineté, mais cette liberté politique "était compatible avec l'asservissement complet de l'individu à l'autorité de l'ensemble" (10). Dans des États avec des dimensions microscopiques, caractérisés par la présence d'une classe d'esclaves étendue, le contrôle social sur les individus était extrêmement pénétrant, ainsi que l'individu "comme citoyen, décide de la paix et de la guerre ; comme privé, il est limité, observé, réprimé en tous ses mouvements" (11). Le nœud fondamental de l'argumentation de Constant est le rapport entre l'extension de l'état et l'exercice direct de la souveraineté. "La partie de souveraineté nationale qui appartenait à chacun dans l'antiquité n'était pas, comme aujourd'hui, une hypothèse abstraite. La volonté de chacun avait une influence réelle : l'exercice de cette volonté constituait un plaisir vif et répété. Par conséquent, les anciens étaient disposés à faire beaucoup de sacrifices pour la conservation de leurs droits politiques et de leur participation à l'administration de l'État. Chacun, se rendant compte avec orgueil de la valeur de son suffrage,

(10) Benjamin Constant, *La liberté des anciens en rapport à celle des modernes*, (Discours prononcé à l'Athénée de Paris en 1819) tr. it. en *Antologia di scritti politici*, a cura di A. Zanfarino, Bologna, Il Mulino 1982, p. 38.

(11) *ibid.* p. 39.

trouvait dans cette conscience de son importance une ample indemnisation. Aujourd'hui cette indemnisation pour nous n'existe plus. Disparu dans la multitude, l'individu ne se rend presque jamais compte de l'influence qu'il exerce. Jamais sa volonté n'empreint d'elle-même la collectivité, rien ne prouve à ses yeux la coopération" (12).

Donc, pour les modernes la signification de la liberté est très différente de celle que les anciens lui attribuaient. Ce n'est plus la participation à la souveraineté - chose faisable seulement en forme médiata, à travers un système représentatif - mais la garantie de la jouissance d'espaces d'autonomie individuelle protégée (13). Ce qui intéresse les modernes c'est la liberté individuelle, donc la liberté politique n'est pas que la garantie, une sorte d'assurance contre l'exercice arbitraire du pouvoir délégué aux gouvernants.

La critique à la conception rousseauienne de la volonté générale se transforme donc chez Constant en une apologie du système représentatif et en une conception négative de la liberté politique qui sous-entend la séparation entre l'espace de la société et de l'économie et celui de l'État et de la politique. L'un est comme espace de liberté et de la liberté, l'autre comme espace de la constriction. Il s'agit d'une image qui aura une grande influence sur tous les développements successifs de la pensée libérale, mais qui cache aussi un insoupçonnable parentage au moins avec quelques détails de l'image sous-tendue à la théorie de l'État patrimonial élaborée par un autre grand suisse, Karl Ludwig von Haller, dans sa *Restauration de la science politique*.

Karl Ludwig von Haller était un patrice bernois, appartenant à une ancienne famille qui avait donné à la cité de nombreux ecclésiastiques et hommes d'État, petit-fils de Albrecht von Haller (1708-1777), une des figures principales de la culture scientifique et littéraire du XVIIIème siècle européen. Orphelin de père - Gottlieb Emanuel (1735-1786), notable de la cité et membre du Grand conseil - il avait commencé assez tôt, à l'âge de dix-huit ans, son activité au service de l'État bernois, participant à de nombreuses missions diplomatiques. Après l'invasion française de 1798 il s'était aligné contre les occupants en fondant un propre journal, mais après quelques mois les autorités révolutionnaires en interdirent la publication et il fut contraint de se réfugier en Autriche, où il restera au service de l'Archiduc Charles jusqu'en 1805, quand il est appelé pour enseigner dans l'Université de Bern. C'est dans cette ville et sur la base de l'approfondissement conduit grâce à son engagement didactique que von Haller publie, à partir de 1816 son œuvre la plus importante (14).

Ce long excursus biographique est nécessaire pour encadrer convenablement un personnage souvent cité, mais très peu étudié, auteur d'une doctrine qui a eu maigre fortune même chez les conservateurs et qui sera rapidement dépassée par l'évolution libéral-démocratique de la première moitié du XIXème

(12) *ibid.*, p. 44.

(13) Ainsi pour les modernes la liberté "est le droit de chacun de n'être soumis qu'aux lois, de ne pouvoir être arrêté, ni détenu, ni mis à mort, ni maltraité en aucune façon pour cause de la décision d'un ou plusieurs individus. Le droit de choisir son industrie et de l'exercer, de disposer de sa propriété et même d'en abuser ; d'aller, de venir sans devoir obtenir la permission et sans rendre compte de ses propres intentions et de sa propre conduite. Le droit de chacun de se réunir avec d'autres individus soit pour conférer sur ses intérêts, soit pour professer le culte que lui et ses associés préfèrent, soit simplement pour occuper ses journées ou ses heures de la façon plus conforme à ses inclinations, à ses fantaisies. Le droit, enfin, de chacun d'influer sur l'administration du gouvernement soit nommant tous ou quelqu'un des fonctionnaires, soit au moyen de remontrances, pétitions, demandes que l'autorité soit plus ou moins obligée de prendre en considération", *ibid.* p. 37-38.

(14) Karl Ludwig von Haller, *Restauration der Staats-Wissenschaft, oder Theorie des natürlich geselligen Zustands ; des Chimäre des Künstlich-bürgerlichen entgegengesetzt*, 6 voll. Winterthur 1816-1834, tr. it. *La restaurazione della scienza politica*, 3 voll. Torino, UTET 1963.

siècle. La formation de von Haller se déroule initialement dans le cadre du régime oligarchique-républicain de l'État bernois et, après, dans la polémique envers la Révolution française, ses idéaux et, surtout, envers sa prétention de fonder un État tout-puissant en tant que dépositaire de l'entière souveraineté que le peuple lui a déléguée (15).

La conception politique élaborée par le bernois est entièrement fondée sur la notion d'"indépendance personnelle" et sur la négation de toute doctrine contractualistique. Aux origines de la formation des États il n'y a ni ne peut jamais y avoir aucun contrat : État de nature et État social sont la même chose et le développement d'une organisation étatique est seulement le fruit de l'humaine insuffisance et de la conséquente nécessité de collaboration entre les individus ; cette collaboration nécessairement œuvre dans le sens de soumettre les individus les plus pauvres et plus faibles à ceux qui sont plus riches et plus puissants, sur la base de relations unilatérales d'échange entre protection et obéissance. Car, sous le profil analytique, la seule chose qui distingue un riche seigneur d'un prince est l'indépendance personnelle (16), il s'ensuit que les princes ne sont que les plus riches entre les seigneurs, ceux qui ne connaissent aucune sujétion envers les autres hommes (17). Même les républiques ont ce fondement ; elles sont constituées sur la base de la collaboration volontaire sur des bases paritaires d'un certain nombre d'hommes.

Il s'ensuit que les États, en tant que tels, n'ont aucun but (18) et, au fond, ils gouvernent seulement leurs affaires -c'est-à-dire, qu'ils administrent les biens propres du prince ou les biens communs des associés- pendant qu'ils n'administrent pas les hommes (19). De même, les sujets ne renoncent à aucun droit originaire et l'administration de la justice par le prince est seulement un acte de bienveillance qui ne peut comporter, sans injustice, violation des droits naturels des sujets tels qu'ils résultent de la loi naturelle (et divine) : "Evita il male, fa il bene. Non offendere nessuno, ma renditi utile dovunque tu lo possa : non intaccare i beni, i possedimenti o i diritti altrui, ma aumentali secondo il tuo potere" (20). Ces droits consistent en cette mesure d'indépendance personnelle dont les sujets eux n'avaient pas renoncé en vertu de conventions privées et donc, en premier lieu, dans le droit à la libre jouissance des propres biens patrimoniaux. L'unique remède reconnu par von Haller à l'égard de l'éventuelle violation des droits des sujets consiste dans le refus d'obéissance, dans la révolte ou dans la faculté de s'éloigner, se soustraire à l'injustice (21).

(15) "La doctrine moderne, qui considère les princes comme les représentants ou les mandataires du peuple ou comme les interprètes et les exécuteurs de la volonté générale, est assez plus dangereuse, elle est même la seule dangereuse pour les souverains et les peuples. En effet d'un côté cette théorie mine à la base l'autorité des souverains, bouleversant la nature des rapports existants et préparant leur ruine ; de l'autre elle confère aux puissants, sous le prétexte du bien général et des buts imaginaires de l'État ou d'un prétendu destin du genre humain, une autorité absolue sur les propriétés et sur les personnes, bien qu'il n'y a plus d'injustice qui ne puisse être masquée et pratiquée sous ce prétexte.", *ibid.* I^o vol. p. 517.

(16) "(...) la liberté est toujours le but le plus haut de quiconque il n'avait besoin de servir pour vivre et la plus grande indépendance possible forme aussi le bien suprême.", *ibid.* I^o vol. p. 508.

(17) "(...) les princes sont des personnes autosuffisantes, indépendantes qui, à la façon des autres seigneurs, ne gouvernent pas en substance les affaires des autres, mais uniquement les leurs.", *ibid.* I^o vol. p. 513.

(18) *ibid.* I^o vol. p. 481.

(19) *ibid.* I^o vol. p. 81.

(20) *ibid.* I^o vol. p. 427.

(21) La conception politique de von Haller finit ainsi par rappeler la réalité de l'ancienne constitution du Moyen-âge, avec la séparation entre la fonction de gouvernement, prérogative propre du Prince, et la fonction juridictionnelle, la "iurisdicchio", qui consiste seulement dans l'énonciation d'un droit déjà en vigueur consuetudinaire ou naturel - que le Prince ne peut pas changer, même si l'unique sanction est le droit de résistance reconnu aux sujets. Pour une brève et

Il s'agit d'une intégrale réduction de la liaison sociale aux rapports de droit privé, soumis à une loi naturelle présidée par la religion. De cette façon von Haller refuse chaque séparation entre État et société, réduisant le premier à la seconde et, surtout, refusant chaque suprématie originaire à la souveraineté étatique. Si l'on sépare le centre de la conception hallerienne du fanatisme antirévolutionnaire et du prosélytisme religieux, semés à pleines mains dans les six volumes de l'œuvre, l'on verra que la préoccupation de fond de von Haller est toujours celle de garantir le fondement de l'indépendance personnelle et des droits individuels, montrant ainsi une ressemblance pas casuelle avec les intérêts de l'individualisme libéral, presque pour anticiper le sens de la future alliance entre les vieilles classes aristocratiques et la bourgeoisie.

Il faut enfin souligner dans quelle mesure la conception du bernois est tributaire d'une forte conscience historique des vicissitudes originaires de la Confédération helvétique et de sa patrie. La reconstruction du processus d'agrégation progressive des États, du haut vers le bas, sur la base de relations de change entre protection et soumission, et le fait que les Cantons originaires se libèrent, dégageant de la soumission envers l'Empire, fournissent le schéma général de la reconstruction hallerienne de la formation des agrégats étatiques. Les concepts fondamentaux du fonctionnement des républiques -caractérisés par la liberté d'adhésion et de désistement, du système des décisions sur des bases unanimistes ou majoritaires- décalquent, au contraire, le fonctionnement de l'ancienne alliance entre les États souverains et il n'est pas certainement erroné de joindre la valeur que von Haller attache à l'indépendance avec le localisme cantonal encore tellement diffus en Suisse aujourd'hui.

Après la Restauration et pendant les années '20 du siècle les effets du développement économique se croisent, avec l'intolérance envers les charges dus à la présence des frontières et des droits d'octroi, et le développement civil, fortement caractérisé par la création de nombreuses sociétés culturelles intercantionales (la Société helvétique, la Société suisse de sciences naturelles, la Société suisse des carabiniers, les Sociétés fédérales de chant, de tir, de gymnastique, celles des médecins et des officiers) dont l'effet principal était celui de diffuser un sentiment patriotique qui dépassait celui que le citoyen avait envers le Canton d'appartenance. Ces phénomènes, unis à la protestation des paysans pour la persistance des privilèges des citoyens et renforcés par la ferveur nationale qui se diffusait dans toute l'Europe, déboucheront entre 1829 et 1833 dans le mouvement que les studieux suisses ont défini de la Régénération. Une dizaine de Cantons modifieront leurs propres constitutions étendant le droit de vote, rendant les Conseils des organismes effectivement représentatifs et déléguant au peuple le pouvoir de sanctionner avec le référendum les modifications constitutionnelles. Le phénomène ne se produit pas partout de façon pacifique : le Canton de Schwytz eut des désordres qui furent apaisés seulement grâce à la médiation de la Diète ; Bâle fut bouleversé par une guerre civile entre la campagne et la cité qui aboutit à la séparation du Canton en deux semi-cantons. Mais l'objectif final des forces libérales qui conduisaient le mouvement était une révision du pacte fédéral qui consentit une évolution unitaire de la Suisse, mais ce but se heurtait à la résistance des Cantons les plus faibles, surtout les Cantons forestiers (Waldstätten), qui voyaient dans sa pleine souveraineté l'unique rempart à leur survivance et considéraient le pacte confédéral comme un traité international, dont

efficace reconstruction de la constitution du Moyen-âge, on renvoie à Charles Howard McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, New York, 1947, tr. it. *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, Il Mulino 1990.

la révision était possible seulement avec l'accord de toutes les parties contractantes. Le contraste entre Cantons régénérés et Cantons conservateurs se radicalisa pendant les années suivantes avec la constitution de deux ligues séparées, l'une composée de Cantons progressistes, l'autre de conservateurs, s'étendant après à la matière religieuse quand, en 1834, les Cantons régénérés se donnèrent un programme de réforme ecclésiastique dont la réalisation provoqua la réaction de l'Église Catholique et des fidèles, qui sera recueillis par les Cantons catholiques qui constituaient le noyau de la ligue conservatrice. Le déplacement du conflit sur le plan confessionnel porta à la dissolution de la ligue de Sarnen, avec le retrait des Cantons protestants de Basel et de Neuchâtel et à la constitution du Sonderbund (1845) par les Cantons catholiques de Ury, Schwytz, Unterwalden, Luzern, Zug, Fribourg et Valais. Ce fait détermina la progressive radicalisation de la situation ; l'équilibre se rompit avec le passage de Genève du côté des Cantons régénérés, fait qui consentait à la Diète d'exiger la dissolution du Sonderbund et ensuite de le faire militairement après un conflit très bref (du 4 au 30 novembre 1847).

Bien que l'occasion de la Guerre du Sonderbund fût de caractère religieux, ce fut une crise de nature essentiellement politique : les structures constitutionnelles de la Confédération étaient désormais devenues un obstacle à la croissance économique et seule l'élimination des barrières douanières intérieures et de tous les autres liens qui encore limitaient la circulation des personnes, des biens et des idées aurait rendu possible cet objectif. De ce point de vue, la résistance des Cantons les plus pauvres, bien que compréhensible, était destinée à être dépassée, de toute façon, dans le cadre d'un accord qui garantissait la survivance de chaque Canton comme entité étatique, même avec un concept plus limité de souveraineté propre, offrant d'adéquates récompenses économiques pour la perte des produits fiscaux joints à l'élimination des droits d'octroi.

Sur ces bases naît la nouvelle Constitution fédérale, approuvée par le peuple et les Cantons le 12 septembre 1848. Elle constitue l'acte de naissance effectif de la Suisse moderne, dont elle définit de façon originale les caractéristiques institutionnelles. Un pouvoir central doué de compétences propres est institué, mais il est établi que toutes les compétences non expressément assignées à ce pouvoir incombent aux Cantons. Ce pouvoir central a des attributions législatives, qui sont exercées par deux Chambres qui représentent, respectivement, le peuple et les Cantons, empruntant la solution adoptée par les Constituants américains. Toujours par analogie aux solutions adoptées soixante ans avant en Amérique, l'État fédéral soumet à sa propre garantie les constitutions cantonales, chose qui a par la suite comporté une approche progressive entre elles. Mais l'originalité de la contribution helvétique à l'histoire du droit constitutionnel est constituée par deux solutions complètement autochtones : la confiance du pouvoir exécutif à un collège de sept personnes élues tous les trois ans par les deux Chambres du Parlement en séance commune, mais indépendant du Parlement, et l'introduction d'une ample dose de démocratie directe, avec l'imposition de la sanction populaire pour chaque modification constitutionnelle et prévoyant aussi la possibilité de soumettre au référendum populaire les lois approuvées par le Parlement.

Il s'agit de deux solutions que reprennent de façon heureusement originale des institutions caractéristiques de la tradition helvétique. Le gouvernement collégial était celui qui - sous le nom de Diète -- avait dirigé la politique commune des anciens États confédérés pendant plusieurs siècles, mais il était aussi la plus diffuse et traditionnelle forme de gouvernement des Cantons. Même l'introduction de la sanction populaire représentait une féconde redécouverte de

l'ancienne tradition de démocratie directe de la Suisse intérieure, outre qu'un accueil des instances modernes. C'est justement la correspondance de ces solutions à une vive continuité de tradition et de culture, qui a fait qu'elle s'enracine rapidement, donnant lieu à un système constitutionnel complexe qui paraît fait sur mesure pour le peuple helvétique. Il unit une activité de gouvernement tout à fait autonome, avec une ample pratique de la démocratie directe.

Même l'arrangement qui avec le temps a été réalisé dans les rapports entre État fédéral et Cantons -le "fédéralisme coopératif"- paraît caractérisé par un équilibre notable ; malgré la progressive extension des compétences de l'État fédéral, phénomène généralisé du dernier siècle, les Cantons ont maintenu une vitalité propre, l'administration centrale ne s'est pas dilatée de façon anormale, au contraire elle a délégué presque toutes les tâches exécutives aux autorités locales, se réservant le choix des projets et la surveillance.

C'est, dans l'ensemble, une réalisation fascinante, qui concilie une version originale de la conception moderne de la souveraineté absolue du peuple avec une utilisation très modérée de cette prérogative souveraine, justement à travers un système de délégation qui permet soit l'expédition des affaires avec compétence technique, efficacité et pleine responsabilité, soit le rappel de chaque affaire importante dans la sphère de décision du peuple souverain. Toutefois, par ses caractéristiques particulières, elle paraît comme une expérience qu'on ne peut généraliser, liée à des conditions que l'on peut difficilement répéter ; on peut dire, dans la meilleure tradition de la pensée rousseauienne.

Alors que depuis la seconde moitié du XIX^{ème} siècle jusqu'à nos jours l'évolution des systèmes politiques continentaux s'est déroulée dans le contraste entre gouvernements et parlements et a porté, à la fin, à la prépondérance des uns ou des l'autres, en Suisse le parlement s'est rapidement résigné à un second rôle, écrasé entre le pouvoir exécutif et le peuple. Même la fonction de contrôle du gouvernement a été exercée avec une parcimonie toujours plus grande, pour la contextuelle extension progressive de l'usage de la démocratie directe et l'élargissement de la majorité par les seuls radicaux -protagonistes de la Régénération- aux catholiques, aux conservateurs et, enfin, aux socialistes. C'est ainsi qu'est né le paradoxe d'un système politique caractérisé en même temps par une stabilité granitique et par l'existence d'une classe politique plus progressiste que le peuple souverain (22), malgré -mais l'on doit dire à cause- de l'effective permanence de cette classe politique, témoignée par la durée en charge des Conseillers fédéraux, quatre-vingt-dix de l'année 1848 à aujourd'hui, avec trois seuls cas de non reconfirmation du mandat et une durée moyenne en charge supérieure à onze ans.

Ce qui a rendu possible ce processus c'est l'heureuse synthèse constitutionnelle de 1848, restée inaltérée dans ses caractéristiques fondamentales à travers les vicissitudes du Kulturkampf, la révision constitutionnelle de 1874 et les deux Guerres mondiales, témoignant sa féconde adhérence à une culture et à une façon de vivre.

(22) Un grand témoignage de cette grande sensibilité envers le nouveau par la classe politique suisse est donné par les nombreux essais pour encourager l'adhésion de la Confédération aux principales organisations internationales et à la CEE, commencés dans les années cinquante et seulement récemment couronnés de quelque succès.

II -
CONFÉRENCES

LE LIVRE BLANC DE LA DÉFENSE NATIONALE

CONFÉRENCE À L'INSTITUT D'ÉTUDES POLITIQUES
D'AIX-EN-PROVENCE

(VENDREDI 13 MAI 1994)

Par

M. Marceau LONG
Vice-Président du Conseil d'État

Je suis heureux de me retrouver dans ce vieil hôtel de la rue Gaston de Saporta où je fis mes études de droit, commencées, oserai-je le dire, il y a 50 ans. Je suis flatté de me trouver aujourd'hui dans cette salle, face à votre nombreux auditoire, dans laquelle se trouvent les étudiants de la promotion François-René Chateaubriand, dont j'ai l'honneur d'être le parrain, et à laquelle je souhaite une scolarité brillante. Je me suis trouvé cependant un peu perplexe en acceptant, à la demande qui m'a été transmise par Monsieur Bourdon, de vous offrir en présent de parrainage une conférence sur le Livre Blanc de la Défense nationale. Quels rapports peuvent exister, à première vue, entre le romancier d'Atala, des "orages tant désirés" et du "vague des passions", entre le grand voyageur qui erra des savanes du Nouveau Monde aux ruines de Rome et d'Athènes, et la politique de défense de la France ? Il y en a cependant, car les "Mémoires d'outre-tombe" et les "Grands écrits politiques" de Chateaubriand nous ont révélé le soldat -l'émigré- mais surtout l'homme politique qui prit une part active aux affaires de son siècle, et le publiciste -dont les idées sont un vivier bien connu des membres du jury de l'École Nationale d'Administration lorsqu'il cherche des sujets de premier jour ou d'exposé oral ; je fus moi-même à l'oral du concours d'entrée de 1948 l'un des cobayes soumis à l'Essai historique sur les Révolutions- !

C'est à la mi-juillet 1792 que François-René Chateaubriand immigre avec son frère. Les souvenirs de sa vie de soldat qu'il évoquait, trente après, sont pleins de fraîcheur : "Nous plantions au hasard nos tentes, dont nous étions sans cesse obligés de battre la toile afin d'empêcher l'eau de la traverser. Nous étions dix soldats par tente ; chacun à son tour était chargé du soin de la cuisine : celui-ci allait à la viande, celui-ci au pain, celui-ci au bois, celui-ci à la paille. Je faisais la soupe à merveille ; j'en recevais de grands compliments, surtout quand je mêlais à la

ratatouille du lait et des choux, à la mode de Bretagne."... "Une chose me fatiguait, c'était de laver mon linge"-, ... Mais il y a des rencontres imprévues qui créent l'épouvante : "En rentrant au camp, un officier du génie passa près de moi, menant son cheval par la bride ; un boulet atteint la bête à l'encolure et la coupe net ; la tête et le cou restent pendus à la main du cavalier, qu'ils entraînent à terre." Plus de 40 ans après, l'opposant à la Monarchie de juillet, ne ménage pas ses critiques à la "monarchie élective" : "Pour dire un mot de ce système de "Non-Intervention", dont on fait tant de bruit, je pense qu'un homme d'État ne doit jamais énoncer des principes rigoureux à la tribune, car l'événement du lendemain peut le forcer à déroger à ces principes"... "Le département des Relations extérieures avait, de son propre aveu, déclaré que la France ne consentirait pas à l'entrée des Autrichiens dans les pays insurgés de l'Italie, et les Autrichiens sont entrés dans ces pays, et la France a laissé faire"... "Un Gouvernement ne proclame pas de si haut des doctrines qu'il n'est pas sûr de pouvoir maintenir"... Les méditations sur l'ébranlement du monde inspirent les dernières pages des Mémoires d'outre-tombe : "Le vieil ordre européen expire, il n'existe plus rien, tout est nié... "A quelle époque la société disparaîtra-t-elle ?"... "Les nations, arrivées à leur majorité, prétendent n'avoir plus besoin de tuteurs..." "La vieille Europe ne revivra jamais. La jeune Europe offre-t-elle plus de chances ? Le monde actuel semble placé entre deux impossibilités, celle du passé et celle de l'avenir..." Mais Chateaubriand ne se laisse pas aller à ce noir pessimisme : "Je ne trouve de solution à l'avenir que dans le christianisme. Stable dans ses dogmes, il est mobile dans ses lumières..." Je vois les reflets d'une aurore, dont je ne verrai pas se lever le soleil..."

Et nous ? Après les bouleversements de la chute du mur de Berlin, voyons-nous l'aurore d'un monde nouveau ? Sera-t-il celui de la paix ? Celui de la guerre, ou des guerres ? Les nations ne cessent pas, en tout cas, de songer à leur sécurité et à leur défense.

..*.*

Dans son discours de politique générale prononcé devant l'Assemblée nationale le 8 avril 1993, le Premier Ministre avait annoncé l'élaboration d'un Livre Blanc sur la Défense nationale. La Commission chargée de le préparer a été installée le 26 mai 1993, et a tenu sa dernière réunion le 28 janvier 1994. Avant de décrire la méthode de travail qui a été suivie, durant les neuf mois d'élaboration du "Livre Blanc", il n'est pas inutile d'en rappeler la raison d'être.

*

Les changements qui affectent notre sécurité, et l'appareil de défense qui la garantit, rendaient cette réflexion nécessaire. D'autres pays s'y livrent aussi : -Angleterre, Allemagne, Italie, États-Unis- à des intervalles de temps souvent bien plus courts que le nôtre. Notre dernier Livre Blanc datait de 20 ans. Beaucoup de ses analyses conservent leur actualité. Pour les deux décennies passées et pour les temps à venir, c'est moins la définition des intérêts et de la sécurité de la France qui a évolué, que le contexte du monde et, par conséquent, notre concept et nos moyens de défense. La situation stratégique, pour notre pays, était, en 1972, bien différente de celle d'aujourd'hui. Le futur était alors déchiffrable, tout au moins dans trois des caractéristiques essentielles d'une politique de défense : l'ennemi, les alliances, les menaces. Il s'agissait de prendre acte de révisions déjà engagées, depuis 1966, de tracer leur prolongement pour l'avenir et aussi d'expliquer aux français cette politique de défense : "Aucune politique n'a de valeur sans consentement national" écrivait Michel Debré dans son avant-propos.

Aujourd'hui, ennemi (s), alliances et menaces, rien n'est aussi clair. Le rêve d'un "nouvel ordre mondial" a, en quelques années, cédé la place à la crainte d'un "nouveau moyen-âge", porteur de tensions internationales anarchiques. La fin de la guerre froide appelle des mutations profondes. L'avenir est à déchiffrer. La réorientation des politiques de défense s'est imposée, pour les mêmes raisons aux États-Unis, à la Russie, à l'Angleterre, à l'Allemagne. Chez nous, un Livre Blanc était d'autant plus nécessaire qu'il n'y avait pas eu de discussion, au Parlement, du projet de la loi de programmation militaire pour les exercices 1992 - 1994. Avant de mettre en chantier la loi de programmation, la 8ème, pour les exercices 1995-2000, le Gouvernement a désiré avoir une réflexion sur ce que serait notre défense, non seulement jusqu'à la fin du siècle, mais pour les 15 à 20 ans à venir, car la défense s'inscrit dans la durée, celle du temps humain d'une génération, celle du cycle de production et d'utilisation des équipements. C'est à cette fin qu'il a constitué la Commission du Livre Blanc.

En l'installant officiellement, le 26 mai 1993, le Premier Ministre Monsieur Édouard Balladur lui a fixé son objectif :

"J'attends de vous sinon un plan, du moins une réflexion, sur une restructuration indispensable pour sauvegarder (...) et préserver notre indépendance".

Chargée ainsi d'apporter une "aide à la décision", en fournissant au Gouvernement une "analyse" de la situation dans laquelle nous nous trouvons, des menaces potentielles et des moyens pour notre pays d'assurer son indépendance, ce n'était donc pas un travail de programmation qui incombait à la Commission, mais d'*éclairer prospectif* des concepts stratégiques, de leur contexte national et international, militaire et industriel.

*

Le gouvernement l'avait doté d'une composition mixte, à la fois civile et militaire. Des experts de tous les ministères concernés : défense, intérieur, affaires étrangères, budget, recherche, éducation, et coopération, ainsi que des personnalités qualifiées de ce qu'il est convenu d'appeler la "société civile", furent ainsi appelés à siéger aux côtés des hauts responsables militaires. Au total : 25 membres, 7 militaires et 18 civils.

Cette composition donnait à la Commission un "double regard", -celui de l'intérieur, des hommes de la défense, et celui de l'extérieur- précieux pour mener à bien la mission qui lui avait été assignée : la défense est aujourd'hui, plus que jamais, l'affaire de tous : État, militaires et civils, entreprises publiques et privées. Le Gouvernement me fit l'honneur de m'en confier la présidence - moins en ma qualité de Vice-Président du Conseil d'État qu'en celle de Secrétaire général pour l'administration et les finances du ministère de la Défense de 1967 à 1973 et aussi en celle d'ancien Secrétaire Général du Gouvernement de 1974 à 1982, ayant connu les problèmes de la défense... et ceux de la cohabitation. J'avais aussi été pendant 14 ans de 1967 à 1982, membre du Comité de l'énergie atomique, véritable conseil d'administration du Commissariat à l'énergie atomique.

La Commission a constitué neuf groupes de travail spécialisés. Trois avaient trait à *La France dans le monde* : "Le contexte international" (groupe 1), "L'Europe et la Défense" (groupe 2), et les "Stratégies de défense de la France" (groupe 3). Aux trois autres revenait d'analyser *les moyens pour une politique*, c'est à dire "L'effort de défense" (groupe 4), la "Politique de l'armement et la stratégie industrielle" (groupe 5), et "les Hommes" (groupe 6). Enfin, les trois derniers groupes devaient s'attacher à la *défense dans l'État* : "Organisation générale de la

Défense" (groupe 7), "Conscription" (groupe 8), enfin "Défense et Service Public" (groupe 9).

Chacun de ces neuf groupes était co-présidé par un représentant du ministère de la Défense et par une personnalité extérieure. A titre d'exemple, le groupe 5, Politique de l'armement et stratégie industrielle, était co-présidé par Henri Conze, Directeur général de l'armement et Raymond Lévy, Président d'honneur de Renault.

Les groupes de travail se sont réunis de mai à l'automne, et ont auditionné chacun de nombreuses personnalités. La Commission tenait, quant à elle une à deux séances par quinzaine, procédant à de nombreuses auditions, notamment celle des chefs d'état-major des trois armées, du chef d'état-major particulier du Président de la République et du directeur général de la gendarmerie. Le chef d'état-major des armées et le délégué général à l'armement étaient eux-mêmes personnellement membres de la Commission. Les réunions furent plus nombreuses, et fort longues, au moment des conclusions.

Un séminaire de 2 jours, dans une forêt près de Paris, a permis à la Commission, à la fin du mois de septembre, d'approfondir sa réflexion sur les thèmes les plus difficiles, et d'entendre le secrétaire général de la Présidence de la République venu, lui-même, passer une longue veillée avec nous.

Parallèlement, le ministre de la défense avait créé, notamment au sein de l'état-major des armées, des états-majors et de la direction générale de l'armement, cinq groupes de travail préparant toutes les données de notre réflexion. Des échanges fructueux ont ainsi pu se nouer entre ces diverses cellules. Le chef du contrôle général des armées a estimé qu'environ cinq cents personnes avaient dû participer aux travaux. Les équipes chargées de la rédaction du rapport d'étape et du rapport final furent, bien entendu, réduites à quelques unités. Mais l'un et l'autre rapport furent longuement relus et discutés par la Commission tout entière.

Pendant ces 9 mois, des communications furent présentées aux Commissions du Parlement par le Ministre et par moi-même, et je fis, en présence de Monsieur Léotard, une présentation générale de nos travaux au Conseil supérieur de la fonction militaire.

*

Un rapport d'étape devait être remis -et l'a été- au Gouvernement à la mi-octobre. Il a permis à la Commission de dresser un état de ses options, sans négliger de faire connaître les opinions divergentes exprimées, et de vérifier, sur les questions-clés, si nous étions dans la ligne des choix politiques du Gouvernement. Car, même préparé par une Commission, le Livre Blanc est le Livre Blanc *du Gouvernement* : il ne peut en être autrement dans un domaine qui touche de si près à la souveraineté nationale. Le Premier Ministre l'a dit dès l'installation de la Commission. Le Ministre de la défense l'a redit devant le Parlement, et je n'ai pas manqué de le répéter lorsque j'ai été entendu par les Commissions de la Défense, de l'Assemblée, puis par celle du Sénat. C'est ainsi que les axes principaux de notre travail furent soumis le 9 novembre 1993 à l'aval du gouvernement au cours d'un Comité interministériel restreint présidé par le Premier Ministre et qui réunissait les Ministres de la défense, des affaires étrangères, de la coopération, le chef d'état-major des armées, le secrétaire général à la Défense nationale, et moi-même. Les questions qui suivent furent examinées, chacune faisant l'objet de fiches de présentation :

- * les nouveaux facteurs de menace ;
- * les nouvelles finalités de notre politique de défense ;
- * les choix européens et les alliances dans le nouveau contexte stratégique ;

- * les propositions pour une stratégie renouvelée en ce qui concerne les moyens conventionnels ;
- * la dissuasion nucléaire ;
- * les scénarios d'emploi de nos forces dans six grandes hypothèses ;
- * les ressources consacrées à la défense, la Commission ayant demandé que la part de richesse nationale consacrée à la Défense ne diminue pas ;
- * le service national, la Commission ayant écarté à une très forte majorité l'armée de métier, et proposé une armée mixte à composante professionnelle renforcée.

Les propositions du Rapport d'étape firent l'objet d'un accord de principe, mais le Premier Ministre nous indiqua que les points clés concernant la dissuasion nucléaire, les alliances, et le service militaire seraient examinés au cours d'un ou de deux prochains Conseils de défense. Il nous invita à poursuivre les travaux qui aboutiront à la rédaction du Livre Blanc, et qui nécessitaient de nouvelles auditions et des aller-retour entre différents partenaires -prolifération, antimissiles, format des armées, "montée" et "remontée" en puissance- Des modifications pouvaient être nécessaires, après les Conseils de défense, sur les points soumis à ces Conseils.

La Présidence de la République, si elle n'était pas directement partie à la Commission, avait, par l'intermédiaire du Secrétaire général de l'Élysée, suivi de près nos réflexions concernant des questions de politique étrangère et de défense, qui pouvaient toucher aux responsabilités que la Constitution confère au chef de l'État, chef des armées, garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire, et du respect des traités. Le Conseil de défense s'est finalement réuni à deux reprises, et a donné son accord de principe après les mises au point, notamment sur le nucléaire et les alliances, demandées par le Président de la République.

La Commission avait donc tous les éléments nécessaires pour achever ses travaux. A la suite d'une dernière réunion, le 28 janvier 1994 -et trois jours plus tard, le 31-, le ministre d'État, ministre de la défense et moi-même, avons pu remettre le projet de Livre Blanc au Premier ministre, la rédaction du 28 janvier n'ayant été que très peu modifiée. Le projet a fait l'objet des remarques des ministres intéressés, notamment ceux qui sont en charge de l'intérieur et de l'aménagement du territoire, des affaires étrangères et du budget. Le gouvernement a par ailleurs pris position sur sept ou huit questions que la Commission avait laissées "entre crochets" parce que nécessitant de toute évidence un arbitrage politique. C'est ce texte approuvé par le Gouvernement qui aura été soumis à la seconde, et dernière réunion, du Conseil de défense, le 16 février. Le terme de cette procédure aura été, le 23 février, la présentation du Livre Blanc aux Commissions parlementaires du Sénat et de l'Assemblée Nationale par le Premier Ministre et le Ministre de la défense. Les travaux auront donc duré neuf mois - la durée d'un enfantement. Ce qui n'était pas trop long pour des propositions d'une telle ampleur.

Ce temps aura, en tout cas, permis de dresser une *mise à jour et une synthèse* des travaux de réflexion déjà nombreux réalisés au ministère de la Défense, par les Instituts -notamment l'IHDN et ses sections régionales ; je n'oublie pas celle de cette région-, les fondations, les centres universitaires et les associations étudiant les questions de défense. La Commission a précisé les conséquences qu'on pouvait en tirer pour nos choix stratégiques, diplomatiques et industriels, a dégagé ou en tout cas essayé de dégager, une synthèse cohérente avec les objectifs que pouvaient s'assigner nos plus hautes autorités politiques et de défense. C'est donc un acquis précieux, dont je voudrais maintenant vous exposer les grandes lignes.

Neuf axes de réflexion ont fourni la matière du Livre Blanc :

- 1 Le contexte stratégique ;
- 2 Les objectifs de la politique de défense ;
- 3 Le cadre international ;
- 4 La stratégie ;
- 5 Capacité des forces armées ;
- 6 Les ressources humaines ;
- 7 Politique d'armement et stratégie industrielle ;
- 8 L'effort de défense ;
- 9 Défense et société.

Premier point : le contexte stratégique

Pour la première fois de son histoire, la France ne connaît plus de menace militaire directe. Mais des risques nouveaux affectent sa sécurité.

Avec la fin de l'antagonisme bipolaire, s'esquisse en effet une nouvelle évolution du rapport entre puissances, oscillant entre intégration croissante et déstructuration progressive. Selon la plupart des analyses prospectives, le monde s'organise autour de trois pôles essentiels : l'Amérique du Nord, l'Europe occidentale et un "espace asiatique", englobant le Japon - dont les composantes sont en pleine mutation. Entre ces pôles, pas de menace de conflits armés, mais en revanche, un contexte d'âpre concurrence.

L'Europe est portée par l'espoir d'une organisation équilibrée, dont l'Union Européenne devrait être le vecteur principal. Ainsi notre continent cessera-t-il d'être divisé entre Est et Ouest. Cependant, l'Europe centrale et orientale est en situation d'instabilité dangereuse, tandis que de graves incertitudes pèsent sur l'évolution de la Russie. Les vieilles questions des minorités et des frontières réapparaissent en force. Si on ne les prévient pas, certaines pourraient dégénérer en conflits ouverts, entraînant à nouveau l'Europe dans la guerre. Cette menace de crise est une préoccupation prioritaire. Doivent aussi être prises en compte les menaces nouvelles que constituent la prolifération des armes de destruction massive, le terrorisme, les extrémismes religieux et nationalistes, les trafics de type mafieux, notamment celui de la drogue.

Face à ces bouleversements, l'adaptation des institutions internationales demeure inachevée. Aucune n'a encore les moyens de relever tous les défis présents - impuissance qui se traduit par une remise en cause du système international. N'est il pas contradictoire, par exemple, d'exiger des interventions dans les affaires intérieures des États et de refuser les moyens financiers indispensables à ce type de responsabilités ? de n'en pas fixer les conditions ?

Ce constat permet de passer au second point : les objectifs de notre politique de défense

Nos grandes finalités sont constantes. La France doit être en mesure d'assurer sa protection et la défense de ses intérêts dans le monde. Elle a les ambitions d'une puissance présente en de nombreux points du globe, héritage de son histoire et de son développement économique. Sécurité intérieure et extérieure, de plus en plus liées, imposent une conception globale de la défense.

Notre *premier objectif* demeure d'être en mesure d'assurer, seuls si nécessaires, la défense ultime de nos *intérêts vitaux* protégés par la dissuasion nucléaire. La France ne saurait s'en remettre à d'autres à cet égard. La perspective de la

construction d'une défense européenne doit toutefois rester un objectif. Il est en effet probable qu'à long terme, la conception que nous faisons de nos intérêts vitaux coïncidera avec celle de nos voisins.

Pas plus que par le passé, la frontière entre intérêts vitaux et intérêts stratégiques ne peut être précisée par avance. Pour l'essentiel, nos intérêts stratégiques résident dans le maintien de la paix sur le continent européen et dans les zones limitrophes - Méditerranée, Moyen Orient - ainsi que dans les espaces essentiels à l'activité économique et à la liberté des échanges.

Au delà, nous avons des intérêts qui correspondent à nos responsabilités et à ce que le général de Gaulle appelait le "rang" de la France dans le monde, issu d'une combinaison entre facteurs de puissance, économie, actions militaires et diplomatiques ou encore scientifiques et culturelles.

Notre *second objectif* tient à la construction de l'Europe et à la stabilité de l'ordre international. Notre "rang" tient en effet pour une large part à notre aptitude à influencer sur le processus européen. Cela nous permet de parler d'une voix ferme ailleurs.

Notre *troisième objectif* est de mettre en oeuvre une défense conçue globalement et qui ne se limite pas aux objectifs militaires. Une défense doit en effet impliquer le pays dans son ensemble et s'inscrire dans la permanence de l'unité nationale. Notre force tient à être une vieille nation, qui réunit des hommes et des femmes autour de la volonté de vivre ensemble. Il nous faut maintenir cet héritage, notre puissance résidant moins dans notre étendue territoriale que dans notre cohésion sociale : héritage de l'organisation de notre société, de l'éducation, de la solidarité, du partage des valeurs. L'esprit de défense est un élément de cette cohésion, et la renforce qu'il s'agisse de la *défense civile* dont les missions seront renforcées (protection de la population, maintien de l'ordre public, préservation de la continuité de l'action gouvernementale) ou de la *défense économique*, appuyée sur une industrie puissante, des finances solides, s'employant à réduire nos vulnérabilités. Songeons notamment aux activités qui s'exercent dans un cadre toujours plus large, européen et international (énergie, télécommunication, services informatiques) et aux transferts de technologie décisifs pour la supériorité que nous recherchons sur des pôles essentiels à notre sécurité.

*

Ces considérations débouchent logiquement sur un troisième point.

Troisième point du Livre Blanc : le cadre international

La restauration de l'Europe dans ses dimensions politique, historique et culturelle implique d'aller vers une nouvelle architecture de sécurité. En effet, si l'OTAN demeure la principale organisation de défense en Europe, le continent n'en est pas moins à la recherche d'une organisation tout aussi sûre, mais plus souple et plus ample, afin d'éviter la reconstitution de blocs.

La réalisation de cet objectif du Traité sur l'Union Européenne ne peut être que progressive. L'identité européenne de défense peut néanmoins commencer à s'exprimer au travers de l'UEO ou même, au sein de l'Alliance atlantique, par le recours des Européens aux moyens existants de l'OTAN.

Si l'Alliance Atlantique a pris acte de la nécessaire évolution de ses missions, les changements restent encore insuffisants. Une véritable rénovation semble

indispensable : l'Alliance doit mieux prendre en compte l'identité européenne, renforcer la coordination de ses structures politiques et militaires, demeurer un lien privilégié entre Européens et Nord-américains et enfin s'ouvrir à d'autres pays européens. La France est prête à participer à cette rénovation, avec les réserves qui sont les siennes depuis le général de Gaulle : non-participation à l'organisation militaire intégrée, libre disposition de nos forces et de notre territoire, indépendance des forces nucléaires, liberté d'appréciation des conditions de notre sécurité et du choix de nos moyens d'action. Nous participerons seulement aux réunions du Comité des états majors de l'OTAN pour les opérations où nous sommes engagés.

Quant à l'ONU, elle devra essayer de maintenir la paix et de gérer les crises dans le monde. Le Conseil de sécurité étant la seule autorité internationale habilitée à prendre des mesures contraignantes à l'encontre d'un État, nous devons nous efforcer de faire en sorte que cette instance prenne en compte les risques nouveaux. Mais il faut aussi repenser les moyens militaires de l'Organisation, les tâches des "casques bleus" s'avérant de plus en plus complexes et de plus en plus risquées.

Par ailleurs, les incertitudes considérables qui pèsent sur l'avenir de l'Afrique pourrait conduire à *un certain désengagement*. Toutefois notre intérêt pour ce continent demeure, et la présence d'unités déployées y reste nécessaire afin d'assurer des actions rapides et d'accompagner l'évolution des pays qui sont nos partenaires.

Enfin, des accords de maîtrise des armements ayant été signés dans tous les domaines (nucléaire, chimique, conventionnel), la France tient à consolider ces acquis, mais elle est sûre qu'une "course au désarmement" qui négligerait de prendre en compte l'application des engagements souscrits, ou le contexte international, serait vouée à l'échec, ou conduirait à de nouveaux déséquilibres.

*

Dès lors, quelle stratégie adopter ? Tel est l'objet du quatrième point

Le caractère *défensif* de notre stratégie -ligne qui est la nôtre depuis plus de 40 ans- reste la base de notre doctrine de dissuasion.

Le Livre Blanc de 1972 posait clairement les fondements de notre choix d'une stratégie nucléaire : protection des intérêts vitaux et souci d'assurer en toute circonstance notre liberté d'action politique. Notre stratégie ne reposera sans doute plus seulement sur la dissuasion nucléaire -car les menaces mortelles se sont estompées- mais nos armées seront fortement sollicitées pour des missions de prévention ou gestion de crise, sans risque direct d'escalade nucléaire : d'où la nécessité d'une *complémentarité nouvelle entre dissuasion et action*.

La *dissuasion nucléaire* repose, on le sait, sur la perception par tout adversaire des risques inacceptables, hors de proportion avec l'enjeu du conflit, qu'entraînerait une agression. La stratégie nucléaire française rejette toute confusion entre dissuasion et emploi. Les changements politico-stratégiques qui viennent d'être évoqués ne changent pas cette doctrine, ce qui ne doit pas empêcher ses instruments d'évoluer. La dissuasion doit éviter la guerre ; elle n'est pas une arme dans la bataille. Qu'il s'agisse de la préparation de l'arme par les essais, ou de son emploi potentiel, le Livre Blanc répudie la "banalisation" du nucléaire : jointe au risque de dissémination, la banalisation ferait de l'arme nucléaire, un outil de bataille, comme un autre : elle perdrait son caractère de "monstre sacré", de terreur absolu qui lui permet d'être l'instrument politique de dissuasion. Pour les essais nucléaires, ils demeurent suspendus, le Président Clinton ayant confirmé et prolongé la suspension décidée par le Président Mitterrand. Le programme "Palene" -programme de

simulations d'explosion *sans essais*- est accéléré, et doté de moyens financiers supplémentaires importants. Les experts estiment, en grande majorité, qu'une suspension de courte durée n'est pas dangereuse pour notre capacité nucléaire mais le devient, sur le plan technique, si elle se prolonge, et qu'en tout état de cause, sur le plan politique, elle peut nuire à notre crédibilité. En outre, la reprise des essais peut être difficile si les États-Unis arrivent à faire signer un traité d'interdiction générale et mondiale des essais auquel ils tiennent. Elle ne nuirait pas à leur propre capacité et n'amoincirait pas leur avance, car ils maîtrisent depuis quelques années l'expérimentation sans essais. Nous sommes loin d'être aussi avancés et nos experts estiment que des essais classiques seront nécessaires pour mettre au point ce programme. En outre, la supériorité américaine dans les "armes conventionnelles intelligentes" est telle que certains disent, aux USA, que l'avenir est à la "dissuasion conventionnelle" - idée qui nous répugne car nous ne sommes pas sûrs de pouvoir suivre, et en ce cas nous devrions nous en remettre à leurs armes nouvelles s'ils acceptent de les vendre... Le moratoire des essais serait annulé si une puissance nucléaire reprenait les essais classiques, mais qui le ferait si les USA ne le font pas ? Il n'y a que la Chine, mais son retard ne paraît pas encore en faire une menace sérieuse - ce qui n'empêche qu'elle peut le devenir... quoiqu'il en soit, le Premier Ministre et le Ministre de la Défense ont affirmé "ne souscrire à aucune interdiction définitive des essais, aussi longtemps qu'ils les jugeront indispensables à la crédibilité technique de notre dissuasion".

La problématique d'une *doctrine nucléaire européenne* est appelée à devenir une des questions de la défense commune. Une telle perspective demeure très éloignée mais ne doit pas être perdue de vue car, avec le nucléaire, une autonomie de l'Europe en matière de défense est possible. Mais tant qu'il n'y a pas d'intérêts vitaux communs et considérés comme tels par les Européens, *la France n'entend pas diluer ses moyens de défense nucléaire*.

Pour *nos moyens conventionnels*, une conversion par rapport à la conception de 1972 doit s'opérer progressivement : la fonction d'interdiction de contournement de la dissuasion, qui était essentiellement la leur, devient seconde par rapport à la capacité de participer à la résolution de crise régionale. Ces moyens seront appelés à agir sous trois formes : prévention, action, protection.

Six scénarios ont été retenus pour couvrir l'éventail des hypothèses, selon qu'il s'agit d'un conflit régional, de défense des DOM-TOM, de maintien de la paix ou de résurgence d'une menace majeure en Europe. L'exploitation de ces hypothèses conduit à deux conclusions : plusieurs scénarios peuvent se déclencher simultanément et donc une combinaison de nos engagements est possible. Par ailleurs, le cas de la résurgence d'une menace majeure en Europe conduit à faire appel à un concept nouveau de *constitution de forces et de changement du format* -la remontée en puissance-, différent de la classique "montée en puissance" (mise sur pied de guerre d'unités prévues), et qui ne saurait concerner les forces nucléaires.

Ces scénarios sont :

- S1 - Conflit régional ne mettant pas en cause nos intérêts vitaux mais pouvant déboucher sur des engagements de haute intensité et, donc, nécessité de fortes capacités de projection à grande distance (5 à 7.000 km ne sont pas à exclure) ;
- S2 - Conflit régional pouvant mettre en cause nos intérêts vitaux, par l'implication d'une puissance nucléaire dans le conflit ;
- S3 - Atteinte à l'intégrité du territoire national hors métropole ;
- S4 - Mise en oeuvre d'accords de défense bilatéraux, notamment en Afrique ;
- S5 - Opérations en faveur de la paix et du droit international dans le cadre de l'ONU, de la CSCE et dans un contexte militaire multinational (OTAN, UEO, coalition) ;

S6 - Résurgence d'une menace majeure contre l'Europe occidentale, scénario très peu probable à l'horizon de vingt ans, mais qui ne peut être écarté car il présente un *risque mortel*.

*

Les concepts stratégiques doivent déterminer les capacités des forces.

Capacités des forces armées

Découlant des hypothèses d'emploi des forces, et en tenant compte des réalités que la France a déjà vécues, la planification à venir des capacités de nos forces devra permettre, hors conflit majeur en Europe, la conduite simultanée de plusieurs opérations non majeures.

* *Les nouvelles capacités prioritaires* se déduisent des analyses qui précèdent :

- *Le renseignement* a toujours été un instrument stratégique essentiel, mais il devra recevoir une haute priorité pour s'adapter aux nouvelles conditions. Pendant la guerre froide il s'agissait d'évaluer le potentiel militaire et de cerner l'implication soviétique dans les conflits périphériques. Aujourd'hui, il s'agit d'en faire un outil de prévision et d'appréciation des conflits, apte à aider aux prises de décision politique.

- *Le commandement* requis par la mise en oeuvre de nos orientations constitue un véritable système nerveux, depuis l'échelon central jusqu'aux unités déployées sur le terrain. Il faut, à terme, disposer d'un *commandement de théâtre interarmées* projetable, regroupant les éléments de conduite des opérations nécessaire à exercer les *responsabilités qu'une coalition* nous aurait confiées.

- *La projection et la mobilité stratégique*. L'objectif à terme est que toutes les forces disponibles, à l'exception de celles dont la vocation est d'assurer la sécurité du territoire et de ses approches, puissent intervenir à distance. La mobilité devient ainsi un facteur déterminant du succès et son organisation devra être basée sur la *modularité* de cellules élémentaires destinées à être regroupées en ensembles cohérents.

* *La posture permanente de sécurité* :

Pour assurer en toutes circonstances la sécurité de notre territoire et de nos intérêts intervient le concept de posture permanente de sécurité qui varie en fonction du niveau d'alerte.

En matière de dissuasion, c'est la composante sous-marine qui est la mieux adaptée à un ultime avertissement ou à une frappe en second. Il faut donc disposer d'armes adaptées à la délivrance de cet ultime avertissement. Cette capacité doit relever d'une totale autonomie d'action nationale. Un silence nécessaire a été gardé sur ce que pourrait être la forme de cet avertissement.

Pour ce qui est de la prévention, notre sécurité repose sur un dispositif permanent d'une dizaine de milliers d'hommes - un à deux escadrons - des avions de transport et de patrouille maritime et une vingtaine de bâtiments. L'ensemble doit pouvoir s'appuyer sur des implantations outre-mer et des bases d'accueil.

Nos forces projetables, compte tenu de la nécessité de disposer d'une logistique d'appui, représentant environ le quart des forces engagées, de la diversité des situations possibles, doivent recevoir une structure souple et modulaire permettant l'adaptation rapide. On doit envisager au maximum l'engagement simultané de forces de l'ordre de deux divisions, six escadrons de combat, et d'un groupe aéronaval complet.

La protection du territoire dispose de 50 000 hommes des forces armées environ, toutes armes confondues, et celle de la population est assurée en tout temps par les forces de *police* et de *sécurité civile*, ainsi que par la *gendarmerie nationale* : plus de 200.000 hommes au total.

Il résulte de ces analyses que l'objectif quantitatif en hommes, du "format" de nos forces, pourrait, pour la période de 15 ans à venir, être :

- *Gendarmerie nationale* : 95 à 100.000 hommes.

- *Armée de Terre* : 130.000 hommes (9 divisions) pour être à même de projeter deux à trois divisions.

- *La Marine*, outre les moyens de la Force Océanique stratégique et de son environnement, devra comprendre une centaine de bâtiments, incluant une capacité aéronavale et une composante sous-marine.

- *L'Armée de l'Air* devra disposer d'une vingtaine d'escadrons de combat permettant la projection de six à neuf d'être eux avec les moyens de soutien associés. Une vingtaine de ravitailleurs et une centaine d'appareils de transport permettront de faire face aux capacités de projection et de soutien.

Des formats des armées, le Livre passe tout naturellement aux ressources humaines.

*

Les ressources humaines

Ce sont les hommes et les femmes qui se consacrent à la défense -leur adhésion, leurs qualités, leurs capacités à servir- qui lui donnent son sens.

Élément de cohésion géographique, sociale, culturelle, le *service national* demeure le mode de recrutement le plus adapté aux objectifs de notre politique de défense, comme aux moyens qu'elle y consacre. Le choix d'une *armée mixte* associant professionnels et appelés traduit ce constat.

* *Ce choix* permet aux forces de disposer des effectifs correspondants à leurs missions. Le service national demeure, car il permet de disposer des ressources humaines nécessaires, qu'il est le gage de l'attachement de la nation à sa défense, permet de former des réserves riches en spécialistes ; chacun a conscience du rôle qu'il a joué dans la formation de l'identité nationale, et la défense de l'État et de la République. Il doit donc être conservé. Mais l'armée doit aussi disposer de plus d'unités professionnalisées, souples d'emploi, toujours disponibles permettant de réagir immédiatement sur tous les théâtres.

Une comparaison avec la Grande-Bretagne, qui a une armée de métier, permet de constater : 1) que celle-ci peut avoir des effectifs très sensiblement inférieurs à l'armée de conscription : de 30 à 40 %, mais qu'elle a beaucoup plus de personnel civil : 30 à 40 % de plus ; 2) que les dépenses de fonctionnement sont très supérieures et celles d'équipement nettement plus faibles que dans notre pays.

Le surcroît annuel pour notre budget serait de 20 à 25 milliards de francs, et ceci n'étant guère compatible avec les possibilités financières de la France, il faudrait réduire sensiblement le format des armées. Une armée de métier en France devrait recruter chaque année plusieurs dizaines de milliers d'engagés. Le pourrait-elle sur le plan des ressources humaines ? L'Angleterre recrute difficilement ses 28.000 hommes par an malgré une solde très convenable et la tradition séculaire.

Le Premier Ministre n'a pas présenté la conscription comme une "solution immuable", mais comme indispensable à moyen terme à l'horizon du Livre Blanc, même si, au-delà de cette échéance, le système peut évoluer.

* *La condition du personnel militaire* de la défense faisait l'objet d'un développement précis dans le Livre Blanc de 1972. Elle devra s'adapter aux conditions nouvelles de fonctionnement, notamment la coopération interarmées qui devient la règle et l'action au sein de forces multinationales qui se développe très largement. Tandis que le niveau du recrutement devra s'améliorer, augmenter la part relative des cadres devient une nécessité sociologique et technique, même si l'urgence de sa mise en oeuvre varie selon les armées, la Marine et l'armée de l'air ayant une proportion de cadres nettement supérieure à celle de l'armée de terre.

La carrière des personnels devra faire l'objet d'autant plus d'examen que les taux de sélection au recrutement ne s'améliorent pas vraiment, en dépit d'une situation économique difficile. Des adaptations sont nécessaires pour rendre plus attractif le métier des armes : assouplissement du statut, droit à la seconde carrière confirmé, meilleure gestion des grades terminaux des officiers, meilleur différenciation des durées de carrière : autant d'orientations qui devront être explorées tandis que se poursuivra l'amélioration de la condition sociale du militaire et de sa famille (mutations, logements...).

* *Le personnel civil* tient une place importante dans l'organisation et le fonctionnement de la défense. Il concourt à la réalisation des missions des armées et son état doit impérativement s'adapter au nouvel environnement des forces. Il faudra aller vers une simplification des statuts et de la réglementation (regroupement de certains corps, assouplissement des classifications du personnel ouvrier), suivre, dans ses grandes lignes, l'évolution de la condition des agents de l'État.

La défense, ce sont des hommes et des équipements : après les ressources humaines, le Livre Blanc devait examiner la politique d'armement.

*

Politique d'armement et stratégie industrielle

La politique d'armement est un élément essentiel de la politique de défense. Elle assure l'équipement des forces et à ce titre, est un *instrument de souveraineté*. Cette politique s'insère également dans la politique industrielle du pays et, à ce titre, sa *compétitivité* est fondamentale : il s'agit d'une nécessité *vitale* pour équiper valablement les armées en fonction des ressources disponibles.

De profondes *restructurations de l'outil industriel* sont indispensables et une révision des *programmes est à prévoir* en fonction de la modification des menaces et risques, des choix technologiques et des arbitrages financiers.

A l'époque du Livre Blanc de 1972 et jusqu'aux années 80, notre industrie a été présente sous tous les créneaux. Une telle situation ne sera plus possible à l'avenir, en raison de la complexité des technologies, du coût de la conception, de l'allongement des durées des programmes, des conditions du marché, et elle n'est pas une nécessité. L'évolution de cette industrie, durement touchée à l'heure actuelle par la réduction des commandes de nos armées et celle des exportations -ce qui entraîne la réduction des effectifs, des chiffres d'affaires, et peut entraîner si cela dure, la dissémination des équipes de recherche et l'affaiblissement d'un potentiel technologique puissant- appelle à de nouvelles dimensions.

La création d'une Europe de la défense est pour elle un impératif et une chance. L'Europe sera longue à construire et sa géométrie pourra évoluer mais aucun programme d'armement conventionnel majeur futur ne semble pouvoir échapper à la logique de la coopération : le coût de la non-coopération s'avère prohibitif. Des règles simples sont à édicter (nombre de partenaires, maîtrise d'oeuvre...) et des

alliances industrielles à nouer, pour lesquelles les entreprises sont les premières responsables mais elles doivent être encouragées et accompagnées par les États. C'est difficile, mais des alliances sont déjà esquissées entre les entreprises françaises, allemandes, anglaises, italiennes...

** Rénovation des relations État-Industrie :*

Seul client national, l'État participe largement au préfinancement des programmes, mais il ne pourra plus, comme par le passé, soutenir son industrie d'armement dans tous les domaines.

Pendant de nombreuses années, et aujourd'hui encore pour les constructions navales -le récent baptême du porte avions nucléaire Charles de Gaulle est un bel exemple de la puissance et de la capacité de nos arsenaux-, l'État a exercé des *activités industrielles directes*. A l'avenir, ce type d'action sera plus restreint, et les surcapacités devront être résorbées tandis qu'une attention plus grande devra être portée aux entreprises qui sont à la source de nombreuses innovations ; ce sont souvent des PME et PMI dont le rôle doit être préservé : la seconde ligne de l'industrie, celle des équipementiers derrière celle des grands constructeurs.

** Politique en matière d'exportation :*

L'activité d'exportation résulte très largement de la conjonction de notre politique étrangère d'indépendance et de notre recherche d'autonomie nationale. La Nation a tiré des bénéfices substantiels qui ne sont pas que financiers, mais sont politiques, économiques, industriels... de cette activité et sa poursuite est *nécessaire, dans le respect d'une politique de maîtrise des flux d'armements*.

Notre politique d'exportation a toujours été guidée par des principes de *modération et de suffisance*. Le contrôle de ces exportations -contrôle politique, économique et technique doit assurer la transparence de notre politique en la matière, qui est liée de si près à notre défense.

Mais, bien évidemment, rien de ce qui vient d'être évoqué dans ces différents points ne pourrait être fait, si l'effort fait par la nation, notamment son effort financier, n'est pas suffisant.

*

L'effort de défense

La traduction financière de l'effort consacré à la défense résulte d'abord des choix politiques de la nation. Son ampleur est à la mesure de l'enjeu : survie, indépendance, rang du pays. Sa définition prend également en compte son importance pour l'économie et le rôle particulier du secteur industriel de l'armement.

Dans ces conditions et compte tenu à la fois des objectifs de notre politique, des contraintes et des incertitudes, la France *maintiendra son effort sur l'ensemble de la période considérée*. Cette orientation est à la fois contraignante et ambitieuse. Elle imposera un dur effort de rigueur et une politique résolue de diminution des coûts, mais une certaine diminution de nos dépenses concernant notre outil nucléaire doit permettre d'accentuer l'effort au profit des équipements classiques. A court terme, cette ambition se heurte à la situation de nos finances, dont le redressement est nécessaire, et prévu par la loi quinquennale relative à l'équilibre des budgets.

Le projet de loi de programmation est allé plus loin, et a été plus précis que le Livre Blanc : il a prévu une augmentation de 0,50 % en francs constants des

crédits d'équipement et de l'ensemble des effectifs pour les six années à venir. Ce taux d'augmentation pourra même être porté de 0,50 à 1,50 % à partir de 1997 -à mi-loi de programme- si la situation économique et financière le permet - pari courageux dans la conjoncture actuelle.

Le dernier axe de réflexion du Livre Blanc ne pouvait être que l'étude des rapports de la défense et de la société française.

*

Défense et société

La notion de "défense" n'est pas universelle : elle ne se conçoit pas d'une manière identique en France et à Djibouti, aux États-Unis d'Amérique et en Colombie, au Japon et au Cambodge, en Russie et en Australie. Ces différences sont évidemment liées aux particularismes nationaux et l'on sait aussi, au moins depuis Napoléon, qu'un pays a la politique de sa géographie. Même entre États proches, la perception des menaces et des risques n'est, de ce fait, pas comparable.

D'autre part, la notion de "défense" n'est pas davantage intemporelle qu'elle n'est universelle. Elle varie au fil du temps, des alliances et des ennemis potentiels, des menaces et des risques ... bref de l'histoire des peuples.

La conséquence en est qu'elle ne se traduit pas facilement. Les anglo-saxons parlent davantage de "sécurité". Les textes internationaux utilisent les deux expressions. L'essentiel, en tout cas, est que la "défense" ait un sens pour les français, et qu'assurer notre défense, y participer, en accepter les obligations, soit l'un des fondements de notre esprit civique et même l'une des valeurs attachées à notre identité. La République a exalté la défense en même temps que la Nation : c'est "la Nation en armes", "la Patrie en danger". Les évaluations d'opinion publique du SIRPA, nous rassurent : les Français, aujourd'hui, croient toujours à leur défense, approuvent la dissuasion, la conscription. Ils acceptent les sacrifices qu'elle impose, non seulement leur contribution financière aux dépenses, mais aussi les sacrifices des interventions armées avec leurs morts et leurs blessés. Nos Constitutions, depuis deux siècles, n'ont jamais omis de traiter de la défense, mais, presque toujours, à travers l'organisation du pouvoir de disposer de la force armée -l'instrument de la défense du pays en guerre, de la défense militaire-. La Constitution de la 5ème République fait une large place à la défense nationale : le Président de la République garant de l'indépendance nationale en préside les Conseils et comités. Il est le chef des armées. Le Premier Ministre est responsable de la Défense nationale.

Cette défense doit évidemment être définie en rapport avec l'évolution des menaces et des risques, et il en découle une globalisation toujours plus grande. Au fond, n'était-ce pas déjà l'orientation de l'ordonnance de 1959 portant organisation générale de la défense nationale ? Relisons son article 1er : "*La défense a pour objet d'assurer en tout temps, en toutes circonstances, et contre "toutes les formes d'agressions, la sécurité et l'intégrité du territoire, ainsi que la vie des" "populations. Elle pourvoit de même au respect des alliances, traités et accords" "internationaux".*

Le Livre Blanc de 1994 innove en tirant toutes les conséquences de cette conception globale.

Comment l'atteindre ? En préservant d'abord la cohésion de la société et de la nation, car cette cohésion est leur raison d'être : garantir le contrat social, faire que la communauté puisse vivre, que tous acceptent les règles du jeu, les obligations et les droits, l'organisation politique, qui dégage la volonté générale. Ceci implique le sentiment qu'il règne un ordre, une justice, que la sécurité est assurée contre les

menaces du dedans et du dehors, que la dignité de chacun est respectée, qu'un tissu de liens de solidarité assure la protection de la société et qu'il aide à son développement. Cette cohésion -ce vouloir vivre collectif- est un acquis à défendre constamment et ce d'autant plus que les chocs économiques, sociaux, culturels, peuvent créer des fissures qui la menacent. Il faut donc traiter les fractures, notamment arrêter les dérives vers l'exclusion, fragilisant la communauté nationale.

La *Défense civile* doit retrouver la place essentielle qui lui est due dans cette conception. La participation des armées à des missions d'ordre public doit rester exceptionnelle, car ces actions relèvent en priorité de la Police et de la Gendarmerie. Afin que leurs interventions éventuelles, au profit de la défense civile, en améliorent l'efficacité, il a fallu prendre en compte des changements dans le format et les implantations territoriales des armées, et mettre en oeuvre le concept nouveau de *projection intérieure*, en identifiant et en préparant les unités capables d'intervenir rapidement, en tout point du pays, avec des moyens spécialisés, dès lors que ceux dont dispose l'échelon territorial s'avèreraient insuffisants.

Les *formes civiles du service national* s'intègrent bien dans la notion de globalité de la défense. Elles doivent cependant, rester mesurées et contrôlées dans leur développement, qui absorbe aujourd'hui 10 % environ du contingent. Dans cet esprit, des réformes s'imposent : donner un fondement juridique à l'ensemble des dispositifs, le rationaliser et le simplifier.

Les relations entre l'*Armée et la Nation*, qui n'ont pas toujours été harmonieuses, mais se sont très largement dépassionnées depuis trente ans par un constant effort, d'information et d'action, pour donner à l'armée sa place naturelle dans la société, sans qu'elle renie sa spécificité, mais en la mettant en valeur. A cet égard, la présence militaire sur l'ensemble du territoire est importante, qu'il s'agisse des Armées ou de la gendarmerie, de forces, de services ou d'écoles, car elle contribue à la sensibilisation des Français. L'harmonie Armée-nation et Armée-jeunesse implique aussi des efforts pour développer l'esprit civique : ce que font les campagnes menées de concert avec l'Éducation nationale par exemple, ou la promotion d'organismes comme l'IHED, l'Institut des Hautes Études de la Défense, qui rassemble civils et militaires.

*

Vous me permettrez enfin, d'évoquer avec vous, en quelques mots, la gême loi de programmation militaire dont le Livre Blanc est le véritable exposé des motifs. Présenté le 6 avril 1994 à l'Assemblée Nationale, le projet rappelle "qu'il appartient à la loi, expression de la volonté générale, de donner aux forces armées comme aux acteurs industriels, une perspective claire sur l'évolution de notre Défense". Conformément aux conclusions du Livre Blanc, cette programmation concerne les effectifs civils et militaires de la Défense ainsi que la totalité de son budget : investissement et fonctionnement. Elle organise l'évolution progressive et cohérente vers les objectifs à long terme que le Livre Blanc a déterminés. Portant jusqu'à l'an 2000, cette programmation prépare ainsi le modèle de nos forces armées pour le début du XXIème siècle.

Ses principaux articles fixent les moyens financiers (613,1 milliards d'ici l'an 2000) et humains (579 500 hommes, toujours à l'horizon 2000) de l'armée de

demain et renvoient à un *rapport annexe*, qui confirme les choix de notre Livre. L'on y trouve :

- * la politique de ressource humaine globale, et réaliste, avec un tableau de l'évolution des effectifs ;
- * la politique d'équipement des forces tournée vers le nouveau modèle d'armées et dans les hypothèses d'engagement de ces forces ; sont également joints la liste des divers programmes envisagés dans les domaines prioritaires, les forces stratégiques et conventionnelles ;
- * une stratégie industrielle à vocation européenne, axée sur la compétitivité et l'excellence technologique.

Approuvé le 20 avril par le Conseil des ministres, le projet de loi de programmation militaire a été présenté à la commission de la Défense de l'Assemblée Nationale et sera bientôt soumis au Parlement, aux députés le 24 mai, et aux sénateurs en juin. Le Gouvernement a fait savoir qu'il était prêt à un large débat sur ce projet.

*

Il est un autre prolongement du Livre Blanc. Le Ministre d'État, Ministre de la défense a, en effet, décidé de prolonger la réflexion. C'est ce qu'on pourrait appeler le *suivi* du Livre Blanc, qui prendra la forme d'une actualisation périodique -tous les deux ans en principe. Entre autres, certaines orientations devront être approfondies : la nouvelle stratégie d'emploi des forces classiques, les principaux scénarios de crise, le rôle futur des alliances, le concept de défense aérienne élargie, les capacités de renseignement ou encore la notion de "*remontée en puissance*" des unités...

Un débat national s'engage ainsi, afin d'adapter, au mieux des circonstances, notre politique de défense. Ce sera l'un des gages de la réussite du Livre Blanc. Car, outre les réflexions de fond qu'il apporte sur notre doctrine, il constitue, par sa diffusion à plusieurs dizaines de milliers d'exemplaires, par les colloques, les séminaires, les études déjà engagées autour de lui, un lien de la Défense avec *l'opinion*. Et ce lien doit durer, s'enrichir et se renforcer. C'est un enjeu à la fois pour la Défense et la démocratie. C'est un enjeu pour l'État. Puisse l'apport du Livre Blanc de 1994 être, pour les deux décennies à venir à la charnière de deux siècles, un guide aussi précieux que l'a été pour les vingt dernières années, son prédécesseur. Comme le disait, il y a quarante ans, le Général de Gaulle : "La défense est la première raison de l'État. Il n'y peut manquer sans se détruire lui-même".

R.R.J. 1994-3
Pages 1047 à 1054

III -

ACTUALITÉS DOCTRINALES

RELIGION ET DROIT DANS LE DÉVELOPPEMENT DE LA PENSÉE CONSTITUTIONNELLE

Brian TIERNEY,
Lévathian, P.U.F., 1993, trad. J. Ménard, 150 pp.

Présentation par
Alain SÉRIAUX
Professeur à la Faculté de Droit et de Science politique d'Aix-Marseille
Directeur du Laboratoire de Théorie juridique

Sous un titre qui nous paraît assez mal choisi, voici un magnifique petit ouvrage dont la thèse centrale ne peut que convaincre d'emblée tant elle est simple et séduisante : que la pensée constitutionnelle séculière s'est profondément inspirée de la pensée des canonistes sur le droit constitutionnel ecclésiastique. Les problèmes que se posa la première trouvaient déjà leurs réponses chez la seconde, telle qu'elle s'est développée à partir des XII^{ème}-XIII^{ème} siècles. Bel exemple d'interactions dans le travail doctrinal.

Pour étayer sa thèse, B. Tierney avance deux arguments. Le premier est d'ordre pratique. En quelques pages bien senties du début de son ouvrage (p. 19 et s.), l'auteur, excellent connaisseur de la société médiévale, démontre que ce sont d'anciens étudiants en droit canonique qui, clerks employés par le pouvoir civil, ébauchèrent les premières grandes théories sur le pouvoir constitutionnel séculier. Comme il est logique, ces clerks s'inspirèrent directement de leur propre culture canonique. Mais ce premier argument se devait forcément d'être conforté par un examen du fond des doctrines en cause. C'est à cet examen que se livre l'auteur dans le reste de son ouvrage, ne craignant nullement d'étendre ses recherches sur pas moins de cinq siècles (1150-1650). Il est vrai que nous avons là affaire à la synthèse de toute une vie de recherche et d'enseignement. Résultat : la pensée constitutionnelle séculière *moderne*, qui à partir du XVII^{ème} siècle concentre tous ses efforts pour démontrer que la souveraineté réside originellement dans le peuple, est allée puiser son argumentation dans la pensée constitutionnelle canonique qui, deux ou trois siècles plus tôt, s'était trouvée confrontée aux mêmes questions et les avait assez largement résolues par l'affirmative à propos de la souveraineté dans l'Église. *Vox populi, vox Dei*.

L'idée centrale de maints canonistes ou théologiens de l'époque était que le pouvoir épiscopal et même pontifical puisait sa légitimité dans le consentement du peuple chrétien. Le pouvoir des clefs appartient à l'Église en tant que communauté dont le Pape ou les Evêques ne sont que les représentants. "Lorsque Pierre reçut les clefs, il représentait l'Église" avait affirmé saint Augustin. D'où l'idée de distinguer entre le Pape, simple mortel sujet à l'erreur et l'Église universelle dont au contraire la foi ne pourrait jamais défaillir. L'on s'appuyait en outre sur un texte de Grégoire le Grand selon lequel les canons des premiers conciles devaient toujours être sauvegardés parce qu'ils avaient été établis par consentement universel : aucun Pape

n'était en droit de les violer directement ou indirectement. Le pouvoir "monarchique" était ainsi encadré par la souveraineté populaire. Plus tard, ce fut l'enseignement du Christ sur la correction fraternelle ("va le dire à l'Église" : *Math.* 18, 17) que l'on sollicitait alors que, parallèlement, le passage évangélique sur le pouvoir des clefs conféré à Pierre ("Je te donnerais les clefs du royaume des cieux" : *Math.* 16, 19) était écarté comme trop obscur. La pensée de Nicolas de Cues dans le *De concordantia catholica* (1432) constitue sous cet angle une œuvre charnière fort bien présentée par l'auteur (p. 89 et s.). Pour de Cues, la volonté divine s'exprime dans les affaires humaines par le consentement ou le consensus de la communauté. Aussi n'hésite-t-il pas à soutenir que "tout pouvoir qui vient en premier lieu de Dieu, est jugé divin lorsqu'il est issu de la concorde commune des sujets". D'où la mise en place dans l'Église d'un système d'élection allant du bas vers le haut : le Pape élu par les cardinaux élus par les évêques, eux-mêmes élus par le clergé local avec l'assentiment des laïcs.

On le voit, tant les canonistes que les constitutionnalistes profanes trouveront dans cette brillante et passionnante synthèse de quoi réfléchir. Pour notre part, nous avouons avoir été particulièrement stimulé par les réflexions que l'on découvre en filigrane sur ce que nous estimons être la *summa divisio* de tout droit constitutionnel. Nous voulons parler de la vieille distinction, opérée pour la première fois par Cicéron, entre l'*auctoritas* et la *potestas*. C'est ainsi qu'Hervé de Nedellec, dans ses deux traités *De iurisdictione* et *De potestate pape* (≈ 1315), estimait que la juridiction publique suppose certes que son détenteur soit capable de dire ce qui est juste (*auctoritas*), mais qu'il lui faut encore la capacité de lier les justiciables ou la communauté, ce qui correspond très exactement à la *potestas*. Or, toujours selon ce théologien qui devint maître-général des dominicains, cette capacité de lier ne pouvait provenir que du consentement du peuple puisque, par nature, les hommes sont tous égaux. Ainsi, le Pape lui-même gouverne-t-il par consentement. Le romainiste Azon, appliquant cette doctrine au système politique profane, en concluait que l'empereur était moindre que l'ensemble corporatif du peuple, mais plus grand que les individus qui composaient celui-ci. D'autres, comme Jacques de Revigny, affirmaient que "le peuple n'a pas de supérieur ; il est vrai que l'empereur est supérieur à chaque individu du peuple, mais il n'est pas supérieur au peuple". La même doctrine était retenue par nombre de canonistes pour soutenir que le Pape ne pouvait l'emporter sur l'ensemble corporatif rassemblé dans un Concile. Ainsi fut déplacé vers la *potestas* le critère ultime de la souveraineté que les Anciens comme Aristote ou bien plus tard Saint Thomas d'Aquin faisaient encore résider dans l'*auctoritas*. Au XII^{ème} siècle, Huguccio se plaçait à la charnière de ces deux tendances contradictoires lorsqu'il montrait son embarras en cas de conflit entre un concile et le Pape. Laquelle des deux décisions devaient l'emporter, se demandait-il. D'abord, il proposait de raisonner en termes d'*auctoritas* : la plus sage était prioritaire. Mais *quid* si l'une était aussi sage que l'autre ? Il fallait alors retenir les deux, considérées comme égales, "puisque, disait-il, d'un côté il y a une plus grande autorité, de l'autre le plus grand nombre".

Nous concluons simplement par un petit regret. Il est dans l'ensemble dommage que B. Tierney passe trop imperceptiblement d'un penseur à l'autre, faisant quelque peu fi de la chronologie. Mais cet inconvénient a sa contrepartie heureuse. L'auteur nous montre avec un art consommé les idées dominantes, les points de convergence qui constituent, pour toute cette longue période peu connue de l'histoire des idées politiques, de véritables lieux communs, des acquis qu'il ne saurait être question de remettre directement en cause. Éternel carcan des préjugés dont seuls de très grands esprits paraissent à même de se débarrasser au moins pour l'essentiel.

THÉORIE DU DROIT ET SCIENCE, VARII AUCTORES

Sous la Direction de Paul AMSELEK,
Léviathan, PUF, 1994, 328 pp.

Présentation par
Alain SÉRIAUX

*Professeur à la Faculté de Droit et de Science politique d'Aix-Marseille
Directeur du Laboratoire de Théorie juridique*

Avec un tel titre, c'était une gageure que de réussir un ouvrage homogène susceptible de faire réfléchir tant sur la science que sur le théorie du droit, puis sur le choc né de la rencontre entre des démarches intellectuelles souvent très diverses pour ne pas dire -au moins à un certain niveau- opposées. Pari tenu, grâce à la grande qualité des auteurs et de leurs réflexions personnelles, grâce aussi à la diversité de courants intellectuels dont ils se réclament peu ou prou. Un seul regret : pas de jusnaturalistes classiques qui auraient eu leur mot à dire ne fût-ce qu'au stade final relatif au thème de la neutralité de la dogmatique juridique. L'ouvrage est savamment ordonné autour de trois pôles : les prolégomènes qui sont des réflexions autour de la science menées par Paul Ricœur ("L'herméneutique et la méthode des sciences sociales"), Philippe Raynaud ("Faire et connaître dans la philosophie politique moderne"), René Sève ("L'épistémologie contractualiste de Karl Popper") et Jules Vuillemin ("Quelques idées proposées par la science contemporaine à la philosophie") ; des parallèles entre la théorie du droit et la science (Jean-Louis Gardies pour la logique ; Michel Miaille pour le désordre ; Giovanni Incorvati pour le hasard et la nécessité ; Christian Atias pour les expériences cruciales) et, pour finir, de très nombreuses contributions sur le thème évidemment central : la théorie du droit est-elle une science ?

Comme il est parfaitement impossible de rendre compte, dans le cadre succinct qui est le nôtre, de toutes les contributions que contient ce bel ouvrage, nous nous bornerons à signaler quelques jalons qui nous ont paru plus significatifs -à chacun ses goûts ! Sous forme transversale, nous aimerions souligner trois points.

Le premier point a trait à l'influence des paradigmes considérés comme scientifiques sur la pensée juridique. L'essentiel est dit et bien dit par Alfred Dufour dans son article "le paradigme scientifique dans la pensée juridique moderne" (p. 147 et s.). L'auteur distingue au cours des âges trois sortes d'influences. Celle de la dialectique, tout d'abord, qui débouche sur une didactique : c'est la période du droit romain. Celle des physiques et des mathématiques, ensuite, qui débouche sur une démarche déductiviste : c'est la période du jusnaturalisme triomphant (Grotius, Pufendorf et Wolff). Celle enfin de l'histoire qui débouche sur une conception organique du droit, voire, comme le montre Rudolf Stichweh ("Motifs et stratégies de justification employés pour fonder la scientificité de la jurisprudence allemande du XIXème siècle", p. 169 et s.), une conception biologiste ou ethnologique inspirée par le darwinisme social : c'est la période de l'école historique allemande au XIXème siècle.

Le second point a trait aux influences réciproques des juristes sur les scientifiques experts en sciences dures. Jean-Louis Gardies ("La rationalité du droit sous le regard de la logique", p. 75 et s.) montre avec brio combien la logique du raisonnement juridique serait source d'enrichissement pour la logique tout court, surtout formée à partir des raisonnements mathématiques. A l'inverse, Christian Atias ("L'expérimentation juridique : y a-t-il des expériences cruciales ?", p. 129 et s.) se propose de vérifier s'il existe en droit, comme dans les sciences prétendument exactes, des "expériences cruciales". Il les exclut en savoir clos (cf. sa très judicieuse remarque sur les lois dites expérimentales, p. 133), mais les souhaite en savoir ouvert (celui des discussions doctrinales ou judiciaires) en réfléchissant en particulier sur ce qu'il nomme "les causes perdues gagnées" -celles que l'on croyait perdues d'avance et qui finalement sont approuvées par le juge. Il est certain qu'il peut y avoir là matière à réflexion, mais est-ce une expérience cruciale sur le droit ou seulement sur l'argumentation ou, plus banalement, sur la force de conviction de l'avocat et les prédispositions psychologiques du juge ? Voilà un point qui mériterait d'être élucidé. Au détour d'autres contributions, le thème des expériences cruciales en droit, bien que non abordé de front, pourrait s'enrichir de deux exemples. Dans la perspective de Alf Ross, décrite avec clarté par Ricardo Guastini ("Alf Ross : une théorie de droit et de la science juridique", p. 249 et s.), la science juridique a pour objet de prévoir des décisions juridictionnelles futures, c'est-à-dire des normes en vigueur (la vigueur d'une norme, pour Ross, est sa disposition à être appliquée par les tribunaux). Dès lors, n'y a-t-il pas une expérience cruciale, au sens des sciences exactes, dans le fait que les juges appliquent ou n'appliquent pas ce qui a été conjecturé par la science juridique ? Autre exemple, fourni par Daniel Lochak ("La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? Une neutralité impossible", p. 293 et s.), la législation de Vichy sur les Juifs, manifestement injuste, permet d'éprouver très crucialement le principe de neutralité que l'on prétend attendre de toute science, même juridique.

Troisième et dernier point, le plus important : qu'est-ce que la science du droit ? Les Romains, chacun le sait, y voyaient "la science du juste et de l'injuste, la connaissance des choses divines et humaines" ou encore "l'art du bon et de l'égal". Mais les penseurs modernes se sont lentement mais sûrement éloignés de cette perspective. A cet égard, il est plus qu'intéressant de recenser les diverses conceptions proposées dans cet ouvrage. Selon la doctrine allemande du XIX^{ème} siècle (cf. R. Stichweh, art. précité, p. 182-183), la science juridique se résumerait à deux choses : la mise en évidence des lacunes dans les règles de droit édictées par le législateur ou la coutume et l'acte qui consiste à les combler. Ainsi, la science du droit agit au titre de substitut du législateur, elle parle là où celui-ci se tait. L'on comprend alors la réaction du procureur prussien Kirchman (cité par Rainer Maria Kieson, "Science naturelle et droit dans la deuxième moitié du XIX^{ème} siècle en Allemagne", p. 187 et s.), selon lequel "les juristes sont devenus, sous l'effet de la loi positive, des vers, ne vivant que de bois pourri ; montrant le dos à tout ce qui est sain, ils font leur nid et leur toile dans la maladie. En se nourrissant elle-même du contingent, la science devient contingence : il suffit de trois mots correcteurs du législateur et des bibliothèques entières n'auront plus de valeur". Dire à quel point ce jugement nous paraît lucide et parfaitement vérifiable, spécialement aujourd'hui, nous entraînerait trop loin. Mais il suffit de le rapprocher des positions de Kelsen sur la science juridique, telles que les décrit Simone Goyard-Fabre ("De l'idée de norme à la science des normes : Kant et Kelsen", p. 211 et s.), pour en comprendre toute la valeur apodictique. Pour Kelsen, en effet, la science du droit doit se borner à décrire des normes ; elle a une fonction cognitive et non de politique juridique. En conséquence, la science juridique n'a pas à indiquer ce qui doit être, mais seulement

ce qui est. Ses propositions peuvent seulement être vraies ou fausses et non valides ou invalides, approbatives ou désapprobatives. C'est là, si l'on veut, le postulat même du positivisme scientifique (cf. Valentin Petev, "Hans Kelsen et le cercle de Vienne. A quel point la théorie du droit est-elle scientifique ?", p. 233 et s. qui observe -p. 235- que "l'influence du positivisme et du néopositivisme se manifeste (dans la théorie pure du droit) dans le présupposé selon lequel la connaissance du droit doit être purement descriptive et non évaluative"). Par comparaison, la doctrine de Alf Ross (R. Guastini, art. précité) selon laquelle la tâche de la science juridique n'est que la prévision des décisions juridictionnelles futures, paraît bien plus stimulante. Elle pourrait d'ailleurs conduire à un jusnaturalisme de bonne tenue, si Ross n'en avait fait bien autre chose : pour lui, la prévision des décisions futures exclut tout calcul normatif ; il s'agit seulement de partir de ce qui est (le droit positif actuellement connu) pour en déduire ce qui sera (le droit positif à venir). A la différence toutefois des réalistes américains (cf. l'exposé très clair de Françoise Michaut, "L'approche scientifique du droit chez les réalistes américains", p. 265 et s.) qui veulent prédire à partir de recherches sur la psychologie judiciaire et, au-delà, sur la normes corporatives implicites, A. Ross préfère fonder ses prédictions sur l'ensemble des normes et des principes qui sont acceptés comme contraignants par les juges et que l'on découvre surtout à l'étude des motifs d'une décision. Ici encore, nous pourrions croire que la pensée de Ross se rapproche davantage du travail traditionnel de la doctrine juridique, mais ce serait une erreur : l'analyse des motifs se réduit pour Ross à une simple analyse du langage des juges indépendamment de la valeur que le "scientifique" serait tenté d'attacher à telle ou telle motivation. Au fond, nous ne quittons pas le positivisme fustigé par Kirchman. Comme un radeau porté au gré des courants, nous échouons alors sur la controverse entre Daniel Lochak (art. précité) et Michel Troper ("Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité", p. 310 et s.). Les thèses de la première sont déjà fameuses. Confrontés à des lois substantiellement injustes (ou dictatoriales), la science juridique, qui se veut neutre et descriptive, ne peut que les légitimer, même sans le vouloir ou -pire encore- sans s'en apercevoir. Michel Troper, en réponse, faute de montrer que la neutralité de la science juridique (sans laquelle le droit ne pourrait légitimement prétendre au statut de science : "un discours impératif ne peut lui-même être une science, en dépit de certaines prétentions", p. 313) est obtenue grâce à un discours neutre, en ce sens qu'il ne comporte pas de prescription, ni de jugement de valeur. Mais un tel discours est-il pensable ? M. Troper pense que oui ; D. Lochak craint bien que non. A la vérité, nous nous rangerions plutôt du côté de cette dernière, mais en inversant purement et simplement les termes du raisonnement : y a-t-il un seul discours scientifique, juridique ou non, qui puisse prétendre à la neutralité ? Et si, comme nous le pensons, la réponse est négative, ne faudrait-il pas dès lors revenir sur la logique de tout discours scientifique en posant un principe *démontrable* selon lequel la vraie science suppose toujours l'absence de neutralité en ce sens que, quoiqu'on en dise ou veuille, elle débouche toujours sur des questions d'ordre métaphysique auxquelles le scientisme moderne a accolé *arbitrairement* l'étiquette de non-scientificité.

Nous terminerons en signalant aux lecteurs deux thèmes marginaux mais particulièrement intéressants : celui de la création et de la transmission des normes par le langage selon J. Locke (cf. l'art. précité de Philippe Raynaud, p. 37 et s.), et celui des origines de la normativité des normes chez Kant et Kelsen abordé avec finesse mais parfois aussi de façon un peu obscure par Madame Goyard-Fabre (art. précité). On ne lui en voudra pas : sauf à s'y plonger longtemps, comme elle a su si bien le faire, la doctrine kantienne s'exprime spontanément à travers des concepts difficiles à saisir par le commun des mortels.

R.R.J. 1994-3
Pages 1055 à 1058

IV -
INFORMATIONS

UNIVERSITÉ D'AVIGNON ET DES PAYS DU VAUCLUSE
FACULTÉ DES SCIENCES JURIDIQUES, POLITIQUES ET ÉCONOMIQUES

Laboratoire de Génétique Juridique

L'ORDRE PUBLIC À LA FIN DU XX^ème SIÈCLE

Colloque - Vendredi 7 octobre 1994
Avignon - Palais des Papes

Présidence de Jean Carbonnier - Professeur émérite à l'Université de Paris

Matin

- 8h45 - **Accueil**,
Sylvie Cimamonti,
Doyen de la Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Économiques
d'Avignon
- 9h00 - **Rapport introductif**
François Terré, Professeur à l'Université Paris II
(Panthéon-Assas)
- 9h30 - **L'ordre public en droit privé**
- **Les personnes**,
Bernard Beignier, Professeur à l'Université Toulouse I
- 10h - **La famille**,
Alain Bénabent, Professeur à l'Université Paris X
- 10h30 - Discussion
10h45 - Pause
- 11h00 - **Les relations économiques**,
Jacques Mestre, Professeur à l'Université Aix-Marseille III,
Directeur de l'Institut de Droit des Affaires
- 11h30 - **Les relations de travail**,
Thierry Revet, Professeur à l'Université d'Avignon
Directeur du Laboratoire de Génétique Juridique
- 12h00 - Discussion
12h30 - Repas

Après-midi

- 14h30 - *L'ordre public en droit international privé*,
Rémi Libchaber, Professeur à l'Université du Mans
- 15h00 - *L'ordre public en droit communautaire*,
Marie-Chantal Boutard-Labarde, Professeur à l'Université Paris X
- 15h30 - Discussion
- 15h45 - Pause
- 16h00 - *L'ordre public en droit pénal*,
Sylvie Cimamonti, Professeur à l'Université d'Avignon,
Doyen de la Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Économiques
- 16h30 - *L'ordre public en droit administratif*,
Olivier Dugrip, Professeur à l'Université Montpellier I
- 17h00 - Discussion
- 17h15 - *Rapport de synthèse*,
Philippe Malaurie, Professeur à l'Université Paris II
(Panthéon-Assas)

Lieu du Colloque

Palais des Papes
Salle du Conclave - 84000 Avignon

Renseignements et inscriptions

Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Économiques,
Laboratoire de Génétique Juridique
Parc de Champleury, BP 336
84007 AVIGNON Cédex 01
Tél. (16) 90.82.06.44 / Fax. (16) 90.14.05.62

DÉPÔT LÉGAL 3ème Trimestre 1994

- Jean-François NIORT, La naissance du concept de droit social en France : une problématique de la liberté et de la solidarité.
- Emmanuel PUTMAN, L'injonction d'exécuter une dette.
- Élie-Joseph LOKO-BALOSSA, L'octroi judiciaire d'un délai de grâce.
- Bérengère LASSALLE, Les pourparlers.
- Bérengère DALBIES, L'agrément dans les cessions de titres sociaux.
- Olivier LALIGANT, Fragment d'un discours sur la notion d'œuvre de l'esprit : œuvre et réalisation.
- Olivier LALIGANT, Fragment d'un discours sur la notion d'œuvre de l'esprit : œuvre et interprétation.
- Odile de DAVID-BEAUREGARD-BERTHIER, L'intervention de l'État, fait justificatif en droit communautaire de la concurrence.
- Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Les pouvoirs spéciaux conférés à la Commission par l'article 90, paragraphe 3, du Traité de Rome.
- Pierre-Alexis FERAL, La participation aux Communautés et à l'Union européennes : les problématiques de l'adhésion de quatre nouveaux États ou de la possibilité d'une Union européenne à seize.
- Eric SEIZELET, La Constitution sud-coréenne de 1987 et les libertés publiques.
- Ouattara SAMBARÉ-NATCHABA, Les régimes constitutionnels provisoires en France.
- Palouki MASSINA, De la souveraineté des conférences nationales africaines.
- Viviana RAVASI, Naissance du fédéralisme helvétique.

II. CONFÉRENCES

- Marceau LONG, Le Livre Blanc de la Défense nationale. Conférence à l'I.E.P. d'Aix-en-Provence (13 Mai 1994).

III. ACTUALITÉS DOCTRINALES

- Religion et droit dans le développement de la pensée constitutionnelle par Brian TIERNEY (présentation par Alain SÉRIAUX).
- Théorie du droit et science, *Varii auctores* sous la direction de Paul AMSELEK (présentation par Alain SÉRIAUX).

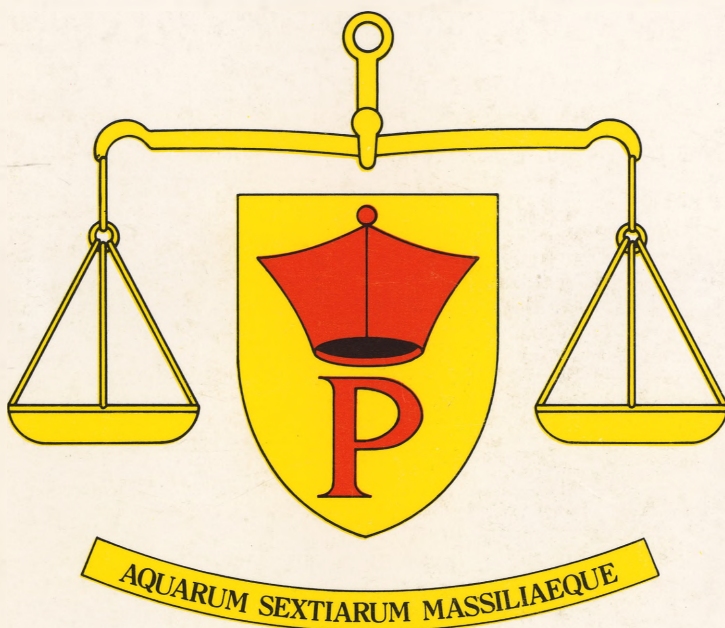
IV. INFORMATIONS

- L'Ordre public à la fin du XX^e siècle, Colloque Faculté des Sciences Juridiques d'Avignon

Revue de la Recherche Juridique

DROIT PROSPECTIF

FACULTAS JURIS



CAHIERS DE MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE
N° 9

L'ÉVALUATION LÉGISLATIVE

Travaux de l'Atelier de Méthodologie Juridique
d'Aix-Marseille
et Actes du Colloque du 7 avril 1994 au Sénat

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE
1994-4

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

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3° a), d'une part, que les "copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective" et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, "toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause, est illicite" (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE

DROIT PROSPECTIF

1994-4

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

Abréviation de référence : R. R. J.

N. XIX - 59 (19ème année - 59e numéro)
(4 Numéros par an)

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE

COMITÉ DE PATRONAGE

M. Paul AMSELEK	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Jean-Marie AUBY	Professeur à l'Université de Bordeaux I Président honoraire de l'Université de Bordeaux I Correspondant de l'Institut
M. le Doyen Henri BATIFFOL (†)	
M. Xavier BLANC-JOUVAN	Professeur à l'Université de Paris I
M. le Doyen Fernand BOULAN (†)	
M. Pierre CATALA	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Charles DEBBASCH	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Président honoraire de l'Université
M. Roland DRAGO	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Louis FAVOREU	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Président honoraire de l'Université
M. Maurice FLORY	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
M. André de LAUBADÈRE (†)	
M. Michel LESAGE	Professeur à l'Université de Paris I Directeur du Service de Recherches Juridiques Comparatives (C.N.R.S.)
M. le Recteur Didier LINOTTE	Professeur à la Faculté de Droit de Nice
M. Edmond LISLE	
M. le Doyen Guillaume MATRINGE	Professeur à l'Université de Paris II
M. Bruno 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
J. BOURDON
J.-Y. CHEROT
Y. DAUDET
Ch. DEBBASCH
Ph. DELEBECQUE
L. FAVOREU

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

ÉQUIPE DE RÉDACTION

L. FAVOREU
M. GARCIN
J. MESTRE

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

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

ABONNEMENT : 4 numéros par an - Tarif 1994

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

Abonnement étranger : 450 F
Numéro (France) : 110 F

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

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

Sciences Juridiques, Économiques et Sociales

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

Cartes de Fidélité - Recherches Bibliographiques

**CAHIERS DE MÉTHODOLOGIE
JURIDIQUE**

- N° 9 -

L'ÉVALUATION LÉGISLATIVE

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>	1073
---------------------------	------

I^{ère} PARTIE PROBLÉMATIQUE DE L'ÉVALUATION LÉGISLATIVE

- Contrôle parlementaire et évaluation	
- René MONORY, Allocution d'ouverture	1077
- Jacques CHEVALLIER, Rapport introductif.....	1081
- Geneviève PIGNARRE, <i>L'effet pervers des lois</i>	1097
- Charles-Albert MORAND, <i>L'évaluation législative ou l'irrésistible ascension d'un quatrième pouvoir</i>	1141
- Alain DELCAMP, <i>Contrôle parlementaire d'évaluation</i> <i>Résumé des travaux de la Journée d'études du 7 avril 1994</i> <i>(Paris, Palais du Luxembourg)</i>	1163
- Jean-Louis BERGEL, <i>Appréciation méthodologique sur l'évaluation législative</i>	1167

II^{ème} PARTIE L'ÉVALUATION LÉGISLATIVE EN FRANCE

- Alain DUPAS, <i>Contrôle et évaluation à l'Assemblée nationale</i>	1177
- Catherine MAYNIAL, <i>Contrôle de l'application des lois exercé par le Sénat</i>	1181
- <i>Contrôle parlementaire et évaluation par le Conseil Économique et Social</i>	1201
- Pierre CLARET de FLEURIEU, <i>L'évaluation vue par l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques</i>	1213

- Jean LECA, Le Conseil scientifique de l'évaluation	1217
- Nicole GOUEFFIC, Les travaux menés par le secrétariat général du Gouvernement	1223
- Pierre JOXE, La Cour des Comptes et l'évaluation	1231
- Michel DRAIN, Le cas particulier du contrôle de l'exécution de la loi de finances	1235
- Jean-Yves CHÉROT, La consultation du Conseil de la concurrence sur les textes législatifs et réglementaires anti-concurrentiels	1251
- Jean-Jacques ALEXANDRE, L'application de la méthode de l'évaluation législative à la loi du 31 décembre 1989 sur le surendettement (A propos du rapport Léron de novembre 1991)	1269
- Sylvie CIMAMONTI, Les dix ans du travail d'intérêt général Brèves observations sur une nouvelle forme d'évaluation législative : la "commémoration évaluative"	1283
- Jean-Jacques GALLI et Louis BOURGOIN, Évaluation et expérimentation législatives en matière de défense des intérêts de l'enfant	1295

IIIème PARTIE L'ÉVALUATION LÉGISLATIVE À L'ÉTRANGER

- Armin HÖLAND, L'évaluation législative en Allemagne	1309
- Paul DELNOY, L'évaluation législative en Belgique	1317
- Robert BERGERON, L'efficacité des lois au Canada	1329
- Pierre-André CÔTÉ, L'évaluation législative au Canada et au Québec	1345
- Eleanor CHELIMSKY, L'évaluation législative au Congrès des États-Unis	1347
- Luzius MADER, L'évaluation législative en Suisse	1353

IVème PARTIE DOCUMENTS

- Évaluation législative - Analyse méthodique des effets des normes légales et des mesures étatiques basées sur ces normes.....	1363
- Loi n° 83-609 du 8 juillet 1983 portant création d'une délégation parlementaire dénommée Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques.....	1365
- Décret n° 90-82 du 22 janvier 1990 relatif à l'évaluation des politiques publiques	1367
- Organes de contrôle créés par l'Assemblée nationale et le Sénat	1371
- Fonctionnement et bilan de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques.....	1385
- Lettre du Premier Ministre Laurent Fabius aux ministres et secrétaires d'État du 23 novembre 1984 à propos du suivi des décrets d'application des lois	1397
- Lettre du Premier Ministre Michel Rocard aux ministres et secrétaires d'État du 1er juin 1990 à propos du suivi des décrets d'appliation des lois.....	1399
- Expériences d'évaluation en Suisse - Documents communiqués par J.-D. Delley et Ch.-A. Morand.....	1401
- Mieux connaître les effets de l'action étatique : problèmes, possibilités, propositions (Rapport Groupe de travail Département Fédéral Suisse de Justice et de Police, 1991)	1403
<i>TABLES de l'année 1994</i>	1411

AVANT PROPOS

Dans ses "essais sur les lois" le doyen Carbonnier a opposé "le légiférer abstrait" au légiférer "politique". Il s'agit, dans l'absolu, de l'art et des méthodes de l'élaboration législative dont l'étude, trop souvent négligée, mérite l'attention. La loi est trop importante pour être livrée à la seule dialectique "des essais et des erreurs, des tâtonnements ou des aberrances".

Depuis près de 10 ans, les efforts conjugués des services législatifs du Sénat et de l'Atelier de méthodologie juridique d'Aix-Marseille contribuent à une réflexion sur divers aspects de la méthodologie législative. Les travaux qu'ils ont consacrés à "l'évaluation législative", question jusqu'alors pratiquement inexplorée en France ont conduit à une très belle journée d'études, organisée au Sénat le 7 avril 1994 (*).

Le thème de ce colloque, intitulé "contrôle parlementaire et évaluation", déborde le strict domaine de l'évaluation législative et y rattache notamment l'évaluation des politiques publiques. Mais il a permis de confronter les expériences des services législatifs, des plus hautes instances de l'État et des hommes politiques et de mesurer la distance qui sépare le simple contrôle de l'application des lois et l'évaluation législative proprement dite. Enrichis par ces travaux, ceux de l'atelier de méthodologie juridique d'Aix-Marseille prennent une autre dimension. Il ne s'agit pas que de spéculations universitaires.

Ces travaux s'inscrivent directement dans la réflexion théorique et pratique sur les méthodes de l'élaboration législative en France et à l'étranger.

C'est pourquoi ce "Cahier de méthodologie juridique" réunit en un seul ouvrage les communications extraites des actes du colloque du 7 avril 1994 qui concernent directement l'évaluation législative proprement dite et des travaux spécifiques de l'atelier de méthodologie juridique d'Aix-Marseille.

Ces réflexions devraient contribuer à mieux dominer les effets recherchés des lois et en conjurer les effets pervers. Telle est la problématique qu'il faut confronter aux expériences françaises et étrangères.

La diversité d'origine des études ci-dessous, si elle risque de préjudicier à l'impression d'unité, doit aussi enrichir la conception même de cet ouvrage. La disparité des styles et des approches est délibérée. Elle témoigne d'une volonté de pluralité et d'ouverture.

Jean-Louis BERGEL

* L'intégralité des actes de la Journée d'études du 7 avril 1994 sera publiée prochainement par "La Documentation française".

R.R.J. 1994-4
Pages 1075 à 1174

Ière PARTIE

**PROBLÉMATIQUE
DE L'ÉVALUATION LÉGISLATIVE**

CONTRÔLE PARLEMENTAIRE ET ÉVALUATION

ALLOCUTION D'OUVERTURE DE

M. René MONORY
Président du Sénat

Mesdames, Mesdemoiselles, Messieurs,

9 heures 1/4, à Paris, c'est déjà tôt et quand il y a en plus une grève de la RATP, ça complique un peu... Mais comme nous avons tous un emploi du temps chargé, je pense qu'il faut ouvrir maintenant ; les gens vont arriver progressivement. De toute façon, ce n'est pas spécialement le Président du Sénat que vous êtes venus écouter, ce sont les spécialistes. Donc, il vaut mieux que je parle maintenant, alors que la salle se remplit, pour permettre à ceux qui ont fait de longs déplacements de parler devant une assemblée plus garnie.

Je voudrais remercier Messieurs les secrétaires généraux, tous les fonctionnaires de la maison et M. Delcamp en particulier, qui ont organisé cette journée et qui vont l'animer, les présidents de nos commissions qui s'y sont associés et l'Assemblée nationale avec laquelle nous avons travaillé sur ce sujet. Tout à l'heure, nous aurons d'ailleurs la présence de représentants de l'Assemblée nationale.

J'ai apporté d'emblée mon soutien à cette initiative, qui est à la fois ambitieuse et modeste. Elle est ambitieuse, parce qu'elle a pour effet de provoquer une confrontation entre des milieux et des modes de pensée différents autour d'une idée : l'évaluation. Les contours sont encore à préciser. Mais ce qui est au centre des préoccupations de ceux qui recherchent avant tout une efficacité dans l'action, c'est bien cette évaluation. Elle est modeste parce que, précisément, elle se veut à l'écoute des réflexions et des expériences qui ont été faites, afin de les confronter aux méthodes en vigueur au Parlement et voir dans quelle mesure ces méthodes elles-mêmes pourraient bénéficier de ces échanges. Je voudrais tout d'abord remercier toutes les personnalités et institutions qui ont bien voulu répondre à notre invitation et, en particulier, comme je le disais à l'instant, mon collègue, Monsieur Philippe Seguin, Président de l'Assemblée nationale qui a bien voulu accepter que les deux Assemblées effectuent cette recherche en commun. Nous montrons ainsi que la question du renouveau du Parlement est à la fois une nécessité ressentie par tous et un but qui ne pourra être atteint que par une étroite collaboration des élus de la Nation.

Merci aussi aux universitaires qui ont accepté d'intervenir et, en particulier, aux deux associations, l'Association française des constitutionnalistes et l'Association internationale de méthodologie juridique, qui ont bien voulu apporter

leur patronage, conférant à cette journée d'études une autorité scientifique confortant son caractère de réunion de travail sereine qu'ont voulue ses organisateurs. La sérénité, c'est bien ce que recherche d'abord le Sénat car c'est le chemin de l'intérêt public et c'est aussi le recul indispensable lorsque l'on veut réfléchir aux mutations de notre société.

Je remercie également les représentants des grandes institutions et des grands corps de l'État qui ont bien voulu nous communiquer leurs expériences. Je pense en particulier au Conseil économique et social, avec lequel le Sénat entretient des relations institutionnelles. Il en est de même pour la Cour des comptes dont j'ai pu apprécier la rigueur et l'esprit de collaboration lorsque j'étais rapporteur général de la commission des finances. Il est arrivé que l'on dise ou que l'on pense que le Parlement ne faisait pas d'évaluation. C'est vrai au sens strict. En effet, il n'est pas partie prenante au dispositif mis en place par le décret du 22 janvier 1990 qui organise l'évaluation des politiques publiques. Celui-ci met en place un "pôle d'évaluation autour de l'exécutif". Cela ne signifie pas que le Parlement est étranger à ces préoccupations. Je dirais même qu'au-delà des questions de vocabulaire, l'évaluation est au coeur de la mission du Parlement. En effet, si la fonction de législation caractérise le Parlement, c'est la fonction de contrôle -qui requiert aujourd'hui notre attention- qui est à l'origine de ses pouvoirs et les justifie dans les pays de liberté par le biais du consentement à l'impôt. Ce contrôle technique, pragmatique, est surtout un contrôle qui s'efforce de vérifier que l'intention du politique est bien appliquée, qu'elle atteint son but. On peut imaginer une mission supplémentaire : celle d'anticiper et de faire du Parlement un défricheur de l'avenir. C'est en tous cas la vocation qu'avec mes collègues sénateurs j'aimerais ajouter à la vocation de réflexion que l'on prête généralement au Sénat.

Confrontée aux grandes évolutions économiques du monde, à l'évolution du monde du travail, de la société, la population a besoin de repères. Les inquiétudes de la jeunesse, exprimées par une extériorisation peut-être excessive, sont présentes chez tous. Il faut y répondre en éclairant l'avenir et en posant des jalons.

Pour moi, l'évaluation, en effet, doit être autant prospective que rétrospective. Certes, il est important de mesurer les conséquences des politiques que l'on a voulues, ne serait-ce que pour pouvoir les modifier. Il est encore plus important d'anticiper les effets des idées qui prennent corps dans la législation de façon à éviter les retours en arrière et les tâtonnements qui affaiblissent la crédibilité du politique.

Important aussi de réfléchir aux moyens. Trop de législation tue la loi. Je crois que c'est vrai. Je ferai un petit aparté en disant que, parfois, je trouve que notre système politique et notre Gouvernement font trop de lois. Ce n'est pas très bien de dire ça pour un politique qui est en même temps un législateur. Mais je trouve que, souvent, les lois sanctionnent plus facilement les habitudes qu'elles ne les transforment. Et quand on veut transformer trop vite les habitudes, les lois se heurtent parfois à une certaine incompréhension. Nous devons, à cet égard aussi, évaluer notre travail et faire en sorte que les textes soient plus simples, plus compréhensibles pour le citoyen -ce n'est pas toujours le cas- et aussi moins nombreux, comme je le disais. L'inflation de textes dévalue la loi et déprécie la valeur du travail législatif. Il y a là une responsabilité du Parlement, mais aussi de l'exécutif qui parfois maîtrise mal les technostructures. Peu à peu, par une confusion entre ce qui relève de la gestion et ce qui relève des grandes orientations, nous arrivons ainsi à une certaine déviation des institutions.

Dans les pays anglo-saxons, l'évaluation des politiques publiques est associée à la notion de démocratie, pour moi à juste titre. Je crois en effet que notre société, et surtout notre administration, ont besoin de transparence. Chez nous, les choses se sont certes beaucoup améliorées dans les conditions du contrôle parlementaire.

Désormais, on ne refuse plus les documents aux rapporteurs des commissions d'enquête ou des missions d'information. Les découvertes qu'ils font ne sont pas toujours spectaculaires, mais la plupart du temps elles révèlent que la complexité, la multiplication des services, génèrent des incohérences, des défauts de coordination, l'absence de synergie entre fonctionnaires souvent très compétents mais souvent aussi trop dispersés dans leurs interventions. La complexité de la réglementation reflète la complexité des structures. Les principaux défauts de l'action publique sont connus. Le Parlement a, à cet égard, un rôle à jouer puisque, on ne le sait pas assez, il est un des lieux où l'on peut faire la synthèse globale. Or, il n'y a pas de décision sans synthèse préalable des différents éléments d'une situation. Les exemples étrangers montrent que dans des cultures politiques certes différentes, le Parlement peut être justement le lieu privilégié de l'évaluation des politiques publiques.

Je suis heureux, donc, de l'ouverture dont témoigne cette journée d'études. Ce n'est que par l'échange que l'on peut progresser. Depuis que j'ai été élu Président du Sénat, se sont tenus dans cette salle plus de 300 colloques ou réunions, confirmant que l'un des rôles du Parlement est d'être un carrefour et un lieu d'échange. Il ne peut espérer, d'autre part, bien faire son travail que s'il est ouvert sur l'extérieur. En tant qu'ancien ministre de l'éducation, je sais ce qu'il peut attendre de l'Université. Il y a là des collaborations entre politiques et chercheurs qui peuvent être fructueuses. Je crois aussi que le Parlement a besoin d'expertise et, à cet égard, je compte sur les comparaisons internationales qui seront faites cet après-midi pour nous donner des idées. Je saisis cette occasion pour remercier toutes les personnes qui sont venues spécialement de l'étranger, non seulement de l'Europe, mais aussi de l'autre côté de l'Atlantique. Le défi démocratique est commun à toutes les sociétés, même très développées.

Les réponses à ce défi passent par un contrôle parlementaire moderne qui assure la représentation du citoyen non seulement pour définir mais aussi pour juger les politiques mises en oeuvre pour sa sauvegarde et son bien-être. Votre contribution revêt à cet égard une grande importance et les élus, dont plusieurs ont tenu à assister à cette session et que je salue ici, vous en seront tous très reconnaissants.

Je vous remercie.

RAPPORT INTRODUCTIF (*)

Par

Jacques CHEVALLIER

Professeur à l'Université de Paris II

*Directeur du Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de
Picardie (CURAPP)*

L'utilité de la tenue d'une journée d'études sur "contrôle parlementaire et évaluation" pourrait être contestée sur la base de deux types d'arguments. différents et opposés.

1° La *pertinence* même de l'idée d'évaluation législative peut d'abord être mise en doute. Le thème de l'évaluation est apparu en effet corrélativement au développement d'une nouvelle approche, à la fois scientifique et pratique, de l'action publique : à savoir l'analyse des "politiques publiques", qui entend prendre une vue globale de cette action en s'interrogeant sur ses déterminants et sur ses résultats. L'évaluation remplit dans cette perspective une fonction essentielle, puisqu'elle vise à mesurer les effets des décisions prises, à apprécier leur impact social au regard des objectifs fixés et des moyens mobilisés : à partir de là pourront être mis en oeuvre des processus de correction et d'ajustement destinés à améliorer l'efficacité des choix collectifs. Indissociable d'une problématique en termes de politiques publiques, le thème de l'évaluation serait en revanche inadapté au domaine législatif : non seulement il serait impossible d'évaluer les effets spécifiques d'une loi, en la dissociant arbitrairement de l'ensemble qu'elle forme avec d'autres décisions, parallèles ou consécutives, mais encore le processus législatif exclurait, par les conditions politiques et temporelles dans lesquelles il se déroule, toute intégration d'une démarche évaluative.

Ce constat explique que les procédures évaluatives se soient développées en France en marge de toute référence à la loi et en dehors de l'enceinte parlementaire (D. Maus, 1991, 194) : puisque la démarche évaluative s'applique aux politiques publiques et non pas aux lois, c'est au Gouvernement, chargé de la conduite de ces politiques, qu'il semble revenir la responsabilité de la promouvoir et de la mettre en oeuvre ; en revanche, le Parlement est confiné dans l'utilisation des techniques classiques de contrôle, en étant dépourvu de tout accès aux sources d'expertise (J.-L. Quermonne, L. Rouban, 1984, 238). Tout se passe comme si s'était dessiné un partage des rôles tacite entre l'Exécutif et le Législatif : à l'Exécutif, la mission de mettre sur pied des dispositifs *d'évaluation des politiques publiques* ; au Législatif, le soin de recourir à des procédures de *contrôle sur l'application des lois*. La création par

(*) Communication à la Journée d'études du 7 avril 1994 au Sénat.

le décret du 22 janvier 1990 d'un dispositif interministériel d'évaluation (P. Duran, E. Monnier, 1992) illustre bien ce processus d'expropriation implicite du Parlement de la fonction évaluative.

Cette expropriation a des implications importantes, en ce qui concerne tant la conception de la loi que le rôle du Parlement : d'une part, le nouveau rapport ainsi établi entre loi et politique publique participe à la *décadence de la loi*, qui n'est plus conçue que comme un instrument d'action au service d'une politique plus globale, dans laquelle elle se trouve subsumée ; d'autre part, le contrôle reconnu au Gouvernement sur le pilotage des politiques publiques contribue à asseoir la *suprématie de l'Exécutif* par rapport à un Parlement censé être incapable d'avoir une vue d'ensemble et de procéder aux corrections de trajectoire et ajustements nécessaires. La promotion du thème de l'évaluation législative marque à la fois le recentrage de la fonction évaluative sur la loi et la volonté du Parlement de ne pas s'en laisser déposséder, par la construction à son initiative et sous son contrôle d'un dispositif spécifique.

2° D'autre part, et à l'inverse, le thème de l'évaluation législative peut être considéré comme étant d'une *nouveauté* toute relative : tel Monsieur Jourdain, le Parlement ne ferait-il pas de l'évaluation sans le savoir ?... L'idée d'évaluation serait en effet omniprésente tout au long du travail parlementaire : l'élaboration d'une législation nouvelle implique nécessairement une appréciation portée sur la nature des problèmes à résoudre et l'effet des lois précédentes ; et le contrôle de l'activité gouvernementale conduit à porter un jugement sur l'efficacité de l'action menée. Le Parlement à d'ailleurs cherché depuis longtemps à renforcer la qualité du travail législatif en recourant à des enquêtes préalables, visant à réduire la part d'incertitude et à atténuer les réactions éventuelles de résistance ou de rejet de la part des destinataires (ce que J. Carbonnier appelle la "sociologie pré-législative"), mais aussi à des techniques de simulation, visant à mesurer par anticipation l'effet prévisible d'une législation —soit par le recours à des indicateurs chiffrés, comme en matière fiscale, soit par un travail sur les comportements : ainsi l'évaluation *ex ante* serait-elle devenue d'usage courant ; et l'évaluation *ex post* se ferait tout au long du travail parlementaire. L'évaluation n'aurait donc plus de secret pour le Parlement, qui la pratiquerait depuis longtemps, sous d'autres appellations ; la mise en avant du thème relèverait dès lors d'un simple effet de mode.

Cette banalisation du thème de l'évaluation n'apparaît pas recevable. Entendue au sens strict, l'évaluation implique le respect d'un certain nombre de conditions, d'ordre méthodologique (recours à des instruments scientifiques d'analyse) et institutionnel (indépendance des instances d'évaluation), qui en font une démarche spécifique. Plus fondamentalement, l'essor du thème de l'évaluation traduit une inflexion profonde et récente de la conception même de l'action publique : au postulat du bien-fondé de principe dont bénéficiait la gestion publique, parée du sceau magique de l'intérêt général, a succédé la conviction que l'État est tenu de rendre des comptes, en démontrant la pertinence des actions menées ; et cette vision nouvelle atteint aussi la loi. Dans la conception traditionnelle de la loi, le problème de son effectivité ne se posait pas : dès l'instant où une loi existait, non seulement son bien-fondé ne pouvait souffrir la moindre discussion, mais encore elle était censée disposer d'une efficacité de principe ; le problème de l'effectivité des lois était en fait confondu avec celui de leur validité. Cette vision est désormais caduque : la loi ne bénéficie plus, du seul fait de son existence, d'un postulat d'efficacité ; il convient encore de s'interroger sur ses effets concrets, sur le degré d'application de ses dispositions par ses destinataires, sur les résultats qu'elle permet d'obtenir. Cette appréciation suppose l'adoption d'un point de vue externe au droit, en analysant les

comportements sociaux concrets : ne se réduisant, ni à la mesure du degré d'application du droit, ni au contrôle de l'écart entre le texte et sa mise en oeuvre, l'effectivité "englobe une véritable évaluation des effets du droit, prenant en compte le point de vue des usagers" (F. Rangeon, 1989). On constatera qu'au-delà des effets attendus ou escomptés, les lois génèrent toujours des effets imprévus et parfois pervers : le bien-fondé d'une législation dépend de l'équilibre entre ces différents types d'effets.

L'évaluation législative s'inscrit ainsi dans une perspective nouvelle visant à améliorer le contenu des lois, en prenant en compte les effets de tous ordres qu'elles suscitent : ce faisant, elle prend place dans la *panoplie d'outils* destinés à faire de l'élaboration de la loi le produit d'un "calcul objectif" (P. Amsselek, 1982), éliminant toute part d'improvisation et d'incertitude. L'expérimentation est un des aspects de ce qu'on appelle la *légistique* (J.-M. Woehrling, 1983), dont la "méthode législative" (C.-A. Morand, 1988) n'est en fin de compte qu'un des aspects. Entendue au sens large, la légistique est une "science" (science appliquée) de la législation, qui cherche à déterminer les meilleures modalités d'élaboration, de rédaction, d'édiction et d'application des normes .

La promotion de l'évaluation législative impose dès lors une clarification préalable, permettant de situer la place qu'elle est susceptible d'occuper par rapport aux dispositifs existants (I), avant de définir les conditions concrètes de son aménagement (II).

I - UNE CLARIFICATION NÉCESSAIRE

L'essor du thème de l'évaluation législative a eu un impact certain sur le travail parlementaire : il a conduit le Parlement à mettre sur pied un ensemble d'instruments et de procédures nouvelles ; mais il a aussi contribué à réorienter la logique de fonctionnement de dispositifs plus anciens. Au total, les deux assemblées paraissent disposer de supports solides, leur permettant de prendre pied dans le champ concurrentiel de l'évaluation. Néanmoins, ces mécanismes ont été mis en place sans qu'une réflexion approfondie ait été menée sur le concept même d'évaluation et sans qu'aient été précisées les conditions de l'évaluation législative.

A) LES DISPOSITIFS EXISTANTS

Les initiatives prises par les deux assemblées au cours des dernières années témoignent de l'intérêt grandissant porté par les parlementaires aux problèmes de mise en oeuvre de l'action publique, qui étaient considérés jusqu'alors comme relevant de la compétence exclusive de l'Exécutif : la simple adoption des textes ne suffit plus ; encore faut-il se préoccuper des conditions concrètes de leur application. Ce déplacement vers l'aval, qui révèle l'intériorisation progressive par les parlementaires des principes de la démarche évaluative, a conduit à la création de dispositifs spécifiques.

1° C'est d'abord l'établissement d'un *contrôle sur l'application des lois*. Le Parlement s'est décidé à réagir contre le retard constaté dans l'élaboration et la publication des décrets d'application des lois, qui fait que des lois importantes, ou présentées comme telles au moment de leur adoption, restent partiellement, voire totalement, inappliquées.

A la suite du débat lancé sur le thème par le sénateur Poudonson en juin 1972, un système de contrôle a été mis en place au Sénat dès 1974 (Catherine Maynial) : un bilan semestriel du contrôle de l'application des lois est effectué au 15

mars et 15 septembre de chaque année ; élaboré à partir des notes de synthèse établies par les six commissions permanentes sur la base de données informatiques (APLEG), ce bilan se présente sous la forme d'un rapport établi par le directeur du service des commissions et approuvé par la Conférence des présidents — rapport publié dans le bulletin d'informations rapides du Sénat.

Pour l'Assemblée nationale, une résolution a été adoptée par la Conférence des présidents le 20 décembre 1988 : elle prévoit que chacune des six commissions permanentes désigne un ou plusieurs de ses membres pour assurer le suivi de la publication des textes d'application et saisir le cas échéant le président de la commission des difficultés rencontrées, à charge pour celui-ci d'en faire part à la Conférence des présidents ; pour D. Migaud, dont le rapport établi au nom de la commission des lois porte sur le bilan d'application de 39 lois promulguées entre 1988 et 1990 (*Ass. Nat.* 28 juin 1990, n° 1558), cette procédure s'inscrirait dans le dispositif plus vaste d'"évaluation des lois", c'est-à-dire d'appréciation de la pertinence d'une législation par rapport aux problèmes qu'elle est supposée résoudre.

Ces initiatives parlementaires ont incontestablement contribué à accélérer la prise de conscience gouvernementale de l'importance du problème : plusieurs circulaires émanant de premiers ministres (J. Chirac en juillet 1974, R. Barre le 12 mai 1977, M. Rocard le 1 juin 1990) ont rappelé avec insistance la nécessité d'une parution rapide des textes d'application des lois — un calendrier prévisionnel d'application, ainsi qu'un canevas du contenu, des décrets devant être désormais établis en même temps que le projet de loi. Les bilans élaborés par le Sénat montrent qu'il reste pourtant beaucoup à faire, les délais ayant tendance à s'allonger et le retard d'application des lois anciennes à se pérenniser (le rapport Migaud est plus optimiste, ainsi que le Conseil des ministres : les 22 juillet 1992 et 6 janvier 1993).

2° C'est ensuite l'institutionnalisation de certains mécanismes d'*évaluation ex ante*. Cette évaluation, on l'a dit, se profile déjà dans les enquêtes préalables et les simulations visant à mesurer les effets prévisibles d'un texte, qui se sont développées à partir des années soixante ; mais les conditions d'utilisation de ces techniques (décidées au coup par coup et sans que le Parlement dispose d'une réelle maîtrise sur leur usage) montrent qu'elles s'inscrivent moins dans la perspective de l'évaluation que dans un souci d'amélioration de la préparation technique des lois.

Avec la création par la loi du 8 juillet 1983 de l'*Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques*, une étape nouvelle sera franchie, dans la mesure où cet Office, non seulement est investi d'une fonction permanente ("informer le Parlement des conséquences des choix de caractère scientifique et technologique afin, notamment, d'éclairer ses décisions"), mais encore est l'émanation directe des deux assemblées (huit députés et huit sénateurs forment le collège d'élus) ; l'objectif est de donner aux parlementaires les moyens de choisir, en toute connaissance de cause, entre les diverses options ouvertes par les progrès de la science et des techniques, en évitant "le fait accompli technocratique". Cependant, si l'organisation de l'Office distingue bien responsabilités politiques et compétences scientifiques (le Collège d'élus étant assisté d'un Conseil scientifique de quinze personnalités choisies pour leur compétence) et si la mission de procéder à des "évaluations" est explicitement prévue, son intervention se situe très en amont du processus législatif : il s'agit avant tout d'éclairer les choix parlementaires, en anticipant l'évolution des sciences et des techniques. Si le démarrage a été laborieux, de nombreux rapports ont été déposés devant les deux assemblées (trente rapports publiés), portant notamment sur l'environnement, les nouvelles technologies, le nucléaire, les sciences de la vie.

Le *Bilan écologique* institué à l'Assemblée nationale à la suite de l'adoption le 15 juin 1990 (et la décision du Conseil constitutionnel du 5 juillet 1990) de la proposition de résolution présentée par L. Fabius, s'inscrit dans la même perspective, mais son insertion dans le processus législatif est plus directe : ce bilan doit en effet être établi à propos des projets ou propositions de loi "dont l'application est susceptible d'avoir un impact sur la nature" ; avant de légiférer, les députés doivent alors être informés des conséquences possibles des textes en discussion sur l'environnement. Si cette formule n'a pas rencontré d'opposition, elle a suscité un assez grand scepticisme sur les bancs parlementaires.

3° Les *commissions d'enquête et de contrôle* et les *missions d'information* relèvent en revanche des procédures d'investigation classiques ; néanmoins, une inflexion s'est produite récemment dans la conception de leur mission, tendant à les amener à s'inscrire progressivement dans une perspective évaluative : élargissant leurs ambitions, elles s'efforcent désormais d'évaluer les résultats de telle ou telle politique sectorielle ou de telle ou telle législation. L'augmentation spectaculaire depuis 1989 du nombre des commissions d'enquête et de contrôle (le "droit de tirage" institué à l'Assemblée nationale en faveur de l'opposition y a contribué) (pour la période 1989-1992 on compte dix commissions d'enquête et deux de contrôle à l'Assemblée et cinq et cinq au Sénat), mais aussi des missions d'information, aussi bien spécifiques que communes à plusieurs commissions, montre bien qu'elles sont devenues le moyen privilégié par lequel les assemblées entendent s'immiscer dans l'exercice de la fonction évaluative : la liste des thèmes retenus par les missions communes est à cet égard révélatrice (A l'Assemblée, l'intégration des immigrés, l'évaluation des logements urbains, la bio-éthique, la décentralisation de l'éducation nationale, la situation du monde rural, l'aménagement du temps de travail, la loi quinquennale sur l'emploi ; au Sénat, la situation des personnels soignants non médecins dans les hôpitaux, l'avenir de l'espace rural, les problèmes posés par l'immigration, la politique de décentralisation, la convention de Schengen, la télévision éducative, l'aménagement du territoire) ; et les rapports publiés constituent incontestablement un matériau de choix pour l'évaluation des politiques publiques.

4° Cette dimension évaluative a été explicitement dégagée à l'Assemblée nationale, à la suite de l'adoption le 18 mai 1990 (décision du Conseil constitutionnel du 6 juin 1990) d'une proposition de résolution déposée le 3 avril précédent par MM. Fabius et Sapin (n° 1207), tendant à modifier l'article 145 du règlement de l'Assemblée nationale. Cette résolution prévoit que les commissions permanentes ont la possibilité de confier à l'un ou plusieurs de leurs membres une "*mission d'information temporaire*" portant notamment sur "*les conditions d'application d'une législation*", afin d'identifier les difficultés rencontrées et proposer des solutions. Soulignant le paradoxe qu'il y a pour le Parlement à consacrer beaucoup de temps et d'efforts à l'élaboration de la loi et fort peu à vérifier la pertinence de la loi votée par rapport au problème qu'elle est supposée résoudre, la proposition indiquait explicitement que son ambition était de "mettre en place un système d'évaluation de la loi" : la différence par rapport aux missions d'information classiques tient à la fois à la solennité particulière de leur création (intervention de la Conférence des présidents et non simple délibération des bureaux des commissions) et à l'utilisation de méthodes d'investigation plus variées (à côté des moyens classiques, tels qu'auditions ou questionnaires, recours à des moyens modernes d'analyse et de communication, tels études ou enquêtes d'opinion et de résultat) ; de telles opérations sont appelées à rester exceptionnelles (pas plus de deux par an), le

critère étant l'existence d'une loi "suffisamment ancienne pour avoir pu s'appliquer mais posant un problème ressenti comme actuel par l'opinion" et "suffisamment consensuelle" pour ne pas apparaître comme une mise en cause de la majorité, mais aussi "suffisamment contestée pour susciter des propositions d'améliorations" (rapport Sapin, *Ass. Nat.* 17 mai 1990, Doc. parlem. n° 1352).

Ce triple souci de *spécificité*, *sélectivité* et *scientificité* semble marquer un nouveau pas dans l'institution d'une véritable procédure d'évaluation. A la suite de l'adoption de cette résolution, deux missions de ce type ont été constituées, l'une relative au logement et à l'urbanisme (16 mai 1990, rapport déposé le 28 mars 1991), l'autre relative à la décentralisation dans le domaine de l'éducation nationale et de la formation professionnelle (23 avril 1991, rapport déposé le 19 novembre 1992).

Tous ces dispositifs, auxquels il convient d'ajouter les bilans d'application explicitement prévus par certains textes (voir l'article 3 de la loi du 28 juin 1989 relative à la prévention et à la répression de l'usage de produits dopants ou l'article 36 de la loi du 10 juillet 1989 d'orientation sur l'éducation), montrent sans aucun doute une pénétration de l'idée d'évaluation dans l'enceinte parlementaire ; cependant, ils restent éclatés et hétérogènes : introduits à la suite d'initiatives ponctuelles, ils relèvent d'ordre de préoccupations très différentes. Aussi une réflexion sur les conditions de l'évaluation législative apparaît-elle nécessaire.

B) LES CONDITIONS DE L'ÉVALUATION LÉGISLATIVE

La diversité des dispositifs parlementaires qui paraissent relever, à un titre ou à un autre, de l'idée d'évaluation atteste suffisamment de la polysémie du terme et de la multiplicité des approches possibles. Une conception plus précise et plus rigoureuse apparaît indispensable, sous peine d'entraîner une banalisation complète de la problématique de l'évaluation et sa dilution dans les mécanismes plus diffus de contrôle parlementaire : elle conduit à la conclusion que la plupart des dispositifs précédemment évoqués, ou bien ne relèvent pas à proprement parler du champ conceptuel de l'évaluation, ou bien ne satisfont pas certaines des conditions requises ; un réaménagement s'avère dès lors indispensable.

1° Le contrôle de *l'application des lois* tout d'abord ne s'inscrit pas réellement dans la perspective de *l'évaluation*. Ce contrôle vise en effet, sinon à éliminer, du moins à réduire le déficit d'exécution qui affecte des législations dont de larges franges sont vouées à rester inappliquées, faute d'intervention des mesures réglementaires nécessaires. Cette entreprise rencontre au demeurant très vite ses limites : non seulement certaines dispositions inscrites dans les textes ont une portée essentiellement symbolique, mais encore les lois adoptées révèlent, à l'épreuve du réel, certaines lacunes ; sous peine de susciter des réactions de fuite ou de rejet par une "exécution littérale" et scrupuleuse des textes, les autorités chargées de l'exécution sont amenées dès lors à laisser tacitement en sommeil, à mettre délibérément entre parenthèses certaines de leurs dispositions. Le contrôle de l'application des lois ne saurait, au nom d'un "intégrisme normatif" illusoire, prétendre supprimer tout déficit d'exécution. Mais surtout, ce contrôle de l'application, qui se situe au niveau du seul fonctionnement du système normatif, a peu à voir avec une évaluation qui suppose une appréciation de type qualitative, passant par la confrontation des objectifs poursuivis et des résultats enregistrés.

Robert Bergeron distingue dans sa contribution trois niveaux de l'évaluation législative : l'évaluation de la qualité juridique d'un texte, de sa valeur rédactionnelle, de sa place dans le corpus législatif ; l'évaluation de l'opportunité juridique de l'adoption du dispositif ; enfin, l'"évaluation législative complète", qui suppose une

appréciation de l'opportunité de l'intervention du législateur. Si l'ensemble de ces appréciations relèvent bien de la "légistique" (J.-M. Woehrling, 1983) — science appliquée de la législation qui cherche à rationaliser l'activité législative, en améliorant les méthodes d'élaboration, de rédaction, d'édiction et d'application des normes —, il nous semble pourtant que le travail d'"ingénierie du droit", par lequel le dispositif normatif fait l'objet, comme au Canada, à intervalles réguliers, d'une remise en ordre et d'une codification, ne relève pas à proprement parler de l'idée d'évaluation, dans la mesure où celle-ci suppose une confrontation au réel et la "recherche méthodique des effets" (L. Mader).

2° Cette analyse des effets d'une législation peut être opérée de façon rétrospective, en portant sur les effets réels enregistrés, ou être réalisée de manière prospective, à partir des effets potentiels prévisibles (rapport Morand). On est dès lors conduit à distinguer deux types d'évaluation, l'*évaluation ex post* et l'*évaluation ex ante*, qui relèveraient d'une démarche fondamentalement identique et seraient d'ailleurs interdépendantes (rapport Mader) et successives : à l'évaluation *ex ante* précédant l'adoption d'une législation nouvelle, succéderait l'évaluation *ex post*, une fois la législation appliquée, qui pourrait elle-même déboucher sur des mesures d'adaptation ; par là, la démarche évaluative assurerait le bouclage du processus décisionnel, en se situant à la fois *ab initio* et *in fine*.

La remontée de la démarche évaluative vers l'amont du processus décisionnel comporte cependant quelques équivoques : l'évaluation *ex ante* passe essentiellement par des procédés d'enquête ou de simulation, qui cherchent à préfigurer ou à anticiper les conséquences possibles d'un texte, par une représentation fictive de la réalité, qui apparaissent indissociables du travail de préparation technique des textes. L'expérimentation, soit partielle (la nouvelle législation étant testée dans une zone géographique donnée ou sur certaines couches de la population), soit globale (la législation nouvelle étant mise en application pour une période limitée), a une portée différente, à la fois parce qu'elle passe par une analyse des effets réels et parce que l'évaluation va se trouver intégrée à travers elle dans le processus normatif.

3° A partir de là, il s'agit de savoir si l'évaluation législative consiste seulement en l'analyse des effets d'une *législation* ou si elle doit, elle aussi, conduire à une réflexion plus générale en termes de *politiques publiques*.

L'évaluation d'une législation apparaît comme une entreprise délicate, dans la mesure où les lois s'insèrent de plus en plus dans des politiques globales, dont elles sont indissociables. La loi n'est plus conçue comme un acte isolé et autonome, trouvant en lui-même sa propre cohérence : relevant d'un programme d'action plus large, elle constitue une *étape* et un *moyen* de réalisation de ce programme ; liée à un ensemble d'autres actes ou décisions, antérieurs, concomitants ou consécutifs, elle est insérée dans une politique, qui lui donne sens et constitue son cadre de référence. On a assisté en effet, avec l'avènement de l'État providence, à une transformation profonde de la loi. Comme l'a montré C.-A. Morand (1988, 1990), un droit nouveau est alors apparu — "droit interventionniste" conçu comme un "instrument d'action mis au service de l'État", contribuant à la réalisation de politiques publiques : la loi servira, non plus à encadrer les comportements, mais à atteindre certains objectifs et à produire certains effets économiques et sociaux (passage des "lois règles" aux "lois mesures") ; elle n'a plus de valeur en soi, mais seulement dans la mesure où elle contribue à la réalisation de fins plus larges qui la dépassent, à la mise en oeuvre des "programmes finalisés", au service desquels elle est placée ; enfin, elle ne peut plus être jugée isolément, mais en fonction de son insertion dans des "séquences d'action", dont elle n'est qu'un élément : toute loi se trouve intégrée dans un ensemble plus

vaste, formé d'une constellation de décisions imbriquées les unes dans les autres et liées entre elles.

Il reste cependant que l'évaluation d'une politique implique nécessairement une réflexion sur l'effectivité de la législation qui l'a concrétisée, et donc une évaluation de celle-ci : la spécificité de l'évaluation législative réside précisément, à notre sens, dans cet effort d'évaluation de la contribution apportée par le dispositif légal à la construction des politiques publiques.

4° *L'évaluation législative* doit être nettement distinguée du *contrôle parlementaire*. Sans doute, le bilan effectué sur les effets d'une législation ne saurait manquer d'avoir une incidence sur les rapports entre le Parlement et le Gouvernement ; et la promotion du thème de l'évaluation législative s'inscrit d'ailleurs explicitement dans la perspective d'un renforcement des "pouvoirs de contrôle" des assemblées "sur l'action du Gouvernement et de son administration" (rapport Sapin, *Ass. Nat.* 18 mai 1990, p. 1533. Voir aussi Conseil constitutionnel 6 juin 1990).

Néanmoins, même si elle "implique et appelle un renouveau du contrôle politique" (J.-L. Quermonne, L. Rouban, 1984, 254), l'évaluation n'est pas pour autant assimilable à un nouveau moyen de contrôle parlementaire. De manière générale, la problématique de l'évaluation a été construite à partir d'une stricte distinction avec l'idée de contrôle : alors que le contrôle est sous-tendu par une préoccupation de régularité et poursuit un objectif de mise en conformité à travers un mécanisme de correction/sanction, l'évaluation s'interroge sur les résultats obtenus, les effets enregistrés ; les finalités sont donc foncièrement différentes. En l'occurrence, l'évaluation législative relèverait davantage de l'idée d'"auto-contrôle", puisqu'elle conduit le Parlement à s'interroger sur les effets d'une législation qu'il a adoptée et dont il a donc endossé la responsabilité.

5° Enfin, l'évaluation législative suppose, comme l'ensemble des processus d'évaluation, qu'une claire démarcation soit opérée entre la *commande politique* et l'*acte scientifique*. La distinction, bien posée par le rapport Viveret (1989), entre les "évaluateurs", chargés de procéder aux investigations concrètes à l'aide de méthodes scientifiques, et les "lieux d'évaluation", d'où provient la commande politique, permet d'éviter toute confusion des rôles des uns et des autres : dissociant le "moment politique" du "moment de la connaissance", elle assure le partage des connaissances, en permettant que la connaissance puisse être appropriée par l'ensemble des acteurs politiques et sociaux, tout en laissant ceux-ci libres d'utiliser le jugement évaluatif (J. Leca, 1993, 19) ; le "jugement d'évaluation" se trouve ainsi séparé du "jugement décisionnel", dont la rationalité est différente.

L'évaluation législative suppose donc que les parlementaires fassent appel à des scientifiques, capables de recourir à des méthodes rigoureuses d'analyse pour apprécier les effets des politiques suivies ; c'est à cette condition, et à cette condition seulement, qu'on peut réellement parler d'évaluation. L'évaluation doit donc être soigneusement distinguée des simples jugements évaluatifs portés par les parlementaires sur le contenu des politiques suivies.

Toutes ces conditions montrent que, si des pas importants ont été faits dans cette direction, l'évaluation législative est encore, pour l'essentiel, à construire ; et c'est l'ambition de cette journée d'études que de s'interroger sur sa faisabilité. On se bornera ici à évoquer seulement quelques-unes des implications de cette construction.

II - UNE CONSTRUCTION SPÉCIFIQUE

Tout en s'inscrivant dans la problématique générale de l'évaluation, l'évaluation législative n'en présente pas moins un ensemble de caractéristiques singulières : parce qu'elle touche aux processus de production de la loi, sa portée est sans commune mesure avec celle des autres opérations d'évaluation ; et parce qu'elle met en scène le Parlement, elle influe nécessairement sur les équilibres de pouvoir entre les institutions. Cette spécificité fait que les effets de l'introduction de procédures d'évaluation législative risquent d'être importants et diffus.

A) DES MÉCANISMES ORIGINAUX

L'essor de l'évaluation législative suppose d'abord que soient réglées un certain nombre de questions de nature institutionnelle, concernant les supports possibles de son développement ; mais ces questions sont en fin de compte mineures au regard des problèmes de fond qu'elles soulèvent : l'évaluation législative est de nature, comme on l'a constaté dans d'autres pays, à remettre en cause la conception même du travail législatif.

1° *L'aménagement du dispositif institutionnel* d'évaluation passe par un ensemble de préalables. D'abord, les Assemblées doivent disposer de la maîtrise du processus d'évaluation qu'elles entendent initier. La tradition française du monopole d'expertise de l'Exécutif a eu pour effet de concentrer entre les mains du Gouvernement la responsabilité de l'exercice de la fonction évaluative : c'est au Gouvernement qu'il appartient, en règle générale, de répondre aux demandes du Parlement, en fournissant à celui-ci les éléments d'information qu'il souhaite avant l'adoption des lois, puis en présentant, sous forme de rapports, des bilans sur l'application des textes ; et quand des dispositifs spécifiques d'évaluation sont mis sur pied, ils se présentent généralement sous la forme de "délégations interministérielles" (voir par exemple le décret du 7 décembre 1988 concernant le R.M.I.), placées sous la contrôle de l'Exécutif. L'évaluation législative doit relever de la responsabilité propre des Assemblées parlementaires, ce qui suppose qu'elles se dotent des moyens nécessaires pour la mener à bien : l'évaluation est en effet coûteuse ; elle exige du temps, des moyens financiers, des ressources humaines, ce qui exclut qu'elle puisse être systématiquement pratiquée.

A partir de là, il s'agit de savoir si la fonction évaluative peut s'appuyer sur les structures existantes, et notamment sur les commissions d'enquête et de contrôle et les missions d'information, ou s'il convient de créer des structures *ad hoc*. S'il paraît souhaitable que la spécificité de la fonction évaluative soit mieux affirmée, par une distinction plus nette avec les simples missions d'information, dont la contribution à la fonction évaluative n'est qu'indirecte, en revanche, on peut s'interroger sur l'opportunité de recourir à la formule d'"Offices parlementaires d'évaluation" — sur le modèle de celui qui existe pour les choix scientifiques et technologiques —, éventuellement communs aux deux Assemblées, voire de mettre en place, sur le modèle du *General Accounting Office* (GAO) américain, une structure spécialisée, chargée de piloter l'ensemble du processus d'évaluation : en dépit de la lourdeur de cette formule, elle contribuerait sans doute à assurer une plus grande rigueur et une meilleure continuité de la démarche suivie.

Enfin, le problème de l'articulation avec les autres dispositifs d'évaluation ne peut manquer de se poser. Le développement de l'évaluation législative risque d'aboutir à conforter la structuration du système français d'évaluation autour de deux pôles : le pôle exécutif, constitué autour du dispositif interministériel (Comité,

conseil scientifique, fonds) mis en place en janvier 1990 ; le pôle législatif, cristallisé autour de missions et d'offices ; entre les deux, il convient de tenir compte du Conseil économique et social qui, disposant de la faculté de faire appel, dans la limites du cinquième, aux crédits du Fonds national, souhaite prendre une part importante à la politique d'évaluation (voir l'avis adopté le 12 décembre 1990 sur le rapport présenté par M. Lucien Génin au nom de la section des problèmes économiques généraux et de la conjoncture). Ce pluralisme apparaît souhaitable et conforme à l'exigence d'autonomie d'institutions qui doivent garder la maîtrise de la commande d'évaluation ; en revanche, une formule de coordination souple, telle qu'une Conférence nationale conçue sur le modèle suisse (L. Mader), permettant les échanges et confrontations d'expériences, serait souhaitable ; les deux conférences de ce type, tenues les 14 décembre 1992 et 9 décembre 1993 à l'initiative du Conseil économique et social au Palais d'Iéna, répondent à cette préoccupation.

2° *La définition de la place de l'évaluation législative* pose des problèmes plus délicats. De manière générale, toute évaluation présente un caractère ambivalent : instrument de connaissance, destiné à mesurer les résultats des politiques suivies, ce n'est pas pour autant une activité purement gratuite et désintéressée ; s'interrogeant sur l'efficacité des actions entreprises, à la fois au regard des moyens mis en oeuvre et de leurs conséquences sociales, elle doit normalement conduire à des mécanismes correctifs. L'évaluation a donc, à côté de sa *fonction cognitive*, une *fonction pratique* (J. Leca, 1993) : orientée vers l'action, elle doit permettre d'infléchir le contenu des décisions. Néanmoins, le lien avec l'action est problématique : la déconnexion entre évaluation et contrôle a, sur ce point au moins, des effets négatifs, en privant la première de toute réelle insertion dans le système de décision politico-administratif ; la dimension cognitive tend dès lors à être privilégiée en France au détriment de la dimension opérationnelle. Ce constat doit pourtant être nuancé en ce qui concerne l'évaluation législative, dans la mesure où celle-ci peut, dans la mesure même où elle relève de l'initiative parlementaire, avoir prise plus nettement sur le processus normatif : toute évaluation législative est susceptible de déboucher sur des propositions de loi nouvelles, tirant les conclusions juridiques des constats opérés ; un pas supplémentaire est cependant franchi à partir du moment où l'acte d'évaluation est assorti de *conséquences juridiques directes*, en influant sur le contenu ou la survie des lois.

— Cette portée juridique de l'acte d'évaluation apparaît bien dans le cas des *lois expérimentales* (J. Chevallier, 1993). Entendue au sens strict (au sens large, toute loi comporte, en tant que pari sur l'avenir, une part d'expérimentation), la loi expérimentale suppose — à la différence des techniques de simulation, qui ne sont que des expérimentations juridiques fictives précédant l'adoption de la loi — une expérimentation juridique réelle, c'est-à-dire l'existence d'un texte juridique effectif, doté d'une portée normative : la loi expérimentale a les mêmes attributs intrinsèques que les autres lois ; l'expérimentation n'exclut donc pas la dimension normative — mieux, elle la présuppose, dans la mesure où il s'agit d'évaluer l'effet d'une norme. L'expérimentation législative suppose dès lors la réunion de quatre conditions : qu'un terme soit fixé (la loi expérimentale présente un caractère temporaire) ; que ce terme soit fixé dans le texte même, *ab initio* (cette fixation expresse atteste d'une volonté d'expérimentation) ; qu'une évaluation des effets soit prévue, sous des formes variables ; que la pérennisation éventuelle du dispositif soit subordonnée à l'adoption d'une loi ultérieure.

L'expérimentation législative s'est heurtée en France à un ensemble d'obstacles, et notamment à l'existence d'une symbolique de la loi particulièrement

forte, qui expliquent son développement pour l'instant relativement modeste. Parmi les quelques exemples de lois expérimentales, on peut citer : la loi Debré du 31 décembre 1959 sur l'enseignement privé, concernant le régime des contrats simples ; la loi du 17 janvier 1975 sur l'interruption volontaire de grossesse ; la loi du 3 janvier 1979 sur la réforme de la fiscalité locale et les textes ultérieurs ; la loi Auroux du 4 août 1982, à propos du droit d'expression des salariés dans l'entreprise ; la loi du 1er décembre 1988 instituant le revenu minimum d'insertion ; les textes sur la bio-éthique. Dans tous ces cas : la loi n'a été votée que de manière temporaire et un terme a été fixé pour son application ; une évaluation a été prévue, passant par des moyens plus ou moins formalisés et par des dispositifs plus ou moins institutionnalisés ; cette évaluation a embrayé directement sur le processus décisionnel, en débouchant sur un nouveau texte. Le recours à une loi expérimentale se produit en pratique quand le législateur ressent une difficulté particulière à légiférer, soit en raison de la complexité technique de la matière, soit parce qu'il s'agit de problèmes délicats, porteurs d'une forte conflictualité sociale : dans tous les cas, un temps d'expérimentation vise à permettre de réduire l'incertitude ou d'obtenir le consensus qui fait défaut.

L'expérimentation permet donc d'intégrer pleinement l'évaluation dans un processus législatif complexe, dont il devient une étape indispensable : la prorogation éventuelle de la législation dépendra du bilan résultant d'une évaluation rigoureuse. L'évaluation a pour finalité d'éclairer le jugement des parlementaires sur le sort final à réserver au texte : elle n'a donc pas seulement une fonction cognitive ; elle embraye directement sur le processus décisionnel. Certes, sa portée concrète est, en l'état, limitée : compte tenu des conditions dans lesquelles elle est organisée, et même si elle passe par la médiation d'instances indépendantes, elle apparaît avant tout comme exerçant une fonction légitimante (de la législation expérimentale) ainsi que d'adaptation technique du dispositif. Toute loi expérimentale ainsi évaluée a vocation à être perpétuée, ou au moins prorogée : l'évaluation permet avant tout d'éliminer les dysfonctionnements apparus dans l'application et d'opérer quelques améliorations techniques. L'acclimatation en France d'une technique qui infléchit profondément la conception traditionnelle de la loi (J. Chevallier, 1990) n'en est pas moins significative : même s'il n'y a pas de pratique cohérente et systématique de l'expérimentation législative et si les textes cités sont assez disparates, la formule tend à se développer ; et la loi sur le R.M.I. représente à cet égard un tournant, par son caractère délibéré et la forte organisation du dispositif d'évaluation. Concernant l'avenir de cette technique, deux *scénarii* au moins sont envisageables : ou bien, l'expérimentation législative est vouée à rester une technique marginale, utilisée seulement quand le législateur se trouve confronté à une difficulté particulière ; ou bien, au contraire, elle est appelée à s'étendre en devenant la manière normale de légiférer.

— On peut cependant aller plus loin encore dans cette intégration de l'évaluation au processus décisionnel, en faisant de celle-ci la condition explicite du maintien ou de la disparition d'une législation. C'est le cas aux États-Unis des *Sunset laws*, c'est-à-dire des lois instituées pour un délai déterminé et qui tombent automatiquement à l'expiration de ce délai — la prorogation étant subordonnée à une procédure d'évaluation. Ces *Sunset laws* sont très diverses : on trouve des *Sunset laws* d'application générale dans une trentaine d'États (depuis l'adoption au Colorado en 1976). L'objectif est avant tout celui de déflation juridique et organisationnelle, ce qui se situe en marge d'une logique purement managériale pour relever plutôt d'une perspective de déréglementation (J. Chevallier, 1987). La France ne connaît pas cette pratique. La circulaire Rocard du 25 mai 1988 insistait bien sur le fait qu'il fallait

"assigner à l'action de l'État un début et une fin" et tendre à "débarrasser notre ordonnancement juridique de règles devenues désuètes ou inutilement contraignantes" ; mais ce travail d'élagage du dispositif normatif n'était pas conçu de manière systématique et lié à une procédure d'évaluation (le rôle incombant à la commission de codification étant essentiellement de clarification).

L'application d'une formule qui a réservé bien des déceptions aux États-Unis apparaît cependant peu concevable de manière générale ; en revanche, elle pourrait être utilisée pour des législations sensibles, touchant à des domaines dans lesquels l'incertitude est particulièrement grande : elle impliquerait dans tous les cas la mise en place par le Parlement d'un dispositif d'évaluation fortement structuré.

L'expérimentation et la "temporalisation" (R. Bergeron) aboutissent à mettre *l'évaluation au coeur des processus décisionnels*, en en faisant la clé de la prorogation ou du maintien de la législation. Reste à savoir si l'évaluation législative peut réellement jouer ce rôle et quelles en sont les conséquences éventuelles sur la conception de la loi et de la fonction parlementaire.

B) UNE PORTÉE AMBIVALENTE

L'évaluation législative ne saurait être considérée comme la panacée (C.-A. Morand), capable d'avoir réponse à tout et d'assurer à elle seule la restauration de l'autorité parlementaire : non seulement sa lenteur et son coût excluent qu'elle puisse être systématiquement appliquée, mais encore, elle comporte certaines limites intrinsèques : en dépit de ces restrictions, il apparaît qu'elle est devenue partout une exigence incontournable, dont les effets doivent être exactement mesurés .

1° *Les limites* de l'évaluation législative doivent être d'emblée soulignées, afin de prévenir certaines désillusions que son introduction pourrait générer. La valeur attachée à l'évaluation repose tout entière sur sa scientificité : *l'évaluation* se distinguerait d'un simple "jugement" ou d'une simple "appréciation" portée sur la loi par la méthodologie rigoureuse qu'elle emploie et qui ferait d'elle un véritable *acte scientifique*. Cette scientificité est cependant sujette à caution. De manière générale, la recherche évaluative est, tout au plus, de la recherche appliquée, dans la mesure où la dimension pragmatique et utilitaire est mise en avant, et non une "science", qui exige un décollage par rapport à ce type de préoccupations. Par ailleurs, la rigueur d'une évaluation est toujours aléatoire, en raison de l'enchevêtrement des facteurs, des difficultés d'appréciation des résultats (quels effets privilégier ?), de l'incertitude des objectifs, sur la nature desquels une certaine obscurité est, souvent à dessein, entretenue : la confrontation cible visée/cible atteinte, qui est le propre de l'évaluation, ne peut jamais être effectuée de manière aussi simple, étant donné l'interférence inévitable d'autres éléments, tant au niveau des objectifs que des résultats.

L'évaluation des effets d'une législation est plus délicate encore (F. Rangeon, 1989) : la diversité des règles applicables, l'insertion de la loi dans une politique plus globale, l'incidence d'autres dispositifs normatifs, la diffusion des effets rendent cette évaluation difficile ; non seulement l'observation empirique est biaisée, dans la mesure où elle porte sur "une reconstruction du phénomène visé, réalisée par le texte même soumis à évaluation", mais encore l'appréciation des effets est délicate, compte tenu des caractéristiques intrinsèques des normes juridiques (énoncés "à texture ouverte", entrelacs de règles substantielles et procédurales, nécessité d'une mobilisation par les acteurs sociaux) et de l'absence d'intention "claire et univoque" du législateur (A. Jeammaud, E. Serverin, 1992). Il est rare en effet que les objectifs soient formulés dans les lois de façon explicite et claire : on trouve certes parfois des

"déclarations d'objectifs" (A. Delcamp, 1989) quand il s'agit notamment d'introduire un nouveau droit ; mais ces déclarations, qui répondent surtout à un désir d'affichage, ont souvent peu de portée concrète. Par ailleurs l'évaluation comporte plusieurs types de finalités et de critères : en ce qui concerne les *finalités*, on peut chercher à mesurer le degré d'application d'un texte (jugement en termes d'"effectivité") mais aussi à calculer ses effets ou encore à apprécier son impact (jugement en termes d'"efficacité") ; en ce qui concerne les *critères*, on peut s'attacher à prendre en compte, à côté de la dimension proprement juridique, une dimension économique (bilan coûts/avantages de l'application d'un texte), sociologique (analyse des effets sociaux) ou encore politique (analyse du coût politique de l'effectivité ou de l'ineffectivité). Par ailleurs, le passage de l'évaluation à la loi définitive implique un changement de système de références : l'utilisation du savoir résultant de l'acte d'évaluation par les politiques dépend de considérations d'ordre politique ; il y a donc filtrage et recodage des informations tirées de l'évaluation, en fonction d'une logique proprement politique.

L'évaluation doit dès lors être considérée, moins comme le remède miracle, permettant de restaurer la symbolique de la loi, en remplaçant celle-ci sous l'empire de la rationalité et en la parant des attributs de la scientificité, que comme un élément utile pour améliorer le contenu des lois, en prenant en compte les effets de tous ordres qu'elles suscitent ; elle s'insère dans une panoplie d'outils destinés à réduire la part d'improvisation et d'incertitude qui s'attache au processus législatif ; ce faisant, elle n'en contribue pas moins à infléchir la conception traditionnelle de la loi.

2° *Les effets* de la diffusion des méthodes d'évaluation législative sont d'ordre pratique, mais aussi, et peut-être surtout, d'ordre symbolique. Incarnation de la Vérité, de la Raison, de la Justice, la loi a été conçue traditionnellement en France comme un acte incontestable et sacré, dont le bien-fondé ne pouvait être mis en doute. Or, la loi n'est plus assurée d'une légitimité *ab initio*, tenant à ses caractéristiques propres, aux valeurs qu'elle incarne, à sa puissance normative intrinsèque : sa légitimité dépend désormais de son aptitude à assurer la réalisation de certains objectifs, de l'efficacité des résultats enregistrés. A une légitimité fondée sur la régularité des procédures mises en oeuvre, sur la conformité des conduites et des comportements, se substitue une légitimité fondée sur l'efficacité des actions entreprises, sur la capacité d'atteindre des objectifs préalablement fixés. Le droit n'est plus dès lors qu'un instrument, une "technique opérationnelle" ou encore "une technique de gestion" (P. Amselek, 1982), qui n'a plus de valeur en soi, mais seulement en fonction des résultats qu'elle permet d'obtenir : l'efficacité devient la condition et la caution de sa légitimité. La loi est donc investie et subvertie par une rationalité technico-économique qui lui est extrinsèque. Jugement froid, lucide, sans complaisance porté sur l'action publique, l'évaluation participe ainsi à la désacralisation d'une loi, qui n'est plus dotée d'un bien-fondé de principe.

La promotion de la démarche évaluative contribue au demeurant à priver la loi de certains des attributs dont elle était dotée, et notamment de la *stabilité*. La loi n'est plus posée une fois pour toutes, mais soumise à une véritable "clause d'adaptation", au vu des résultats enregistrés : cette adaptation est explicitement imposée, dès l'instant où la législation devient expérimentale ou temporaire. Par là, l'évaluation confirme le passage du droit classique, à effet durable, à un "droit transitoire" (A. Holleaux, 1976), à espérance de vie limitée, et qu'on n'hésitera pas à modifier au gré des circonstances. A. Holleaux montre bien que le recours à ce droit transitoire est pour le législateur une solution de facilité. "Le législateur ou l'administrateur hérite la voie transitoire car elle ne lui enlève pas la barre, alors qu'avec le texte permanent sa maîtrise s'affaiblit. La prorogation ou la modification d'une loi transitoire soulève

moins d'embarras politique qu'un travail sur une loi permanente, de même qu'on préfère construire en "provisoire" plutôt qu'en dur lorsque les besoins et les nécessités sont appelées à changer. Le droit transitoire est souple : les règles sont corrigées périodiquement ou si la situation est confirmée, le transitoire est prorogé. Une série de prorogations successives aboutit à instaurer un permanent de fait par touches successives. C'est ce que préfèrent les pouvoirs : vivre dans un provisoire plastique". On ne peut mieux dire : l'évaluation législative, justifiée par le souci de parvenir à des textes plus durables parce que mieux conçus, apparaît en fait comme *l'illustration même de ce droit transitoire*, qu'elle avait théoriquement pour vocation et pour finalité de combattre.

La transposition par le Parlement de la démarche évaluative apparaît comme un phénomène irréversible : l'action publique, même mise en forme légale, n'est plus investie d'une excellence de principe ; il convient encore d'apporter la démonstration tangible de sa pertinence, par l'analyse concrète de ses effets. Liée à la crise de l'État providence, cette nouvelle perception de l'action publique est une donnée générale, qui justifie partout l'introduction de mécanismes divers, rangés sous la terme générique d'évaluation. Dès lors, le contrôle de ces mécanismes devient un *enjeu politique* de première importance : la maîtrise par l'Exécutif de l'activité évaluative lui offrirait la possibilité de peser fortement sur l'exercice de la fonction parlementaire et sur l'élaboration de la loi ; et les techniques classiques du contrôle parlementaire ne constituent pas un moyen suffisant pour contrebalancer cette emprise. C'est donc en se donnant les moyens de construire une authentique fonction d'évaluation et en assumant toutes les implications inhérentes à cette exigence que le Parlement peut retrouver prise sur les processus normatifs et rééquilibrer le jeu des institutions.

REPÈRES BIBLIOGRAPHIQUES

- Ameller (M.), "Le progrès technique au service du législateur", *Pouvoirs* n° 30, 1984, pp. 137 ss ;
- Amselek (P.), "L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales", *Revue du droit public* 1982, n° 2, pp. 275 ss ;
- Bankowski (Z.) (éd.), *La science de la législation*, P.U.F. 1989 ;
- Bergel (J.-L.), "Informatique et légistique", Dalloz 1987, I, pp. 171 ss ;
- Chevallier (J.), "Les enjeux de la déréglementation", *Revue du droit public* 1987, n° 2, pp. 281 ss ;
- Chevallier (J.), "La rationalisation de la production juridique", in C.-A. Morand (éd.), *L'État propulsif*, Publisud 1990, pp. 10 ss ;
- Chevallier (J.), "La dimension symbolique du principe de légalité", in C.-A. Morand (éd.), *Figures de la légalité*, Publisud 1992, pp. 55 ss ;
- Chevallier (J.), *L'État de droit*, Montchrestien, Clefs, 1992 ;
- Chevallier (J.), "Les lois expérimentales : le cas français", in *Évaluation législative et lois expérimentales*, PU Aix-Marseille, 1993 ;
- Chevallier (J.), "La juridicisation des préceptes managériaux", in *Politiques et management public*, 1993, n° 4 ;
- Conseil scientifique de l'évaluation, *L'évaluation, de l'expertise à la responsabilité*, La documentation française 1992 ;
- CURAPP, *L'évaluation dans l'administration*, P.U.F. 1993 ;
- Delcamp (A.), "Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs", *Revue de la recherche juridique*, Droit Prospectif, 1989, n° 4 ;
- Duran (P.), Monnier (E.), "Le développement de l'évaluation en France", *Revue française de science politique* 1992, n° 2 ;
- Holleaux (A.), "La fin des règles générales", *Bull. I.I.A.P.* n° 39, 1976, pp. 7 ss ;
- Jeammaud (A.), Serverin (E.), "Évaluer le droit", *Dalloz* 1992, I, Chro. LII ;
- Leca (J.), "L'évaluation en question", *Revue française d'administration publique* n° 66, avril-juin 1993, pp. 187 ss ;
- Maus (D.), "Parlement et politiques publiques. L'exemple de la Vème République", *Politiques et management publics* 1991, n° 2, pp. 191 ss ;

- Mader (L.), *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Payot 1985 ;
- Morand (C.-A.), "Le droit de l'État providence", *Revue du droit suisse* 1988, pp. 527 ss ;
- Morand (C.-A.), "Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation", *Droit et société* n° 10, 1988, pp. 391 ss ;
- Quermonne (J.-L.), Rouban (L.), "L'évaluation et le contrôle politique", in *L'évaluation des politiques publiques*, Economica 1984, pp. 235 ss ;
- Rangeon (F.), "Réflexions sur l'effectivité du droit", in CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, P.U.F. 1989, pp. 126 ss ;
- Viveret (P.), *L'évaluation des politiques et des actions publiques*, Rapport au Premier ministre, La documentation française 1989 ;
- Woehrling (J.-M.), "L'évolution du rôle du droit dans l'action administrative", *Revue française d'administration publique* n° 26, 1983, pp. 134 ss.

L'EFFET PERVERS DES LOIS (*)

Par

Geneviève PIGNARRE

Maître de Conférences à l'Université de Savoie

"Ne montrez pas, hommes, trop d'assurance
A préjuger, comme ceux qui estiment
Le blé d'un champ avant qu'il ne soit mûr :
Car j'ai pu voir durant tout un hiver
L'épine se montrer piquante et presque morte,
Et porter au printemps la rose à son sommet ;

Et j'ai vu le vaisseau tout d'abord droit et vite
Courir la mer tout le long du voyage,
Et sombrer à la fin, comme il entrait au port,

Que messire Martin et que Madame Berthe,
S'ils ont vu l'un voler, l'autre faire une
offrande,
Ne présument pour eux du jugement divin :

Car l'un peut choir, l'autre se relever".

DANTE, La Divine Comédie,
Le Paradis, 13^o chant in fine - pages 425-426
(éd. Bordas)

(*) Nous tenons à remercier particulièrement le Professeur Philippe Malaurie qui nous a beaucoup aidé à l'élaboration de ce travail. C'est d'ailleurs lui qui nous a suggéré l'idée du sujet.

INTRODUCTION

1- **Préliminaires.** Il "*vaudrait mieux faire vouloir aux lois ce qu'elles peuvent puisqu'elles ne peuvent ce qu'elles veulent*" lisons-nous dans les Essais de Montaigne (1). La sagesse de "l'honnête homme" périgourdin est faite de discernement. La loi ne peut tout prendre comme elle ne peut tout donner (2). L'histoire enseigne au législateur les limites de sa puissance (3). Ne pas en tenir compte déferait toute forme de savoir.

Mais le réalisme du magistrat de Bordeaux est implacable. La loi échappe à celui qui la fait. Sa destinée se heurte à l'effroyable complexité des phénomènes humains. A l'image sommaire de la pesée des âmes chère à la mythologie grecque s'en substitue une autre beaucoup plus complexe en laquelle bien et mal s'enchevêtrent, avantages et inconvénients interfèrent. Ainsi, les lois qui ne devraient produire que des effets bénéfiques peuvent, également, engendrer des effets pervers.

2- **Omniprésence des effets pervers.** Nous vivons entourés d'effets pervers (4). Les économistes les dénoncent (5), les sociologues les étudient (6) et les mass-média les diffusent (7). La notion est peu connue des juristes. Elle est de temps en temps évoquée (8) sans qu'une étude d'ensemble n'ait été faite. Pourtant, les effets pervers sont des phénomènes sociaux et le droit, expression de toute civilisation, en est le réceptacle naturel. Il lui importe donc de les mieux connaître pour les mieux combattre. A cette ambition répond une triple tentative : définir les effets pervers (A), rechercher leurs causes (B), établir leur typologie (C).

A - DÉFINITION DES EFFETS PERVERS

3- **Un concept plus aisé à éclairer qu'à circonscrire.** Bien qu'il soit difficile de définir une notion, surtout lorsqu'elle est peu connue, on peut tenter de proposer la définition suivante : les effets pervers sont des contradictions indésirables et non désirées (9).

(1) Montaigne, Essais, livre 1er, chap. XXIII, Éd. Gallimard, Coll. Folio p. 190.

(2) Rappr. J. Cruet, La vie du droit et l'impuissance des lois, Paris 1908 p. 18.

(3) Gaudemet, Études juridiques et culture historique, Arch. Phil. Dt, 1959, p. 17.

(4) V. R. Boudon, Effets pervers et ordre social, P.U.F. sociologies, 1979 spéc. p. 9 qui fait l'inventaire des travaux sociologiques mettant en évidence les effets pervers. On citera à titre d'illustration : le paradoxe de Tocqueville selon lequel la Révolution française a été rendue possible par l'amélioration rapide du bien être de chacun dans la période qui la précède ; la célèbre théorie Durkheimienne de l'anomie selon laquelle l'augmentation du bien être collectif peut entraîner la diminution du bonheur individuel ; la faiblesse de la participation syndicale et politique qui caractérise les démocraties ...

Adde J.-F. Kahn, Tout change parce que rien ne change, Introduction à une théorie de l'évolution sociale, Fayard, 1994 p. 22 qui sans les nommer donne des exemples variés d'effets pervers.

(5) V. par exemple, B. Lemennicier, Économie du Droit, Cujas 1991, spéc. l'Introduction.

(6) V. Spéc. R. Boudon, Effets pervers et ordre social, op. cit. note 4.

(7) Au fil de l'actualité : "Des maires bretons dénoncent les effets pervers de la loi-littoral" (Journal Le Monde, 6 Mai 1991 p. 11). "La loi du 25 juillet 1985 a selon les banquiers des effets pervers" (ibidem, 15 janv. 1994 p. 21). "Madame Danièle Mitterrand dénonce les effets pervers des lois Pasqua" (ibidem, 12 Mars 1994 p. 22) etc ... On peut d'ailleurs relever le rôle pernicieux des mass-média qui créent l'événement mais contribuent à ce que les informations circulent en boucle, ainsi que leur effet miroir en vertu duquel tout ce qui est répété est déformé.

(8) V. par exemple M. Quenillet, L'indemnisation du préjudice corporel : un droit à la dérive ? (ou les effets pervers de huit ans d'application de la loi du 5 juillet 1985), J.C.P.1994,1, 3770 ; A. Arseguet et Ph. Isoux, La protection des salariés âgés : effets de seuil, effets en chaîne, effets pervers, Dr. Social 1993 p. 942 et s.

(9) Rappr R. Boudon, Effets pervers et ordre social op. cit. note 4 ; p. 5 et s.

4- Des contradictions. Tout système social produit des contradictions. L'idée, aussi ancienne que le monde, (1) sera systématisée par la doctrine marxiste (2). Toute chose contient en elle son contraire, l'image de Janus resurgit ; elle sied bien au droit qui repose sur la contradiction. Ainsi, il n'existe pas de systèmes qui ne produiraient jamais d'effets pervers et d'autres, qui, à l'inverse, en produiraient toujours (3). Les uns et les autres peuvent apporter des bienfaits mais corrélativement avoir des incidences maléfiques. Tout est question de dosage et de mesure. Et si le droit remodèle la nature (4), l'artifice ne doit pas être trop grand (5) au risque de rompre l'harmonie, de voir s'installer l'effet pervers qui détruit la cohérence de la règle.

Un écho de ces propos peut d'abord être trouvé auprès de trois mécanismes fondamentaux sur lesquels repose la vie du droit contemporain. Le crédit : il est au centre du fonctionnement de nos sociétés, mais son développement suscite corrélativement l'endettement. L'un nourrit l'autre (6). La mécanique devenue un peu folle s'emballa et se retourne contre ceux qu'elle a, un temps, comblés de ses bienfaits (7). L'assurance : elle apporte des avantages indéniables en matière d'indemnisation, peut corriger l'insécurité et le gaspillage des ressources liés à la responsabilité civile (8). D'un autre côté, elle dénature cette notion, elle en perturbe le fonctionnement (9) en faisant du responsable un débiteur nominal mais inefficace de l'indemnité (10). La protection : elle est nécessaire et bonne en soi. Mais elle diminue la capacité d'autodéfense de l'individu. A vouloir trop aider celui-ci, on risque de le desservir (11).

(1) Dans le politique, Platon nous apprend que l'univers tout entier se meut tantôt dans un sens, tantôt dans le sens contraire. Pendant le règne de Cronos il avance, dirigé par une puissance divine supérieure à sa nature ; puis quand ce règne cesse, abandonné à lui-même, il recule (Le Politique, trad. R. Baccou, éd. G.F Flammarion 268e - 274e).

(2) Rappr M. Miaille, Une introduction critique au droit, éd. F. Maspéro, 1983.

(3) Sur les effets pervers de l'interventionnisme qui s'inspire du rationalisme constructiviste V. Ch. Mouly, Le revirement pour l'avenir, JCP 1994, I, 3776 ; La vente de sang contaminé par le SIDA est une décision administrative normale, Gaz. Pal. 27/29 sept 1992, Doctrine 2 et s. l'auteur montre en s'appuyant sur les théories du Public Choice que les causes et les mécanismes des décisions qui ont permis aux dirigeants des organismes publics de vendre du sang contaminé sont la conséquence normale d'un monopole d'État.

Sur les effets pervers des sociétés démocratiques qui permettent aux groupes de pression les plus puissants d'utiliser la contrainte politique à leurs fins privées, Fr. A. Hayek, L'avortement de l'idéal démocratique, in Droit, législation et liberté, trad. Audouin P.U.F. libre échange, 1983, T III ; B. Lemennicier, Economie du droit, op. cit. note 5, p. 23 et s ; 32 et s.

Rappr. en sociologie de la législation, l'effet Assiduis qui désigne le "phénomène par lequel le législateur est porté à légiférer sous l'aiguillon des réclamations dont les catégories intéressées l'assaillent" (J. Carbonnier, Flexible droit, L.G.D.J. 7^e, éd. p.220). Il en est ainsi des lois qui se font et se défont au gré des alternances politiques : lois sur les baux, lois sur la modulation du temps de travail. Au regard du droit constitutionnel, le mandat représentatif des députés s'apparente à un mandat direct. Adde Fr. Terré, La crise de la loi, Arch, Phil. dt 1980 p.23 évoquant les promesses électorales qui trouvent leur prolongement dans des textes de lois. On se souvient de la lettre à tous les français, suivie de la loi du 6 juillet 1989 venue réaliser la promesse du chef de l'État en matière de logement.

(4) Ph. Malaurie, L'homme, être juridique (à propos des projets de lois sur la bioéthique) D.1994, chron. p. 97.

(5) Rappr. G. Burdeau, Le déclin de la loi, Arch, Phil. Dt. 1963 p. 39, "La loi elle-même est artifice car ce n'est pas d'elle que vit le groupe".

(6) F. Terré, Droit de la faillite ou faillite du droit, Rev. jurisp. Com. 1991 p. 22.

(7) A. Coüret, obs. in Rev. Trim. Dr. Civ 1990 p. 320.

(8) A. Tunc, A propos de la responsabilité civile, Rev. Trim. Dr. Civ. 1992 p. 358.

(9) B.-S. Markesinis, La perversion des notions de responsabilité civile délictuelle par la pratique de l'assurance, Rev. Int. Dr. Comp. 1983 p. 301 et s. Comp. B. Beigner, Le recours subrogatoire de la victime à l'encontre de l'assureur du responsable préposé de cette dernière, note sous Cass. 1ère Civ. 8 déc. 1993, D 1994 p. 235.

(10) P. Jourdain, Les principes de la responsabilité civile, Dalloz, connaissance du droit, 2^e éd., 1994 p. 13 et s.

(11) P. Godé, obs. in Rev. Trim. Dr. Civ. 1981 p. 708 ; Adde Ph. Malaurie, Le consommateur, Rep. Defren. 1985 article 33593 n° 7.

La technique juridique, instrument privilégié du droit, n'échappe pas non plus à cette logique. Aux trois missions bénéfiques qui lui sont imparties, de structurer la réalité sociale, de rationaliser le système juridique et d'adapter le droit aux besoins, correspondent, trait pour trait, les trois effets pervers : **déformation** (de la réalité sociale), **occultation** (du système juridique), **rigidité** (du droit) (1). Les effets pervers sont donc des effets de structure dialectique. Ils s'opposent aux effets utiles (2). Entre eux s'instaure une situation de conflit qui ne se nourrit pas seulement de leur incompatibilité mais aussi de leur affrontement.

5- Des contradictions indésirables. Les effets pervers sont comparables à des parasites du droit. Dénués de neutralité, ils mettent en cause la place de la règle morale dans les sciences sociales. A la structure dialectique précédemment dégagée se superpose une distinction de type manichéen : **d'un côté** le bien et ses effets bénéfiques, **de l'autre** le mal et ses effets pervers. Une distinction qui reflète toute l'ambivalence de la condition humaine avec ses profondeurs insondables, celle de la créature qui naît divisée : "*Je ne fais pas le Bien que je veux et je commets le Mal que je ne veux pas*" affirme Saint Paul (3). Chargés de puissance maléfique, les effets pervers sont préjudiciables à la collectivité, leur élimination devient une nécessité. Mais la tâche, ici, se complique. Les choses ne sont pas aussi tranchées. Est-ce lié à leur caractère insidieux ? Dans la réalité, les effets pervers se mélangent aux effets heureux (4) et brouillent l'action des gouvernants. Le mal est de surcroît pernicieux. Il agit jusque dans le bénéfice escompté. Ainsi un législateur axé sur les effets positifs de la règle risque, par contrecoup, de minimiser ses éventuelles retombées négatives. Ce danger est d'autant plus à craindre que les effets pervers se développent à l'insu de l'initiateur de la règle.

6- Des contradictions indésirables et non désirées. Les effets pervers sont des effets non recherchés. Ils s'opposent en cela aux effets prophylactiques (1) mais se rapprochent, en revanche, des effets secondaires (2).

1- Effets pervers et effets prophylactiques

7- Différences. La règle de droit produit des conséquences qui découlent des principes qu'elle énonce. Lorsqu'elle a un effet prophylactique ou pervers, elle dévie de sa trajectoire habituelle. Mais ce seul point commun permet de mieux différencier ces deux effets. L'un et l'autre agissent en dehors du champ d'application classique de la règle mais pour mieux se disjoindre. L'effet prophylactique se rattache aux effets

(1) Ph. Jestaz, *Le Droit*, Dalloz, connaissance du droit, 1992 p. 86 et s. Spéc. p. 88 et s., V. les développements très nourris de l'auteur. Adde Ph. Malaurie, *Le consommateur* op. cit. note 20 n° 14 qui relève les abus de la condition suspensive et résolutoire dans la loi Scrivener et qui conseille de "se méfier de l'envoûtement (que le juriste) porte à la technique juridique".

(2) Nous avons retenu ce qualificatif parce qu'il nous semble que l'effet normal de la règle consiste à lui conférer une réelle efficacité. Certains auteurs parlent d'effets pertinents (L. Mader, *L'évaluation législative*, pour une analyse empirique des effets de la législation, CJR, Lausanne 1985 ; Pour un classement des différents effets de la loi v. Spéc. p. 90 et s).

(3) Ep. Romains, 7, vers. 19. En dehors de Saint-Paul et de la doctrine du péché originel qu'énonce le théologien Augustin, deux positions radicalement différentes s'affrontent : celle de Hobbes qui considère que la méchanceté est naturelle à l'espèce (cf. *Homo Homini Lupus* in *Leviathan*) ; à l'opposé celle de Rousseau qui penche pour la bonté naturelle de l'homme. "Le principe fondamental de toute morale sur lequel j'ai raisonné dans tous mes écrits, dit-il, est que l'homme est un être naturellement bon, aimant la justice et l'ordre ; qu'il n'y a point de perversité originelle dans le coeur humain, et que les premiers mouvements de la nature sont toujours droits". (in lettre à Ch. de Beaumont, collection la Pléiade, *Introductions XCI*). Comp. Platon, in la République, éd. G.F. Flammarion, trad. R. Baccou, livre V (462a - 462e) qui se demande quel est dans l'organisation d'une cité, le plus grand bien, celui que le législateur doit viser en établissant ses lois et quel est aussi le plus grand mal ?

(4) Ph. Jestaz, *Le droit*, op. cit. note 21 p. 86.

positifs de la loi. Il est un effet utile transformé par la considération de la réaction des destinataires de la règle. Cette métamorphose suppose un calcul du législateur qui incite les sujets de droit à faire un acte (en leur faisant miroiter un avantage) ou à l'inverse les dissuade de commettre une faute (en y attachant une sanction). Au-delà de l'efficacité recherchée, l'effet prophylactique est un instrument de politique juridique. Le législateur influence telle institution déterminée (famille, santé, éducation, économie, écologie...) et en assure l'ascension ou le déclin selon qu'il veut la promouvoir ou la marginaliser. L'histoire fournit des exemples de telles influences (1). Proche de nous, le droit pénal (a fortiori, le droit pénal des mineurs) illustre ce rôle prophylactique du droit. Lorsqu'il édicte des peines et qu'il organise leur application, le législateur cherche à connaître à l'avance les effets qu'il en attend. Pour cela, il poursuit un but utilitaire. Il fait servir la répression elle-même aux fins de prévention tant générale que spéciale (2). Tout autre apparaît l'effet pervers qui n'est jamais inclus dans les objectifs du législateur.

Les différences entre ces deux catégories d'effets sont de plusieurs ordres. L'effet prophylactique se situe en amont de l'application de la règle, alors que l'effet pervers se produit en aval de celle-ci. Dans un cas les destinataires de la règle répondent au vœu du gouvernant, dans l'autre, ils deviennent indifférents au commandement. Ici, la règle est captée vers une finalité déterminée ; là, elle dessine des méandres imprévus. A la force du droit, répond la revanche du fait.

Bien que différents, effet prophylactique et effet pervers ne s'opposent pas. Ils sont l'un et l'autre en corrélation. Le premier peut empêcher la survenance du second, contribuer à son élimination. Il sera tour à tour vaccin ou antidote. Ces deux effets se concurrencent. L'un peut prendre le pas sur l'autre et inversement. Lorsque par exemple le bénéfice escompté ne s'est pas réalisé ou que l'efficacité recherchée n'a pas été atteinte, les conséquences maléfiques l'emportent (3). En pareil cas, l'effet pervers a supplanté l'effet prophylactique. La primauté d'un effet sur l'autre modifie le paysage juridique. Le rapport de concurrence se mue en hiérarchie. Dans la dépendance de l'effet principal apparaît une nouvelle catégorie, proche des effets pervers : les effets secondaires.

2- Effets pervers et effets secondaires

8- Ressemblances. Les effets pervers présentent des analogies avec les effets secondaires. Comme eux, ils sont des réactions indésirables consécutives à une conséquence première. L'évocation médicale est saisissante. Les effets secondaires d'un traitement sont des manifestations pathologiques indésirables provoquées par un médicament. Ces effets ne sont jamais voulus. Ils ne se produisent pas nécessairement. Mais, si tel est le cas il n'est guère possible de mesurer ab initio leur amplitude et leur intensité tant ils sont liés à la réceptivité personnelle du sujet. Même prévus, ils ne peuvent être éliminés mais seulement atténués (4). Dans le régime de

(1) Dans le Code Civil par exemple, l'auteur de l'adultère avait interdiction de reconnaître ses enfants adultérins et de leur faire des libéralités.

(2) V. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, T. I, Cujas, 4^e éd. n° 588 et les références citées ; G. Stephani, G. Levasseur et B. Bouloc, *Droit pénal général*, précis Dalloz 1992, 14^e éd. n° 29 ; B. Bouloc, *Pénologie*, précis Dalloz 1991 n° 8. Rappr E. Alfandari, *Droit des affaires*, Litec 1993 n° 10 pour qui l'évolution dans le mécanisme des sanctions correspond à une évolution des mentalités : le droit pénal est utilisé essentiellement comme un "avertissement" donné aux agents économiques.

(3) Les lois caducaires à Rome (cf. Ph. Malaurie, *La famille*, Cujas, 4^e éd., n° 19) et la loi sur le divorce pour incompatibilité d'humeur sous la Révolution (cf. B. Lemennicier, *Le marché du mariage et de la famille*, P.U.F. libre échange 1988 p. 105) en sont de bonnes illustrations.

(4) L'effet pervers, quant à lui, n'est jamais voulu et en principe non prévu. Mais il peut se faire, exceptionnellement, qu'un effet pervers ait été prévu que la loi ait voulu l'écarter et qu'il se produise néanmoins parce qu'il n'a pu être évité. v. J. Cruet, *La vie du droit ... op. cit.* note 2 p. 277 évoquant le

la responsabilité des fabricants tenant aux produits défectueux, la notion de risque de développement fait songer à ce type d'effets. Comme l'effet secondaire, le risque de développement ne se réalise qu'après coup. Le caractère défectueux du produit, irréprochable au jour où il a été mis sur le marché n'apparaît que plus tard parce que l'état des sciences et de la technique a changé. Cette comparaison permet de mieux distinguer l'effet pervers de l'effet secondaire.

L'effet pervers est un effet de la règle qui est une réaction contre elle. Il n'est pas contenu en germe dans la règle mais lui reste extérieur et ne se produit qu'après coup. Il se distingue en cela de l'effet engendré par une loi pernicieuse (1). L'effet secondaire, quant à lui, est un avatar presque fatal de l'effet premier déjà présent dans la règle. Effet principal et effet secondaire ne s'excluent pas. Le second est une complication du premier, il garde un caractère accessoire. L'effet pervers, quant à lui, est purement et simplement incompatible avec l'effet utile de la règle. Il supplante l'effet normal. La singularité de l'effet pervers, ainsi mise en évidence, soulève la question de ses origines.

B- CAUSES DES EFFETS PERVERS

9- Concours de causes. Les effets pervers sont des incidences rarement immédiates et plus souvent lointaines de la règle, ce qui explique qu'on les ait méconnues. L'effet est inséparable de la cause. Vouloir déterminer celle-ci suppose de remonter la chaîne des antécédents. La tâche, aisée au départ, se complique ensuite. Avant d'atteindre l'ultime maillon qui confine aux mystères de la causalité, il est possible d'envisager deux types de causes. Celles qui sont générales et inexorablement liées à l'évolution des civilisations, auxquelles s'ajoutent celles qui sont spécifiques à la société contemporaine mais non irrémédiables.

10- Causes lointaines : la part du déterminisme. L'effet pervers apparaît avec toute forme d'organisation. Toute société civilisée tend au progrès. Aussi, l'homme veut-il faire reculer les limites de la connaissance. Mais plus il avance, plus s'accroît l'inconnu et moins peuvent être mesurées les conséquences dues aux bouleversements occasionnés par le progrès. Ce défrichage de terres nouvelles apporte avec lui sa part d'aléa et d'incertitude. Il est difficile de légiférer en connaissance de cause. Les lois risquent fort d'être dépassées par l'avance technique. Ébloui par les services que rend le progrès, l'homme civilisé se polarise sur lui,

problème de l'incidence des lois en matière fiscale. Incidence qu'il faut toujours prévoir et que l'on ne peut jamais éviter.

(1) Sur l'état présumé de perversité dans la législation, v. J. Carbonnier, *Flexible droit op. cit.* note 12 p. 23 note 1 ; Sur la loi pernicieuse, v. J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, Defren, 1979, Postface p. 292 ; F.-A. Hayek, *La route de la servitude* p. 20, 60 et les références citées. Le législateur peut aussi élaborer une loi pernicieuse en camouflant derrière une disposition "technique" une redoutable opération politique (V. J.-P. Probst, *L'exonération des cotisations familiales pour favoriser l'emploi*, *Dr. social* 1994 p. 105 et s. spéc. p. 108 : l'auteur estime qu'à travers une "banale" modification du financement de la branche famille, le législateur veut en réalité d'abord marginaliser puis retirer cette branche du dispositif Sécurité Sociale). Le législateur peut encore sous couleur d'interprétation, cacher dans une loi interprétative des dispositions nouvelles. "Si les choses se passent ainsi, n'est-ce pas que le législateur redoute une vérité qui serait toujours offensante pour l'ordre juridique et encore capable d'alarmer ? La loi aurait-elle deux faces ?" (H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, 4e éd. n° 196).

Rappor encore les lois portant diverses dispositions d'ordre social - lois dangereuses pour la démocratie - car elles peuvent être adoptées sans qu'un débat parlementaire d'ensemble ne s'engage sur la question (v. J. Audibert, *La première loi portant D.M.O.S de la 8^e législature, quelques enseignements*, *Dr Social* 1987 p. 46 et s. spéc. p. 461 et 462). Ces lois sont votées furtivement, "en légiférant à bas bruit" (A. Cœuret, obs. in *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1989 p. 398) et sous la menace de l'article 49 alinéa 3 de la constitution. Pourront ainsi être adoptées tout en passant inaperçues des mesures importantes. v. par exemple la loi du 27 janvier 1993 portant D.M.O.S et qui, entre autres modifications importantes, organise la défense des droits des femmes à la contraception et à l'avortement. cf. *infra* n° 38.

oubliant les inévitables inconvénients qui en sont la rançon. La société s'atomise (1). Les conséquences de cette sectorisation rejaillissent sur le droit. Les concepts s'émiettent ; la règle trop spécialisée utilise à l'excès la sève nourricière et appauvrit d'autant le corpus juridique.

Les sociétés évoluées obéissent à la loi de la complexité croissante. Le corollaire en est la nécessaire interdépendance des phénomènes sociaux : il est impossible d'agir sur certains d'entre eux sans en affecter d'autres (2). Se produisent des phénomènes d'incidence qui s'entrechoquent, se multiplient, contrarient les retombées de la loi. L'effet direct d'une législation peut être supplanté par les conséquences indirectes et de mauvais aloi auxquelles celle-ci aboutit. Dans l'immédiat, une législation n'aura pas de conséquences nocives (la loi étant bonne "ici et maintenant") mais en produira plus tard lorsque ses effets en seront différés. Prévoir ces phénomènes d'impact relève de la divine prophétie, aucune politique ne peut s'en rendre maître. Il est au contraire des causes sur lesquelles il est possible d'agir parce qu'elles ne sont pas inexorables.

11- Causes proches : la part de la liberté. Les causes immédiates et non irrémédiables de l'effet pervers sont le fruit d'un paradoxe et d'une abdication.

Un paradoxe : le droit contemporain fait cohabiter un excès de rigueur et un trop grand laxisme, l'un comme l'autre pouvant "assassiner l'esprit juridique" (3). D'un côté, le danger de la prohibition (4). La menace de plus en plus précise des effets imprévisibles des techniques conduit le pouvoir à tenter d'éliminer toute forme de risque. C'est pourquoi "il multiplie les interdits et les préventions, rectifie les pratiques et, demain les opinions ; le droit qui était, il y a peu, la protection des hommes libres, se fait maintenant au nom d'un prétendu bien commun, l'instrument de leur asservissement" (5). De l'autre, la tentation de la permissivité. L'État devient plus compréhensif que libéral. Le "Laissez-faire, laissez-passer" de l'État libéral se délite. Cette excessive fluidité engendre le pluralisme. La libération des individus se fait au détriment de la liberté des personnes. Il en résulte un sentiment général d'irresponsabilité (6).

(1) Ce morcellement peut expliquer qu'au sein d'une société éprise d'égalité subsistent des différenciations ; la loi sur l'aide juridique par exemple distingue paradoxalement, entre droits des pauvres - droits "fermés" dont l'exercice est réservé - et, droits des riches - droits "ouverts" dont l'exercice est facilité - (Fr. Auque-Warembourg obs. in. Rev. Trim. Dr. Civ. 1991 p. 823). Le droit contemporain accentue aussi les clivages entre forts et faibles, parfois au sein d'une même catégorie entre bailleurs, créanciers... A plus grande échelle, cette course effrénée pour le progrès explique-t-elle que les sociétés qui atteignent un certain degré d'évolution engendrent la pauvreté et l'exclusion et que dans notre univers rationnel et planifié deux êtres humains sur trois ne mangent pas à leur faim ? La question peut être posée.

(2) Les analyses économiques du droit ont montré par exemple que l'établissement et le maintien par les pouvoirs publics d'un salaire minimum non seulement diminue l'emploi (les employeurs renonçant à embaucher parce que la main-d'oeuvre non qualifiée coûte trop cher) mais détruit la stabilité de la famille, diminue la fécondité de la femme aux âges où celle-ci est la plus fertile (B. Lemennicier, Le marché du mariage et de la famille, op. cit. note 27 p. 193). Ainsi, toute disposition relative au salaire minimum aura des incidences économiques, sociales, familiales ...

(3) G. Cornu, Linguistique juridique, Montchrestien, 1990 p. 322.

Rappr. Fr. Terré, Droit de la faillite ou faillite du droit ? op. cit. note 15 p. 9 qui évoque le mélange périlleux du laxisme et de la rigueur.

(4) V. par exemple Fr. Cabarello, Une alternative à la prohibition des drogues, la légalisation contrôlée Rev. droits, 1994, p. 125 et s. spéc. p. 129 et 130 qui décrit les nombreux effets pervers de la prohibition des drogues au plan économique, social, sanitaire et juridique. Comp. la réponse très circonstanciée de R. Gassin, ibidem, Séduction idéologique ou réalisme scientifique, p. 137 et s. spéc. p. 146. Adde B. Lemennicier, Prohibition de la drogue diagnostic et solutions, in le Journal des économistes et des études humaines vol 3, n° 4 déc. 1992 p. 493 à 522 ; Les paradoxes de la prohibition, Journal Le Monde, 6 janvier 1994 p. 8.

(5) Ph. Portier, Droit et Liberté dans la pensée politique au XIXème siècle, Rev. droits 1994 p. 49.

(6) A.G. Slama, Le nouvel ordre juridique moral, Rev. droits 1994 p. 47.

Une abdication : les lois contemporaines ont abandonné l'option fondamentale (1) ; elles sont pensées en termes d'organisation et d'efficacité (2). Le "bien agir" naguère, but moral de la législation, cède la place aujourd'hui à un but éthique et psychologique "être heureux". La loi doit pourvoir au bonheur des individus (3), leur épargner toute forme d'échec (4). Le poids excessif accordé aux considérations psychologiques consacre la prééminence du sentiment sur les idées (5). Les dérapages peuvent en être aisément perçus : la voie est ouverte au radicalisme et au fondamentalisme véhiculant intégrismes et fanatismes de toutes sortes. Ce retour en force de l'état de nature (6) fait peser la menace d'un "nouvel ordre moral" fruste et totalitaire. Il pourrait être le prix à payer pour les sociétés civilisées n'ayant pas acquis ce supplément d'âme que préconisait Bergson. Le mal est important. Causalités médiate et immédiate se conjuguent pour creuser le lit de l'effet pervers. Elles rendent plus nécessaire encore une tentative de systématisation.

C- TYPOLOGIE DES EFFETS PERVERS

12- Différentes classifications. Il est difficile de caractériser l'effet pervers, tant le sujet est immense. L'établissement d'une typologie peut, néanmoins, être envisagée. Les effets pervers sont des réactions imprévues à une conséquence première. Les suites attendues ici se produisent ailleurs et différemment (7). Ce phénomène est constant. Ce qui change, en revanche, c'est la forme sous laquelle se manifestent ces effets. Il n'y a donc pas de variété conceptuelle mais plutôt une diversité fonctionnelle des effets pervers. Par ailleurs, une différence de degré plus qu'une différence de nature permet de mettre en évidence ces effets rebelles à toute forme de distinction tranchée. Cette double constatation suggère de classer les effets pervers en fonction de leurs caractères respectifs (critère qualitatif) et selon leur degré d'intensité (critère quantitatif).

1- Critère qualitatif

13- Différents caractères des effets pervers. Les effets pervers sont des effets comportementaux. Ils ne se manifestent pas directement et agissent de façon souterraine. Ces traits spécifiques permettent de les distinguer d'autres types d'effets.

14- Effets normatifs et effets de comportement. Les effets pervers sont des effets concrets. Ils sont omniprésents dans la sphère des faits. Ils s'opposent aux effets normatifs qui sont une conséquence de la loi. Étant des effets de compor-

(1) Les lois ont clairement abdiqué leur fonction morale d'élévation des êtres. Rappr. J.-M. Lustiger, Le choix de Dieu, Éd. de Fallois, 1987.

(2) J. Ellul, in, "La technique ou l'enjeu du siècle", Paris 9154 parle de "mythologie technicienne". Adde G. Slama, Le nouvel ordre moral, op. cit. note 35 p. 41 qui évoque la nouvelle religion de la sécurité et de la vie, la recherche du compromis à tout prix.

(3) Fr. Terré, La "Crise de la loi", op. cit. note 12 p. 21.

(4) La loi ne vise plus seulement comme dans la conception Kantienne à assurer la coexistence des individus, elle devient un instrument de leur solidarité (G. Burdeau, Le déclin de la loi op. cit. note 14 p. 20).

(5) Rappr. Balzac : "Le sauvage n'a que des sentiments, l'homme civilisé a des sentiments et des idées (La cousine Bette, collection La Pléiade, T VI p. 165). Le droit certes est imprégné de sentiment (G. Cornu, Du sentiment en droit civil, Ann. Fac. de droit de Liège, 1963 p. 189 et s. ; La bonté du législateur Rev. Trim. Dr. Civ. 1991 p. 283 et s) mais ne se laisse pas submerger par celui-ci.

(6) Un état de nature qui n'est en rien celui qu'exalte Rousseau (v. Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes, 1ère partie, Collection la Pléiade p. 134 et s. spéc. p. 142 note IX).

(7) J. Carbonnier, Flexible droit, op. cit. note 12, p. 139.

tement, ils sont une conséquence de l'attitude des sujets de droit. Quelle que soit la forme que revêt ce comportement, une large place est faite à la liberté des individus. "Assurément, la norme sociale est accomplie, mais son accomplissement est purement formel car ses propres sujets la doublent d'une autre norme. Norme privée qui peu à peu, la vide de sa substance" (1).

15- Effets directs et effets indirects. La loi peut connaître des dérives, être mal appliquée. Ces atteintes directes ne sont pas des effets pervers. La loi inappliquée n'en reste pas moins la loi. Celle qui produit des effets pervers se voit doublée d'une norme parallèle. Ces effets agissent à distance. Ils atteignent, certes, la loi mais ne découlent pas des principes qu'elle édicte. Ce sont des répercussions de l'existence de la règle qui se produisent à l'extérieur de son champ d'application. La réaction peut être immédiate ou différée mais elle se fait toujours de façon indirecte. La loi tombe en dehors de sa cible.

16- Effets visibles et effets souterrains. Les effets pervers sont des effets sociaux et sont donc perceptibles. Cette apparence ne doit pas tromper. La partie cachée de l'iceberg est la plus importante. Les effets pervers sont d'abord des effets souterrains (2) qui modifient, à leur insu, les mentalités du corps social. Ceci explique que leur action soit lente mais durable et qu'ils puissent être dangereux.

2- Critère quantitatif

17- Degrés d'intensité des effets pervers. L'histoire et la loi constituent deux bons paramètres pour mesurer la variabilité des effets pervers. La première est leur champ d'expérimentation ; la seconde leur terre d'élection.

18- L'histoire facteur d'expérimentation des effets pervers. Toute époque a vraisemblablement eu son lot d'effets pervers. Déjà, au siècle de Périclès, pourtant âge des lumières de la Grèce, la civilisation qui engendre des chefs-d'oeuvre se tourne finalement contre les hommes (3). Par delà les siècles, et dans la France Révolutionnaire, les effets pervers de la législation égalitaire en matière successorale ont suscité une réflexion nourrie chez les historiens. L'égalité proclamée entre les filles et les garçons conduisit au démembrement des exploitations et eut des conséquences démographiques néfastes (4). Peu après, l'effet de division des fortunes voulu pour le code Napoléon soucieux de maintenir la petite propriété rurale se transmuta "en un effet de restriction des naissances". Empêchés par les lois de faire un aîné (les pères de familles) opposèrent aux lois l'ânesse irrécusable du fils unique" (5). Comme il a été remarqué "l'Ancien Régime faisait le fils aîné, le Code Civil a fait le fils unique" (6).

De son côté, le principe d'autonomie de la volonté, fut à l'origine au XIX^{ème} siècle, de l'écrasement du salariat par le patronat.

(1) J. Carbonnier op. et loc. cit.

(2) Tel est le qualificatif retenu par Ph. Malaurie in L'homme, être juridique op. cit. note 13 p. 98.

(3) F. Châtelet, La philosophie, T. I, De Platon à Saint Thomas, p. 24 qui note que l'oeuvre Platonicienne est d'abord une méditation sur cet échec.

(4) Y. Lassard, La condition juridique de la femme mariée en Savoie Propre de 1782 à 1882, thèse dactylographiée, Grenoble 1991 spéc. p. 27 et s. p. 81 et s. p. 205 et s. ainsi que les nombreuses références citées par l'auteur ; M. Segalen, Les structures familiales in Famille et mariage, Histoire de la population française, III, de 1789 à 1914 P.U.F. 1988 p. 405 à 423 (spéc. p. 410 et s.) Adde J. Habakkuk, Family Structures and Economic Change in XIX^{ème}, Th. Europe, in Journal of Economic History, XV-1, 1955 p. 1 à 13.

(5) J. Carbonnier, Flexible droit op. cit. note 12 p. 138 et 139.

(6) A. Colin, Le droit de succession dans le code civil, livre du centenaire du code civil p. 297 et s.

Plus près de nous, la réglementation des baux a révélé les incidences négatives du loyer scientifique (1).

Mais les effets pervers furent-ils hier aussi nombreux qu'aujourd'hui ? La comparaison du code civil avec le droit contemporain permet de répondre par la négative. Celui-ci est, certes, beaucoup plus prolixe en lois que jadis. Mais ce défaut de sobriété ne suffit pas à expliquer une telle dissymétrie. Il faut donc aller plus loin. Les travaux des sociologues montrent que les effets pervers sont à l'origine des changements et bouleversements sociaux (2). Dès lors, la fréquence des effets pervers à une époque donnée ne peut-elle être mesurée à l'aune des mutations engendrées au même moment ? En d'autres termes, les périodes de grande stabilité seraient plus pauvres en effets pervers que celles qui sont le théâtre de bouleversements importants. Transposée à la Science Juridique, cette équation se vérifie aisément. Le temps du Code Civil fut celui de la stabilité, voire de l'immutabilité. Reprenant l'Ancien Droit, le Code Napoléon a peu innové et n'a pas fait preuve d'originalité (3). Il n'a produit que peu d'effets pervers. Notre temps est celui des changements incessants, de nombreuses lois produisent des effets pervers.

19- Effets pervers d'hier, d'aujourd'hui et de demain. La prise en considération du facteur temps est importante, elle préside à d'autres formes de classement. Ainsi, la transformation de la société due aux effets pervers ne se fait pas de façon uniforme. Plus lente aux époques où le système normatif vit en bonne intelligence avec les autres modes de régulation sociale (moeurs, religion, morale), elle sera plus rapide aux périodes de contraste. Pareille transformation peut encore être plus ou moins durable. Tout dépend en quel point et à quelle profondeur la société est touchée. Les effets pervers sont les marqueurs biologiques du milieu social dans lequel ils évoluent. A la vigueur de leur impact est lié l'état de santé de la société qui les abrite.

Plus ou moins nombreux, plus ou moins rapides, plus ou moins durables, tels sont les effets pervers mais, qui au bout du compte, opèrent des transformations jusqu'à ce que ..., sous leur impulsion, se produisent d'autres changements. Faut-il en conclure qu'une société saine est nécessairement une société immobile (4) ? Gardons nous d'une telle déduction. Le conservatisme produit des effets pervers encore plus graves. Le véritable enseignement nous vient des grecs : $\mu\epsilon\delta\epsilon\upsilon\ \alpha\gamma\alpha\upsilon$ affirmaient-ils. Nuance et mesure sont les garantes d'une évolution harmonieuse. La vitalité du Code Civil en atteste. La fragilité des lois contemporaines en fait la démonstration a contrario.

20- La loi terre d'élection des effets pervers. Les effets pervers sont universels. Ils sévissent sous toutes les latitudes. Au sein du système normatif néanmoins, il semble que la loi (5) soit susceptible de produire plus d'effets pervers que d'autres modes d'expression du droit (6). A cela, plusieurs raisons peuvent être

(1) F. Warembourg-Auque, Rapports locatifs : L'équilibre introuvable (commentaire de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989), J.C.P. 1989, I, 3421, n° 5). Sur les effets pervers du mécanisme du loyer scientifique en droit comparé, v. Rev. Europ. Dr. Consommation 1988 p. 38.

(2) R. Boudon, Effets pervers et ordre social op. cit. note 4 p. 17 et s.

(3) P. Bonassies, A travers le Fenet, Mél. Béguet, 1991 p. 29 et s.

(4) Sur le statisme du droit, Rapp, G. Ripert, Les forces créatrices du droit, L.G.D.J 1955, chap. 1er.

(5) Nous entendons loi au sens de règle écrite, générale et permanente édictée en forme de commandement par les pouvoirs publics (J.-L. Bergel, Théorie générale du droit, méthodes du droit, 2e éd. n° 46). Sur les différents sens du mot loi, v. ce mot in G. Cornu, Vocabulaire juridique, Ass. H. Capitant, 3e éd. p. 487.

(6) Le champ d'application de l'effet pervers est illimité. Rien ni personne ne lui échappe. Arrêtons-nous, par exemple, sur l'effet pervers de la jurisprudence.

avancées. La première tient à ce que la loi reflète la structure dialectique de l'effet pervers. Toute loi, en soi, est un bienfait et un mal. Ce thème fait partie aujourd'hui du patrimoine du juriste (1). Mais il y a plus. La loi est la norme de référence et, même contestée dans son audience (2) elle n'est pas discutée dans son autorité. C'est là sa force mais aussi sa faiblesse. Par essence, la loi commande : elle défend ou elle permet mais elle ne peut préjuger du comportement de ses destinataires. Or, bonne ou mauvaise, la réaction se fera nécessairement. Par sa rigidité et la distance qu'elle établit entre elle et les sujets de droit, la loi paraît donc la norme la moins apte à se prémunir contre d'éventuels effets comportementaux déviants (3).

La loi est aussi le lieu où les effets pervers sont les plus visibles parce que les plus choquants. S'il est un endroit où l'on ne voudrait pas qu'ils fussent, c'est bien dans la loi, expression de la souveraineté populaire. Cette investiture n'est pourtant pas suffisante pour la faire échapper à diverses vicissitudes.

21- Effets pervers et maladies de la loi. Divers phénomènes peuvent perturber la trajectoire de la loi au stade de son application. La sociologie juridique met en évidence une première pathologie : la loi peut être inefficace (4).

Avec beaucoup de clairvoyance certains auteurs avaient dénoncé, avant le revirement opéré par la première chambre civile le 7 mars 1989 l'effet pervers de l'extension des obligations de sécurité corporelle dans les contrats dont l'objet principal est tout autre (v. notamment G. Viney, La responsabilité civile, conditions n° 554 ; H. Groutel, Vers un chambardement de l'obligation de sécurité dans les contrats, *juriscl. Resp. civ. et assur.*, mai 1989 p. 6). Rapp. les effets pervers de la jurisprudence communautaire sur le droit national. Citons par exemple : l'interprétation du principe de la liberté de prestation de services par la C.J.C.E qui constitue une source potentielle de Dumping Social en permettant à une entreprise d'envoyer des salariés dans un autre pays de la Communauté et d'échapper aux règles de ce pays qui régissent les conditions de travail (v. G. Lyon-Caen, Le droit social de la Communauté Européenne après le traité de Maastricht, D. 1993, chron. p. 149 et s. ; S. Robin, L'application du droit social français aux entreprises prestataires de services établies à l'étranger, *Dr. Social* 1994 p. 127 et s. spéc. p. 129 et les références citées). Évoquons également l'effet pervers du principe d'égalité entre hommes et femmes qui aboutit à la condamnation par la C.J.C.E de l'interdiction du travail de nuit des femmes en France (M.A. Moreau, Travail de nuit des femmes, obs. sur l'arrêt de la C.J.C.E. 25 juill. 1991, *Dr. Social* 1992 p. 174 et s. ; Ch. Pettiti, Le droit communautaire, le droit de l'OIT et le travail de nuit, note sous CJCE 2 août 1993, D. 1993 p. 577).

(1) J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, op. cit. note 29 p. 271 et s. p. 293 et les références citées. *Rapp. Ph. Jestaz*, Source délicateuse ... (remarques en cascades sur les sources du droit, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1993 p. 73 et s. v. spéc. p. 79). "La règle de droit par définition ne peut être ni vraie ni fausse mais seulement bonne ou mauvaise selon les opinions".

(2) La "crise de la loi" (v. Fr. Terré, op. cit. note 12) a ouvert une ère nouvelle. Une brèche s'est formée dans l'édifice législatif. La loi étant désacralisée, il sera plus facile d'en percevoir les effets pervers. (Sur l'évolution de la notion de loi, v. G. Burdeau, Le déclin de la loi, op. cit. note 14 ; *Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit Français*, *Arch. Phil. Dt.* 1939 p. 7 et s. ; "Loi" in *Encyclopédia Universalis*, 1985 ; R.E. Charlier, *Vicissitudes de la loi*, *Mél. Maury* p. 303 et s. ; de façon générale on consultera avec profit le T. XXV des *Arch. Phil. Dt.* de 1980, consacré à la loi ; Adde J. Cl. Bécane et M. Couderc, la loi, *Dalloz* 1994 spéc. p. 69 et s.).

(3) M.-A. Frison-Roche et S. Bories, La jurisprudence massive, D. 1993 p. 287 et s. v. spéc. p. 289 "Le législateur lance une loi selon l'idée qu'il a de sa réception, mais il ne peut prendre la mesure de tous ses effets, notamment de ses effets pervers". *Rapp. H. Laurent et L. Boyer*, *Adages du droit français*, op. cit. note 29 n° 99 "La toute puissance de la loi s'exerce sans considération pour les résultats auxquels son application ou sa conception peut conduire" et P. Amselek, L'étrangeté ontologique du droit, *Rev. droits* 1990 p. 90 : la loi établit une distance entre le législateur et les citoyens ; distance qui exclut un contrôle du suivi de ses commandements". (Sur l'avantage que peut apporter la loi expérimentale en face de tels inconvénients cf. infra n° 80). Il est par ailleurs significatif de relever que la jurisprudence produit d'autant plus d'effets pervers qu'elle "concurrence" le législateur. Ainsi en est-il lorsqu'elle est véritablement "législative" (sur la signification de ce terme v. F. Zenati, La jurisprudence, *Dalloz* 1991 p. 177 et s.), lorsqu'elle use (abuse?) de son pouvoir prétorien (à titre d'illustration, v. la jurisprudence de la 1ère chambre civile sur la notion de délivrance conforme avant le revirement du 5 mai 1993 qui "élaborait de perverses confusions remettant en cause l'ordonnement juridique établi par la loi" in, A. Benabent, *Contrats spéciaux*, Montchrestien 1993, n° 180) ou bien encore lorsqu'elle se permet à l'occasion de ré-écrire la loi ; tel est le cas lorsque le Conseil Constitutionnel fait une déclaration de conformité partielle ou de conformité totale assortie de réserves interprétatives ; il peut, par ce biais, vider une réforme de sa substance v. J.-P. Gridel, L'exécution des décisions du Conseil Constitutionnel, *commentaire de la thèse de M. Guillaume Drago*, *Rev. Trim. Civ.* 1989 p. 518).

(4) J. Carbonnier, *Flexible droit* op. cit. note 12 p. 121 et s.

L'ineffectivité peut être partielle ou totale et entre ces deux pôles, comprendre toute une série d'états intermédiaires. En pareil cas, la loi ne produit pas d'effet, ou seulement, un effet réduit selon le degré d'ineffectivité. Proche de l'ineffectivité mais néanmoins différents, sont les phénomènes d'incidence dans l'application des lois (1). Dans ce second schéma, la loi produit un effet mais qui n'est pas celui qu'avait voulu son auteur. Cet effet n'est pas forcément néfaste. Il arrive qu'un effet imprévu se révèle bénéfique (2). Beaucoup plus fréquemment, l'effet incident est un effet pervers. Celui-ci s'exprime à travers des signes. Le déséquilibre de la loi provoqué par ce mal "hors norme" justifie, par ailleurs, de lutter contre lui. L'étude de l'effet pervers des lois (3) nous conduit d'abord à envisager ses manifestations (I) avant de proposer les moyens de nature à le combattre (II).

I - MANIFESTATION DE L'EFFET PERVERS (LES SIGNES DU MAL)

22- Sémiologie de l'effet pervers. L'effet pervers peut agir sur toute loi. On pourrait dire qu'il sommeille à l'ombre de la loi, prêt à se réveiller lorsque des circonstances favoriseront son apparition. Les signes à travers lesquels il manifeste sa présence sont d'une grande diversité. Ils atteignent la loi dans ses éléments fondamentaux : son but, sa force, sa viabilité. L'effet pervers peut tout d'abord s'attaquer à la finalité de la loi (A). Dans le domaine du droit affirmait Ihering "*rien n'existe que par le but et en vue du but*" (4). Cette analyse téléologique du droit peut aussi convenir à la loi "*la loi en majesté*" selon l'image du Doyen Carbonnier et qui est la "*manifestation du Grand Droit*" (5).

La nature propre de la loi la rend obligatoire. Dans son objet même, elle doit être appliquée. Cette autorité a ses faiblesses. L'effet pervers peut les utiliser en amoindrissant la force de résistance de la règle. Sous l'incidence de ce phénomène perturbateur, la loi perd de sa force naturelle, son autorité se détériore (B).

La loi doit se faire accepter. De l'accueil fait par les sujets de droit dépendent l'efficacité et la longévité de celle-ci. "L'indigestion du corps social" (6) ouvre la route à l'effet pervers. Ce dernier va porter atteinte à la réceptivité de la loi (C) en transformant le comportement de ceux qu'elle régit.

(1) J. Carbonnier, *Flexible droit* op. cit. note 12 p. 136 et s. L'incidence de l'impôt, à laquelle nous sommes habitués remarque l'auteur n'est qu'un aspect particulier d'un phénomène infiniment plus vaste, qui est l'incidence de la loi. Sur cette question v. J. Cruet, *La vie du droit ...* op. cit. note 2 p. 276 et s.

(2) Il peut y avoir des effets imprévus positifs. C'est l'heureuse surprise. Sur la part du hasard et de l'aléa cf. infra n° 54 note 151.

(3) Sur l'intérêt d'avoir recours à la linguistique à l'égard des mots : effets et loi, on se reportera à G. Cornu, *Linguistique juridique*, op. cit. note 32 p. 115 et 71. L'adjectif pervers n'appartient pas ipso facto à la langue juridique. Seule la perversion et la perversité sont appréhendées par le vocabulaire du droit pénal. Du qualificatif latin : *perversus*, dérivent deux substantifs : *perversion* (qui vise un état permanent) et *perversité* (qui vise une attitude momentanée).

(4) R. Von Ihering, *L'évolution du droit*, 1901 Trad. de Zweck Im Recht par O. de Meulenaere, Paris, p. 291 ; Adde Ch. A. Morand, *Les objectifs de la législation, approches diversifiées et complémentaires*, *Rev. Rech. Jurid.* 1989 p. 862 et M.-A. Frison-Roche, *Les difficultés méthodologiques d'une réforme du droit des faillites*, D.1994 chron p. 17 qui fonde la nécessité du recours à la méthode législative (cf. infra n° 80) sur l'extériorité aujourd'hui affirmée de la cause de la loi qui n'est plus "fermée, tautologique" dans la volonté du législateur. "La loi n'a plus pour raison la loi. Parler de méthode législative, c'est sortir de l'hypothèse d'une souveraineté du législateur en causant et en finalisant par l'extérieur son acte".

(5) J. Carbonnier, *Flexible droit*, cité par J.-Cl. Bécane et M. Couderc, *La loi*, op. cit. note 56.

(6) V. R. Savatier, *L'inflation législative et l'indigestion du corps social*, D 1977 chron p. 43.

A- ATTEINTE À LA FINALITÉ DE LA LOI

23- **Hasard et nécessité.** La finalité manifeste la plénitude de la loi ; mais elle n'est pas toujours aisée à débusquer. "Le législateur envisage, les utilisateurs inventent, la jurisprudence canalise. Entre chaque démarche, le hasard, le libre arbitre relatif s'intercalent" (1) et l'effet pervers s'installe qui contrarie (1) ou détourne (2) la finalité de la loi.

1) Finalité contrariée

24- **L'ambition des lois contemporaines.** Le législateur prise les déclarations d'intention et formule péremptoirement ses objectifs (2). Par formulation d'objectifs il faut entendre "les déclarations d'objectifs, de caractère finaliste, poursuivant un but de politique juridique, exprimées dans les textes de lois même s'il ne s'agit que de déclarations d'intention très générales n'ayant pas d'effet matériellement normatif" (3). Il peut y avoir pluralité (a) ou unicité (b) d'objectifs.

a) Pluralité d'objectifs

25- **Finalité sacrifiée.** Il se peut qu'une loi ait plusieurs objectifs mais ne puisse tous les atteindre en raison de leur incompatibilité. En pareil cas, l'effet pervers aboutit à en privilégier un au détriment des autres. L'article 1er de la loi du 25 juillet 1985 sur les procédures collectives (dont l'économie et la structure n'ont pas été bouleversées par celle du 10 juin 1994) illustre ce propos. Aux termes de ce texte "il est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif". Dans la réalité, la sauvegarde de l'entreprise pratiquée aveuglément ne peut permettre l'apurement du passif, elle conduit à aggraver ce passif. Ainsi qu'il a été souligné "autant d'objectifs visés par l'emploi d'une seule procédure, s'ils étaient atteints, on serait en droit de parler de merveille juridique" (4). En fait de merveille juridique, la loi du 25 juillet 1985 contient une liste impressionnante d'effets pervers (5).

La pluralité d'objectifs peut ne pas apparaître formellement, elle n'en est pas moins réelle. La loi Badinter du 5 juillet 1985 qui accorde un droit à réparation aux victimes des accidents de la circulation en établissant pour cela un système d'indemnisation fondé sur l'assurance est, à cet égard, révélatrice (6). Il existe une incompatibilité de buts entre la finalité exprimée par la loi (indemnisation automatique des victimes équivalant à une assurance tout risque) et la finalité de l'assurance sous jacente dans la loi (établissement d'un système de prix basé sur le contrôle du comportement des conducteurs ou agresseurs potentiels). La loi exclut dans le principe

(1) J. Hauser, Détournement d'adoption plénière, note sous civ. 7 mars 1989, D.1989, JP 479.

(2) Pour des exemples de textes paraissant comporter des déclarations d'objectifs, v. Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs, Rev. Rech. Jurid. 1989, cahiers de méthodologie juridique n° 4 sous la responsabilité de J.-L. Bergel, p. 823 à 851 et 1016 à 1037.

(3) J.-L. Bergel, les formulations d'objectifs dans les textes législatifs op. cit. note 66 Avant propos p. 765 ; Adde p. 775 : "Ces objectifs ne sont pas mis en évidence de la même manière dans tous les textes. Dans certains cas, ils sont implicites ou diffus dans la loi. Dans d'autres, ils sont formellement exprimés dans le titre de la loi. Dans d'autres, enfin, ils sont énoncés dans le corps même de la loi.

(4) Fr. Terré, Droit de la faillite ou faillite du droit ? op. cit. note 15 p. 18.

(5) Fr. Terré, op. et loc. cit. note 68 qui énumère la liste de ces effets pervers ; Adde M. Despax, L'évolution du droit de l'entreprise, in, Les orientations sociales du droit contemporain, Écrits en l'honneur de J. Savatier, P.U.F. 1992 p. 177 et s. spéc. p. 180 et 185 ; B. Soinnie, Bilan de la loi du 25 janvier 1985, Rev. proc. collec., 1993, p. 345 et s ; J.-L. Vallens, A propos de la réforme de la loi sur les entreprises en difficultés, les petites affiches, 18 févr. 1994 n° 21.

(6) B. Lemennicier, Économie du droit, op. cit. n° 5 p. 119.

l'incidence du comportement de la victime sur son indemnisation alors que les mécanismes de l'assurance exigent de l'assuré un maximum de précautions. Privilégier, de surcroît, le caractère automatique de l'indemnisation des victimes suppose d'interférer dans l'ordre spontané du mécanisme de l'assurance, c'est-à-dire de détruire le système de prix établi par les assurances. Cette destruction entraîne des effets pervers au nombre desquels figurerait celui d'accroître les accidents mortels (1).

b) Unicité d'objectif

26- **Finalité inversée.** Lorsque la loi ne formule qu'un seul objectif, l'effet pervers consiste à produire l'effet exactement inverse à celui prévu par la loi (2). Les lois contemporaines fournissent de nombreuses illustrations de cette finalité inversée. Quelques exemples particulièrement éclairants pourront nous dispenser d'une liste exhaustive. Prenons les lois sur les baux d'habitation, elles ont successivement proclamé avec emphase : "le droit à l'habitat (aujourd'hui le droit au logement) (3) est un droit fondamental". Les locataires peuvent-ils exciper de ce droit ? Rien n'est moins sûr. Il existe un réel blocage du marché locatif, nombre de locaux sont vides, nombre de locataires cherchent à se loger, mais les propriétaires ne veulent plus louer estimant les contraintes législatives et réglementaires trop pesantes (4). Ainsi les lois sur les baux d'habitation qui désiraient favoriser l'investissement locatif ont abouti à rendre plus précaire le logement (5).

En droit du travail l'analyse des lois sur le licenciement conduit à un résultat identique. Le législateur a voulu protéger les salariés contre une rupture intempestive du contrat de travail à l'initiative des employeurs. Mais que s'est-il passé ? Les employeurs jugeant trop contraignantes les règles procédurales et fondamentales sur le licenciement ont réduit l'embauche (6). On a même vu certaines entreprises recourir de façon massive à la pratique du stage pour éviter d'appliquer les règles sur le droit du licenciement (7). Les lois sur le licenciement dont le but était de conférer aux salariés une réelle stabilité dans la relation de travail ont abouti en fin de compte à fragiliser leur situation.

Qu'il procède par substitution ou par élimination, qu'il inverse ou sacrifie l'un des objectifs de la loi, l'effet pervers contrarie toujours la finalité de la loi, phénomène voisin et pourtant différent du détournement de la loi.

2) Finalité détournée

27- **Le destin de la règle.** Une fois élaborée, la règle échappe à ses auteurs. Elle rencontre un certain nombre d'intermédiaires qui, placés sur sa trajectoire, vont la détourner de sa finalité. "Le législateur, loin d'être le maître absolu des instruments juridiques doit compter avec ces intermédiaires obligés qui peuvent infléchir plus ou moins ses intentions et finalement faire appliquer des règles plus ou moins différentes de celles que lui-même avait en vue" (8). Sous l'impulsion des

(1) E. Landes, Insurance, Liability and Accidents : a theoretical and empirical investigation of the effect of no-fault accidents, the journal of law and economics, Avril 1982.

(2) V. L'étymologie du mot pervers ; perversus signifie renversé. v. aussi la définition donnée par le dictionnaire Larousse de ce mot : dont les résultats sont contraires aux résultats voulus.

(3) Ce changement de terminologie est dû à une résolution du parlement Européen (V. J.O. Déb. Ass. Nat. 23 mai 1989 p. 1080).

(4) J.-L. Aubert, Les difficultés d'un équilibre, à propos de la réforme en cours du régime des baux d'habitation, D.1986 chron p. 247.

(5) F. Zenati et A. Cœuret obs. in Rev. Trim. Dr. Civ. 1989 p. 382.

(6) Fr. Terré, "La crise de la loi", op. cit. note 12 p. 24.

(7) F. Zenati et A. Cœuret, obs. in Rev. trim. Dr. civ. 1989 p. 387.

(8) P. Amsselek, L'étrangeté ontologique du droit, op. cit. note 57 p. 89.

utilisateurs de la loi susceptibles de la détourner à leur profit, l'effet pervers va se manifester comme un effet réducteur (a) ou amplificateur (b) du champ d'application de la loi.

a) Effet réducteur

28- La loi indûment réduite. La loi détournée de sa finalité, son champ d'application va se trouver indirectement réduit. Deux exemples peuvent illustrer ces propos : l'un tient de la rétrospective, l'autre de la prospective. On se souvient quelle fut l'interprétation donnée par la cour de cassation du droit fondamental à l'habitat. La cour suprême a considéré à plusieurs reprises que la loi excluait de son champ d'application les résidences secondaires (1) contrairement aux vœux pourtant clairement formulés par le législateur (2) et aux commentaires doctrinaux (3).

Évoquons à présent le principe de la responsabilité pénale des personnes morales posé par le nouveau code pénal. Pareille responsabilité ne risque-t-elle pas d'être détournée au profit de ses destinataires ayant recours, par exemple, à la création de personnes morales fantômes ? Au regard du régime juridique élaboré par le législateur ne peut-on craindre, encore, qu'il induise de la part des intéressés des comportements tendant à tourner les prévisions de la loi ? (4). Appliquées au droit du travail, de telles craintes peuvent devenir réalité, particulièrement lorsque la personne physique qui aura commis l'infraction dont la loi permet l'imputation à la personne morale sera un simple délégataire. Pourquoi ? Selon l'article L 121-2 du code pénal pour que le groupement puisse être poursuivi en tant que tel, il faut que la personne physique dont le comportement a incarné l'infraction puisse être considérée comme un organe ou un représentant de la personne morale.

La notion d'organe étant exclusive de celle de préposé les dirigeants d'entreprise, pourront donc en toute liberté, déléguer leurs pouvoirs et par ce biais réduire indûment le champ d'application de la responsabilité des personnes morales (5).

Quant à la qualité de représentant si l'on en adopte une conception stricte dérivée du droit civil, elle peut également entraîner des conséquences néfastes. Dans ce schéma, seule l'infraction commise par le représentant dans l'exercice de son pouvoir juridique sera imputable à la personne morale. Concrètement, seules les infractions en rapport avec la gestion administrative pourront remonter jusqu'à la personne morale et non celles en rapport avec la gestion purement technique.

(1) Cass. civ. 3e, 29 Nov. 1983, Bull. civ. III n° 242 ; D. 1984, 41 note Giverdon ; Gaz. Pal. 1984. 1. 2. concl. Rocca ; J.C.P. 1984, 11, 20196, note Fr. Waremhourg-Auque ; Rep. Defren 1984, art 33223. note Pelletier ; Rev. trim. Dr. civ. 1984, 324, obs., Ph. Rémy - Cass. civ. 3ème, 11 oct. 1989, J.C.P. 1989. 11. 21536, note G. Paisant.

(2) Plusieurs amendements tendant à exclure les résidences secondaires du nouveau dispositif légal avaient été repoussés pendant les travaux préparatoires de la loi v. Rapp. Bockel, Doc. Ass. Nat. 1ère sess. extraord. 1981-82 n° 684 p. 46.

(3) Si l'article 2 de la loi du 22 juin 1982 écartait de son emprise les locations à caractère saisonnier, il ne formulait aucune exclusive à l'encontre des locaux "de plaisance" (G. Paisant op. et loc. cit. supra note 79) Adde : J.-L. Bergel, Le domaine d'application de la loi Quilliot, in, Le droit nouveau de la location, Économica, 1983 p. 17 ; J.-P. Richard, Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs, Rev. Rech. Jurid. op. cit. note 66 p. 821 ; Ph. Malaurie, Droit civil, introduction générale, Cujas 2e éd. n° 518 ; B. Soinne et F. Waremhourg-Auque, La loi Quilliot : commentaire de la loi du 22 juin 1982 relative aux droits et obligations des locataires et bailleurs : J.C.P. 1983, I, 3098, n° 28 qui reconnaissent l'application de la loi aux résidences secondaires tout en regrettant qu'il n'en fut pas autrement.

(4) A. Cœuret, La nouvelle donne en matière de responsabilité, Dr. Social 1994 p. 627 et s. ; Adde. notamment E. Fortis, Les infractions du nouveau code pénal créées ou remaniées ; Dr. Soc. 1994 p. 623 et s. ; M. Delmas-Marty, Les conditions de fond de mise en jeu de la responsabilité pénale des personnes morales, Rev. Sc. Crim. 1993 p. 305 et s. Travaux du colloque de Paris 1, La responsabilité pénale des personnes morales, n° spécial de la Rev. Société 1993.

(5) A. Cœuret, obs. in Rev. Trim. Dr. Civ. 1992 p. 826 ; et du même auteur, La nouvelle donne en matière de responsabilité op. cit. note 82 p. 633.

Il est à craindre, de surcroît, que par le biais de "délégations systématiques ce (soient) principalement des salariés qui (assument) les conséquences pénales de la violation d'obligations mises par la loi à la charge des employeurs" (1). Si tel était le cas, l'effet réducteur se doublerait d'un effet amplificateur du champ d'application de la loi.

b) Effet amplificateur

29- La loi exagérément étendue. Le champ d'application de la loi englobe des situations que n'avait ni prévu, ni voulu le législateur. Le droit des procédures collectives met en lumière cette forme de "détournement-extension". Actuellement (et pour combien de temps encore ?) (2) la procédure de redressement judiciaire est détournée de sa finalité propre. Lorsque les débiteurs demandent à être admis au bénéfice de cette procédure, les poursuites individuelles sont suspendues. Sous le couvert d'un dépôt de bilan dit technique, le redressement judiciaire sert en réalité à effacer une ardoise afin de poursuivre une activité de manière plus lucrative (3). En effet, depuis qu'elle s'est faite plus douce pour le débiteur et moins soucieuse de l'intérêt des créanciers, la loi de 1985 est apparue aux yeux du débiteur-défaillant comme une forme de salut. Et lorsque l'entreprise n'est plus viable, l'application de la loi n'aboutit pas tant à apurer le passif qu'à le supprimer avec l'entreprise ; ce qui permet à celui qui l'anime d'en créer une autre au lieu de subir un échec définitivement (4). Par les conséquences qu'elles engendrent les procédures collectives englobent des situations que le législateur n'avait pas envisagées (5).

Pourquoi ne pas évoquer encore l'institution de l'adoption en songeant aux détournements dont elle peut faire l'objet. Certains auteurs ont dénoncé la "prétention récente qui consiste à utiliser l'adoption comme une technique indifférenciée d'établissement de la filiation" (6). L'exemple des concubins homosexuels concrétise ces propos. La loi ne leur permet pas de créer un lien conjugal. Désireux néanmoins de consacrer leur affection réciproque, ces concubins vont tenter de détourner l'adoption de son but en l'utilisant pour établir entre eux un "lien de filiation". On songe également à la maternité de substitution qui constitue "un détournement de l'institution de l'adoption" (7). Ces détournements multipliés et fréquents sont autant d'atteintes à la loi, déviée de sa finalité. La tentation est grande pour les utilisateurs de la règle de la contourner à leur profit (8). Ce faisant ne fraudent-ils pas la loi ?

(1) A. Cœuret, La nouvelle donne en matière de responsabilité op. cit. note 82 p. 634. Voyez également les interprétations préconisées par l'auteur pour éviter de tels inconvénients.

(2) La loi n° 94-475 du 10 juin 1994 (J.O. 11 juin 1994, JCP 1994, éd. G. III 66378) tente de remédier à cette forme de détournement. Sur la correction de l'effet pervers par le législateur cf. infra n° 69 et s.

(3) F. Derrida, Très brefs propos sur la réforme de la "faillite", D.1993, p. 322.

(4) F. Zenati et A. Cœuret, obs. in Rev. Trim. Dr. Civ. 1989 p. 159.

(5) Un raisonnement identique peut être fait à propos de la loi sur le surendettement des ménages. Celle-ci institue un fichier ayant le monopole du recensement des incidents de paiement liés aux crédits accordés aux personnes physiques pour des besoins non professionnels et dont la gestion est confiée à la banque de France. Or, la consultation du fichier par les établissements de crédit avant l'octroi quelconque d'un prêt est devenue systématique. Le risque de "gauchissement de l'institution" qu'avait dénoncé la doctrine s'est réalisé. (A. Cœuret, obs. in Rev. Trim. Dr. Civ. 1990 p. 323).

(6) J. Hauser, L'adoption à tout faire, D. 1987, chron. p. 205 et s. ; Détournement d'adoption plénière, D.1989 JP p. 477 et s.

(7) Ainsi en a décidé la cour de cassation, Ass. Plén. 31 mai 1991, D. 1991, 417, rapp. Y. Chartier ; note D. Thouvenin ; J.C.P. 1991,11, 21752, note Fr. Terré ; Rev. Trim. Dr. Civ. 1991, 517 obs. D. Huet-Weiller ; J.C.P. 1991, I, 3547, chron. d'actualité, J. Rubellin-Devichi. Adde M. Gobert, Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (à propos de la maternité de substitution), Rev. Trim. Dr. Civ. 1992 p. 489 et s.

(8) Le détournement du droit de préemption urbain par les collectivités territoriales en constitue une bonne illustration. Sur les formes multiples de ces détournements, et sur les effets pervers qu'ils entraînent, v. S. Perignon, Pathologie du droit de préemption urbain, Rep. Défen. 1991 art 34985. Adde G. Brière de l'Isle, Un cas de détournement de la finalité du droit de préemption de l'article 11 de la loi

30- Finalité détournée et fraude à la loi. L'effet pervers qui aboutit à détourner la règle de sa finalité ne s'identifie-t-il pas à la fraude à la loi ? Les deux situations sont proches l'une de l'autre. Elles ne sont cependant pas assimilables. L'effet pervers est une habileté permise qui prend corps du fait des lacunes ou insuffisances de la loi. La fraude, quant à elle, est une manoeuvre sanctionnée parce qu'elle naît d'une volonté délibérée d'éluider la loi. Les effets pervers sont des répercussions secondaires, la fraude est une atteinte principale. La distinction est plus aisée à énoncer qu'à mettre en oeuvre. En pratique, effet pervers et fraude à la loi peuvent coexister. Il devient des lors très difficile de déterminer la part qui revient à chacun dans le détournement de la finalité. Une seule certitude demeure : la force obligatoire de la loi en sera diminuée d'autant.

B) ATTEINTE À L'AUTORITÉ DE LA LOI

31- Grandeur et servitude. La vie du droit c'est de satisfaire aux besoins juridiques, économiques et sociaux des individus ; c'est aussi de permettre la circulation des richesses acquises. La force de la loi c'est de pouvoir opérer de son propre chef une redistribution des uns et des autres. Mais lorsque la vie du droit est rythmée par l'impuissance de la loi (1), ce schéma est profondément perturbé. La règle ne pouvant plus faire la preuve de sa force, l'effet pervers va montrer la force de son dynamisme. La loi en sort altérée (1) voire dénaturée (2),

1- Altération de la règle

32- Annonce du plan. L'altération de la règle se manifeste de deux façons : accentuation de ses défauts (a) ou atténuation de ses bienfaits (b)

a) Accentuation des défauts de la règle

33- Effet Mathieu, modèle Babar et autres considérations. Les lois sur la protection sociale qui opèrent par excellence une redistribution financière (2) constituent un champ d'expérimentation intéressant de mise en évidence de cette aggravation des défauts de la règle. La dénonciation de l'effet Mathieu est archi classique en droit de la sécurité sociale. Cet effet consiste à faire payer ses propres avantages par plus pauvre que soi sans qu'il s'en doute. Il a des applications bien connues pour l'indemnisation du chômage (3) ainsi qu'en matière de pensions de retraite (4).

du 22 juin 1982 auquel renvoie la loi du 23 décembre 1986, Rev. Dr. Immobil. août-sept 1993 p. 2 et 3. Comp. G. Paisant, La jurisprudence de la cour de cassation et la question de la réforme de la loi sur le surendettement des particuliers, D.1994 chron. p. 173 et s. spéc. n° 15 pour qui les solutions jurisprudentielles utilisent la procédure mise en place en cas de situation de surendettement "à des fins autres que celles auxquelles elle était destinée" v. aussi les réf. citées par l'auteur spéc. note 36.

(1) V. l'ouvrage de J. Cruet, La vie du droit et l'impuissance des lois op. cit. note 2.

(2) V. La définition du droit de la Sécurité Sociale donnée par J.-J. Dupeyroux, précis Dalloz 1993 n° 14, il est le "droit d'une redistribution destinée à garantir la sécurité économique des individus" au moyen "de règles juridiques originales ... spécialement conçues pour cette redistribution".

(3) J.-J. Dupeyroux, op. cit. note 93 n° 927-1. La manifestation de cet effet dans le système d'indemnisation du chômage s'observe à deux niveaux. Au plan des recettes, la "cotisation des cadres" (cotisation salariale supplémentaire instituée depuis 1984 pour financer l'avantage constitué par les cadres) n'équilibre pas le coût engendré par l'octroi de cet avantage. Le poids de ce dernier est ainsi pour partie assumé par des salariés qui n'en bénéficient pas.

Au plan des prestations, la nouvelle allocation unique dégressive, permet aux cadres de mieux s'en tirer que les smicards (on a calculé que pour un cadre ayant eu un salaire de 18.000 frs par mois et plus de 14 mois d'affiliation, la réduction de l'indemnisation globale maximale est de 4 % alors qu'elle est de plus de 10 % pour un salaire de 6.000 frs). La nouvelle allocation permet aussi aux adultes de 25 à 50 ans ayant des durées d'affiliation longues, d'être plus avantagés que ceux qui sont embauchés pour une courte durée. En effet, la durée minimale de travail ouvrant droit à indemnisation, est de trois à quatre

Donnant plus qu'ils ne reçoivent, les plus modestes sont volés d'une fraction de leur versement au profit des plus favorisés.

Le modèle "Babar", produit un effet pervers lié à l'inégalité des espérances de vie, au regard des effets redistributifs de l'assurance vieillesse. Il est fait ici application du principe dit "du présent dilaté" en vertu duquel il est prouvé qu'un manoeuvre a une chance sur deux d'atteindre l'âge de la retraite et de bénéficier de la pension là où un cadre en a trois ou quatre. Les manoeuvres ne bénéficient donc pas autant de la redistribution que les cadres (1). A cette situation s'ajoutent les inconvénients liés à la détérioration du rapport actifs-inactifs. Il y a de moins en moins d'actifs (l'entrée dans la vie active se fait de plus en plus tard, l'âge de la retraite est abaissé) et de plus en plus d'inactifs (la mortalité infantile a beaucoup diminué ; les personnes que la sécurité sociale ambitionne de protéger sont de plus en plus nombreuses). Cette protection conduit à l'écrasement de la population active qui doit payer pour les inactifs (2).

En lien avec ces propos, évoquons enfin le système de cotisations professionnelles qui constitue en France le mode traditionnel de financement des principaux régimes de sécurité sociale et alourdit de façon importante le coût de la main d'oeuvre. Pareil système outre qu'il exerce un effet dissuasif sur l'embauche, a un effet négatif sur la compétitivité des entreprises ; les entreprises de main d'oeuvre dans lesquelles les frais de personnel sont très élevés participent de façon beaucoup plus importante au coût de la sécurité sociale que les entreprises dans lesquelles la main d'oeuvre représente une part beaucoup plus faible de la valeur ajoutée (3). Le système mis en place aggrave donc l'absence de compétitivité reprochée aux entreprises dans le grand débat sur la relance économique (4).

mois ; les travailleurs précaires sont ainsi éliminés du système. Leurs cotisations, en revanche, financeront les prestations versées aux autres.

(4) A. Arseguet et Ph. Isoux : La protection des salariés âgés ... op. cit. note 8 p. 942 et s. Adde G. Lyon-Caen, Une vieillesse sans droit, D. 1991 p. 113 qui note, en autres développements, l'absence de stricte proportionnalité entre les cotisations versées et le montant de la rente attribuée au titre de la pension vieillesse. Ainsi, les carrières longues ou trop courtes sont désavantagées.

(1) J. Dupeyroux, Droit de la Sécurité Sociale, op. cit. note 93 n° 185.

(2) Ce phénomène peut entraîner la révolte des actifs et conduire à une "lutte des âges" qui succéderait à une lutte des classes. A un degré moindre, cet affrontement peut se situer au sein même des actifs si l'on songe aux perturbations dont le travail féminin est générateur notamment au regard des effets redistributifs des prestations familiales et redistributions, (O. Eckert, Activité féminine, prestations familiales et redistributions, Rev. Population 1983 p. 503 et s.

(3) J.-J. Dupeyroux, Droit de la Sécurité Sociale, op. cit. note 93 n° 121.

(4) Il est vrai que la solution du problème est peut être introuvable tant il a été montré que si le plafonnement des cotisations entraîne un effet pervers pour les entreprises de main-d'oeuvre, le déplafonnement de ces mêmes cotisations entraîne quant à lui, un effet pervers sur les entreprises qui, à la différence des premières, ont un personnel réduit mais hautement qualifié. (F. Zenati et A. Cœuret, obs. in Rev. Trim. Dr. Civ. 1989 p. 386).

En face de cette alternative dont aucune des deux branches ne paraît satisfaisante, faut-il pratiquer la politique du pire et choisir la solution la moins mauvaise ? La réflexion permettra de s'orienter vers la fiscalisation du système de sécurité sociale déjà bien amorcée (v. notamment l'instauration de la contribution sociale généralisée par la loi du 29 décembre 1990 qui est un prélèvement proportionnel de 2,4 % sur tous les revenus, affecté à la caisse nationale des allocations familiales) ; mais, ce système est-il lui aussi à l'abri de toute critique ? En effet, l'effort de fiscalisation partielle réalisé par les lois du 27 juillet 1993 et du 20 décembre 1993 relatives au travail à l'emploi et à la formation-professionnelle en vertu duquel l'État va prendre en charge progressivement les cotisations d'allocations familiales sur les bas salaires mais sur les bas salaires seulement, risque lui aussi d'entraîner des effets pervers (Ch. Millon, B.O. A.N. oct. 1993 p. 32. Adde D. Welcome, Les exonérations de cotisations sociales, Dr. social 1994 p. 95 et s. spéc. n° 2, qui fait état de vifs débats au sein de la majorité à l'Assemblée Nationale, certains députés estimant qu'une mesure "bas salaires" aurait un effet de distorsion des coûts salariaux entre secteurs et entre entreprises rémunérant mal leur personnel ; J.-P. Probst, L'exonération des cotisations d'allocations familiales pour favoriser l'emploi, Dr. Social 1994 p. 105 et s. v. spéc. p. 107 et 108 dans lesquelles l'auteur souligne les dangers de la budgétisation des allocations familiales par la technique des exonérations).

34- **Économie et société.** Le phénomène d'aggravation des défauts de la règle se rencontre également lorsque triomphent les considérations économiques sur la santé ou sur les intérêts des consommateurs ; lorsque l'ordre public de direction (1) se travestit en ordre public de protection dont le véritable mobile devient la recherche de l'équilibre du marché, la production des richesses, la protection des intérêts économiques. Il a été remarqué dans l'affaire du sang contaminé (2) que la logique mercantiliste poussée à l'extrême avait pu conduire en toute bonne foi à la distribution de sang contaminé. Selon un auteur "*La vente de sang contaminé par le SIDA est une décision administrative normale*" (3). Les préoccupations mercantilistes ont permis de tuer en toute légalité (4).

b) Atténuation des bienfaits de la règle

35- **Un bienfait apparent cache un mal beaucoup plus sournois.** L'atténuation des bienfaits de la règle contribue elle aussi à son altération. Le législateur instaure une norme, elle produit des conséquences bénéfiques. L'effet pervers va en diminuer l'apport positif. Le droit des assurances et le droit social conjuguent ici leurs effets respectifs. Sensibles aux indiscutables bienfaits de l'assurance, les tribunaux n'hésitent pas à se montrer généreux dans l'octroi d'indemnités. Mais la réalité est plus pernicieuse. Pour faire face au coût engendré par la distribution d'indemnités les assureurs vont augmenter les primes d'assurance. Au bout du compte, ce sont les assurés qui supporteront le poids de cette charge nouvelle (5). Un raisonnement analogue peut être poursuivi, lorsque le législateur impose aux employeurs de nouvelles cotisations destinées à financer les prestations de sécurité sociale. Les salariés ont l'impression qu'un transfert forcé se produit en leur faveur. Rien n'est moins sûr cependant. Les employeurs vont intégrer le coût de cette nouvelle charge en élevant le prix des produits fabriqués. Le coût de la vie, suivant celui du travail, les salariés verront leur pouvoir d'achat diminuer et supporteront, en fin de compte, la charge de leurs prestations sociales (6). Dans l'une ou l'autre hypothèse, la volonté de redistribuer plus équitablement les richesses n'est qu'illusoire. Le profit de l'un n'a pas été réduit pour venir accroître les ressources de l'autre. La règle, altérée, est partiellement mise en échec. Ce sont les assurés, les salariés, les destinataires de la norme qui en définitive supporteront le contrepois de l'avantage allégué.

L'atteinte à la résistance de la règle peut, sous le joug de l'effet pervers, avoir des incidences plus fortes encore. De ce combat singulier, la norme peut sortir complètement dénaturée.

(1) V. spéc. Ph Malaurie, *L'ordre public et le contrat*, thèse Paris 1953, préface P. Esmein.

(2) F. Ferral, *La protection des consommateurs et les objectifs économiques de l'État dans la réglementation et le contrôle des marchandises*, cah. Jurid. entr. n° 4 J.C.P. 1993 p 25.

(3) V. L'étude de Ch. Mouly citée supra note 12.

(4) F. Ferral op. et loc. cit. note 101 qui remarque que l'accroissement de telles dérives est lié à la compétition européenne et à la crise économique.

(5) B.-S. Markesinis, *La perversion des notions de responsabilité civile délictuelle ...* op. cit. note 18 p. 310 ; J. Carbonnier, *Flexible droit* op. cit. note 12 p. 137 et les divers exemples cités.

(6) X. Prétot, *Sécurité Sociale*, Sirey 1994 n° 59 et s. Adde J.-J. Dupeyroux op. cit. note 93 n° 178 ; Rapp. Y. Saint-Jours, *La reconnaissance des maladies professionnelles, une réforme en trompe l'oeil*, D. 1994 p. 58 et s. Les personnes atteintes d'une affection contractée à l'occasion du travail et ne figurant pas sur l'un des tableaux officiels peuvent désormais, à titre supplétif, apporter la preuve du caractère professionnel de la maladie hors liste. Mais remarque cet auteur, le législateur a tout d'abord multiplié les obstacles permettant d'accéder à l'indemnisation, il a ensuite et surtout rejeté la nouvelle charge financière sur les victimes d'accidents du travail. Autant d'éléments qui atténuent considérablement les bienfaits de la réforme.

2- Dénaturation de la règle

36- **La loi méconnaissable.** La détérioration engendrée par l'effet pervers peut être si importante qu'elle modifie la règle de fond en comble. Le destinataire de la règle se retrouve dans une situation beaucoup moins favorable que celle dans laquelle il se trouvait auparavant. L'effet premier de la loi n'est plus reconnaissable. L'exception devient le principe (a) ou bien le remède préconisé par le législateur se révèle pire que le mal dénoncé (b).

a) *L'exception transformée en principe*

37- **Inversion réciproque de l'ordre des facteurs.** La loi du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, plusieurs fois modifiée (1), peut ici être évoquée. Première loi sur l'expérimentation humaine, celle-ci définit les recherches autorisées et énonce des dispositions plus strictes particulièrement protectrices pour les personnes qui, par leur vulnérabilité ou leur dépendance, sont exposées davantage que d'autres à être victimes d'excès. A ce principe de protection accrue, le législateur apporte exception. Sont ainsi autorisées les recherches "sans bénéfice individuel direct" sur les catégories de personnes bénéficiant de protection accrue lorsque ces recherches ne présentent aucun risque sérieux prévisible pour leur santé ou lorsqu'elles sont susceptibles d'offrir une utilité pour les personnes présentant les mêmes caractéristiques de handicap ou bien encore lorsqu'elle ne peuvent être réalisées autrement. Or, comme il l'a été remarqué, ces expériences sont aujourd'hui banalisées et l'application des critères légaux "aboutit en l'espèce à transformer l'exception en son contraire... alors même que le consentement du sujet fait totalement défaut !" (2). L'exception supplante le principe, l'effet pervers a dénaturé la règle.

38- **Effet pervers et contradiction interne de la loi.** L'effet pervers n'est pas l'incohérence de la règle (3). La loi qui produit un effet pervers peut, après coup, devenir incohérente. La loi qui renferme ab initio une contradiction en son sein est déjà incohérente. Ces deux situations, apparemment fort proches, sont en réalité différentes. La législation sur l'interruption volontaire de grossesse permet de le vérifier, elle les a tour à tour abritées du fait de ses modifications successives.

Dans une première période qui va de la promulgation de la loi du 17 janvier 1975 à la réforme opérée par celle du 27 janvier 1993, l'effet pervers règne en maître. Au principe énoncé de la garantie du respect de la vie, le législateur apporte une exception. La femme qui se trouve dans un état de détresse caractérisé peut procéder à l'interruption volontaire de grossesse. Conformément au processus dénoncé (cf. supra n° 37), cette exception vide le principe totalement de sa substance. La femme étant seule juge de son état de détresse, l'exception est devenue la règle, le principe est relégué à une place marginale, parfois inexistante (4).

(1) La loi Huriet a été modifiée par la loi n° 90-86 du 23 janvier 1990 et tout récemment par la loi n° 94-630 du 25 juillet 1994.

(2) F. Zenati et A. Cœuret, obs. in Rev. Trim. Dr. Civ ; 1989 p. 152.

(3) Pour une dénonciation de l'absence de cohérence de l'action législative v. M. L. Rassat, Les nouvelles moeurs législatives à la lumière du nouveau code pénal français, Rev. droits, 1994 p. 85 et s. L'auteur dénonce notamment les objectifs incertains de la réforme, la timidité législative devant le changement et l'innovation, la recherche du symbole au préjudice de la réalité ... Adde Ch. Atias, Normatif et non normatif dans la législation récente de droit privé, Rev. Rech. Jurid. 1982 p. 219 et s.)

(4) D. Vigneau, L'enfant à naître, thèse dactylographiée, Toulouse 1988 p. 127 et 152.

Le droit issu de la loi du 27 janvier 1993 caractérise la seconde période. Cette loi portant diverses mesures d'ordre social (1) a introduit dans le code de la santé publique un nouvel article L 162-15-1. Aux termes de ce texte, "toute association régulièrement déclarée ... dont l'objet statutaire comporte la défense des *droits des femmes à accéder à la contraception et à l'avortement* peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions prévues par l'article L 162-15..." (ces infractions sont celles qui constituent une entrave à l'I.V.G). Cette disposition légalise, à tout le moins, la jurisprudence du Conseil d'État selon laquelle fut consacré "le droit (pour la femme majeure) d'apprécier elle-même si sa situation justifie l'interruption de la grossesse (2). Mais il y a plus ; si la loi continue de garantir le respect de tout être humain dès le commencement de la vie (3), elle consacre également le droit des femmes à accéder... à l'avortement (article L 162-15-1 du Code de la Santé Publique). Un degré supplémentaire doit être franchi dans l'analyse. L'exception n'est pas seulement devenue *en fait* le principe (sous l'impulsion d'un effet pervers lié en l'occurrence à l'absence de contrôle de la notion d'état de détresse) elle concurrence (supplante ?) *en droit* le principe (la législation sur l'I.V.G est frappée d'une contradiction interne). L'effet produit est dans le premier cas un effet de comportement, dans le second un effet normatif (cf. supra n° 14). D'un côté, le législateur a permis que ne s'installe une réaction ultérieure, de l'autre il a créé de toute pièce le défaut de cohérence. De l'effet pervers qui transforme l'exception en principe, à la contradiction interne de la loi, il y a certes tout ce qui sépare le subi du voulu mais aussi tout ce qui fait qu'entre les deux, la frontière se franchit parfois plus facilement qu'on ne le pense.

b) Le remède pire que le mal

39- **Les mésaventures de l'article 1415 du Code civil.** Il arrive que la nature de la règle soit changée. Son destinataire se retrouve dans une situation beaucoup moins favorable que celle dans laquelle il se trouvait auparavant. Le droit des régimes matrimoniaux peut d'abord être le théâtre de tels débordements. La loi du 23 décembre 1985 est venue modifier l'article 1415 du Code Civil. Désormais, "chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus par un cautionnement ou un emprunt à moins que ceux -ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint, qui, dans ce cas, n'engage que ses biens propres". Ce texte peut aboutir à créer une situation plus contraignante pour les époux que celle qui existait antérieurement. Avant 1985, un cautionnement ou un emprunt contracté par le mari engageait ses biens propres et les biens communs ordinaires. La loi nouvelle met fin à cette situation. Mais les créanciers aux prises avec un texte éminemment protecteur des époux contre un cautionnement donné à la légère, vont fréquemment leur demander de se porter cofidélus afin de "compenser" les inconvénients qu'entraîne à leur égard l'article 1415 (4). Les époux, se trouveront par contre coup dans une situation beaucoup moins favorable que

(1) Sur le caractère pernicieux que peuvent revêtir les lois portant D.D.O.S. cf. supra n° 8 note 29 in fine.

(2) C. État 31 oct. 1980 D.S. 1981 J.-P. p. 38 concl. M. Genevois ; Inf. Rap. p. 167 obs. F. Moderne et P. Bon.

(3) Le principe est affirmé à l'article 1er de la loi de 1975. Adde le nouvel article 16 du Code civil (introduit par la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain) aux termes duquel la loi "garantit le respect de l'être humain dès le commencement de la vie".

(4) Ch. Mouly, Le cautionnement donné par une personne mariée, Rep. Defren. 1988, art. 34162 spéc. n° 4. L'auteur estime, de surcroît, que les couples illégitimes seraient davantage à l'abri du cautionnement que les familles légitimes, alors pourtant que la justification d'une protection fait défaut, les praticiens ne prenant pas la peine d'exiger l'engagement des concubins aux prétextes par exemple de la précarité de leur situation ou d'une plus grande indépendance de leurs relations mutuelles.

précédemment. L'article 1415 est dénaturé, le cantonnement du droit de poursuite voulu par le législateur mis en échec. C'est l'intégralité des biens propres et communs qui constitue le gage des créanciers (alors qu'auparavant seuls les biens propres de l'époux signataire et les biens communs répondaient de ses engagements).

40- Traitement social du chômage : l'impossible adéquation ?

Les remèdes envisagés au titre des mesures périodiques et renouvelées à l'égard des chômeurs de longue durée pourraient s'avérer pire que le mal qu'elles veulent enrayer. La création de contrats de retour à l'emploi, de contrats emploi-solidarité permet certes de sortir momentanément du chômage un certain nombre de travailleurs. En réalité, il se crée une rotation du "stock" des chômeurs de longue durée ; la population concernée se trouve ainsi déstabilisée par les contraintes temporaires de l'emploi et retourne à l'état antérieur dans les pires conditions (1). Le déploiement des salariés sur le marché du travail se trouve totalement perturbé. Au delà de cet exemple est posé tout le débat sur la flexibilité du droit du travail. Faut-il des lois plus "flexibles" ? (moins protectrices des salariés) ou des lois peu "flexibles" ? (mais qui risquent d'augmenter le chômage). L'un et l'autre système étant susceptibles de produire des effets pervers, la réponse donnée ne peut être qu'un choix de conjoncture fondée sur la recherche d'un équilibre minimum (2) ; un équilibre pour le moins nécessaire si l'on songe aux effets dévastateurs de la détérioration de la règle qui, à grande échelle, provoquent une dénaturation des concepts (3), un dévoiement des catégories légales (4) ainsi qu'une dégénérescence des modèles (5). En pareil cas, le mal est si grand qu'il envahit la règle de toutes parts. Atteinte à l'autorité et à la finalité de la loi se rejoignent (6) ; la norme n'est plus apte à être reçue par le corps social qui la rejette.

(1) F. Zenati et A. Cœuret, obs. in Rev. Trim. Dr. Civ. 1989 p. 388. Un raisonnement analogue pourrait être tenu à propos des mesures d'insertion en alternance des lors qu'elles ne s'accompagnent pas d'exigences suffisantes permettant de dispenser une véritable formation et qu'elles entraînent, finalement, un recours à une main-d'oeuvre bon marché sans espoir d'intégration durable dans l'entreprise d'accueil.

(2) Mais combien difficile à trouver ! Il s'agit de concilier le droit *du* travail et le droit *au* travail.

(3) Citons à titre d'exemple, la donation-partage qui a cessé d'être un partage d'ascendants, pour permettre l'attribution par cette voie, d'entreprises à d'autres personnes que les ascendants (G. Morin, L'ouverture de la donation-partage à des personnes n'ayant pas qualité d'enfants ou de descendants du disposant Rep. Defren. 1988, 1ère partie p. 145). Rapp. M. Gobert, La jurisprudence : une institution triomphante mais menacée, Rev. Trim. Dr. Civ. 1992 p. 350 qui évoque le problème du nombre qui transforme les professions et recèle un danger mortel (si l'on n'y veille pas de manière constante) de décourager ou de porter à la dénaturation. L'auteur évoque également le risque de dénaturation de la mission de la Cour de Cassation (la quantité peut conduire à la dénaturation du processus d'élaboration du droit jurisprudentiel).

(4) A. Lapoyade Deschamps, Les renonciations en droit de la famille, D. 1993 p. 259 et s. part. p. 262. La possibilité d'acquiescer au jugement de divorce et même de divorcer pour faute a une conséquence perverse : le divorce d'accord, déguisé sous un divorce pour faute, continue de prospérer. Il y a là un risque de dévoiement des catégories légales. Ibidem J. Rubellin-Devichi, obs. in Rev. Trim. Dr. Civ. 1989 p. 42. Autre exemple de dévoiement des catégories juridiques : l'Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée (ou sa soeur jumelle l'E.A.R.L.) "forme dévoyée d'organisation juridique de l'entreprise" (F. Zenati et A. Cœuret, obs. in Rev. Trim. Dr. Civ. 1989 p. 159). Ajoute dans un autre domaine, F.H. Briard et J. Bichot, La revalorisation des allocations familiales ou l'histoire d'une garantie dévoyée, D. 1993 p. 114 et s.

(5) D. Martin, De la répétition de l'indu, D. 1993 chron. p. 167 "c'est à la dégénérescence provoquée de ses modèles qu'on doit l'imprévisibilité grandissante du régime des obligations".

(6) V. par ex. J. Huet, Détournement (bancaire) de mineurs, (rappel des règles de capacité dans les contrats) D. 1987 p. 215 et s. qui évoque la dénaturation des règles de capacité vis à vis des mineurs et des contrats qui leur sont proposés. Il existe une dérive de la représentation vers un mécanisme d'autorisation.

C- ATTEINTE À LA RÉCEPTIVITÉ DE LA LOI

41- **Réactions possibles.** Un système juridique n'est compréhensible que s'il prend en considération le comportement des destinataires de la règle (1). "*Le droit est la résultante de différentes forces sociales dont il traduit le point d'équilibre souvent précaire*" (2). Appréhendé sous l'angle des phénomènes sociaux, l'effet pervers s'ancre dans le refus du corps social. Il s'analyse d'abord comme une réaction offensive à la loi qui insuffle aux sujets de droit des comportements déviants (1). Mais il peut être aussi une réaction défensive en suscitant chez les individus des réflexes d'autodéfense (2).

1- Réactions offensives des sujets de droit

42- **Variété des comportements.** Les manifestations du rejet par les destinataires de la règle sont multiples et diverses. Un double fil conducteur les relie néanmoins. Ce sont les comportements asociaux (a) ou immoraux (b) que la loi peut insuffler aux individus.

a) Des comportements asociaux

43- **L'équilibre perturbé.** La loi peut avoir une action déstabilisatrice sur les individus. L'effet pervers engendré joue comme un facteur de déresponsabilisation. Déresponsabilisation du débiteur dans le redressement judiciaire civil par exemple avec la possibilité de reporter le paiement des dettes autres que fiscales, parafiscales ou envers les organismes de sécurité sociale (3). Déresponsabilisation aussi du consommateur victime d'une information systématique (4), déresponsabilisation encore des auteurs d'actes délictueux lorsque sont mis en place des systèmes d'indemnisation automatique des victimes, systèmes que le droit contemporain affectionne et multiplie volontiers. Ainsi la loi du 5 juillet 1985, tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation, celles du 9 septembre 1986 et du 30 juillet 1987 qui réglementent l'indemnisation des victimes d'actes terroristes ou bien encore celle du 31 décembre 1991 portant D.D.O.S et organisant en son article 47 l'indemnisation des victimes d'une contamination par le virus du SIDA en suite d'une transfusion sanguine, ne déresponsabilisent-elles pas les auteurs d'actes délictueux en organisant une prise en charge automatique et quasi générale par la collectivité des conséquences financières du délit ? L'incidence de ce phénomène n'est pas neutre. Elle peut, à terme, être source d'amoindrissement pour les individus.

L'effet pervers peut jouer également comme facteur de désocialisation. En matière de lutte contre l'exclusion et le chômage, la doctrine a montré que l'instabi-

(1) G. Cornu, *Le visible et l'invisible*, Rev. droits 1989, p. 28 "le comportement du sujet de droit est aussi dans le droit. Pas toujours évidemment dans le droit chemin. La réponse peut être déviante". Et plus loin "le droit se définit, en toute société, par les trois états par lesquels il passe : droit norme, droit-acte, droit-sentence ; d'abord verbe de la loi ou parole donnée, puis fait de l'homme, office du juge le cas échéant"

(2) Ph. Jestaz, *le droit op. cit.* note 21 p. 105. Sur la réceptivité de la loi v. aussi B. Oppetit, *L'hypothèse du déclin du droit*, Rev. Droits 1986 p. 9 et s ; spéc. p. 18 et les réf. citées par l'auteur. Adde G. Ripert, *Les forces créatrices du droit op. cit.* note 52, chap. VII, la réception des lois p. 166 et s.

(3) G. Biardeaud, *Incidences financières du redressement judiciaire civil*, J.C.P. 1991, I, 3500 n° 41 ; G. Paisant, *Le redressement judiciaire civil à l'essai* (question sur l'application de la loi du 31 déc. 1989, relative au surendettement, J.C.P. 1991, I, 3510 n° 2 ; A. Cœuret, obs. in Rev. Trim. Dr. Civ. 1990, p. 321.

(4) Le jugement de deux auteurs sur la Loi Neiertz (Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations*, Cujas, 6e éd. n° 325) peut ici être évoqué : trop d'information et de protection tendent à faire du consommateur un incapable majeur.

lité de la règle lui enlève sa vertu intégratrice et contribue à marginaliser davantage les exclus du système (1).

b) Des comportements immoraux

44- **La morale mise à mal.** L'effet pervers peut inciter les individus à adopter des comportements immoraux. Ainsi la loi Neiertz, certes nécessaire, ne risque-t-elle pas comme le craignent certains "d'inciter les gens à la malhonnêteté et à la prodigalité" ? (2). En matière d'assurance, la technicité des bonus et malus peut encourager l'assuré à tricher. Celui-ci pour ne pas perdre le bénéfice d'un bonus parfois important fera volontiers une fausse déclaration avec parfois l'entière complicité de l'agent d'assurance local. Certaines lois fiscales peuvent faciliter la délation et la malhonnêteté (3). Les mesures d'assistance et d'insertion que le droit de la protection sociale met au service des plus démunis sont susceptibles elles aussi d'engendrer des comportements déviants. Elles peuvent être un encouragement indirect au vice et à la fainéantise.(4). L'obligation alimentaire, prolongement de cette obligation en droit civil, comporte les mêmes risques. Ainsi l'obligation faite aux parents d'entretenir leur enfant même majeur peut favoriser la paresse de ce dernier (5). Ces exemples pourraient être multipliés

2- Réactions défensives des sujets de droit

45- **Présentation du problème.** L'effet pervers peut aussi provenir d'une réaction du corps social ou d'une partie de celui-ci en face d'une loi trop contraignante. Ce réflexe pourrait s'analyser en un refus de résignation en face d'une loi partielle, voire une autodéfense contre une loi trop dure (6). L'individu recherche instinctivement la norme qui lui est la plus favorable. Réduit à l'impossibilité de trouver cette norme, il peut se réfugier dans l'inaction, plus fréquemment dans la désobéissance à la loi. Pareille désobéissance peut devenir de la violence déclarée lorsque l'ordre juridique est ouvertement méconnu mais elle peut aussi se développer de façon plus insidieuse ; l'individu se protégeant en se constituant des mécanismes de défense. L'effet pervers se trouve dans une telle réaction qui peut être pure et simple (a) ou s'insérer dans un processus plus complexe (b).

(1) A. Supiot, Les inégalités entre sans emploi, Actes du colloque de Nantes sur : Les sans emploi et la loi, juin 1987 éd. Calligrammes p. 194 "... la vertu intégratrice des règles de droit est suspendue pour une bonne part à leur pérennité et à leur lisibilité". Adde A. Cœuret obs. in Rev. Trim. Dr. Civ. 1990 p. 158.

(2) Ph. Malaurie et L. Aynès, Les contrats spéciaux, Cujas 7e éd., n° 28.

(3) v. par ex. l'article 1840 du C. Gén. des Impôts qui pour lutter contre les fraudes fiscales déclare "nulle et de nul effet toute convention ayant pour but de dissimuler partie du prix d'une vente d'immeubles". La jurisprudence ayant choisi de sanctionner le vendeur en décidant que seule est annulable la convention secrète (ch. mixte 12 juin 1981, D. 1981 p. 413, concl. J. Cabannes ; civ. 3e, 25 juin 1985 D.1986 p. 212 note critique E. Agostini), l'acheteur est encouragé à la dénoncer et à conserver l'immeuble en le payant moins cher. Sur cette question v. Ch. Lapoyade Deschamps, Droit des obligations, cours polycopié 1991 - 1992, T. II, p. 87.

(4) A. Cœuret, obs. in Rev. Trim. Dr. Civ. 1989 p. 171. Adde E. Alfandari, Le droit au sein des rapports entre "l'économique et le social, in, Les orientations sociales du droit contemporain op. cit. note 69 p. 33 qui relève les effets pervers des mesures tel le R.M.I.

(5) Argument opposé par Boulay à l'existence d'une obligation alimentaire entre parents et enfants ; rapporté par J.-M. Poughon, in, Le code civil, P.U.F. coll. que sais-je 1992 p. 27.

(6) H. Roland et L. Boyer, Adages du droit français op. cit. note 29 n° 99.

a) Réactions simples

46- **Rejets spontanés.** Les réactions spontanées des utilisateurs de la loi sont légion. Quelques exemples pris ça et là nous permettront de nous en convaincre. Au lendemain de la loi sur le surendettement des ménages les prêteurs professionnels se sont montrés plus exigeants dans l'octroi des crédits. Même attitude chez les propriétaires qui hésitent à conclure un bail à usage d'habitation de crainte de ne pouvoir expulser un locataire qui n'honorerait pas ses loyers ou chez les employeurs restreignant l'embauche de salariés liés par un contrat de travail de droit commun pour éviter de supporter le poids de licenciements jugés par eux trop contraignants. La liste pourrait être longue ... (1).

b) Réactions complexes

47- **Rejets par ricochet : effets d'ensemble et effets en chaîne.** Le rejet du corps social (en tout ou partie) peut ne pas se faire de façon isolée. La réaction de défense cohabite avec d'autres en s'intégrant dans un ensemble plus complexe. Ce phénomène s'observe par exemple en droit fiscal lorsque les contribuables, s'évadant du système français jugé trop écrasant vont opérer des montages juridiques à l'étranger. Les lois économiques montrent qu'à partir d'un certain seuil d'imposition fiscale, le contribuable fraude davantage (et l'État récupère moins). Fuite fiscale, accompagnée peu ou prou de fraude (par le développement de pratiques de sous évaluation et/ou de dissimulation (2), la réaction d'autodéfense de l'individu devient stratagème.

Il est d'autres hypothèses, plus fréquentes où la réaction des sujets de droit est échelonnée. Les effets pervers se développent en série. Chaque maillon de la chaîne est à l'origine d'un nouveau comportement de rejet. Le crédit appliqué aux entreprises, moteur de la vie économique, en constitue un bon exemple.

Considérons tout d'abord le crédit inter-entreprises : il aggrave la fragilité des entreprises qui souffrent d'une insuffisance de fonds propres et multiplie les risques de difficultés par "un effet de dominos" dans la chaîne clients - vendeurs. Plus de 20 % des cessations de paiement sont dues à la défaillance d'un client (3). Certes, la loi du 31 décembre 1992 relative aux délais de paiement entre les entreprises modifiant l'ordonnance du 1er décembre 1986 a tenté de remédier à de tels inconvénients en préférant la négociation contractuelle à une détermination autoritaire des délais de paiement. Mais le système libéral instauré par la loi peut entraîner l'apparition d'un effet pervers. L'article 33 dans sa nouvelle rédaction incitera la partie la plus saine à allonger les délais de paiement afin de ne pas s'exposer aux pénalités instaurées par la loi en cas de règlements dépassant la date de paiement contractuel. Les précautions prises par le législateur risquent donc de rester lettre morte en face de la dépendance économique que subissent certaines entreprises placées de ce fait en position de faiblesse (4).

(1) Une illustration récente de ces phénomènes de rejet peut être empruntée au droit de la propriété littéraire et artistique. Ici plus qu'ailleurs, "les (nouvelles) techniques permettent la création d'oeuvres inconnues en 1957, leur meilleure diffusion et reproduction ; mais parallèlement, ces techniques encouragent le piratage. (Pareils agissements) vont susciter des réflexes de défense, comme par exemple celui des éditeurs Américains qui veulent empêcher la marque Sony de commercialiser les cassettes audio numériques". (B. Château, L'évolution contemporaine de la propriété littéraire et artistique, Rev. Jurid. du Centre Ouest, 1991 p. 34).

(2) J. Schmidt, Les principes fondamentaux du droit fiscal, connaissance du droit, Dalloz 1992 p. 31 et 102.

(3) Journal le Monde du 12 nov. 1993 p. 14.

(4) A. Cœuret, obs. in Rev. Trim. Dr. Civ. 1993 p. 423 et 424.

Une aggravation similaire s'observe en cas de crédit octroyé aux entreprises par un établissement financier. En cas de défaillance de l'entreprise, et, en l'absence de garanties jugées par eux suffisantes (1), les établissements financiers limitent en fait la distribution du crédit. Suit une multiplication de dépôts de bilans (petites et moyennes entreprises étant les plus touchées) accompagnée de défaillances en chaîne selon le processus de dominos précédemment dénoncé. Il en résulte un blocage du crédit (2), l'effet pervers a sévi (3).

48- L'enjeu du débat. Quelle que soit la forme de la réaction défensive de rejet, qu'elle présente un caractère spontané ou qu'elle s'inscrive dans un mécanisme perturbateur à double détente, elle est source d'injustice. Ce sont les individus respectueux de la règle qui se trouvent au bout du compte pénalisés. Les emprunteurs qui auraient remboursé normalement leur prêt n'obtiendront pas le crédit nécessaire du fait de la méfiance des établissements de crédit. Les contribuables respectueux des règles fiscales feront les frais du supplément de charges engendrées par la fraude fiscale que l'État reportera inévitablement sur eux. Les locataires qui auraient payé normalement leur loyer ne trouveront pas à se loger compte tenu de l'attitude des propriétaires.

Le résultat est plus grave encore lorsque la réaction de rejet est offensive. Elle détruit la valeur morale attachée au nom de la loi (4). Le milieu social a évolué en se détachant du "donné". Le "construit" (5) offre un ensemble composite désordonné qui traduit le désengagement moral du législateur ou de son inspirateur dans l'ordre juridique, économique et social (6). Les signes à travers lesquels se manifeste l'effet pervers sont graves. Ils déséquilibrent la loi, la déforment, l'amenuisent. Il devient nécessaire de combattre le mal avant que ne se révèle le syndrome d'épuisement du système juridique.

II - LUTTE CONTRE L'EFFET PERVERS (LA THÉRAPIE DU MAL)

49- Tableau clinique. Dans la réalité quotidienne, les effets indésirables se mêlent aux effets bénéfiques. Il n'apparaissent pas toujours, de surcroît à visage découvert. Telle une affection qui se développe insidieusement, lorsque un effet pervers se manifeste au grand jour, le plus souvent, le mal est fait. Sa mise en évidence à partir des symptômes recensés, s'avère donc semée d'embûches.

(1) Améliorer le sort des créanciers (particulièrement de ceux qui sont titulaires de sûretés) est l'une des motivations essentielles de la loi du 10 juin 1994. Mais la réforme répondra-t-elle à leurs aspirations ? v. les réactions des établissements de crédit, lors des travaux préparatoires qui, déjà, estimaient avoir été "floués" (Journal le Monde du 15 janvier 1994 p. 21). Comp. Ch. Mouly, Procédures collectives : assainir le régime des sûretés, Mélanges Roblot 1984 p. 529 et s. ainsi que les solutions préconisées par l'auteur.

(2) Des études montrent qu'en 1993, le volume des crédits en francs distribués aux résidents a baissé de 1%. Le recul est encore plus flagrant pour le financement aux entreprises où il atteint 3,9 %. La crainte des défaillances des P.M.E. et les contraintes du ratio international des fonds propres Cocker, ont conduit à une véritable paralysie des établissements bancaires. (in Journal le Monde du 15 janv. 1994 p. 21).

(3) Les mesures de protection instaurées pour lutter contre le chômage des salariés illustrent elles aussi ce phénomène d'effets en chaîne. Les pratiques néfastes qu'avaient suscité les conditions de recours aux contrats de retour à l'emploi ont déclenché de nouvelles interventions législatives, susceptibles à leur tour de déclencher des effets pervers (A. Arseguet et Ph. Isoux, la protection des salariés âgés ... op. cit. note 8 p. 942 et s.).

(4) J. Carbonnier, Morale et droit, Rev. Jurid. du centre ouest 1993 p. 5, Essais sur les lois op. cit. note 29 p. 107 ; J.-M. Poughon, Le code civil op. cit. note 128 p. 124. Adde G. Timsit, les noms de la loi, P.U.F. 1991.

(5) v. la célèbre distinction opérée par Gény in Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, L.G.D.J. 1899 T. 1 n° 183 ; Science et technique en droit privé positif 1924, T. 1, n° 33 et 34.

(6) B. Oppetit, L'hypothèse du déclin du droit op. cit. note 121 p. 17.

L'entreprise doit être néanmoins tentée. Elle seule permettra d'établir un diagnostic (A) et d'envisager un traitement (B).

A) DIAGNOSTIC DE L'EFFET PERVERS

50- **La réalité mise à nu.** Le signe n'est pas une réalité directement saisissable. Il est l'annonce d'un phénomène encore caché. Mais il emporte avec lui les éléments permettant de découvrir cette réalité : ici de démasquer (1) puis d'identifier l'effet pervers (2).

1) Démasquer l'effet pervers

51- **Facteurs de mise en évidence de l'effet pervers.** Le temps (a), maître de toutes les évolutions et la loi (b) siège du mal recherché en constituent les deux éléments.

a) *Le message du temps*

52- **Le temps grand maître du droit (1) ... et de l'effet pervers.** Le temps permet de mesurer l'usure des lois. Les effets pervers qu'elles sont susceptibles de produire en seront d'autant mieux appréhendés. Une loi, au jour de sa promulgation répond à l'attente et aux vœux des citoyens. Mais elle se démode, devient inadaptée, et produit par contre coup des effets pervers. L'apparition de ces effets peut être un avertissement adressé au législateur pour lui signifier que la loi doit changer. Le temps joue ici le rôle d'un catalyseur. Il est le révélateur nécessaire.

L'histoire a montré combien était devenue inappropriée la supériorité de l'enfant légitime établie par le Code Civil au détriment de l'enfant naturel. Cette inadaptation du droit aux moeurs a d'ailleurs fondé et continue de motiver les réformes du droit de la famille en cette deuxième moitié du XXème siècle (2). Songeons aussi aux lois sur le nominalisme monétaire qui furent en leur temps de bonnes lois parce que conçues par et pour le code civil, lois qui peuvent être dépassées en période d'inflation et d'instabilité monétaire.

Dans un tout autre domaine, envisageons la législation sur les accidents du travail. Conçue comme progressiste et presque révolutionnaire en 1898, celle-ci a progressivement perdu de ses bienfaits au regard de l'influence grandissante des régimes de responsabilités à base de garantie, au point que les victimes d'accidents du travail ou leurs ayants droits sont aujourd'hui pénalisés par rapport aux victimes des accidents de droit commun (3). Certes, la loi du 27 janvier 1993 est venue remédier

(1) P. Hébraud, Observations sur la notion de temps en droit civil, Et. Kayser, P.U.A.M 1979, T. II, p. 1 et s. ; J.-L. Bergel, Théorie générale du droit, op. cit. note 53, le droit et le temps n° 94 et s.

(2) L'exemple de l'article 760 C. Civ. retiendra notre attention. Aux termes de ce texte, les enfants adultérins viennent à la succession en concours avec les enfants légitimes et naturels simples mais ne reçoivent que la moitié de la part à laquelle ils auraient eu droit si tous les enfants du défunt, y compris eux-mêmes eussent été légitimes. De telles dispositions sont inadaptées. Dans certaines situations, la part dévolue à l'enfant protégé (l'enfant légitime) se révèle non seulement supérieure à celle des enfants d'un autre lit mais encore à celle qu'il aurait reçu en l'absence d'enfant adultérin. Or, si l'adultère ne doit pas nuire aux enfants du mariage, il est absurde qu'il leur profite. (B. Vareille, Étude critique de l'article 760 du code civil, Rev. Trim. Dr. Civ. 1991 p. 475 et s. v. spéc. n° 23). L'effet pervers produit par ce texte est le signe que la loi doit changer. Tel est l'objectif des projets de loi du 5 janvier 1989 et du 30 décembre 1991 (v. l'interview de P. Catala, in Droit et patrimoine, fév. 1993 p. 43 et s. spéc. p. 46) qui modifient précisément le contenu de ce texte en proclamant l'égalité entre tous les enfants. Sur l'élimination de l'effet pervers cf. infra n° 71.

(3) Y. Saint-Jours, De la dérive de la jurisprudence en matière de protection des victimes d'accidents du travail à la nécessité d'une intervention législative, J.C.P. 1985, I, 3200 v. spéc. n° 23 et s. v. aussi Droit Social, n° spécial, sept. oct. 1990 : Améliorer la législation sur les accidents du travail ; Y. Saint-Jours, note sous Ass. Plén. 5 nov. 1992, J.C.P. 1993, 11, 21980 ; concl. R. Kessous, Dr. Social 1992 p. 1019 et s.

partiellement à cette situation (1), mais une réforme ponctuelle est insuffisante. C'est l'ensemble de la matière qui doit être modifié (2).

53- Ce que l'on fait sans le temps, le temps se venge (3). Lorsqu'une loi est devenue inadaptée, elle sera le plus souvent modifiée. Mais le législateur prisonnier d'une volonté sans cesse renouvelée de changer risque de se trouver à nouveau aux prises avec l'effet pervers. Les lois élaborées trop circonspectement vieillissent vite et mal (4). La règle ne peut plus être circonscrite correctement. La loi qui ne respecte pas la loi du temps risque fort d'être perturbée. Les lois qui contiennent le plus d'effets pervers appartiennent ainsi aux secteurs du droit, en état de réforme permanente (droit des procédures collectives, droit de la famille, droit social, droit consommériste, droit des baux ... pour ne retenir que les exemples les plus marquants) (5).

Le domaine de la bioéthique peut aussi être évoqué. Certains auteurs estiment qu'il vaudrait mieux ne pas légiférer en cette matière (6). Peut-être songent-ils aux risques qui guettent un législateur trop pressé et pas assez prévoyant en face de découvertes scientifiques dont il est encore difficile de mesurer les retombées. Ainsi trop de temps nuit aux lois mais trop peu ne leur convient pas non plus. "Il y a une mesure en toute chose, affirmait Pindare, savoir la saisir à propos est la première des sciences". Tel est le message que lance le temps. La doctrine le déchiffre (7), au législateur de l'intercepter.

b) L'enseignement de la science législative (8)

54- Lois et effets pervers. Il est des lois qui produisent de nombreux effets pervers et d'autres beaucoup moins. Est-il possible de retrouver un certain nombre de constantes législatives susceptibles de favoriser l'apparition d'effets pervers, voire de faciliter leur multiplication ? La recherche vaut la peine d'être tentée, tout en sachant qu'il existe inéluctablement des variables rendant la tâche d'autant plus difficile (9).

Il est possible d'établir un parallèle entre les signes à travers lesquels se manifeste l'effet pervers et les lois qui les abritent. Aux trois symptômes recensés : atteinte à la finalité, à l'autorité et à la réceptivité de la loi correspondent trois types de législations : celles qui formulent des objectifs, celles qui ont des visées redistributives ou bien encore celles dans lesquelles l'art législatif est en déclin.

(1) J.-M. Betemps, L'amélioration de la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles, Dr. Social 1993 p. 129 et s.

(2) J.-J. Dupeyroux, Droit de la Sécurité Sociale, op. cit. note 93 n° 393.

(3) J. Giono, Les trois arbres de Palzem.

(4) Fr. Terré, Droit de la faillite ou faillite du droit ? op. cit. note 15 p. 27 ; M. Vasseur, Le crédit menacé : brèves réflexions sur la nouvelle législation relative aux entreprises en difficulté, J.C.P. 1985, I, 3201 spéc. n° 12.

(5) B. Oppetit, L'hypothèse du déclin du droit, op. cit. note 121 p. 13.

(6) Ph. Malaurie, L'homme, être juridique, op. cit. note 13, p. 97 ; J. Rubellin-Devichi chron. de droit de la famille, J.C.P. 1994, I, 3771 n° 1 ; J.F. Abeille, Bioéthique - Faut-il légiférer ?, Rev. rech. jur. 1994-1, p. 17 et s.

(7) Sur le rôle de la doctrine dans la dénonciation de l'effet pervers cf. infra n° 82.

(8) Certains auteurs parlent de légistique (J.-L. Bergel, Informatique et légistique D 1987 p. 171) d'autres de technique législative (L. Mader, L'évaluation législative ... op. cit. note 22 p. 16 et s.).

(9) Sur le rôle que joue le hasard en droit, v. Ph. Jestaz, Le droit, op. cit. note 21 p. 105 et s. Rapp. A. Colomer, Note sans rigueur aucune sur un sérieux thème : le droit, le hasard et la nécessité, Mél. Breton - Derrida, 1991 p. 67 et s. Adde A. Viandier, La crise de la technique législative, Rev. Droits 1986, p. 78 ; A. Nitsch, L'inflation juridique et ses conséquences, Arch. phil. dt, T. XXVII, 1982, p. 161 et s. sur la montée de l'aléatoire et son influence sur la science juridique, v. Fr. Terré, "La crise de la loi", op. cit. note 12 p. 23 et B. Oppetit, L'hypothèse du déclin du droit, op. cit. note 121 p. 18. Sur le hasard auquel est dû le vote de maintes lois importantes, v. B. Lavergne, Le gouvernement des démocraties modernes T. 1 p. 66 et s.

55- Effet pervers et lois à formulation d'objectifs. Le droit contemporain secrété par l'État Providence élabore des lois radicalement différentes de celles issues des Lumières et de la Révolution Française. Beaucoup de lois contemporaines sont finalisées ; il s'agit pour le législateur de mettre en place un ensemble d'instruments juridiques considérés comme aptes à provoquer des changements dans les systèmes sociaux dans lesquels il se propose d'intervenir (1). Ce sont les législations à formulation d'objectifs (2) qui témoignent du passage d'une monocratie à une téléocratie (3). Mais ces "*lois qui annoncent des dispositions qu'elles n'énoncent pas*" (4) risquent d'engendrer de nombreux effets pervers (5). Comme il a été remarqué, ce type de loi opère une unification purement apparente des finalités et des intérêts. A l'instar des acteurs grecs, le législateur entre en scène masqué. Ce qui explique qu'au stade de la mise en oeuvre, réapparaissent une multitude de finalités sectorielles souvent divergentes. Ces législations utilisent de surcroît des notions indéterminées, laissant un large pouvoir d'appréciation aux autorités d'application. Elles ne sont en fin de compte que le point de départ d'un processus de concrétisation des objectifs. En face d'un droit en perpétuelle évolution les finalités déclarées revêtent donc une mobilité temporelle... au bout de la chaîne hiérarchisée ... La surprise peut être grande (6). Or les termes porteurs d'une charge indéterminée peuvent révéler les plus mauvaises surprises. Ils constituent en toute hypothèse un puissant facteur de détournement de la règle (7).

56- Effet pervers et lois à visées redistributives (8) Les lois redistributives engendrent elles aussi de multiples effets pervers. Par définition, la redistribution se fait sans le consentement des intéressés (prendre à l'un pour donner à l'autre). Il s'ensuit une compétition serrée entre les groupes de pression les plus divers, soucieux de s'attirer les bénéfices d'une telle redistribution. La règle en sort profondément altérée quand elle n'est pas totalement dénaturée. Or le droit contemporain épris d'égalitarisme et de pluralisme élabore nombre de lois redistributives. On songe, bien sur, à la redistribution des richesses (lois fiscales, lois de protection

(1) N. Luhmann, *Rechtssoziologie*, 1983 p. 88, 232 et 234.

(2) Ces lois ont connu une extension sur la Vème république : lois d'orientation, lois-cadres, lois-programmes, lois-plans. Ces législations qui sont des procédés de gouvernement, se caractérisent par un aspect prévisionnel marqué et, par le fait qu'elles contiennent tout à la fois des règles de droit positif directement applicables et de simples principes d'orientation. Leur marque semble bien être de contenir des dispositions qui ne se suffisent pas à elles-mêmes. (Fr. Terré, *Introduction générale au droit*. Dalloz 1991 n° 194). Adde, *Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs*, op. cit. note 66 p. 765 à 1037. Sur la notion de loi d'orientation sous la V^o république V. l'étude de A.-H. Mesnard, in, *Rev. Dr. public* 1982 p. 1139 et s.

(3) Ch. A. Morand, *Les objectifs la législation, approches diversifiées et complémentaires* op. cit. note 62 p. 861 qui évoque la théorie des systèmes de Bertrand de Jouvenel.

(4) Ph. Malaurie, *Introduction générale au droit*, Cujas 1ère éd. n° 519. Adde Ch. Atias, *Normatif et non normatif ...* op. cit. note 108 p. 223.

(5) Dans les législations finalisées destinées à résoudre un problème, les effets deviennent logiquement un aspect central. Parmi les différentes sortes d'effets, il y a place pour d'éventuels effets pervers. V. Ch. A. Morand, *Les objectifs de la législation ...* op. cit. note 62 p. 864 et du même auteur, *Le droit de l'État providence*, *Rev. de droit Suisse*, 1988 p. 107 et 527 et s. Adde H. Willke, *Observations, diagnosis, Guidance. A Systems Theoretical Views on Intervention, Social Intervention : Potential and Constraints*. Berlin, New-York, 1987 p. 21 et s. ; J. Forrester, *Understanding the Counterintuitive behavior of social systems, Systems behavior*, 1972 édité par J. Beishorn et G. Peters, London, New York p. 200 et s. ; R. Crozier et E. Friedberg, *L'acteur et le système*, Paris 1977.

(6) Ch. A. Morand, op. cit. note précédente p. 855, 858 et les références citées par l'auteur.

(7) Cf. infra n° 59.

(8) Ce terme est volontiers employé par les auteurs partisans d'une analyse économique du droit. Sur les effets pervers que produit souvent ce type de législation v. B. Lemennicier, *Économie du droit*, op. cit. note 5 p. 30 et s. spéc. p. 35. Adde J. Carbonnier, *Flexible droit* op. cit. note 12, p. 171 et 265 qui constate que la législation sur les loyers depuis 1914 a transféré les richesses en fait de la catégorie des propriétaires fonciers à celle des locataires.

sociale) mais aussi à la redistribution du bien être avec le droit consumériste. Le droit patrimonial n'est pas le seul en jeu. Les lois contemporaines opèrent également une redistribution du rôle des individus et des institutions dans la société. La réglementation du planning familial, les lois facilitant l'insertion ou la réinsertion professionnelle des femmes ont considérablement modifié le rôle de celles-ci dans la cellule familiale. Les lois sur la famille (divorce, filiation) transforment sa structure et opèrent en son sein une nouvelle répartition des fonctions d'époux et de parents. Les partisans d'une analyse économique du droit se plaisent à montrer les effets pervers des lois dites redistributives précisément parce que celles-ci deviennent par leur objet le théâtre d'influences contradictoires. L'emportera, le groupe de pression le plus puissant qui sera à même de détourner la contrainte publique à son profit (1). L'analyse fascine mais effraye par la gravité de ses répercussions. C'est le système politique à sa racine qui est mis en cause. L'effet pervers de la loi rejoint l'effet pervers du droit.

57- Effet pervers et art législatif. Les lois mal préparées et mal rédigées facilitent enfin l'apparition d'effets pervers (2). Mal reçue, voire rejetée par le corps social, la loi n'a plus la réceptivité qui la fait vivre. Il est possible d'établir un rapport inversement proportionnel entre l'art législatif et l'effet pervers. Lorsque l'art législatif décline, l'effet pervers croît. Les lois à haute dose d'effets pervers sont celles où s'observe une dégradation de l'oeuvre comme du discours législatif.

58- Dégradation de l'oeuvre législative. Les législations contemporaines procèdent souvent au coup par coup. Elles ne forment pas un tout cohérent. Cette fragmentation peut favoriser l'éclosion d'effets pervers (3). La prolifération des lois portant diverses dispositions d'ordre social contenant des "myriades de dispositions" (4) illustre cette hétérogénéité. Sont encore visées les lois dotées d'une très faible normativité (5) ou bien encore celles dans lesquelles le législateur a voulu satisfaire des exigences contraires, (6), concilier l'inconciliable (7). Enfin, la règle

(1) B. Lemennicier op. et loc. cit. note précédente. Adde Fr. Terré, Esquisse d'une sociologie juridique de la commercialité, Mél. Roblot, 1984 p. 22, évoquant la force de pression considérable que constitue le ministère de l'Économie et des Finances avec ses bureaucrates et ses habitudes à l'égard de la neutralité fiscale encore jamais réalisée, laquelle pourrait cependant remédier aux effets pervers liés à la constitution artificielle de sociétés commerciales (sociétés anonymes particulièrement) désireuses d'obtenir des avantages fiscaux ou sociaux. Rapp. G. Notté, Les sociétés en sommeil, J.C.P. 1981, I, 3022.

(2) Deux lois peuvent illustrer ces propos : la loi Neiertz (G. Raymond, Bienvenue au code de la consommation, Cont. Conc. Conso, 1993 n° 8 et 9 ; G. Paisant, La loi du 31 déc. 1989 relative au surendettement des ménages, J.C.P. 1990, I, 3457 n° 142) et la loi de 1985 sur les procédures collectives (Fr. Terré, Droit de la faillite ou faillite du droit op. cit. note 15 p. 20). Adde pour un exemple de malfaçon législative, J. Frayssinet, L'utilité et les fonctions d'une formulation d'objectifs : l'exemple de la loi du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, Rev. Rech. Jurid. 1989 p. 903 et s. spéc. p. 909 et s.

(3) Comp. a contrario le code civil qui a entrepris une codification d'ensemble et qui ne produit que peu d'effets pervers. Rapp. B. Oppetit, L'expérience française de codification en matière commerciale, D. 1990 chron. p. 1 et s., qui note p. 3 ... "La décodification génère, alimente ou accentue nombre d'effets pervers, directement contraires aux besoins du juriste et de l'utilisateur du droit" .. V. aussi les exemples donnés par l'auteur.

(4) A. Cœuret, obs. in Rev. Trim. Dr. Civ. 1991 p. 466.

(5) Ch. Atias, Normatif et non normatif ... op. cit. note 108 p. 221. Sont visées particulièrement les lois qui accordent un droit ou une faculté, créent une obligation mais sans que le régime juridique de ce droit ou de cette obligation soit pleinement constitué. Adde Fr. Terré, "La crise de la loi" op. cit. note 12 p. 28 : le refoulement du caractère normatif procède de l'existence d'un processus insidieux ... qui à terme menace l'existence même de la loi.

(6) La loi du 31 déc. 1989 relative au surendettement des ménages illustre de façon topique pareille constatation. Ses contradictions internes sont nombreuses : "contradiction entre le désir d'apporter une aide réelle et durable aux ménages endettés à l'excès et le souci de ne pas leur faire croire qu'ils pourront désormais se dispenser d'honorer leurs engagements. Contradiction entre le souhait de rendre les établissements spécialisés plus vigilants dans leurs offre de crédit aux particuliers et la volonté de ne

faite par une minorité de techniciens ne s'adresse qu'à une minorité (1). Elle devient sophistiquée (2). N'étant plus accessible au plus grand nombre, la loi ne peut jouer son rôle d'expression de la volonté générale (3). L'effet pervers en contrepoint pourra jouer le sien.

59- Dégradation du discours législatif (4). Trop de lois contemporaines ont un caractère complexe et touffu. L'absence de clarté multiplie les risques d'équivoque, elle-même source de perversité (5). Quant aux notions vagues et imprécises dont le législateur est friand et qui abritent le droit mou, elles sont dotées d'une grande souplesse (6) mais sont facilement déformables. Faisant une grande part à la subjectivité, elles peuvent être aisément réversibles (7). Autant d'éléments propres à susciter l'inquiétude. Les exemples abondent. Arbitrairement, notre choix se fera sur quelques-uns d'entre eux pris çà et là dans les sentiers du droit. En tête de liste (en raison peut-être des répercussions qu'ont connues les lois de 1975 et 1979) citons l'état de détresse de la femme qui veut procéder à une interruption volontaire de grossesse, notion essentiellement subjective (8). Évoquons aussi l'article 1er de la loi du 31 décembre 1990 qui après avoir affirmé "garantir le droit au logement constitue un devoir de solidarité pour l'ensemble de la nation" ajoute dans un deuxième alinéa "toute personne ou famille éprouvant des difficultés particulières a droit à une aide de la collectivité pour accéder à un logement décent et indépendant ou s'y maintenir". Que signifient les termes "éprouver des difficultés particulières" ? La finalité de ce texte ne peut-elle être facilement détournée si l'on songe que chacun peut éprouver de telles difficultés ... Les tribunaux ne risquent-ils pas de trouver dans ce texte un fondement "spécieux" pour refuser toute expulsion ? La liberté qui leur est conférée en la matière s'exercera encore pour apprécier ce que peut être un "logement décent" (9). Autre question : que signifie la notion de marché locatif,

compromettre ni leur compétitivité, ni leur capacité d'emploi. Contradiction entre d'éventuelles mesures propres à protéger les personnes contre les tentations d'un endettement facile et la préservation de la liberté d'emploi de leur ressource" (G. Paisant, La loi du 31 déc. 1989 ... op. cit. supra note 161 n° 9). Rappr. Fr. Terré, "La crise de la loi" op. cit. note 12 p. 23 : "le législateur veut tout et son contraire".

(7) J. Rubellin-Devichi, Une importante réforme en droit de la famille : la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993, J.C.P. 1993, I, 3659 n° 5.

(1) Fr. Auque-Warembourg, obs. in, Rev. Trim. Dr. Civ. 1991 obs. p. 815 : Fr. Terré, "La crise de la loi" op. cit. note 12 p. 19.

(2) Fr. Collart-Dutilleul et Ph. Delebecque, Contrats civils et commerciaux, Dalloz 1993 n° 7 qui évoquent la sophistication de la règle de droit. Rappr. la définition du mot sophistication in vocabulaire Larousse : action de dénaturer par un mélange frauduleux.

(3) F. Terré, "La crise de la loi" op. cit. note 12 p. 19 : sous l'influence grandissante de la technicité et de la volonté, la loi est souvent devenue, malgré les apparences l'expression d'autres volontés. Elle a cessé d'être considérée comme l'expression de la volonté du législateur. Adde J. Cl. Becane et M. Couderc, La loi, op. cit. note 56 p. 276.

(4) Sur l'éventuelle perversion du langage, v. J.-L. Sourieux et P. Lerat, L'euphémisme dans la législation récente, D. 1983 chron. p. 221 Ph. Malaurie, La famille, op. cit. note 27 n° 8 "les modifications du langage juridique traduisent souvent une évolution du droit, sont parfois aussi une manière de rien changer : on se paye des mots". Adde G. Cornu, Linguistique juridique, op. cit. note 32 p. 260 : "la rhétorique a vocation à être perversité".

(5) G. Cornu, Linguistique juridique, op. cit. note 32 p. 314.

(6) Les notions floues abandonnent à la sagesse de la jurisprudence le pouvoir d'interpréter la loi et de la faire évoluer. (v. spéc. R. Cabrillac, Introduction générale au droit privé, Eyrolles 1993 n° 30 et 140). Sur le rôle de la jurisprudence dans la neutralisation de l'effet pervers cf. infra n° 72. Adde M. Delmas-Marty, Le flou du droit, P.U.F. 1986, v. spéc. p. 330.

(7) Tel est le cas du principe de subsidiarité qui peut devenir un principe de contre-subsidiarité (v. notamment G. Lyon-Caen, Le droit social de la communauté européenne ... op. cit. note 54 p. 149 et s.).

(8) Ch. Atias, Normatif et non normatif ... op. cit. note 108 p. 221 ; G. Memeteau, La situation juridique de l'enfant conçu, Rev. Trim. Dr. Civ. 1990 p. 622 ; D. Vigneau, L'enfant à naître, op. cit. note 109 p. 152.

(9) A. Durance, La loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en oeuvre du droit au logement, Rev. Dr. Immob. 1990 p. 314.

pareille notion n'est-elle pas totalement imprécise ? (1). La loi de 1988 qui amnistie les "délits en relation avec les élections" suscite encore l'interrogation. Quelles sont les circonstances de nature à établir une relation entre des infractions d'une part et des élections d'autre part ? (2). Que dire aussi du droit social communautaire à propos duquel la doctrine a fait état de l'emploi d'une terminologie vicieuse (3). Relevons enfin les risques qui peuvent accompagner l'utilisation des termes non juridiques dont les contours ne se laissent pas aisément délimiter (4). Parfois le législateur utilise la technique du "non dit". Ce qui n'est pas interdit est licite. Formule pour le moins dangereuse (5). "Les notions vaguent se prêtent mieux à la casuistique qu'à la définition abstraite. Elles présentent une fluidité et relèvent d'un empirisme déconcertant" (6). Le langage du droit masque les enjeux réels (7) et peut constituer un nid douillet pour abriter l'effet pervers. Celui-ci étant démasqué pourra être plus facilement identifié.

2) Identifier l'effet pervers

60- Les "lois" de l'effet pervers. L'effet pervers opère-t-il toujours de la même façon ? La variété de ses manifestations peut faire songer à une pluralité d'effets. La réalité est plus complexe. S'il se meut dans le multiple, c'est qu'il s'identifie aux lois qui le régissent. Aussi paradoxal que cela puisse paraître, l'effet pervers, ce "hors la loi du droit" a ses propres règles. Mais entre toutes, l'une est première. C'est la loi fondatrice, véritable loi d'anticipation (a). Par elle et à travers elle vont se développer les lois qui accompagnent l'effet pervers (b).

a) La loi fondatrice

61- Loi d'anticipation. Il entre dans les pouvoirs du législateur, dans les lois qu'il élabore, de favoriser une partie du corps social. Or, favoriser l'un suppose nécessairement de nuire à l'autre (8). Mais entre celui à qui profite l'indulgence et celui qui subit la rigueur, un certain équilibre doit être respecté. En d'autres termes, le rapport faveur-rigueur doit obéir à un principe de proportionnalité (9). A défaut, il engendre des inconvénients sans contrepartie ... Il se constitue en retour une réaction dans la partie du corps social qui estime la loi trop contraignante. *Les destinataires de la loi anticipent l'avenir* en développant une stratégie qui leur permet de bloquer ou de fausser l'effet normal de la loi. Prenons un exemple emprunté au droit des baux (10). La législation veut protéger les locataires et contraindre les propriétaires. Or ces

(1) Fr. Auque-Warembourg : Rapports locatifs, l'équilibre introuvable, commentaire de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, J.C.P. 1989, I, 3421, n° 61-62. Rapp. Fr. Terré, Esquisse d'une sociologie juridique ... op. cit. note 160 p. 22 qui note l'emploi de formules vagues et générales dans l'ordre économique.

(2) D. Mayer, Effet regrettable d'une loi d'amnistie insuffisamment élaborée, note sous cass. crim. 23 mars 1989 D.1989, JP p. 518.

(3) G. Lyon-Caen, Le droit social de la communauté européenne ... op. cit. note 54 p. 149.

(4) La liste pourrait être longue ... Intérêt de l'enfant, de la famille, de l'entreprise : enfant capable de discernement ; clause de dureté ; unité économique et sociale ... etc. Pour un exemple d'effet pervers que peut engendrer le critère de l'intérêt de l'enfant entre les mains du juge v. J. Rubellin-Devichi, Compte rendu bibliographique de l'ouvrage : L'affection et le droit (Mr et Mme Pousson) in, Rev. Trim. Dr. Civ. 1990 p. 751 ; du même auteur, Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française, J.C.P. 1994, I, 3739 et les nombreuses références citées.

(5) Ph. Malaurie, Les personnes, Cujas 2^e éd. n° 315.

(6) J. Normand, Compte-rendu bibliographique de l'ouvrage de H. Solus et R. Perrot, Droit judiciaire privé, T. III, Procédure de première instance, in Rev. Trim. Dr. Civ. 1991 p. 622.

(7) Ph. Jestaz, Le droit, op. cit. note 21 p. 89.

(8) V. la définition du mot faveur in vocabulaire juridique, sous la direction de G. Cornu, op. cit. note 53 p. 352.

(9) Rapp. l'article 4 de la Constitution Fédérale Suisse qui pose un principe de proportionnalité.

(10) B. Lemennicier, Économie du droit, op. cit. note 5 p. 33.

derniers n'acceptent pas cette situation. Pour compenser l'excès de protection conférée aux locataires et qui engendre à leur égard un coût supplémentaire (le logement leur revient plus cher) les propriétaires vont anticiper la loi. Ils n'accepteront de louer leur logement que moyennant le paiement d'un loyer plus élevé. Au bout du compte, le locataire vit dans un logement qui lui coûte plus cher que si le législateur n'avait pas édicté de réglementation spécifique. Il perd en argent ce qu'il avait gagné en sécurité (la durée minimale du bail). Quant aux propriétaires, le coût de leur logement est plus cher mais il est compensé par la fixation de loyers plus élevés ... L'effet utile et voulu par la loi est mis hors jeu par la loi d'anticipation à laquelle obéit l'effet pervers. Ce dernier supplante l'effet normal de la règle.

b) Les lois accompagnatrices

62- Inventaire. Parce qu'il est déjà une réaction anticipatrice, l'effet pervers inverse le jeu normal de la règle (loi des contraires). Parce qu'il est aussi banni du droit, il affectionnera le fait (loi des contrastes). Parce qu'il est encore un effet de comportement, il se manifestera à des niveaux différents (loi des seuils). Parce qu'il est enfin un effet social, il sera évalué collectivement (loi des grands nombres) (1).

63- Loi des contraires. L'effet pervers est une réaction à un excès de faveur. Mais cette réaction n'est pas neutre. Elle consiste précisément à retourner l'effet favorable de la règle contre son bénéficiaire initial. L'effet est inversé. Celui à qui devait profiter initialement l'indulgence subit par contre coup la rigueur. Conçue pour avantager, la loi détruit. Ce phénomène se rencontre chaque fois que le législateur veut encadrer la liberté, fixer des limites. Pour les personnes que la loi entend contrôler, le refuge en face d'une règle trop contraignante, c'est le subterfuge. Un exemple nous permettra d'illustrer ce propos. La loi Neiertz a modifié de façon importante les lois de 1978 et 1979 relatives à la protection des emprunteurs dans le domaine mobilier et immobilier. Elle impose une série de mesures protectrices des personnes qui s'engagent comme cautions. Les articles 7-4e et 9-4e de ces lois prévoient en substance qu'un établissement de crédit ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses revenus. Cette nouvelle forme d'incapacité, utile pour éviter le zèle excessif de quelques établissements de crédit, risque sans doute de se retourner contre ceux qui n'auront pas obtenu le prêt dont ils avaient besoin et qu'ils auraient vraisemblablement remboursé sans incident (2). L'effet pervers provoque un retournement de la règle précisément contre celui que la loi ambitionnait de protéger. Le bénéficiaire initial devient la victime. A l'origine de cette inversion de la règle se trouve un procédé bien connu en sociologie de la législation : l'effet Macédonien. Parce que le législateur craint les abus de quelques uns, il restreint la liberté de tous les autres (3). Voilà une façon très peu rationnelle de légiférer qui fonde de surcroît la loi des contraires de l'effet pervers.

(1) L'expression n'est pas prise dans son sens littéral et ne se fonde donc pas sur un calcul de probabilités.

(2) J. Rubellin-Devichi, *La famille et le droit au logement*, Rev. Trim. Dr. Civ. 1991 p. 257-258.

(3) J. Carbonnier, *Flexible droit*, op. cit. note 12 p. 231 et 232.

64- Loi des contrastes. L'effet pervers ne se décrète pas, il se constate. Il est le résultat d'un choc. Le choc d'un retour inattendu après que la règle de droit a rencontré le fait. Au contact du fait, la règle subit un choc nécessairement déformant (1). Tel un prisme, l'effet pervers dévie, réfléchit la règle de droit, il désagrège voire décompose les conséquences issues de celle-ci. C'est un effet divagateur de la norme. Au royaume du fait, l'effet pervers est roi. Il s'y meut et s'y développe à souhait. En témoignent les multiples réactions des sujets de droit qui aboutissent toujours à bouleverser *en fait* la trajectoire de la loi. Les établissements préteurs cherchent à limiter *en fait* le crédit aux entreprises, l'attitude des créanciers aggrave *en fait* la situation des époux lorsque l'un deux s'est porté caution etc... L'effet pervers embrasse le fait, il en épouse les contours et les sinuosités, il s'identifie au fait (2) et se manifeste comme une réaction à la force du droit (3). Il obéit en cela à la loi des contrastes (4).

65- Loi des seuils. L'effet pervers est d'abord une réaction à un excès. Il naît et se développe quand le fardeau de la loi est trop lourd. Il se manifeste à travers le mécontentement du corps social : c'est le seuil de saturation.

L'effet pervers est aussi porteur d'une charge de nocivité. Il existe toujours une dose de nocivité minimale qui accompagne l'apparition d'un tel effet mais son amplitude peut varier : c'est le seuil de nocivité. Dans une conception maximaliste, lorsque la charge de nocivité est trop importante et qu'elle occupe toute la place, l'effet pervers est anéantissement, il tue la source. S'attaquant à une loi jeune, il va la combattre et la prendre de plein fouet, le choc peut être fracassant. La réaction du corps social spontanée et définitive. A l'égard d'une loi la plus âgée, la vieillesse est là, le temps a fait son oeuvre. L'altération est plus lente mais progressive et certaine.

L'effet pervers, enfin, ne se manifeste pas à visage découvert. Il agit souterainement mais ses ravages apparaissent au grand jour : c'est le seuil d'émergence. Celui-ci varie selon l'atteinte portée à la règle (au contact de l'effet pervers la loi peut subir des chocs d'inégale importance, connaître divers degrés de détérioration) et selon le nombre de sujets de droits concernés (toujours sous l'impulsion de l'effet pervers, ces derniers peuvent vouloir en plus ou moins grande quantité, échapper à la pression légale). Évoquer ce trait spécifique, c'est déjà se placer sous l'égide d'une autre loi de l'effet pervers.

66- Loi des grands nombres. L'effet pervers ne prend corps qu'à partir du moment où de nombreuses volontés individuelles s'additionnent, convergent pour réagir de la même façon. Il faut une juxtaposition d'intérêts individuels contrariés. A partir du moment où ces réactions sont exprimées par un grand nombre d'individus, un phénomène d'auto amplification non désiré apparaît : c'est l'effet boule de neige de l'effet pervers qui obéit à la loi des grands nombres.

(1) M.A. Frison-Roche et S. Bories, La jurisprudence massive op. cit. note 57 p. 289.

(2) V. Fr. Terré, "La crise de la loi" op. cit. note 12 p. 21. "La législation s'est inclinée davantage devant les données que révèle l'analyse de la réalité. Il y a eu en ce sens, une revanche du fait sur le droit, portant celui-ci à s'aligner davantage sur celui-là..."

(3) V. Fr. Gény, Justice et force, (pour l'intégration de la force dans le droit), Et. de droit à la mémoire d'Henri Capitant, 1939 p. 241 et s. spéc. p. 246 : "le droit, impliquant en soi la force, ne devra trouver chez celle-ci qu'une alliée, loin d'y rencontrer jamais une ennemie". Adde L. Josserand, La force et le droit, Trévoux 1917.

(4) Rapp. J. Carbonnier (in, préface à la première édition de Flexible droit) "Le droit est trop humain pour prétendre à l'absolu de la ligne droite", "Il est une terre de contraste" (D. Mazeaud, Compte rendu bibliographique de la 7^e éd. de l'ouvrage du Doyen Carbonnier, in, Rev. Trim. Dr. Civ. 1993 p. 222). Adde J.-L. Bergel, Théorie générale du droit op. cit. note 53, Le fait et le droit p. 287 et s ; G. Morin, La révolte des faits contre le code, 1920.

67- Banalisation de l'effet pervers. Tel se dessine l'effet pervers ainsi rattaché aux lois qui le gouvernement. Il est une contre norme qui permet le développement d'une norme à rebours (1) qui n'est pas celle initialement voulue par le législateur. Expression d'un déséquilibre, il crée le paradoxe et se présente comme une conséquence factuelle dont la vitalité est inversement proportionnelle au dysfonctionnement de la règle pervertie. Atteignant la loi dans sa cohérence, il fait produire à la règle des conséquences anormales. Pareille anormalité, diffusée à grande échelle et appliquée à un grand nombre de situations peut contribuer à atténuer le sentiment de son caractère pathologique... C'est la banalisation de l'effet pervers. Banalisation qui peut receler les méfaits les plus graves. Que serait un effet pervers qui aurait perdu le pouvoir de nous surprendre ? Ce serait là le plus grand subterfuge qui lui permettrait d'accéder en maître à la vie juridique et de régner sur elle. Une vigilance constante s'impose donc. Elle est la condition de l'efficacité du traitement de l'effet pervers.

B) TRAITEMENT DE L'EFFET PERVERS

67- Mieux vaut prévenir que guérir. Maîtriser l'effet pervers suppose de développer une stratégie afin de le combattre. Cette mobilisation des forces créatrices du droit (2) permettra d'agir sur les lois déjà perverties mais aussi d'éviter qu'à l'avenir de tels errements ne se reproduisent (3). A ces deux objectifs correspondent les deux formes de traitement de l'effet pervers. Soigner le mal quand il est là (1) mais surtout le prévenir quand c'est possible (2).

1- Soigner le mal

69- Les branches de l'alternative. La présence de nombreuses lois dotées d'effets pervers doit permettre de faire le point. En face de cette situation dont le caractère néfaste n'est plus à démontrer, deux attitudes peuvent être adoptées. Il est tout d'abord possible de corriger purement et simplement l'effet pervers en modifiant la règle de droit (a). Mais, il est aussi concevable d'utiliser l'effet pervers en canalisant la réalité qu'il engendre (b).

a) Corriger l'effet pervers

70- Les différentes possibilités. Le juriste ne manque pas de moyens pour contrecarrer l'action malfaisante de la loi pervertie. Il peut éradiquer le mal en modifiant la loi ou le neutraliser en utilisant un contre pouvoir : celui de la jurisprudence. Certes, "*les tribunaux sont des redresseurs de torts et non de lois*" (4). Mais dans l'attente d'une législation à venir, il peut s'avérer très utile que le Juge intervienne. Diderot dans ses observations sur le Nakaz n'écrivait-il pas "*les meilleures lois sont vaines si le Juge est mauvais et les plus mauvaises lois peuvent être rectifiées par de bons Juges*".

(1) Rapp. Y. Saint-Jours, Le substrat téléologique du droit de la Sécurité Sociale, D. 1993, chron. 123 qui considère que la norme est interprétée à rebours (et non dans le sens de sa finalité) chaque fois que les contingences économiques l'emportent sur la finalité sociale, voire même sur l'analyse exégétique des textes.

(2) G. Ripert, Les force créatrices du droit, op. cit. note 52 spéc. p. 71 et s. (la lutte pour le droit).

(3) Rapp. M A Frison-Roche et S. Bories, La jurisprudence massive, op. cit. note 57 p. 289 : gouverner c'est savoir mais c'est aussi prévoir.

(4) Ph. Malaurie, La jurisprudence combattue par la loi, Mél. R. Savatier 1967 p. 603 ; Comp. F. Zénati, La jurisprudence, op. cit. note 57 qui évoque l'apparition d'une forme hybride de source du droit, une jurisprudence matinée de législation : la jurisprudence législative (p. 177 et s.) révélatrice de l'assimilation par la loi de la jurisprudence.

1) *Éliminer le mal*

71- **La loi au secours de la loi.** Pour le législateur, aucune difficulté particulière ne surgit lorsqu'il veut éliminer en tout ou partie les effets pervers d'une loi. Dans sa puissance, il peut modifier, voire abroger la loi défailante et en refaire une, expurgée de ses défauts passés. La constatation d'effets pervers est même souvent l'amorce d'un processus qui conduit à l'élaboration d'une loi nouvelle. De nombreux exemples peuvent être trouvés à l'appui de cette affirmation (1). La loi du 9 janvier 1993 modifiant, en autres dispositions, le droit de la filiation a corrigé l'effet pervers lié aux détournements des cas d'ouverture de l'action en recherche de paternité et des fins de non recevoir qui l'accompagnaient. Celles-ci ne présentaient plus une protection contre les procès abusifs mais seulement une mine bien exploitée de procédés choquants pour rejeter une paternité encombrante (2). Le législateur les a donc supprimées. La preuve de la paternité naturelle se fait désormais au moyen de présomptions ou indices graves. C'est aussi pour remédier aux abus antérieurs qui permettaient à des réfugiés économiques de bénéficier indûment du statut de réfugié politique et mettre un terme aux détournements de procédure qu'est intervenue la loi portant réforme du droit d'asile, a-t-il été affirmé au cours des travaux préparatoires (3). De son côté, la loi sur la société par actions simplifiée devrait permettre de ne plus détourner la notion de pacte social (4). Quant à la réforme du droit des entreprises en difficultés, elle vise, entre autres objectifs, à restaurer les droits des créanciers et à moraliser les plans de cession pour remédier aux nombreux effets pervers antérieurs (5).

Le législateur peut légiférer à son gré. Mais point trop n'en faut. L'inflation législative détériore la norme de façon endémique (6). Comment soigner lorsque le mal est dans le remède ? L'élimination pure et simple de l'effet pervers offre l'avantage de la chirurgie, salvatrice à condition d'être pratiquée à bon escient et avec mesure. Un traitement médical approprié lié à la souplesse et à la plasticité de la solution jurisprudentielle donnera parfois d'aussi bons résultats, pour ne pas dire meilleurs.

(1) Le droit du travail est riche en illustrations de ce type. A titre d'exemple, évoquons la loi du 9 juin 1992, modifiant le régime du travail dans les ports maritimes qui, entre autres modifications a éliminé les effets pervers liés au mode de financement du non emploi des dockers qui pénalisait les ports les mieux gérés.

Plus récemment encore, la loi quinquennale sur l'emploi du 20 décembre 1993 a corrigé les conséquences pénalisantes des mesures permettant à un chômeur de créer ou de reprendre une entreprise. (J. Ch. Sciberras, *Création, reprise d'entreprise et essaimage*, Dr. Social 1994 p. 120).

(2) J. Rubellin-Devichi, *Réflexions sur la réforme attendue du droit de la filiation*, Mél. A. Colomer. Litec 1993 p. 404 n° 11 Adde du même auteur, *Une importante réforme en droit de la famille*, op. cit. note 166 n° 16 et s. et les précisions apportées par l'auteur.

(3) J.-P. Bloch, Bull. Ass. Nat. 26 octobre 1993 n° 17 p. 33. Comp. R. Pandraud, Bull. Ass. Nat. 3 novembre 1993 n° 18 p. 31 pour qui le texte de loi allait conduire à une multiplication des faux demandeurs d'asile au lieu d'en réduire le nombre.

(4) M. Germain, *La société par actions simplifiée*, J.C.P. 1994 éd. E, I, 341 et éd. G. I, 3749 n° 2.

(5) La doctrine dans son ensemble a dénoncé les détournements dont les procédures collectives faisaient l'objet. Outre les références citées notes 68, 85, 86 v. spéc. F. Perrochon, *Halte au détournement de cession judiciaire d'entreprise, créanciers bafoués*, D. 1990 chron. p. 42 ; M. Vasseur, *Le crédit menacé ...* op. cit. note 146 ; A. Pirovano, *Introduction critique au droit commercial contemporain*, Rev. Trim. Dr. Com. 1985 p. 241 ; P. Diener, *Du caractère suspect de l'absence de période suspecte*, D.1993 p. 258 ; Adde du même auteur, *Quelques réflexions critiques à propos de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises*, D.1986 chron. 123 v. spéc. p. 126.

(6) La prolifération des lois dans une même matière s'accompagne d'une multiplication des dispositions transitoires. Le droit des baux connaît même les dispositions transitoires des dispositions transitoires. Là où les systèmes se chevauchent et se contredisent, il y a place pour l'effet pervers. cf. supra n° 58.

2) Neutraliser le mal

72- **Défendre le droit contre ses propres excès** (1). Le juge est le correcteur naturel de la loi et occupe de ce fait une position privilégiée pour vaincre l'effet pervers. Il entre déjà dans la tradition jurisprudentielle d'utiliser les principes généraux du droit pour combler les déficiences de la loi. La consécration par la Cour de Cassation dès le XIX^{ème} siècle du principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui (2) en constitue une bonne illustration (3).

Le droit contemporain quant à lui, fournit de multiples exemples de la contribution bénéfique des tribunaux dans la lutte livrée contre l'effet pervers. Ainsi la jurisprudence vient-elle au secours de la loi lorsqu'elle lui restitue sa finalité. L'exemple du droit des assurances peut ici être évoqué. En cette matière, la Cour de Cassation a annulé par application du principe indemnitaire une clause de franchise proportionnelle à l'importance du dommage qui combinée à une clause de plafonnement aboutissait au résultat paradoxal que plus le dommage était élevé, plus l'indemnité était réduite (4). La jurisprudence joue également un rôle correctif important lorsqu'elle neutralise les conséquences néfastes d'une législation inadaptée. Telle fut l'oeuvre de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation à propos de l'obligation de restitution des cuves gracieusement mises à la disposition des pompistes de marque par les compagnies pétrolières. A suivre les règles du prêt à usage les pompistes auraient été tenus de restituer la chose en nature. La chose elle-même, donc, et non une autre fut-elle identique. Pareille contrainte dissuadait les pompistes de quitter la compagnie pétrolière prêteuse à l'expiration du contrat compte tenu des frais de dépose considérables qu'ils devaient supporter pour rendre les cuves et les machines prêtées. Cette attitude conduisait à une situation absurde et entraînait des conséquences disproportionnées par rapport à "l'avantage" concédé. Aussi le Conseil de la Concurrence (5) et la Cour de Cassation (6) ont décidé que les clauses de restitution en nature étaient nulles au motif qu'elles entravaient le marché de la distribution de produits pétroliers.

C'est aussi pour éviter que les règles de preuve du bail posées aux articles 1715 et 1716 du Code Civil ne se retournent en réalité contre le locataire que l'on voulait protéger, que les tribunaux ont été amenés à assouplir les règles légales. L'écrit imposé à titre de garantie ne devait pas préjudicier au locataire en l'empêchant de prouver l'existence d'un bail verbal. La jurisprudence est donc intervenue (7). Et cette neutralisation des effets néfastes liés à un excès de formalisme s'est répétée pareillement dans les statuts spéciaux (8).

(1) J. Carbonnier, *Flexible droit* op. cit. note 12 p. 70.

(2) Req. 15 juin 1892, D.P. 1892, 1, 596 ; S. 1893, 1, 281, note Labbé ; Grands arrêts de la jurisprudence civile n° 145.

(3) Rappr. les hypothèses où la jurisprudence corrige les résultats absurdes auxquels une loi peut conduire. L'exemple bien connu du règlement de police des chemins de fer aux termes duquel il est interdit de descendre ailleurs que dans les gares et lorsque le train est complètement arrêté peut ici être cité. Bien en prit à la chambre criminelle de la Cour de Cassation le 8 mars 1930 de ne pas appliquer ce règlement à la lettre malgré le principe d'interprétation stricte de la loi pénale. Les juges ne manquent pas non plus d'imagination pour pallier l'inadaptation de la loi. L'invention jurisprudentielle du "mandat domestique" remédiant à l'incapacité historique de la femme mariée devenue totalement inadéquate au fil du temps en atteste. (v. Ph. Jestaz, *Le droit* op. cit. note 21 p. 103).

(4) Cass. civ. 1^{ère}, 16 octobre 1990, Bull. Civ. I n° 213 ; Adde A. Bénabent, *Le rapport rénové de la Cour de Cassation pour 1990, La portée du principe indemnitaire en droit des assurances*, D.1991, chron. p. 176.

(5) Décision du 29 septembre 1987, B.O.C.C. 87-304, J.C.P. 1987,111, 16818 ; confirmée par Paris 5 mai 1988, J.C.P. éd. C.11988,111,17475.

(6) Com. 16 février 1992, J.C.P. 1992,11, 21987 note M. Behar-Touchais ; Rev. Trim. Dr. Civ. 1992 p. 759 obs. J. Mestre ; Rev. Jurisp. Dr. Aff. 1992 p. 377 n° 474.

(7) A. Bénabent, *Les contrats spéciaux* op. cit. note 57 n° 329.

(8) A. Bénabent op. et loc. cit. note précédente.

73- **Tout est relatif.** Le législateur corrige l'effet pervers, la jurisprudence le neutralise. L'un et l'autre conjuguent leurs efforts respectifs et apportent une contribution bénéfique au traitement de l'effet pervers. La réalité est parfois plus complexe. L'effet pervers, rebelle à tous procédés thérapeutiques, résiste. La seule issue consiste à l'utiliser...

b) Utiliser l'effet pervers

74- **Le fait et le droit.** Législateur et tribunaux peuvent être désespérés en face d'une réalité où foisonnent les effets pervers. Prenant acte de cette situation où le fait prime le droit, le législateur, souverain, peut décider de s'appuyer sur cette réalité en récupérant, à son profit, les effets pervers antérieurs (a) voire même les légaliser (b). Plus rarement et peut-être pour de ténébreuses raisons de politique législative, il va purement et simplement maintenir l'effet pervers (c).

1) Récupérer l'effet pervers

75- **Minimiser le mal.** Lorsque le législateur ne gomme pas purement et simplement l'effet pervers mais l'utilise à son profit, il a recours à une méthode bien précise : la correctionnalisation législative. Le législateur fait ainsi échapper certains contentieux à la bienveillance (ou à la malveillance) des Jurys d'Assises. La matière des infractions contre les personnes offre ici deux exemples historiques patents. La bigamie tout d'abord. Le Code Pénal Napoléonien puisant aux sources d'une longue tradition punissait cette infraction des travaux forcés à temps. Cette trop grande sévérité conduisit, à l'opposé, à de fréquents acquittements trop souvent injustifiés. Aussi la loi du 17 février 1933 cherchant à mettre le droit en accord avec les faits correctionnalisa l'infraction. Un raisonnement similaire peut être poursuivi à l'égard de l'avortement qui a connu un destin identique. La sévérité du codificateur eut un résultat inverse à celui qu'il avait escompté. Les Cours d'Assises plutôt que de soumettre l'auteur à une telle rigueur (l'infraction était punie des travaux forcés à temps) prononcèrent de nombreux acquittements. Aussi le législateur correctionnalisa-t-il l'avortement par la loi du 27 mars 1923.

Dans l'une et l'autre hypothèse la démarche législative fut identique. La loi n'était plus adaptée aux faits ; sous l'impulsion des tribunaux chargés de l'appliquer, elle produisait des effets pervers. Tenant compte de cette inadaptation et tirant les leçons du passé, le législateur est intervenu. L'effet pervers a été à l'origine de la démarche législative. Il est permis de se demander quelle est la valeur d'une telle démarche. La correctionnalisation opère une "confusion des genres a-t-on dit. Elle est indéfendable" (1). Il est d'ailleurs des hypothèses où l'utilisation de l'effet pervers se fait à mauvais escient. Le recours aux droits de succession pour corriger les inégalités résultant des écarts de fortune entraîne, cela a été démontré, une fuite fiscale à l'étranger et contribue au développement de la fraude fiscale (2).

2) Légaliser l'effet pervers

76- **Métamorphoser le mal.** A l'extrême, l'effet pervers peut être récupéré en étant légalisé. Le législateur le métamorphose. En changeant d'état, l'effet pervers accède directement à la vie juridique : il devient l'effet voulu et normal de la loi. Illustration de ces propos peut être trouvée auprès de la loi du 8 janvier 1993 qui a

(1) W. Jeandier, La correctionnalisation législative, J.C.P. 1991, I, 3487, spéc. n° 33.

(2) J Schmidt, Les principes fondamentaux du droit fiscal op. cit. note 131 p. 47

mis fin au monopole des pompes funèbres. La jurisprudence, pervertissant la loi, avait rendu ce monopole totalement inopérant. Le législateur prenant acte de cette inefficacité, a réformé la loi en supprimant le monopole(1).

3) *Maintenir l'effet pervers*

77- **Vivre avec le mal.** Au risque de surprendre, le législateur peut décider de maintenir l'effet pervers. Une pratique, néfaste, va pourtant être maintenue. Pourquoi ne pas évoquer ici le silence que gardèrent pendant un temps les pouvoirs publics à l'égard du travail clandestin (aujourd'hui travail illégal) lorsque l'on sait le rôle de contrepoids que celui-ci peut jouer en présence d'un chômage persistant (2). En lien avec cette idée évoquons l'institution du médiateur. Le législateur, de son propre aveu, reconnaît que l'application parfaite de la loi peut aboutir à une injustice. Aussi investit-il quelqu'un pour ne pas l'appliquer (3). Que dire aussi des lois comme celle sur les écoutes téléphoniques ou celle visant à renforcer la lutte contre le trafic de stupéfiants dans lesquelles le législateur autorise la commission d'infractions par des agents de la force publique (4) ? A petite dose, l'effet pervers serait-il salvateur (5) ? Les vertus curatives de l'homéopathie sont ici mises en cause. Efficace dans le traitement de certaines affections, ce mode de thérapie peut l'être moins en d'autres cas. Il peut contribuer cependant à fortifier la lucidité d'un législateur en face d'un avenir qu'il appréhende déjà.

2) **Prévenir le mal**

78- **Le présent ne prend son sens qu'en fonction de l'avenir.** Le législateur peut organiser l'avenir en prévenant le mal de façon ponctuelle (a). Il peut également adopter une méthode législative plus élaborée afin de prendre la mesure d'éventuels effets pervers (b).

a) *Prévenir ponctuellement le mal*

79- **Mieux vaut tenir que courir.** L'administration d'un traitement ponctuel préventif est chose aisée pour le législateur. Il élabore une loi qui préviendra les déviations ultérieures dans le domaine qu'il veut régir (6). Ainsi en est-il de la

(1) Fr. Warembourg-Auque, obs. in Rev. Trim. Dr. Civ. 1993 p. 423.

(2) A. Cœuret, obs. in Rev. Trim. Dr. Civ. 1989 p. 393.

(3) Sur le médiateur de la République v. A. Pierucci, *Le médiateur européen*, Rev. Marché commun 1993 p. 818 et s. ; B. Oppetit, *L'hypothèse du déclin du droit op. cit.* note 121 p20.

(4) Loi n° 91-646 du 10 juillet 1991, relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications (A. Cœuret, obs. in Rev. Trim. Dr. Civ. 1991 p. 824) ; loi n° 91-1264 du 19 déc. 1991 relative au renforcement de la lutte contre le trafic des stupéfiants (A. Cœuret, obs. in Rev. Trim. Dr. Civ. 1992 p. 203).

(5) Rapp. J. Cruet, *La vie du droit ... op. cit.* note 2 p. 83 : "Beaucoup d'anarchie c'est le désordre. un peu d'anarchie c'est le progrès" ; Ch. Jamin, note sous CA Paris, 3è Chbr, A, 15 déc. 1992 "parce qu'ils suscitent l'incertitude et la controverse, les textes mal rédigés sont un facteur paradoxal d'enrichissement du droit". Adde infra n° 85.

(6) La jurisprudence peut, elle aussi, prendre une telle initiative et jouer un rôle préventif. Citons, à titre d'exemple, plusieurs décisions rendues à propos de la recevabilité de l'action de la victime d'une contamination par le virus V.I.H. des suites d'une transfusion sanguine à des fins thérapeutiques. Les juges décident que la procédure légale d'indemnisation prévue par l'article 47 de la loi du 31 déc. 1991 et le décret du 26 févr. 1992, n'est pas de nature à être suivie par les victimes de manière impérative et n'empêche pas ces dernières, par voie de conséquence, d'agir en justice dans les termes du droit commun de la responsabilité civile. Ce faisant, les juges ont évité que ne s'installe un effet pervers qui aurait permis aux assureurs de rejeter sur la collectivité la charge définitive de l'indemnité (J.-J. Taisne, Régime spécial d'indemnisation des transfusés contaminés et maintien des procédures de droit commun, note sous TGI Périgueux, 28 avril 1992, D 1993 p. 322 et s ; D. Vidal, *Principes généraux du droit et responsabilité civile d'un centre de transfusion sanguine*, note sous TGI Nice, 27 juillet 1992, D.1993 p.

rétroactivité in mitius instaurée en droit pénal. Le principe de non rétroactivité de la loi pénale a comme objectif la protection des libertés : nul ne peut être sanctionné par une peine qui n'était pas prévue par la loi au jour de l'infraction. Mais ce principe ne doit pas se retourner contre ceux qu'il protège dans le cas où la loi est plus favorable (1). Cette exception se voit d'ailleurs reconnaître valeur constitutionnelle alors que le principe ne l'a pas. (2).

Le législateur peut aussi décider de faire une loi rétroactive avec indication de date (3). L'exemple de la loi du 3 août 1981 sur la donation-partage qui supprimait des avantages fiscaux est aussi révélateur. Le législateur décida que cette loi serait applicable à compter du 3 juillet 1981 pour déjouer le calcul de ceux qui, à l'annonce du projet de loi, s'étaient précipités chez leur notaire (4).

Le législateur peut encore adopter une attitude plus subtile et pour faire respecter la finalité de la loi, s'attacher le concours des principaux intéressés. Il aura précisément comme alliés les personnes susceptibles de déclencher l'effet pervers. Tel fut l'un des objectifs de la loi du 29 janvier 1993 désireuse de faire participer les organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux (5). Pareille technique peut être mise en relation avec le phénomène de la négociation de la loi dont on connaît l'importance aujourd'hui (6). Le législateur cantonne dans une loi les desiderata des différents protagonistes et leur confectionne, sur mesure, le vêtement législatif qu'ils ont eux-mêmes élaboré. Issu du droit social (7) ce procédé a fait tâche d'huile et symbolise la transformation du système juridique. Il convient particulièrement bien à la matière économique (8). D'une conception du droit imposé,

38 et s. ; Contamination par le Sida : une mauvaise surprise du côté des assurances, Aix en Provence 12 juill. 1993 (qui confirme TGI Nice 27 juill. 1992) D.1994 p. 13 et s.

(1) J.-L. Aubert, Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, 4^e éd., n° 106.

(2) Cons. Constit. 19 et 20 janv. 1981, D. 1982 J.-P. p. 441 note Fr. Dekeuwer-Defossez.

(3) Sur les dangers que peut représenter la rétroactivité v. cpdt J. Héron, Étude structurale de l'application de la loi dans le temps (à partir du droit civil), Rev. Trim. Dr. Civ. 1985 p. 277 et s. ; H. Mazeaud, L'enfant adultérin et la "super-rétroactivité" des lois (à propos de la loi n° 76-1036 du 15 nov. 1975), D.1977 chron. p. 1 et s.

(4) J. Héron, Étude structurale ... op. cit. note précédente p. 297.

(5) G. Drouot, La loi n° 93-122 du 29 janv. 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, A.L.D. 1993 p. 153 et s. spéc. p. 154.

(6) Ce phénomène peut-être relié à la mise en oeuvre de la législation sociologique qui conduit fréquemment à une conception de la loi-transaction ou de la loi de compromis (F. Terré, "La crise de la loi" op. cit. note 12 p. 27 citant J. Carbonnier, in, 2^{ème} colloque France - Union Soviétique de sociologie juridique, 1978). Nombre de lois contemporaines illustrent cette conception.

(7) Sur le phénomène de la négociation de la loi V. M. Despax, Négociations, conventions et accords collectifs in Droit du Travail publié sous la direction de G.N. Camerlynck, dern. éd., spéc. n° 13 bis. Adde A. Jeammaud, Droit du travail 1988 : des retournements plus qu'une crise, Dr. Social 1988 p. 583 et s. spéc. p. 587 : "le législateur puise dans l'accord des partenaires sociaux la teneur et la justification des mesures qu'il adopte" ; G. Couturier, Droit du travail, T. I. Droit fondamental, 2^e éd. n° 27. L'auteur évoque le phénomène récent selon lequel "les négociations engagées entre les partenaires sociaux n'ont pas d'autre objet que la modification des règles légales impératives. L'accord conclu n'est pas fait pour être appliqué mais pour être présenté aux pouvoirs publics afin que ceux-ci procèdent aux modifications législatives convenues". Rapp. Fr. Ewald, Le droit du travail, une légalité sans droit, Dr. Social 1985 p. 724. V. aussi G. Ripert, Le régime démocratique et le droit civil moderne n° 198 et s. qui évoque la "décadence de la souveraineté de la loi" face à la montée du "droit de la profession". Le phénomène de la négociation de la loi est donc guetté lui aussi par ses propres dérivées ...

(8) M.-A. Frison-Roche, Les difficultés méthodologiques ... op. cit. note 62 p. 19 qui évoque le phénomène du marchandage sans attacher nécessairement une connotation péjorative à ce terme. v. l'exemple donné par l'auteur du deal "qui semble passé entre le législateur et les organismes représentatifs des banques qui troquent un soutien des P.M.E., en termes de crédit, contre un geste du législateur en terme de garantie". Rapp. à propos de la réforme de la loi sur les "faillites", l'engagement pris par les présidents des établissements bancaires d'inciter leur directeur d'agence à prendre davantage de risques en échange d'un nouveau texte sur les faillites qui leur serait plus favorable qu'auparavant (v. entretien du 17 nov. 1993 du premier ministre Édouard Balladur avec l'Association Française des Banques, in, Journal le Monde du 15 janv. 1994). Adde L. Josseland, Comment les textes de loi changent de valeur au gré des phénomènes économiques, Mél. Capitant, 1939 p. 369 et s.

on s'oriente à une conception du droit négocié (1). La loi devient à son tour un échange (2). Autant de prémices permettant de tester le corps social qui débouchent sur une conception plus sophistiquée de la prévention de l'effet pervers.

b) Prévenir durablement le mal

80- Prudence est mère de sûreté. La préparation des lois futures peut s'inscrire dans une perspective plus élaborée. Le législateur agit sur la méthode législative elle-même. "*Le législateur qui entend que son oeuvre vive mais ne veut pas la figer doit savoir creuser à même les textes un au delà de sa propre pensée*" (3). Prévoir le devenir de la loi est donc une nécessité. Le problème méthodologique d'une instrumentalisation de la législation est posé. Instrumentalisation dont la loi expérimentale constitue le champ d'action privilégié. L'hétérogénéité du corps social au sein duquel se meut la norme ainsi que l'extrême complexité des rapports juridiques en sont les deux meilleures raisons d'être. Lorsque la loi est votée à titre expérimental, un rendez-vous est donné au législateur quelques années plus tard à l'issue duquel un rapport est dressé sur l'application de la loi. Ce bilan lui permettra de corriger, modifier, réviser, voire de découvrir de nouvelles directions.

Nombre de lois font aussi l'objet d'une information pré-législative. Sondages d'opinions, rapports d'enquêtes, tables rondes ... permettent de prendre le pouls du corps social, d'évaluer la loi (4). Tel fut le cas de la loi du 13 juillet 1965 sur les régimes matrimoniaux (5) de la loi du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce (6), de la loi du 10 janvier 1978 établissant une définition cadre des clauses abusives (7), les exemples pourraient être multipliés ... La sociologie juridique est ici d'un apport précieux dans sa fonction d'informatrice (8). Elle devient un auxiliaire idoine du travail législatif. "*Elle peut faire office de dispositif d'alarme quand un peuple ne se reconnaît plus dans ses lois*" (9). Assise sur la réalité du tissu social, la loi expérimentale organise donc sa propre évaluation et permet l'intégration structurelle de l'incertitude. Si la loi s'affirme par nature comme étant "*de droit transitoire*", elle peut, par une nouvelle forme de prudence, proposer plus que de disposer, organiser souplement des expériences. Le législateur doté d'un charisme législatif cédera la place à un législateur conscient de l'indétermination de l'évolution future de la situation qu'il veut régir (10). A l'anticipation de l'avenir de la loi que réalise l'effet

(1) J. Cabarello, Typologie du contentieux : de la justice formelle à l'ordre négocié, conférence de l'École Doctorale d'histoire, de sociologie et de philosophie du droit de Paris II, 17 févr. 1993, cité par M A Frison-Roche, Les difficultés méthodologiques op. et loc. cit. note précédente.

(2) F. Zénati, Le droit et l'économie au delà de Marx, in, Droit et Économie, Arch. Phil. Dt 1992 p. 121 et s. pour qui l'échange est le modèle juridique des opérations économiques.

(3) J. Carbonnier, Essais sur les lois op. cit. note 29 p. 249.

(4) A. Jeammaud et E. Serverin, Évaluer le droit, D. 1992 chron. p. 263 et s. ; A. Jeammaud, Les règles juridiques et l'action D. 1993 chron p. 207 et s. Adde les travaux du CERCERID, Rapport scientifique 1988-1992 ; v. également L. Mader, L'évaluation législative ... op. cit. note 22 spéc. p. 41 et s. ; Ch. A. Morand, Évaluation législative et lois expérimentales, sous la direction de J.-L. Bergel P.U.A.M. 1993 ; J. Cruet, La vie du droit ... op. cit. note 2, v. le dernier chapitre consacré à la loi expérimentale.

(5) Fr. Terré, La signification sociologique de la réforme des régimes matrimoniaux, l'année sociologique 1965, n° 16 p. 3 et s. ; Adde J. Carbonnier, Législation et quelques autres, Mél. R. Savatier, 1965 p. 142 et s.

(6) J. Carbonnier, La question du divorce, mémoire à consulter, D 1975 chron. p. 115 et s.

(7) J.-L. Bergel, Théorie générale du droit op. cit. note 53 p. 79.

(8) J. Carbonnier, La sociologie juridique et son emploi en législation, Rev. Acad. Sc. Morales et politiques, 1968 p. 91 et s. ; Fr. Terré, Esquisse d'une sociologie juridique de la commercialité ... op. cit. note 160 p. 11 et s.

(9) G. Cornu, Aperçu de la pensée juridique contemporaine, Annales de l'Université de Poitiers, 1959 p. 23 ; Adde G. Lebreton, Y a-t-il un progrès du droit ? Q.1991 p. 102.

(10) M.-A. Frison-Roche, Les difficultés méthodologiques... op. cit. note 62 p. 20. Rapp. J. Bonneau, Science du Droit et Romantisme, 1928, p. 59 qui en son temps avait déjà sur appeler de ses vœux la notion de loi expérimentale (cité par Ch. Jamin, obs. in Rev. Trim. Dr. Civ. 1994, p. 434).

pervers correspond la prévisibilité qui entre dans le jeu de la loi (1). La tâche devient aisée pour le législateur de contrecarrer ou de favoriser, selon son incidence, un mouvement qui se dessine. La méthode présente de nombreux avantages. Est-elle à l'abri de toute critique ?

81- Rien n'est parfait. *"La loi qui prétend tout connaître d'avance et parfaitement est une impossibilité rationnelle"* (2). La loi humaine ne peut être une loi parfaite (3). Et la règle expérimentale, guettée elle aussi par ses propres dérivés, n'échappe pas à cette loi d'airain. Elle permet d'arracher un consentement aux citoyens timorés, d'habituer progressivement les sujets de droit à une réalité à laquelle ils n'ont pas adhéré d'emblée (4). La loi expérimentale peut aussi être source d'insécurité ; elle accentue par ailleurs la pression du juge sur le législateur (5). Mais un gouvernant averti en vaut deux et la règle marquée du sceau de sa prudence en sera fortifiée d'autant.

82- L'avenir de la règle. N'est-ce-pas commettre un sacrilège en face du dogme laissé par les philosophes (6) et l'héritage Révolutionnaire (7) que d'envisager avec sérénité le caractère expérimental de la loi ? L'idéal serait de concilier élaboration scientifique des lois et empirisme législatif. Dans cette quête, la loi expérimentale peut ajouter sa pierre à l'édifice. Elle tend à réaliser la synthèse entre l'inné et l'acquis, elle peut aussi constituer un avenir pour la règle en voie de mutation. Pour suivre ce parcours semé d'embûches, un guide est irremplaçable, il s'agit, on l'a deviné, de la Doctrine. Une doctrine toujours enracinée dans un passé encore vivant mais déjà immergée dans un avenir plus que pressenti et qui pour le plus grand bien de la règle, annonce, dénonce inlassablement l'effet pervers des lois (8).

(1) La double étymologie du mot loi (Legare : lier et legere : lire) pourrait ici être évoquée. (cf. M. Bastit, La loi, Arch. phil. dt, 1990 p. 211 et s. et A. Magdelain, La loi à Rome, Histoire d'un concept, Paris, éd. Belles lettres, 1978 p. 86 "la lex a commencé par être du ius publié sous la forme d'une lecture solennelle par l'autorité compétente" et p. 21 c'est "par suite de la généralisation de l'affichage que le mot lex en est venu à ne plus désigner que le texte lui même plutôt que sa récitation". La loi pourrait être entendue aujourd'hui dans le sens de lecture, mais de lecture des faits sociaux.

(2) J. Carbonnier, Essais sur les lois op. cit. note 29 p. 291.

(3) Seule la loi divine est parfaite. Cf. Ps 18 "La loi du Seigneur est parfaite qui redonne vie". Adde Portalis, Disc. Préliminaire, in, Discours et Rapports sur le code civil, éd. par Biblio. de Phil. polit. et jurid., 1989, p. 4 et 5 "Les lois ne sont pas de pures actes de puissance, ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison ... Qu'il serait absurde de se livrer à des idées absolues de perfection dans des choses qui ne sont susceptibles que d'une bonté relative" ... Adde Y. Thomas, Sainteté des lois, Rev. droits 1993 p. 135 et s. ; A. Sériaux, Droit et loi dans la pensée d'Aristote et de Saint Thomas d'Aquin, Actes du V colloque de l'association française de Phil du droit, P.U.A.M., 1987 p. 77 et s. ; spéc. p. 89 ; S. Goyard-Fabre, Le droit est-il de ce monde ? Rev. droits 1986 p. 51 qui note "il est impossible de réaliser la constitution juridique parfaite".

(4) V. par exemple à propos de la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse les informations données par Ch. Byk, in, Bioéthique, chron. d'actualité, J.C.P. 1994,1, 3763 n° 2, rubrique avortement.

(5) G. Paisant, La jurisprudence de la Cour de Cassation et la question de la réforme de la loi sur le surendettement op. cit. note 90 p. 177. Sur les inconvénients de l'instrumentalisme juridique, V. B. Oppetit, L'expérience française de codification..., op. cit., note 162, p. 3.

(6) V. la conception du législateur et de la loi héritée de la philosophie des Lumières (in Rousseau, Du contrat social, livre II, chap. VII, Du législateur, collection la Pléiade, p. 381 et s. ; Montesquieu, L'esprit des lois, livre I, III). Adde, J.Cl. Bécane et M. Couderc, op. cit., note 56, p. 6 et s.

(7) J. Cl. Bécane et M. Couderc, op. cit. note 56 p. 13 et s.

(8) Des auteurs qui nous ont, précisément, permis de démasquer nombre d'effets pervers et à qui vont nos remerciements très chaleureux.

CONCLUSION

83- Clore un débat et en ouvrir un autre. *"L'ordre et le désordre du monde sont indissociables"* (1). Les lois produiront toujours des effets bénéfiques et des effets pervers. Le constat a ses vertus. Il atteste que si rien n'est jamais gagné, rien non plus, n'est jamais perdu.

84- Rien n'est jamais gagné. Le destin de la règle passe par la réponse de ceux auxquels elle s'adresse (2). Or, tout ce qui touche aux comportements humains est difficilement correctible (3). Le traitement de la maîtrise des effets pervers en subit la dure loi. Comment immuniser la société contre ses retombées néfastes ? A supposer que l'on trouve des anticorps adéquats à opposer aux antigènes, il restera toujours l'éternel grain de sable, l'étrangeté non conforme impossible à refouler.

Il est inconcevable, de surcroît, de définir une organisation optimale de l'interdépendance. Si bien qu'en éliminant les effets indésirables, on éliminera forcément peu ou prou les effets bénéfiques.

Enfin, prévoir scientifiquement la direction des rejets et des transferts provoqués par les effets pervers relève de la quadrature du cercle (4). Autant le dire, l'effet pervers est congénital aux sociétés civilisées, il est inévitable. Inévitable mais non irréversible, voila un bon remède contre la résignation.

85- Rien n'est jamais perdu. Soyons confiants dans l'avenir. Le droit vaut moins pour ce qu'il est que pour ce qu'il deviendra (5). Le temps révélateur de l'effet pervers peut aussi en être le correcteur, il vient à bout de tout. Et puis, trop de perfection nuit (6). L'homme juridique parfaitement modelé par le droit peut desservir l'homme naturel qui trouvera grand avantage à le fuir. Qui n'entend déjà le cri d'Antigone : il est beau de voir un homme désobéir à la loi.

Les effets pervers exhument, par ailleurs, les contradictions de la société. Sous leur influence celle-ci peut être amenée à changer. Il sera également salutaire pour la collectivité de laisser s'épanouir - à une cadence raisonnable il est vrai - certains effets pervers. Dans l'équilibre quasi introuvable des différents intérêts en présence, ceux-ci constitueront un contrepoids non négligeable, soupape de sécurité qui

(1) Fr. Terré, Droit de la faillite ou faillite du droit ? op. cit. note 15 p. 22.

(2) G. Cornu, Le visible et l'invisible op. cit. note 120 p. 28 ... "Le droit écrit ou créé de main d'homme est imparfait : mal répondant au mal, ce serait peut-être sévère ; remède faillible, ce n'est pas douteux".

(3) R. Beudant et P. Lerebourg-Pigeonnière, Cours de droit civil de ch. Beudant, 2^e éd. T XII par R. Rodière n° 221 (cités par P.Y. Gautier in Rev. Trim. Dr. Civ., 1992, p. 410) : "Les rédacteurs du code ont plus facilement modifié la législation qu'ils n'ont réformé les moeurs".

(4) Rappr. la démonstration ingénieuse mais radicalement fautive d'Hippocrate pour procéder à la quadrature du cercle in, la République op. cit. note 23, p. 446 et s, les mathématiques au temps de Platon (notes du livre VII).

(5) Fr. Terré, "La crise de la loi" op. cit. note 12 p. 28 : il y a dans les réformes législatives actuelles un "développement du caractère éducatif de la loi qui porte peut-être en lui l'espoir d'un retour à la sagesse grecque". Adde J. de Romilly, La loi dans la pensée grecque, éd. Les Belles Lettres, 1971 v. spéc. p. 227 et s. chap. IX, l'éducation par les lois ; Platon, Les lois, in, oeuvres complètes, la Pléiade, T. II, 1964, 624 à XII 969 - 625 à XII 969 p. 635 à 1131.

(6) J. Carbonnier, Flexible droit op. cit. note 12 p. 342 et les références citées. L'auteur montre par ailleurs que certaines maladies mentales sont causées par le droit. Un système trop parfait de réparation des accidents peut déterminer chez les victimes un délire raisonné, fondé sur l'idée fixe du droit à réparation, trouble qui a été décrit sous le nom de sinistrose et qui est bien connu des spécialistes des accidents du travail. Rappr. J. Cruet, La vie du droit... op. cit. note 2 p. 264 qui évoque les bienfaits liés à l'ignorance des lois : "si les citoyens connaissant toutes les lois s'appliquaient à en observer toutes les prescriptions... la vie sociale serait d'une effroyable complication".

permettra à la société en subissant de moindres maux d'en éviter parfois de plus grands.

Il y a aussi tout le bien qui peut naître du mal (1). Platon l'avait déjà entrevu et nous le montre dans la République. La guerre, conséquence d'un désir immodéré d'enrichissement devient par la suite un bien puisqu'elle est à l'origine de la classe des gardiens, chargée de maintenir l'ordre dans la cité (2). L'avènement du christianisme fera dire à Péguy quelques XXV siècles plus tard, "*bienheureuse faute qui nous valut un tel Sauveur*". Les méfaits permettent, en fin de compte d'atteindre une liberté supérieure (3). Telle est l'irréductible complexité de l'être. Mais tel est aussi son avantage ; car "*l'estre véritable, Montaigne le déclare, est le commencement d'une grande vertu*" (4).

86- **Entre vice et vertu** (5). Vivre avilit pourrait-on dire, en songeant qu'au fil du temps les institutions et les hommes ne répondent plus à leur mission originaires. Mais vivre ennoblit pourrait-on objecter en évoquant les progrès de l'humanité ainsi que ses plus belles conquêtes. Vivre avilit et ennoblit tout à la fois constate-t-on. C'est aussi la conclusion que nous inspire l'étude de l'effet pervers.

(1) Et tout le "mal" qui peut naître du "bien"... Les effets pervers l'attestent ! Sur la beauté du mal v. Baudelaire (projet de préface aux fleurs du mal, I) "Des poètes illustres s'étaient partagés depuis longtemps les provinces les plus fleuries du domaine poétique. Il m'a paru plaisant et d'autant plus agréable que la tâche était plus difficile d'extraire la beauté du mal"

(2) Platon, La République op. cit. note 23, livre II, 372 e - 374e. Du point de vue historique, il semble d'ailleurs que ce soit par la guerre que se forment les nations. (H. Bosanquet, A Companion to Plato's Republic for English readers, London, 4th imp. p. 85).

(3) Rappr. Saint Paul, 2^e Ep. Cor., 12, vers. n° 7 à 10 ... "Lorsque je suis faible, c'est alors que je suis fort".

(4) Cité par A. Gide, in préface aux Essais op. cit. note 1 p. 8.

(5) Rappr. G. Nicolau, L'équivoque entre vice et vertu (réflexion sur une approche fonctionnelle de l'équivoque) à paraître prochainement.

L'ÉVALUATION LÉGISLATIVE OU L'IRRÉSISTIBLE ASCENSION D'UN QUATRIÈME POUVOIR (*)

Par

Charles-Albert MORAND
Professeur à la Faculté de droit de Genève

Montesquieu aurait été fort étonné si on lui avait dit qu'il ne suffisait pas que les lois soient adoptées et exécutées, mais qu'il fallait encore en évaluer les effets. Pendant longtemps, les lois ont pris la forme de règles de juste conduite, chères à Hayek, seules susceptibles de produire un ordre spontané, un *kosmos* (1). La situation n'a vraiment changé qu'avec l'avènement de l'interventionnisme étatique. La loi a pris la forme de programmes finalisés, articulant des objectifs et des moyens (2), des plans de bataille pour lutter contre les maux de la société (*taxis*) en vue de produire un ordre construit. Aujourd'hui, les lois se présentent fréquemment sous la forme d'une liste de mesures mises au service d'objectifs. La loi générale et abstraite, valable pour un temps indéterminé, a fait place à la loi-mesure, qui ne vaut que par son adéquation aux objectifs visés. Dans ce nouveau contexte, les contrôles de régularité conférés au pouvoir judiciaire ne suffisent plus. S'en contenter correspondrait à une vision cynique du droit qu'expriment assez bien d'anciennes formules comme "*Summum jus, summa injuria* (3) ou "*Fiat justitia, pereat mundus*".

La raison de la loi et sa légitimité (4) résidant dans son aptitude à produire les résultats qu'elle promet d'atteindre, l'évaluation de ceux-ci devient indispensable. Et c'est pourquoi on assiste dans tous les pays à la naissance d'un quatrième pouvoir, à savoir l'apparition d'une nouvelle fonction qu'un ou plusieurs organes de l'État doivent exercer. C'est ce qu'a reconnu à juste titre le projet Vedel de révision de la Constitution française, lorsqu'il dispose à l'article 24 : "Le Parlement vote la loi. Il en évalue les résultats. Il contrôle l'action du Gouvernement".

Autant il pouvait paraître abusif de parler de quatrième pouvoir au sujet de la presse et des médias en général, puisque par définition il ne s'agit pas d'une fonction qui doit être exercée par l'État, autant l'évaluation apparaît bien comme une fonction étatique nouvelle, différente des fonctions législative, exécutive ou judiciaire. Cette nouvelle fonction, qui se développe dans tous les pays, comme on a pu le constater durant la Journée d'études, reste pourtant embryonnaire, mal assurée et largement problématique.

(*) Communication à la Journée d'études du 7 avril 1994 au Sénat.

(1) Hayek, 1973, I.

(2) Pour ce genre de lois, cf. C.-A. Morand, 1992, 76 ss.

(3) Voir en matière d'évaluation Costa 1993, 221, qui ajoute "*Summum jus, summa inefficacia*".

(4) Sur ce changement de légitimité, voir Chevallier 1993, 148 ss.

Le champ a été occupé par les sciences sociales et tout particulièrement par la science des politiques publiques. Les juristes, à quelques exceptions près (1), n'ont pas prévu la naissance de cette nouvelle fonction. Ils n'ont pas su discerner les problèmes juridiques que l'apparition de ce quatrième pouvoir pose, ni les implications qu'elle recèle pour le droit. Le retour du droit sur la scène de l'évaluation ne doit évidemment pas être conçue comme une guerre de tranchée pour la reconquête d'un territoire, mais dans un esprit de collaboration respectueuse de toutes les connaissances acquises par le développement de la science des politiques publiques. Dans cette perspective, on peut décrire le rôle de l'évaluation législative (I), la situer par rapport à l'évaluation des politiques publiques (II) et enfin examiner la compétence des divers organes de l'État pour y procéder (III).

I - DÉFINITION ET RÔLE DE L'ÉVALUATION

Elle s'inscrit dans un mouvement de rationalisation de la formation et de la mise en oeuvre des lois. Ce mouvement relativement récent est l'une des réponses qui a été donnée au constat d'échec des interventions étatiques.

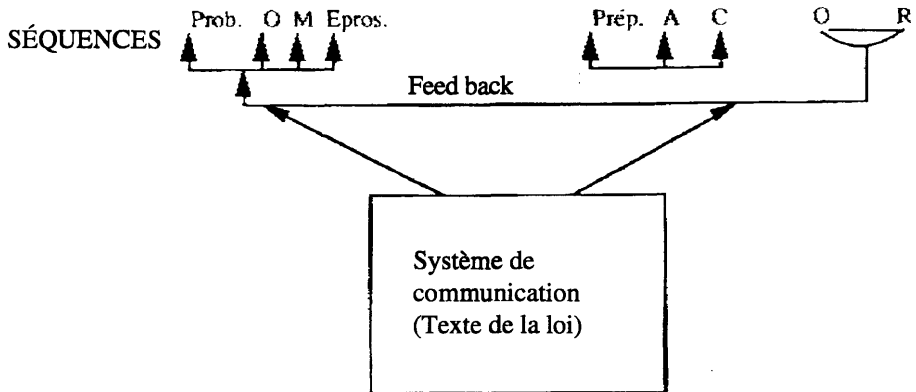
La discipline tendant à rationaliser la genèse et la mise en oeuvre des lois, la méthode législative, la légistique entendue au sens large (2), applique à la législation des connaissances et des analyses développées par différentes sciences de l'homme ; la sociologie, la science politique, l'économie, les sciences de la communication. Elle comporte deux branches principales : la légistique substantielle qui s'intéresse à la genèse et à l'impact des lois et la légistique formelle ou communicationnelle qui s'occupe de la transmission des messages linguistiques. C'est la première branche qui nous intéresse ici.

La légistique substantielle s'est tout particulièrement intéressée aux lois finalisées qui articulent des objectifs et des moyens. Elle s'est développée parallèlement et en symbiose avec la science des politiques publiques. Elle préconise un raisonnement méthodique à tous les stades du processus de formation et de mise en oeuvre des lois selon le modèle suivant :


(1) Voir en particulier Mader 1985, 114 ss.

(2) Le terme de légistique est celui qui convient le mieux pour décrire la science de la législation. Il a hélas été utilisé fréquemment pour décrire de manière étroite l'étude des questions liées à la rédaction des textes légaux, voir V. Viandier 1988. Certains pourtant l'utilisent de manière compréhensive. Voir Woehling 1983. Sur ces questions de terminologie, voir Mader 1985 et Chevallier, *supra*.

Phase du système matériel	Conception	Mise en forme	Mise en oeuvre	Évaluation rétrospective
---------------------------	------------	---------------	----------------	--------------------------



Abréviations :

Prob.	:	analyse du problème
O	:	analyse des objectifs
M	:	analyse des moyens
Epros.	:	Evaluation prospective
Prép	:	préparation de la mise en oeuvre
A	:	application
C	:	contrôle
	:	rapport entre les objectifs et les résultats produits

Il s'agit d'un modèle qui n'est pas purement chronologique. Chaque phase rétroagit sur les autres. Il s'agit d'un modèle non linéaire, itératif, cybernétique, qui saisit la loi de manière dynamique en tenant compte des transformations qu'elle subit au cours de son application et de sa mise en oeuvre.

Dans ce vaste processus, les phases qui nous intéressent sont l'évaluation prospective et l'évaluation rétrospective (1). Si ces phases peuvent être distinguées conceptuellement, elles ont tendance à s'interpénétrer dans la mesure où l'évaluation rétrospective d'une loi existante sert de base à l'évaluation prospective d'une révision législative et dans la mesure où l'évaluation *ex ante* sert de cadre de référence à l'évaluation *ex post* (2). La distinction s'efface plus complètement si l'évaluation est conçue comme un processus continu engrangeant grâce aux systèmes- experts de manière permanente les données sur l'impact de la loi et sur les modifications qu'elle subit.

(1) Sur les divers types d'évaluation dans le temps, cf. Ageval 1991, 23 ss.

(2) Voir Chelimski 1993, 659, 60.

L'évaluation législative (1) se distingue de l'évaluation spontanée et impressionniste des effets, ainsi que des diverses autres formes de contrôles étatiques par le fait :

1) qu'elle vise à saisir *de façon complète* les effets les plus significatifs des lois (le terme "effets" devant être précisé plus loin) ;

2) qu'elle doit être *systématique*, la plus objective possible et fondée sur des raisonnements reproductibles ;

3) qu'elle recourt à des *méthodes scientifiques d'analyse*, tout particulièrement celles utilisées par les sciences de l'homme.

L'évaluation législative se distingue ainsi des types de contrôles suivants :

1) *Les contrôles juridictionnels de conformité* ;

2) *Les autres contrôles de conformité* exercés par les instances non juridictionnelles, comme la Cour des comptes ;

3) *Les contrôles portant sur la qualité de la communication législative* (grammaire, syntaxe, clarté des textes, etc.) ;

4) *Les contrôles politiques* et en particulier le contrôle parlementaire ;

5) *Les contrôles de type corporatiste* exercés par les groupes particulièrement intéressés par l'impact d'une législation, du type contrôle du suivi d'une loi.

Cette distinction faite, il ne faut pas méconnaître les imbrications de diverses formes d'évaluation et de contrôle ainsi que l'articulation qui doit exister entre eux.

Un premier type d'imbrication existe, lorsqu'un seul et même organe exerce plusieurs fonctions. Il en va ainsi, comme l'a indiqué Pierre Joxe, lorsque la Cour des comptes élargit son contrôle à l'évaluation législative (2). Il en va de même lorsque en Suisse la Commission de gestion, organe spécialisé du contrôle parlementaire, s'occupe aussi de l'évaluation législative (3). Il s'agit d'un phénomène classique de dédoublement fonctionnel.

Un deuxième genre d'imbrication se produit, lorsque le droit prescrit l'évaluation des effets d'une loi. Cette exigence peut être prévue expressément dans une clause d'évaluation ou de manière plus générale (4). Elle est impliquée lors de l'adoption de lois expérimentales (5). Cette implication a été bien mise en évidence par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 28 juillet 1993 concernant la loi autorisant les Universités à s'organiser de manière autonome. Le Conseil accepte que des expérimentations soient faites à ce sujet et que le Parlement déroge provisoirement au principe de l'égalité devant le service public à condition de "définir la nature et la portée de ces expérimentations, les cas dans lesquels celles-ci peuvent être entreprises, les conditions et procédures selon lesquelles elles doivent faire l'objet d'une évaluation conduisant à leur maintien, à leur modification, à leur généralisation ou à leur abandon (6).

L'évaluation des effets peut aussi être prescrite par le texte de la Constitution, ainsi qu'en témoigne le projet Vedel de révision de la Constitution. Elle peut aussi résulter d'exigences posées par une Cour constitutionnelle en vue de protéger les droits fondamentaux, comme cela est le cas en Allemagne (7). L'imbrication est alors forte, puisque la Cour contrôle le respect de ces exigences. Les données scientifiques qui doivent être dégagées dans ce type très particulier d'évaluation législative servent de base à l'élaboration de la mineure du raisonnement constitutionnel portant sur le respect des libertés.

(1) Sur les caractéristiques de l'évaluation législative, Ageval 1991, 15 ; Mader 1985, 41 ss.

(2) Cf. *infra*.

(3) Voir Mader, *infra*.

(4) Pour plusieurs exemples en droit suisse, Morand 1993, 82 ss. ; en droit français, Chevallier, *infra*.

(5) Voir Chevallier 1993, 121.

(6) Voir *Le Monde* 30 juillet 1997, 7.

(7) Voir Höland, *infra*.

L'évaluation législative peut aussi être articulée avec d'autres formes de contrôles. Elle peut fournir des données utiles à l'exercice du contrôle parlementaire. Elle peut prendre en considération les points de vue d'un Comité du suivi, de caractère corporatiste, qui s'exprime sur l'acceptabilité d'une loi par un groupe cible particulièrement intéressé. Le degré de résistance à l'application d'un texte légal joue évidemment un rôle dans l'appréciation des effets produits par une loi. Inversement, l'évaluation législative peut influencer l'analyse d'un Comité de suivi.

D'une manière plus générale, l'évaluation législative pose le problème de l'articulation des fonctions entre la politique, la science et les groupes d'intérêt (1). Elle ne consiste nullement à faire de la loi, comme le pensait Auguste Comte, une production scientifique. L'évaluation législative doit éclairer les choix des politiques. Ceux-ci doivent conserver la maîtrise du processus d'évaluation tout en ménageant aux scientifiques la sphère d'autonomie nécessaire à l'exercice de leur fonction. L'évaluation législative, en raison de la distance qu'elle établit par rapport à l'analyse des problèmes et des solutions qui peuvent leur être données, permet ainsi non seulement d'éclairer les choix des politiques, mais aussi de dépasser les points de vue corporatistes trop étroits. L'amélioration de la rationalité et de la transparence de la législation constitue ainsi un saut qualitatif dans le processus de perfectionnement de la démocratie (2) dans la tradition de la recherche des conditions de la "bonne délibération" chère à Aristote.

Les motifs qui ont conduit au développement de l'évaluation législative ne peuvent qu'être évoqués ici. On peut citer :

1. LE SOUCI D'ASSURER L'EFFECTIVITÉ DES LOIS ET DE FREINER LA CROISSANCE DES TEXTES

A l'exception de quelques grands codes, les lois ne sont plus conçues comme formant un cadre stable et permanent d'obligations permettant de générer à l'infini des décisions toujours semblables. Elles visent à produire des effets précis sur des systèmes autonomes (économie, science, éducation, culture, etc.). Or, ces systèmes résistent de manière diabolique aux incitations et aux ordres légaux. L'usage de la contrainte ou la distribution d'avantages en vue de produire des effets sont en cas d'insuccès fortement délégitimés. Ils génèrent des inégalités et des restrictions injustifiées à la liberté.

La première réaction a consisté à produire toujours plus de droit pour s'adapter à une réalité changeante et aux stratégies de fuite ou de résistance. Avec des résultats tout aussi décevants. C'est le phénomène bien connu de l'inflation législative. L'évaluation législative représente un changement radical de direction. Il s'agit, au lieu de produire du même droit en quantité croissante avec un insuccès grandissant, de produire moins de droit, mais de meilleure qualité.

L'évaluation *ex ante* vise à maximiser les chances de réussite des interventions étatiques en analysant soigneusement les systèmes d'action envisagés. Elle tente de calculer les chances de succès de l'intervention, les résistances qui risquent de se développer, les raisons pour lesquelles des effets peuvent rester inutilisés ou provoquer des déplacements d'objectifs. Elle permet de comparer les avantages respectifs de l'intervention et de l'inaction.

L'évaluation *ex post* peut servir de son côté à mettre fin à une politique qui se révèle néfaste ou de corriger en connaissance de cause une réglementation qui n'atteint pas les objectifs visés. Elle évite de conserver des textes inutiles ou de procéder à des

(1) Pour plus de détails au sujet de cette articulation, voir Morand 1993, 107 ss.

(2) Voir à ce sujet Mader 1985, 175.

corrections désordonnées de ceux-ci. Elle permet, comme le montre l'exemple des États-Unis, de supprimer des dépenses inutiles ou ne servant pas à la réalisation des objectifs visés (1).

2. LE SOUCI DE CHOISIR DES INSTRUMENTS D'ACTION PLUS ADÉQUATS

L'échec relatif des législations autoritaires conduit à chercher des modes d'action plus souples, mais plus performants. L'inefficacité du droit autoritaire s'explique par la difficulté qu'il a à parcourir les diverses instances dans lesquelles il est filtré et recodé : le système social dans son ensemble, le sous-système particulier sur lequel il prétend agir (économie, science, culture, etc.) et enfin la personne à laquelle s'adresse ses commandements (2). La conception autopoïétique du droit développée par Luhmann (3), Willke (4), Teubner (5) montre l'impossibilité pour un système complètement clos, comme le droit, d'agir directement sur un autre système comme l'économie, système tout aussi fermé sur lui-même. Les auteurs proposent de renoncer aux programmes finalisés, articulant des objectifs et des instruments et de développer des programmes rationnels (6), un droit réflexif (7) "qui laisserait intacte l'autonomie des sous-systèmes sociaux, tout en les orientant vers une certaine direction, dans laquelle ils pourraient respecter réciproquement leurs conditions de fonctionnement respectives" (8). Parmi les moyens caractéristiques d'un tel droit, on peut citer en vrac les instruments économiques comme les taxes d'orientation ou les bons de pollution, les lois qui ménagent des solutions optionnelles assorties éventuellement d'avantages pour ceux qui choisissent la direction souhaitée (9), la mise en place de procédures facilitant une action concertée avec les organisations sociales concernées et entre celles-ci (10) (négociations collectives, cogestion, etc.).

L'évaluation législative ne se cantonne ainsi pas dans un constat désespérant sur l'échec des politiques publiques volontaristes, sur la distance entre le droit tel qu'il est écrit et le droit en action. Elle peut déboucher sur des stratégies d'action plus réalistes, qui impliquent à leur tour des techniques d'évaluation plus subtiles. Il s'agit, si le droit réflexif se développe, de substituer aux explications simples de cause à effets, d'avant/après, d'input/output des analyses plus fines, prenant en cause la complexité des relations intersystémiques.

3. LA RÉDUCTION DE L'INCERTITUDE

Les lois interventionnistes, articulant des objectifs et des moyens et cherchant à influencer des systèmes sociaux autonomes, génèrent structurellement une incertitude sur les effets produits. Le risque de ne pas atteindre les objectifs ou de produire des effets imprévus peut provenir de l'inadéquation des moyens aux objectifs ou de l'utilisation qui est faite des normes juridiques par les acteurs sociaux durant les trois étapes citées plus haut où elles sont filtrées et recodées. L'évaluation *ex ante* a pour fonction de mieux prévoir les effets en tentant de tester les dispositifs mis en place et

(1) Voir Chelimski, *infra*.

(2) Voir Teubner 1993, 116 citant Podgorecki 1967, 271.

(3) Parmi une ample littérature voir Luhmann 1972, 1985 a, 1985 b, 1986 a, 1986 b, 1987.

(4) Willke 1983, 1986, 1991 a, 1991 b.

(5) Teubner 1987 a, 1987 b, 1989, 1992, 1993.

(6) Sur ce concept, voir Willke 1991, 65 ss.

(7) Teubner 1993, 101 ss.

(8) Blanke 1988, 200 et Teubner 1993, 153.

(9) Voir Teubner 1992, 148 ss.

(10) Voir Teubner 1993, 250 ss. ; Willke 1991, 88 ss.

en essayant d'analyser les voies de pénétration des normes envisagées. L'évaluation *ex post*, qu'elle soit liée à l'adoption d'une loi expérimentale ou non, vise de son côté à mettre fin à l'incertitude existant sur les effets produits.

L'évaluation est particulièrement importante d'un point de vue juridique, lorsqu'il y a une incertitude sur les effets qu'une loi peut produire sur l'exercice des droits fondamentaux ou sur le respect de principes essentiels comme celui de la proportionnalité. La Cour constitutionnelle allemande a considéré que le Parlement pouvait légiférer même lorsque le respect de ces droits ou principes est incertain, à condition que la loi soit évaluée à intervalles réguliers et corrigée en fonction des constatations faites (1).

Le développement de l'évaluation a pour conséquence paradoxale de diminuer, comme le souligne Chevallier, la sécurité du droit (2). D'une part, parce qu'elle favorise la mutabilité interne du droit qui est importante en cas de législations finalisées. Celles-ci confèrent en effet un large pouvoir d'appréciation de l'administration et contiennent des normes à texture très ouverte. D'autre part, parce qu'elle favorise la révision fréquente des lois. Ces deux phénomènes font que le droit est perçu comme transitoire, mobile, incertain, voire aléatoire (3). L'accroissement des certitudes sociales que l'on peut obtenir grâce à une analyse des effets des lois se paye ainsi par une instabilité juridique et une diminution de la prévisibilité du droit.

4. L'IDÉE DE FAVORISER L'APPRENTISSAGE

Les lois expérimentales et celles qui, sans avoir strictement ce caractère contiennent des clauses d'évaluation, permettent d'acquérir une meilleure connaissance d'un domaine d'intervention et d'établir un consensus progressif autour d'une réforme contestée (4). En prévoyant d'emblée que la loi sera évaluée, on dédramatise les enjeux et on tente de surmonter les oppositions. À côté de ces considérations stratégiques, la loi conçue de cette façon permet à l'administration d'acquérir une meilleure connaissance du domaine d'intervention, d'affiner les instruments d'action de façon à assurer la meilleure adéquation possible à la réalité sociale. À côté de l'évaluation ponctuelle se développe au sein de l'administration un processus d'évaluation continu, par lequel le dispositif de la loi est affiné dans un processus incrémental d'essais et d'erreurs (5), permettant de coller progressivement à la complexité du social, très mal connu au départ.

II - ÉVALUATION LÉGISLATIVE ET ÉVALUATION DES POLITIQUES PUBLIQUES

Dans la mesure où les pouvoirs publics cherchent à agir sur la société pour l'orienter, il est à la fois utile et logique de tenter d'apprécier les effets de cette action ou de faire des prévisions au sujet des effets qui pourraient être produits. Conceptuellement, l'évaluation des politiques publiques n'est pas problématique, même si l'utilité de certaines évaluations peut être discutée. Il n'en va pas de même de l'évaluation législative. Dans la mesure où la loi est conçue de plus en plus souvent comme l'un des instruments multiples qui sont mis au service d'une politique publique (6), il est douteux qu'il ait un intérêt à isoler l'un de ces instruments pour

(1) Sur cette jurisprudence, voir Höland, *infra* ; Morand 1988, 391 ; 1993, 96 ss.

(2) Cf. Chevallier, *supra*.

(3) Voir C.-A. Morand 1988, 542-543 ; Holleaux 1976, 7 ss. ; Chevallier, *supra*.

(4) Hoffmann-Riem 1993, 18 ss. ; Chevallier, *supra*.

(5) Sur ce cheminement, cf. Morand 1988, 534 ; Chevallier, *infra* ; Höland, *infra*.

(6) Voir à ce sujet Morand 1992, 78 ss.

en faire un objet d'analyse. Pire, cette manière de procéder risque, en isolant un des éléments d'un tout, de déformer l'étude scientifique des effets d'une politique publique.

L'évaluation législative semble aujourd'hui supplantée par l'évaluation des politiques publiques. Il se justifie pourtant de lui maintenir un champ propre pour les raisons suivantes :

1. LA LOI FORMELLE COMME SOURCE DE LÉGITIMITÉ DE TOUTE LES ACTIONS PUBLIQUES

Dans un État de droit, toute mesure étatique, qu'elle implique l'utilisation de la contrainte ou qu'elle provoque des dépenses, doit trouver son fondement ultime dans une loi formelle. En Suisse, cette exigence a été rappelée avec constance par le Tribunal fédéral, qui exige que toute mesure étatique, qu'elle ressortisse à l'administration restrictive ou à l'administration de promotion, trouve son fondement dans une loi formelle (1), les exigences de légalité pouvant être plus rigoureuses, lorsque les pouvoirs publics restreignent la liberté ou prélèvent des contributions publiques. Mais le principe demeure. Même lorsque l'État subventionne ou fait de l'information, il doit démontrer que cette action trouve un fondement suffisant dans une loi formelle ou au moins dans un acte budgétaire adopté par le Parlement. La loi est ainsi le fondement de validité ultime de tous les moyens mis au service de la réalisation des objectifs qu'elle se propose d'atteindre. Il y a dès lors une différence nette entre le point de vue interne, qui est celui du droit, de l'évaluation législative et le point de vue externe de l'analyse de politiques publiques. Du point de vue interne, la loi formelle est le pôle fondateur de toutes les actions publiques entreprises. Du point de vue externe, elle n'est qu'un instrument parmi d'autres mis au service de la réalisation d'une politique publique.

La prise en compte du phénomène juridique force l'évaluateur à distinguer clairement la réalisation des objectifs fixés impérativement par la loi - même si une reconstitution de ceux-ci doit être faite par le chercheur - d'autres objectifs politiques qui ne doivent pas être obligatoirement réalisés : programmes des partis politiques, déclaration d'intention du Gouvernement qui peuvent être modifiés du jour au lendemain et sans formalité. Cela ne signifie pas qu'il soit illégitime de tenter d'évaluer la réalisation d'objectifs politiques dépourvus de force obligatoire, comme par exemple l'objectif réaffirmé avec constance par les Gouvernements français successifs d'amener 80% des jeunes au baccalauréat. Mais l'évaluateur doit pouvoir faire la différence entre ce type d'objectifs et ceux vers lesquels il faut tendre impérativement parce que la loi le prévoit.

Cela ne signifie pas non plus que seule la loi formelle puisse faire l'objet d'une évaluation. Des mesures gouvernementales basées sur une loi, mais faisant l'objet d'un décret, peuvent fort bien être évaluées. En disant que la loi constitue le point central de l'évaluation, on ne veut pas dire qu'elle doive être isolée de mesures d'application et de mise en oeuvre qui sont prises par le Gouvernement et l'administration. Ce serait ignorer que la loi est un processus dynamique, qui implique l'adoption d'un nombre incalculable de décisions, qu'elle constitue un système d'action qui implique des accommodements locaux et des adaptations à des circonstances changeantes. La loi est une scène qui fixe des repères, mais c'est le spectacle dans son ensemble qui doit être apprécié.

(1) Voir Morand, 1989, 142.

2. LA LOI FORMELLE COMME SOURCE DE COHÉRENCE DES POLITIQUES PUBLIQUES

La loi formelle n'est pas seulement la source de légitimité de toutes les actions étatiques qui sont développées pour la mettre en oeuvre, elle assure aussi l'unité de ces actions. La loi est tout d'abord le lieu central où peut s'opérer une articulation plus ou moins harmonieuse des objectifs d'une politique publique et des instruments prévus pour les atteindre. L'exigence d'une base légale formelle pour toutes les actions que l'État entreprend assure une certaine cohérence aux politiques publiques. Par ailleurs, la loi formelle constitue le point de référence central à partir duquel il sera possible de juger la validité des actes étatiques qui seront adoptés pour assurer sa mise en oeuvre. On sait que les lois interventionnistes ménagent à l'administration un très large pouvoir d'appréciation pour adapter la loi à des circonstances changeantes et à des situations locales. Mais la dérive du sens que peuvent provoquer ces adaptations a des limites, qui sont tracées par la loi. Ces actes ne doivent pas contrevenir à des normes précises : elles doivent aussi se tenir à l'intérieur des objectifs tracés par la loi. Cela ne veut pas dire que l'ordre juridique sera capable de réagir à toute dérive de l'action. Il se peut qu'aucun recours ne soit engagé pour s'opposer à des actions qui contreviennent à la loi. Il se peut aussi que des pratiques se maintiennent alors même qu'elles ont été jugées illégales (1). La capacité limitée d'un système juridique à maintenir son unité et sa cohérence ne doit pas surprendre. Comme nous le verrons par la suite, le droit n'est contrairement aux machines triviales, pas un automate.

Grâce à l'octroi d'un large pouvoir d'appréciation et l'utilisation de notions indéterminées, la loi laisse fréquemment aux instances de mise en oeuvre la faculté d'adapter son dispositif et d'expérimenter des solutions. La faible densité normative des lois formelles initiales, qui permet une croissance désordonnée des orientations au niveau de la mise en oeuvre, s'explique par le fait que le législateur n'a qu'une connaissance très imparfaite de la réalité sociale sur laquelle il agit. Cette faible densité normative n'est tolérable que dans certaines limites. Le législateur a ainsi l'obligation de réviser les lois afin de renforcer leur densité normative, au fur et à mesure que la réalité sociale est mieux connue (2). Le déficit de légalité qui est inhérent aux lois interventionnistes n'est que provisoire et il appartient à la juridiction constitutionnelle, lorsqu'elle peut être saisie, d'exiger cette révision des lois. L'évaluation législative rétrospective déploie dans ce cadre sa fonction propre, distincte de l'évaluation des politiques publiques. Elle fournit au législateur les connaissances de la réalité sociale qui lui permettent de renforcer la densité normative des lois, la remontée au niveau de celles-ci des normes les plus importantes aperçues en pratique dans le cadre de la mise en oeuvre. Cette occasion qui est fournie au législateur de donner chair à une loi qui est souvent squelettique au départ doit servir en même temps à refaire l'unité de la loi et à lui redonner une cohérence perdue dans la phase de mise en oeuvre (3).

(1) Pour un excellent exemple d'une pratique jugée illégale par le Conseil d'État en matière de contrats de branches et maintenue malgré tout, voir Lascoumes 1991, 223 ss.

(2) Sur cette obligation, cf. Morand 1989.

(3) Dans cet esprit, voir en France l'expérience française de la codification. La loi du 10 mai 1948 instituant la "Commission chargée d'étudier la codification et la simplification des textes législatifs et réglementaires" prévoyait que cette Commission avait pour tâche de "faciliter les réformes, les simplifications et la cohérence de l'action publique". La Commission supérieure de codification créée en 1989 a pour tâche, de relancer le mouvement et comporte un programme ambitieux. Voir Braibant 1993.

3. LA LOI FORMELLE, REPÈRE NÉCESSAIRE À LA PRISE EN COMPTE DE LA DIMENSION JURIDIQUE DES POLITIQUES PUBLIQUES

L'évaluation des politiques publiques projette un regard purement externe sur le droit. Celui-ci n'est qu'un élément parmi d'autres d'un système d'action dont les résultats peuvent être appréciés scientifiquement. Cette vision du droit correspond à certains courants scientifiants de la pensée juridique. Au matérialisme historique qui considère le droit comme une simple superstructure qui s'explique en dernière instance - on remarque au passage le recours à une référence juridique - par les rapports de production d'une formation sociale. A d'autres conceptions scientistes qui par exemple caractérisent le droit comme "une réalité sociale empirique complexe comprenant des entités linguistiques et extra-linguistiques, y compris des phénomènes psychiques et de comportement" (1).

Cette vision purement externe ignore tout d'abord que le droit n'est pas une science, qu'il ressortit à l'éthique, au devoir-être et qu'il ne produit d'effets sur la réalité sociale qu'à la suite d'une série d'opération qui se déroulent dans l'axe légal/illégal, du conforme/non conforme et non comme la science dans celui du vrai ou du faux.

Dans l'approche des politiques publiques, le droit risque d'être pris pour un automate, soit "une machine mue en fonction d'un mécanisme intérieur de nature physique, dont l'activité serait ainsi programmée, pré-réglée, à l'instar de celles fabriquées par l'homme" (2). Une telle vision du droit est déformante, parce qu'elle ne tient pas compte du fonctionnement interne des règles de comportement ressortissant au sens large à l'éthique. Elle ignore le fait que le droit ne produit que très indirectement des effets sur la réalité sociale, à savoir sur le comportement des hommes et que ces effets risquent d'être différents selon les modes avec lesquels le droit opère (commandements, recommandations, octroi d'avantages).

La conception psychologisante et sociologisante du droit risque de ne pas tenir suffisamment compte de marges de liberté que la loi offre à l'individu (3) et, comme on le remarque de plus en plus, à l'autorité elle-même (4). L'appréciation des effets d'une politique publique risque de tomber à faux, si elle ne prend pas en considération la manière particulière avec laquelle le droit opère, les chemins tortueux qui précèdent l'apparition d'effets sur la réalité sociale.

Pour analyser les changements de comportements qui peuvent apparaître à la suite de l'adoption d'une loi, l'évaluation doit prendre en considération la logique de fonctionnement des lois, le passage à travers les différentes étapes où se manifeste la liberté des individus et la liberté tout aussi importante des pouvoirs publics. Aucune considération utile ne pourra être faite au sujet de soi-disant "effets d'une loi", si on n'analyse pas les différents stades auxquels la loi passe à travers la médiation des individus ou des autorités d'application.

Les changements de comportements seront très variables au fur et à mesure que se déroule le processus de concrétisation de la loi. Dans un premier stade, les effets varieront, selon que la loi est considérée par les tribunaux comme directement applicable ou non. Selon qu'une loi non directement applicable a été assortie ou non de décrets d'application et on sait notamment en France que cette étape peut durer des

(1) Voir Pattaro, 245 et la critique de Ost/Van de Kerchove 1991, 73 ss.

(2) Sur la critique de cette conception du droit comme automate, voir Amselek 1988, 77 ss.

(3) Amselek 1988.

(4) Sur la liberté dont l'administration doit disposer pour intervenir avec efficacité sur la réalité sociale, voir Moor 1988, 293 ss. et *passim*.

années (1). Mais la loi, même complétée, se heurtera plus ou moins fortement à la sphère d'autonomie des individus. A ce stade s'ouvrira pour l'évaluateur une analyse complexe pour discerner les comportements conformes spontanés et ceux qui ont été véritablement provoqués par la loi. Quant aux comportements déviants, leur analyse dépendra beaucoup de l'attitude des autorités de contrôle, qui à nouveau disposent d'un énorme pouvoir d'appréciation pour les réprimer ou les tolérer. En bref, le droit ouvre au cours de son déroulement une série de boîtes noires qui risquent de devenir la bête noire des évaluateurs. Boîtes noires qui, malgré les difficultés, doivent être prises en compte par les évaluateurs, sous peine de procéder à des analyses simplistes.

On voit qu'il est possible de concilier l'évaluation législative et l'évaluation des politiques publiques en adoptant une conception externe modérée du droit (2), basée sur ce que Max Weber appelle l'explication compréhensive (3). Il ne s'agit pas de passer dans une agitation effrénée de la scène au balcon (4), mais comme dans les sciences naturelles, de ne pas se borner à prendre en compte la structure externe des objets observés, mais aussi leur structure interne et si possible les relations qui existent entre elles.

4. LA LOI FORMELLE EN TANT QU'OBJET PARTICULIER D'ÉVALUATION

La validité d'une loi dépend dans diverses circonstances d'une évaluation législative spécifique, distincte de l'évaluation des politiques publiques. Une jurisprudence en plein développement prévoit que certains effets des lois, ceux qui portent atteinte à certaines valeurs consacrées par le droit, doivent faire l'objet d'une évaluation. Celle-ci devient alors un passage obligé dans le cadre du fonctionnement du contrôle de constitutionnalité.

Différents types d'évaluation peuvent être distingués en fonction des valeurs constitutionnelles qui doivent être respectées.

a. Le respect des libertés individuelles

A plusieurs reprises la Cour constitutionnelle allemande a été confrontée à la situation délicate de ne pas pouvoir déterminer avec certitude si une loi portait atteinte à des libertés. Il s'agissait par exemple de déterminer si une loi permettant la création de surgénérateurs était contraire au droit à la vie (5) ou si une loi sur la participation des travailleurs (*Mitbestimmung*) était problématique au regard de la garantie de la propriété (6). La Cour a considéré qu'il n'était pas possible de trancher avec certitude cette question, que tout dépendait des effets concrets que la loi pourrait produire. Elle a estimé que l'incertitude relative au respect des droits fondamentaux n'empêchait pas le Parlement de légiférer. A condition néanmoins de se livrer tout d'abord à une évaluation prospective des effets de la loi, puis de manière régulière à une évaluation rétrospective. Au vu des résultats de cette évaluation, le Parlement a, dit la Cour, l'obligation d'amender la loi et si elle ne le fait pas celle-ci pourra alors être déclarée inconstitutionnelle (7).

(1) Pour de très intéressantes statistiques, voir Maynial, *supra*.

(2) Sur cette conception, Ost/van de Kerchove 1991, 67 ss.

(3) Weber 1965, 328 et Ost/van de Kerchove 1991, 76.

(4) Sur cette objection, Arnaud 1986, 139-141.

(5) B *VerfGe* 49, 89 ss., *Kalkar*. Résumé dans *Juristische Wochenschrift* 1979, 359 ss.

(6) B *VerfG* 50, 290 ss. - *Mitbestimmung*. Résumé dans *Juristische Wochenschrift* 1979, 699 ss.

(7) Sur les obligations incombant au Parlement, voir Mader 1985, 164 ss. ; Morand 1993, 96 ss. ; Bryde 1993.

Cette jurisprudence confirmée à plusieurs reprises (1) a été affinée dans l'arrêt du 23 mai 1993 portant sur la dernière loi relative à l'interruption de grossesse adoptée à la suite de la réunification (2). La Cour donne des indications sur les méthodes de sciences sociales qui doivent être utilisées pour effectuer cette évaluation orientée vers le respect des libertés. Le Parlement ne doit pas se contenter d'exploiter les données existantes. Il doit réunir toutes les données nécessaires à l'évaluation des effets produits par la loi (3).

b. Le respect du principe d'égalité

Une loi parfaitement correcte au départ peut devenir inconstitutionnelle, parce que l'analyse des effets qu'elle produit fait apparaître des inégalités. Cette situation se présente, lorsqu'une catégorie de la population peut se soustraire à la loi, alors que d'autres ne le peuvent pas. Le cas d'école est la criminalisation de l'interruption de grossesse, qui affecte les seules femmes qui n'ont pas les moyens de se faire avorter à l'étranger. Des situations analogues se présentent dans tous les cas d'évasion fiscale ou autre. Elle existe aussi lorsque les conditions d'application d'une norme sont difficiles à établir et que cette difficulté crée des inégalités. La Cour constitutionnelle allemande a une fois de plus fait oeuvre de pionnier en statuant sur une législation imposant les revenus du capital (4) à laquelle de nombreuses personnes réussissaient à se soustraire. La Cour a considéré que les effets réels d'une telle législation devaient être évalués et que s'il apparaissait qu'une masse importante des revenus échappait à l'imposition, la loi devrait être amendée en conséquence, faute de quoi elle pourrait être considérée comme inconstitutionnelle.

De telles situations sont fréquentes dans tous les pays. Il serait judicieux que dans les situations douteuses les Cours constitutionnelles prescrivent une évaluation tant prospective que rétrospective et qu'elles prévoient que les lois doivent être révisées dans un délai raisonnable, si des inégalités de ce genre apparaissent.

c. Le respect du principe de proportionnalité

Pour être constitutionnelle, une loi doit au moins, lorsqu'elle restreint les droits fondamentaux, être proportionnelle. Deux sous-principes sont, sous une forme ou une autre, consacrés par tous les ordres juridiques libéraux, celui de l'aptitude et celui de la nécessité (5). Tous deux impliquent que le législateur se livre à une évaluation *ex ante* et à intervalles réguliers à une évaluation *ex post*. Si l'on constate *a posteriori* qu'une loi ne respecte plus ces sous-principes, celle-ci doit être révisée. Le respect effectif de ces exigences constitutionnelles dépend évidemment des possibilités de les évoquer auprès d'une juridiction constitutionnelle.

Le principe de l'aptitude exige qu'une loi soit apte à atteindre les objectifs qu'elle poursuit. Cette appréciation de l'aptitude implique que le Parlement se livre, le cas échéant, sous le contrôle du juge constitutionnel, à une évaluation prospective de l'efficacité de la loi, étant entendu que le législateur conserve un très large pouvoir d'appréciation pour choisir les remèdes qu'il veut apporter aux maux qu'il décèle dans la société. De même on peut, en appliquant par analogie la jurisprudence de la Cour

(1) Voir par exemple *BVerfG* 53, 30 ss. - *Mühlheim-Kärlich*, *BVerf* 56, 54 ss., *Fluglärm*.

(2) Voir Höland, *infra*.

(3) *Ibid.*

(4) Voir Höland, *infra*.

(5) Pour le droit suisse, Moor 1988, 351 ss. ; pour le droit français parmi une ample littérature, Costa 1993, 224 ss.

de Karlsruhe, exiger du Parlement qu'il réexamine les lois dont l'adéquation est douteuse, qu'il les évalue et les corrige en fonction des résultats de l'évaluation.

Le fait que divers organes étatiques ou même des chercheurs indépendants, évaluent les effets des lois risque aussi d'avoir des conséquences juridiques importantes. Lorsqu'une étude de ce genre montre, et cela est fréquent, que les mesures prévues par une loi ne produisent aucun effet, voire des effets néfastes, elle démontre que cette loi ne respecte pas les exigences de proportionnalité. Si une voie de droit est ouverte pour faire constater l'inconstitutionnalité de la loi, les travaux scientifiques d'évaluation constitueront la source de l'argumentaire du plaideur. De plus en plus, les tribunaux constitutionnels devront articuler leur raisonnement en se fondant sur les évaluations opérées par des chercheurs sur commande ou de leur propre initiative.

Le principe de la nécessité exige qu'entre plusieurs moyens qui s'offrent au législateur soit choisi celui qui, tout en atteignant le but visé, porte l'atteinte la moins grave aux intérêts privés. Cette étude de l'effet comparatif de divers instruments sur les intérêts privés implique lui aussi une étude comparative de l'efficacité des divers moyens envisageables. Cette étude aurait tout à gagner d'être élaborée sur la base de données établies scientifiquement. Comme précédemment, le contrôle du principe de nécessité implique une évaluation prospective et au cours de la vie de la loi des évaluations rétrospectives, si des doutes sérieux apparaissent à ce sujet.

Les tribunaux constitutionnels reconnaissent au législateur un très large pouvoir pour apprécier si une mesure apte à atteindre un objectif est bien nécessaire. Ils ne sont en particulier guère prêts à entrer en matière, si on prétend que de l'information, que la distribution de subventions ou l'adoption d'accords amiables auraient tout aussi bien réussi à obtenir le changement de comportements souhaités qu'une mesure contraignante. Cette réserve s'explique par la difficulté de comparer l'efficacité de ces divers instruments. Mais on ne peut pas exclure que si des méthodes fiables d'évaluation se développaient, le contrôle juridictionnel de constitutionnalité ou le cas échéant de légalité puisse être amélioré.

d. Le respect du principe de subsidiarité en droit communautaire

Consacré par l'article 3 B du Traité sur l'Union européenne, le respect de ce principe implique une évaluation prospective et rétrospective de l'efficacité de l'action communautaire par rapport à celle qui pourrait résulter de l'activité des États oeuvrant séparément (1). Sans cette exigence d'évaluation, on peut craindre que ce principe, dont on a tant parlé, restera lettre morte et pourra être rangée au rayon des législations symboliques.

Pour que le principe de subsidiarité exerce sa fonction protectrice, il faudrait que la Cour des Communautés applique celui de l'effet utile qu'elle a invoqué tant de fois au profit de l'élargissement des compétences communautaires. Pour que le principe de subsidiarité ait un effet utile, il faut que la Cour, à l'instar de la Cour constitutionnelle allemande, prescrive une évaluation *ex ante* comparative. Et qu'elle prévoie que les instances communautaires doivent à intervalle régulier s'assurer par une évaluation *ex post* que le principe est toujours respecté. Et qu'enfin les règlements communautaires soient révisés, si des études sérieuses montrent que l'action communautaire est moins efficace que si elle était réalisée par les États.

Ou voir que l'article 3 B du Traité de Maastricht pourrait ouvrir un champ considérable à l'évaluation législative spécifique. La Cour pourrait, semble-t-il, parfaitement être saisie de la question, si un justiciable, disposant d'une évaluation, démontrait qu'un règlement communautaire est inefficace ou produit des effets pervers

(1) Cf. Morand 1993, 100 ss.

tels qu'on pourrait en déduire qu'il vaudrait mieux que les États s'occupent du problème. Elle devrait, statuant à titre préjudiciel sur l'interprétation de l'article 3 B, dire quelles sont les conséquences que les juridictions et les organes communautaires doivent tirer de ce type de constatations.

5. EN RÉSUMÉ

L'évaluation législative dispose d'un champ propre, distinct de celui qui couvre l'évaluation des politiques publiques, lorsqu'elle sert à s'assurer du respect de certaines valeurs consacrées par le droit. On peut penser que ce champ encore mal balisé hors d'Allemagne connaîtra de grands développements à l'avenir. Mais même en dehors de ces situations particulières, l'évaluation législative couvre un domaine autonome dans la mesure où la loi est la source dernière de légitimité des politiques publiques, qu'elle est le lieu central où la cohérence de celles-ci peut être assurée. Cette prise en compte permet de porter de l'extérieur un jugement scientifique sur le droit, tout en respectant la structure interne de celui-ci.

III - LA COMPÉTENCE DE DÉCIDER DE PROCÉDER À UNE ÉVALUATION

Il s'agit de déterminer qui est compétent pour prendre la décision d'évaluer les effets d'une loi ou d'une politique publique. Une autre question moins délicate, et que nous n'aborderons pas ici, est de savoir si l'évaluation doit être réalisée par un service administratif ou par des tiers.

La question constitutionnelle de la répartition de la compétence d'évaluer n'a quasiment jamais été abordée dans la doctrine (1). En pratique, divers organes s'en occupent dans le plus joyeux désordre. Comme on se trouve dans la plupart de pays dans une phase expérimentale, cela n'a guère d'importance. La question ne manquera pourtant pas de se poser, si l'évaluation se développe.

La répartition verticale des compétences entre les différentes collectivités publiques ne semble, à première vue, pas poser d'importants problèmes. Chaque collectivité, qui dispose au plan supranational ou local de compétences propres, a aussi celle d'évaluer les résultats de son action. L'Union européenne a la compétence d'évaluer les effets des actes communautaires. Les collectivités locales sont compétentes pour évaluer le résultat des actions qu'elles mènent à ce niveau avec un certain degré d'autonomie. Des doutes peuvent surgir en ce qui concerne l'évaluation des tâches qui sont de pure exécution.

Nous nous bornerons par la suite à analyser *la répartition des compétences entre les instances nationales*. Nous nous limiterons aussi à tracer les grandes lignes de la répartition des compétences, telles qu'elles semblent se dessiner dans la plupart des pays démocratiques. La répartition fine dépendra des traditions constitutionnelles de chaque État et tout particulièrement de la répartition des fonctions que la Constitution établit entre le Parlement et le Gouvernement.

Dans la mesure où la Constitution ne se prononce pas expressément sur la compétence d'évaluer, nous nous référerons aux grands principes constitutionnels qui peuvent guider cette répartition. Remarquons d'emblée que le principe de séparation des pouvoirs ne fournit guère d'indications (2). L'évaluation législative n'est ni une fonction législative ni une fonction exécutive. Elle ne peut par ailleurs pas être répartie selon la ligne de partage qui existe en matière législative. La distinction qui

(1) Pour un travail de pionnier, cf. Mader 1985, 138 ss.

(2) Mader 1985, 138.

peut être faite entre la préparation, l'adoption et l'exécution des lois ne peut en particulier pas être transposée par analogie à l'évaluation.

La compétence d'évaluation peut tout d'abord être déduite, conformément à la théorie des pouvoirs implicites, d'une autre fonction, par exemple de celle d'adopter les lois, de les préparer ou de contrôler le Gouvernement et/ou l'administration. Cette répartition des compétences a une influence sur le contenu de l'évaluation. Son ampleur sera plutôt restreinte si elle prolonge la fonction de contrôle, plutôt large si elle se greffe sur la fonction législative. Nous traiterons successivement de la compétence du Parlement, du Gouvernement et brièvement d'autres organes de l'État.

1. LE PARLEMENT

Il faut distinguer la question de la compétence du Parlement de celle de l'instance parlementaire qui doit procéder à une évaluation.

a. La compétence du Parlement

La compétence du Parlement doit être reconnue dans trois situations : Tout d'abord, lorsqu'il doit procéder à une évaluation pour respecter une obligation constitutionnelle. Ensuite, lorsque l'évaluation est étroitement liée au contrôle parlementaire. Enfin, lorsqu'elle lui permet de remplir le rôle qui lui est attribué par la Constitution d'assurer la cohérence des politiques publiques.

1°. La compétence résultant de l'obligation d'évaluer

Lorsque, comme l'a reconnu la Cour constitutionnelle allemande, le Parlement doit évaluer les effets d'une loi en vue de respecter des droits ou des principes constitutionnels, il a évidemment aussi la compétence de le faire. La compétence est exclusive, mais nous le verrons par la suite, son exercice peut être délégué.

2°. La compétence liée au contrôle parlementaire

La compétence d'évaluer peut se greffer sur le contrôle parlementaire exercé sur le Gouvernement et/ou l'administration, tel qu'il est pratiqué en Suisse par le truchement des Commissions de gestion (1) et en France des Commissions de contrôle (2). L'examen porte au premier chef sur la régularité de la gestion des services publics. Mais il peut parfaitement s'élargir et porter sur la manière avec laquelle les lois sont mises en oeuvre et sur le degré de réalisation de leurs objectifs.

Les évaluations, greffées sur le contrôle de gestion, présentent cependant un inconvénient. Elles ne permettent pas d'opérer une évaluation complète, car elles sont centrées sur le rôle de l'administration dans la réalisation des objectifs. Par nature, elles ne prennent pas en considération les facteurs sociétaux jouant un rôle dans la réalisation des objectifs. Elles ne rendent pas non plus suffisamment compte du point de vue des publics-cibles affectés par les lois. Il faut dès lors se rendre compte qu'en greffant l'évaluation sur le contrôle on introduit un biais qui la dénature (3).

(1) En Suisse, on a créé en 1990 un organe parlementaire de contrôle, qui est habilité, sur mandat particulier des Commissions de gestion, d'examiner le rendement et l'efficacité de l'action administrative [(article 47 sexies de la loi sur les rapports entre les Conseils (LRC)].

(2) Sur les commissions de contrôle, voir Gicquel 1987, 764-765 ; sur la tendance de ces commissions à élargir leur fonction de contrôle à l'évaluation, voir Chevallier, *supra*.

(3) Voir Morand 1993, 107.

3°. *La compétence liée au rôle particulier du Parlement*

Le Parlement a une compétence particulière pour évaluer l'ensemble des effets d'une loi. Cette compétence se déduit du fait que le Parlement est, comme nous l'avons vu, la source dernière de la légitimité de toutes les actions de l'État et qu'il a la responsabilité particulière d'en assurer la cohérence. Dans le cadre de l'exercice de cette fonction, il ne doit pas se préoccuper uniquement de ce qui se passe à l'intérieur de la machine étatique, mais aussi des effets que la loi produit sur la population. Il a une responsabilité particulière pour conduire des évaluations que Chelimski appelle de la quatrième génération, soit celles qui essayent d'examiner les perspectives de tous ceux qui sont concernés par une politique (1).

La compétence du Parlement ne peut cependant être considérée comme exclusive. Elle entre en concurrence avec celle que le Gouvernement peut déduire de sa fonction en matière de préparation des lois dans la phase préparatoire. On ne voit pas, au moins à première vue, de critère permettant de justifier une répartition des compétences entre le Parlement et le Gouvernement pour opérer des évaluations exhaustives. Il serait dans ces conditions souhaitable qu'une coordination intervienne entre ces deux organes afin d'éviter des duplications.

A - L'INSTANCE PARLEMENTAIRE COMPÉTENTE

Au vu du peu d'expérience dont on dispose, il est difficile de proposer une solution institutionnelle idéale. On se bornera dès lors à décrire les alternatives.

1. Instance composée de parlementaires ou de fonctionnaires

Ce n'est pas véritablement une alternative. En effet, il semble que le Parlement doive créer à la fois un organe restreint chargé de décider des évaluations à effectuer et un service administratif. Celui-ci sera chargé soit d'effectuer lui-même les évaluations, soit de conseiller les parlementaires au sujet des mandats qui pourraient être confiés à des tiers. On insiste avec raison sur l'indépendance que les personnes qui effectuent une évaluation doivent disposer à l'égard de celui qui la commande (2).

2. Instance centrale ou instances diffuses

La première solution, qui correspond à l'expérience des États-Unis et du Canada (3) a l'avantage de favoriser une accumulation des connaissances, en matière d'évaluation, de permettre de s'attacher les services des spécialistes très divers et d'éviter les problèmes de coordination entre instances parlementaires. La création d'instances diffuses auprès par exemple des Commissions permanentes, présente de son côté l'avantage que les évaluations sont commandées par des parlementaires particulièrement au fait des questions. Il est probable qu'une combinaison de deux solutions s'imposera dans la pratique. Ceci sans préjudice des compétences qui peuvent être attribuées à une instance spécifique, du type office parlementaire d'évaluation des choix politiques et technologiques (4).

(1) Chelimski 1993, 58.

(2) Mény/Thoenig 1989, 317.

(3) Voir Chelimski, *infra*. Sur l'utilité de disposer d'une instance spécialisée, voir Chevallier, *supra*.

(4) Voir à ce sujet Claret de Fleurieu, *supra*.

3. Instance spécialisée dans l'évaluation

On peut concevoir, comme nous l'avons vu, que certaines évaluations soient faites par un organe exerçant à titre principal une autre fonction, législative ou de contrôle. En raison de la spécificité de la fonction évaluative, il serait bon pourtant que certaines personnes se spécialisent dans l'exercice de cette fonction, un peu comme cela se fait au Conseil d'État en France pour la fonction consultative et la fonction contentieuse.

4. Instances séparées ou communes aux deux Chambres

Au vu de la spécificité de la fonction évaluative, qui est d'acquérir au moyen de méthodes scientifiques des connaissances sur les effets des lois, il n'est pas très rationnel qu'elle soit exercée, à l'instar de la fonction législative, par les deux Chambres agissant séparément. Un organe commun aux deux Chambres semble dès lors s'imposer. Il est normal que dans un premier temps des expériences d'évaluation aient été tentées en France aussi bien à l'Assemblée nationale qu'au Sénat. Cette solution, peu rationnelle, ne devrait pourtant pas se perpétuer. C'est pourquoi il faut saluer le projet de loi français, déposé en juin 1993 par M. François Sauvadet, visant à créer un Office parlementaire de contrôle et d'évaluation composé de 6 sénateurs et 6 députés (1).

5. La délégation de l'exercice de la fonction

L'évaluation ne peut être conduite que grâce à un personnel relativement nombreux et comportant des spécialistes tant dans les matières qui font l'objet des évaluations qu'au plan méthodologique. Dans les pays où il y a des obstacles à la création de postes de fonctionnaires rattachés au Parlement, celui-ci sera contraint de déléguer l'exercice de la tâche au Gouvernement.

On ne peut poser de conditions aussi strictes qu'en matière de délégation législative à la délégation des compétences d'évaluation. On ne peut en particulier pas par analogie dire que le Parlement devrait procéder aux opérations essentielles d'évaluation et ne laisser au Gouvernement que les tâches moins importantes. Du fait de sa nature spéciale, l'exercice de la fonction évaluative ne se partage pas. Cette situation a une conséquence pratique importante. On voit mal comment, en cas de délégation, le Parlement pourrait conserver la maîtrise du processus (2). L'expérience faite en France avec l'évaluation du RMI permettra peut-être de se faire des idées plus précises à ce sujet (3).

B - LE GOUVERNEMENT ET L'ADMINISTRATION

Il faut à nouveau distinguer la question de l'attribution de la compétence et celle de l'instance gouvernementale qui devrait l'exercer.

(1) Voir Dupas, *supra*. L'objection selon laquelle il ne faut pas ajouter à ce qui existe déjà n'est pas convaincante.

(2) Sur le risque que l'évaluation consacre une nouvelle prépondérance du Gouvernement, cf. Morand 1993, 106.

(3) Sur cette expérience, Chevallier, *supra*.

1. La compétence du Gouvernement

Le Gouvernement a une compétence propre, en matière d'évaluation, lorsque celle-ci se greffe sur la fonction de contrôle de l'administration. Il est aussi compétent pour évaluer les effets de certains instruments qu'il a pu mettre en place au moyen de décrets ou d'ordonnances, en disposant d'une certaine autonomie par rapport au Parlement.

Plus délicate est la question de savoir si le Gouvernement dispose d'une compétence d'évaluation plus large, concurrente à celle du Parlement, du fait de sa responsabilité dans la préparation des projets de lois. En Suisse une tendance existe de considérer les lois expérimentales, qui doivent être évaluées dans un certain délai, comme faisant partie de la procédure préparatoire de préparation des lois (1). On a parlé dans ce cadre d'un bonus de légalité afin de permettre au Gouvernement d'adopter par décret, et même sans base légale, des législations expérimentales. On a même évoqué l'idée que le Gouvernement puisse, à titre expérimental, déroger à des lois existantes. Ces propositions, même si elles sont contestables, montrent qu'il y a un rapport étroit entre l'évaluation et la préparation des lois. Qu'il est dès lors justifié de reconnaître au Gouvernement une compétence d'évaluation implicite, découlant de celle qu'il détient dans le cadre du processus législatif.

2. L'instance gouvernementale compétente

La question principale qui semble se poser est de savoir si les évaluations doivent être conduites par les ministères spécialisés comme au Canada (2) ou par un organisme central, comme cela est le cas en Suisse (3) et en France (4). L'utilité d'un organe central est indéniable. Cette solution permet d'accumuler les connaissances et facilite la coordination. Les services de l'administration ont de leur côté une responsabilité particulière de conduire l'évaluation en continu, sous forme par exemple de *monitoring*. On peut parfaitement concevoir que l'administration observe un jour en continu les effets produits par les lois interventionnistes, grâce à l'établissement de fiches d'impact (5) établies régulièrement et gérées au moyen de systèmes-experts. Les données recueillies pourraient évidemment servir de base aux évaluations plus vastes, auxquelles l'instance centrale procèdera.

C - AUTRES INSTANCES

On peut parfaitement concevoir que d'autres organes procèdent à des évaluations ou participent au processus dans lequel elles sont effectuées. La compétence de ces organes devrait être calquée sur la compétence de base. Ainsi la Cour des comptes n'a d'autres compétences en matière d'évaluation que celles qui sont nécessaires à l'exercice de sa fonction principale qui, aux termes de l'article 47 de la Constitution, est d'assister "le Parlement et le Gouvernement dans le contrôle de l'exécution des lois de finances".

La compétence du Conseil économique et social est plus difficile à cerner. On aurait pu penser que, comme en matière législative, le Conseil verrait sa compétence limitée à donner son avis dans le cadre du processus d'évaluation. Mais c'est une interprétation large qui a prévalu. Le Conseil peut commander de son propre chef des

(1) Voir Mastronardi 1993, 468 ; Mader 1993, 237.

(2) Sur ces développements au Canada, voir Chelinski et Bergeron, *infra*.

(3) Voir Mader, *infra*.

(4) Voir Chevallier, *supra*.

(5) L'expérience canadienne est à cet égard très intéressante. Voir Bergeron, *infra*.

évaluations, qui sont, solution originale, soumises à une appréciation du Conseil scientifique de l'évaluation.

D - LA COORDINATION DES ÉVALUATIONS

La multiplication des instances d'évaluation pose le problème de la coordination et de l'échange de connaissances entre les divers organes qui décident de procéder à des évaluations. Cette question a été résolue en France et en Suisse en organisant des rencontres périodiques entre les divers organes de l'État.

En France, le besoin a aussi été ressenti de disposer d'un organe central qui puisse se porter garant de la valeur scientifique des évaluations (1). Cette solution est des plus judicieuses. Car autant on peut accepter une dispersion des instances habilitées à procéder à des évaluations, autant il est nécessaire de disposer d'une instance qui garantisse la qualité scientifique des évaluations et qui constitue en même temps le lieu de mémoire des évaluations effectuées.

Peut-être faudrait-il même étendre cette solution, en prévoyant que le Conseil scientifique de l'évaluation est aussi à disposition du Parlement. Outre l'avantage au plan de la coordination, cette solution devrait permettre au Parlement d'exercer lui-même sa compétence et d'éviter de la déléguer au Gouvernement.

III - CONCLUSION

L'avènement au sein de l'État d'un quatrième pouvoir pose des problèmes institutionnels que nous n'avons pu qu'évoquer. Les contours de la compétence resteront flous tant que l'évaluation restera à un stade expérimental. Le choix des instances d'évaluation les plus judicieuses et rationnelles s'affinera avec le développement de la fonction. Nos réflexions ressortissent dans une certaine mesure à la futurologie du droit. Mais il est bon que l'on se rende compte assez tôt des enjeux institutionnels, afin que l'on n'assiste pas à une rigidification précoce des solutions choisies.

Un des problèmes, qui a été évoqué tout au long de la Journée scientifique, résidait dans le fait que les temps longs de l'évaluation n'étaient pas adaptés aux temps courts de la politique. La collision temporelle est particulièrement ressentie dans les pays où majorité et opposition alternent au pouvoir. Celle-ci, lorsqu'elle revient aux affaires, se sent obligée de réaliser au plus vite le programme qui lui a permis de gagner les élections. Mais, on voit aussi que ce mode de gouverner trouve rapidement ses limites. Des lois bâclées à toute vitesse, sans réflexion préalable et sans étude approfondie, sont rejetées par l'opinion publique, sanctionnées brutalement et parfois de manière injuste par la rue. On peut faire l'hypothèse qu'à long terme au moins, cette forme spontanée de démocratie directe, qui semble se développer en France, produira les mêmes effets que le référendum législatif dans certains pays, comme en Suisse : la nécessité de préparer soigneusement les lois, d'en évaluer les effets, de négocier, même longuement s'il le faut, les solutions envisagées. Le temps de préparation des lois risque bien de s'allonger, si l'on ne veut pas continuer à empiler des régulations toujours plus inefficaces. Alors viendra le jour où le temps de l'évaluation et le temps du politique tendront à coïncider. Et on peut se demander si la concordance des temps ne deviendra pas le critère du bon régime politique.

(1) Voir Leca, *supra*.

BIBLIOGRAPHIE

- AGEVAL (1991), *Mieux connaître les effets de l'action étatique : problèmes, possibilités, propositions*, Département fédéral de justice et police, Berne.
- AMSELEK P. (1988), *Science et déterminisme, éthique et liberté. Essai sur une fausse antinomie*, Paris, P.U.F.
- ARNAUD A.-J. (1986), "La valeur heuristique de la distinction interne/externe comme grande dichotomie pour la connaissance du droit : éléments d'une démystification", *Droit et société* n° 2, 139 ss.
- BLANKE Th. (1987), "Kritik der Systemfunktionalen Interpretation der Demonstrationsfreiheit", *Kritische Justiz*, 20, 157-165.
- BRAIBANT G. (1993), "La nouvelle codification", *La vie judiciaire*, 15-21 nov.
- BRYDE B.-O. (1993), *Die Effektivität von Recht als Rechtsproblem*, Berlin/New York.
- CHELIMSKI (1993), in *Deuxième Conférence nationale de l'évaluation*, Conseil économique et social, Paris, 56 ss.
- CHEVALLIER J. (1993), "Les lois expérimentales. Le cas français", in C.-A. Morand (éd.), *Évaluation législative et lois expérimentales*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence.
- COSTA J.-P. (1993), "Droit et évaluation", *Revue française d'administration* n° 66, 229 ss.
- GICQUEL J. (1987), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris.
- HAYEK F.-A. (1973), *Droit, législation et liberté*, 3 vol., Paris.
- HOLLEAUX A. (1976), "La fin des règles générales", *Bulletin I.I.A.P.* n° 39, 7 ss.
- HOFFMANN-RIEM (1993), "Législation expérimentale en Allemagne", in C.-A. Morand (éd.), *Évaluation législative et lois expérimentales*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence.
- LASCOUMES P. (1991), "Les contrats de branche et d'entreprise en matière de protection de l'environnement. Un exemple de droit négocié", in C.-A. Morand (éd.), *L'État propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Paris, Publisud.
- LUHMANN N. (1972), *Rechtssoziologie*, 2 vol., Opladen Reinbek, Rowohlt, Westdeutscher Verlag, 3e éd.
- LUHMANN N. (1985), "Einige Probleme mit reflexivem Recht", *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 6, 1 ss.
- LUHMANN N. (1985 b), "The Self-Reproduction of Law and its Limits in G. Teubner (éd.), *The Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin, De Gruyter.
- LUHMANN N. (1986), *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Frankfurt am Main, Metzner.

- LUHMANN N. (1987), "Autopoiesis als soziologischer Begriff", in A. Haferkamp/M. Schmid (éd.), *Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung*. Beitrage zu Luhmanns Theorie sozialer Systeme, Frankfurt am Main, Suhrkamp.
- MADER L. (1985), *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Payot, Lausanne.
- MADER L. (1993), "La législation expérimentale en Suisse", in C.-A. Morand (éd.), *Évaluation législative et lois expérimentales*, Aix-Marseille.
- MOOR P. (1988), *Droit administratif I*, Berne, Stampfli.
- MORAND C.-A. (1988), "Les exigences de méthode législative et de droit constitutionnel portant sur la formation de la législation", *Droit et société* n° 10, 391 ss.
- MORAND C.-A. (1989), "Le principe de légalité et l'interventionnisme étatique" in *Aktuelle Probleme des Staats- und Verwaltungsrecht*, Berne/Stuttgart, Haupt.
- MORAND C.-A. (1992), "Buts et objectifs dans l'application et la mise en oeuvre du droit public", *Le recours aux objectifs de la loi dans son application*, Story Scientia, Bruxelles, 75 ss.
- MORAND C.-A. (1993), "L'obligation d'évaluer les effets des lois", in C.A. Morand (éd.), *Évaluation législative et lois expérimentales*, Aix-Marseille, 79 ss.
- OST F./van de KERCHOVE M. (1991), "De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ?", *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, L.G.D.J.
- PATTARO (1985), "Vers une définition de la science juridique", *Philosophie et épistémologie juridique. Revue de synthèse* n° 118-119, 191-204.
- PODGORECKI A. (1984), "Dreistufen-Hypothese uber die Wirksamkeit des Rechts (drei Variable fur die Wirkung von Rechtsnormen)", in E. Hirsch et M. Rehbinder (éd.), *Studien und Materialien zur Rechtssoziologie*, Koln, Westdeutscher Verlag, 271-283.
- TEUBNER G. (1987 a), "Le système juridique", *Archives de philosophie du droit*, vol. 31, Paris.
- TEUBNER G. (1987 b), "Evolution of Autopoietic Law" in G. Teubner (ed.), *Autopoietic Law : A new Approach to Law and Society*, Berlin, De Gruyter, 217-241.
- TEUBNER G. (1989), "How the Law thinks : Towards a Constructivist Epistemology of Law", *Law and Society Review*, 23, 727-757.
- TEUBNER G. (1992), *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, Paris, L.G.D.J.
- TEUBNER G. (1993), *Le droit, un système autopoïétique*, P.U.F., Paris.
- VIANDER V.-A. (1988), *Recherche de légistique comparée*, Springer, Heidelberg.
- WEBER M. (1965), "Essai sur quelques catégories de la sociologie compréhensive", in *Essais sur la théorie de la science*, Trad. J. Freud, Paris.
- WOEHLING J.-M. (1983), "L'évolution du rôle du droit dans l'action administrative", *Revue française d'administration publique*, 26, 134 ss.

CONTRÔLE PARLEMENTAIRE ET ÉVALUATION

RÉSUMÉ DES TRAVAUX DE LA JOURNÉE D'ÉTUDES
DU 7 AVRIL 1994 (Paris, Palais du Luxembourg)

Par

Alain DELCAMP
Directeur du Service des Commissions du Sénat

A mon tour, je voudrais remercier toutes les hautes personnalités qui veulent bien participer à cette table-ronde et je vais essayer de leur donner un résumé des travaux de façon à ce qu'elles puissent éventuellement réagir. Certains intervenants, dans la salle, pourront le cas échéant compléter ma description.

Vous avez entre les mains le dossier fort abondant et le programme. Il vous permet de prendre conscience de l'importance des contributions qui ont été apportées sur le thème de l'évaluation et du Parlement.

Ces travaux peuvent être synthétisés autour de deux axes : la diversité et la progressivité du programme, les apports de la journée et les questions qu'elle soulève. Il existe en effet deux façons de lire ce programme et deux façons d'en apprécier les résultats.

La première façon de lire le programme est de constater sa diversité. Nous voulions fournir une information aussi large que possible afin de vous aider à forger votre conviction. La rencontre était un objet en soi.

Il y a d'abord eu échange entre différentes catégories de personnes : hommes politiques, universitaires, magistrats, fonctionnaires et étudiants, faisant du Parlement ce lieu de rencontres auquel faisait référence Monsieur le Président du Sénat en ouvrant le colloque ce matin.

Rencontre également entre plusieurs branches du pouvoir, non seulement l'exécutif et le législatif, mais sans doute aussi un troisième pouvoir -et je ne crois pas heurter M. Joxe en disant qu'à sa manière, la Cour des comptes participe au pouvoir juridictionnel.

Entre pouvoirs exécutif et législatif, on a pu constater qu'il y avait moins une opposition absolue, conforme à une séparation théorique des pouvoirs, qu'une recherche commune des moyens de rendre les politiques décidées plus efficaces et plus lisibles, afin de renforcer leur légitimité.

On a pu prendre conscience aussi de ce que la Cour des comptes y concourait, le Conseil économique et social également, représenté à cette table par M. le questeur Hureau.

Rencontre aussi entre assemblées. Ce n'est pas une première mais elle est digne d'être soulignée : elle s'inscrit dans une volonté commune de rééquilibrage des institutions et, en l'occurrence, de recherche d'une amélioration des méthodes.

Rencontre enfin entre l'expérience française et les expériences étrangères, qui viennent d'être exposées et dont vous avez pu saisir la diversité, à certains égards la plus grande maturité peut-être, notamment dans la voie de l'évaluation législative.

La deuxième façon de lire le programme est d'en reconstituer le cheminement intellectuel et la progressivité.

On a pu relever cette dernière au sein même du contrôle parlementaire. Initialement, l'un des principaux rédacteurs de la Constitution, M. Michel Debré, lorsqu'il parlait de contrôle, en parlait toujours comme d'un contrôle politique. Il pensait au contrôle du Parlement sur le Gouvernement.

En fait, nous nous sommes beaucoup éloignés de cette conception. Le contrôle du Parlement est devenu, comme le disait M. Gicquel ce matin, "buisonnant".

Cela signifie qu'il est devenu plus diffus. Tout d'abord, il a revêtu des formes beaucoup plus sophistiquées, beaucoup plus diverses, dépassant le seul problème du contrôle du Gouvernement dans sa politique d'ensemble. On a observé que les outils ont eu tendance à se diversifier : outils législatifs, puis outils réglementaires et, de plus en plus souvent, outils spontanés créés par la pratique.

Deuxième évolution : les aspects techniques se sont développés au service de la décision, à travers l'application des lois, le contrôle budgétaire, le recours éventuel à des expertises.

Enfin, le contrôle parlementaire, qui n'en demeure pas moins fondamentalement politique, se caractérise aujourd'hui par sa permanence, son caractère quotidien. On a bien voulu souligner le rôle des commissions permanentes à cet égard, dont je salue très respectueusement les présidents présents ou leurs représentants.

On peut donc se demander d'abord s'il ne serait pas opportun de mieux consacrer ce contrôle parlementaire dans la Constitution, puisqu'aujourd'hui il n'y est cité qu'une seule fois, à l'article 47, et encore de façon indirecte. Il n'est pas sans intérêt de rappeler que les travaux de la commission de révision de la Constitution, qui a rendu ses conclusions en février 1993, proposaient de modifier l'article 24 en faisant du contrôle l'une des fonctions majeures du Parlement, et surtout en ajoutant la responsabilité de l'évaluation. Nous sommes donc bien dans le bon débat...

La deuxième progressivité intervient entre le contrôle et l'évaluation. A cet égard, les exposés de la Cour des comptes et ceux sur le contrôle parlementaire nous ont mis sur le chemin de quelques distinctions.

Le contrôle de la Cour des comptes prend sa source dans un contrôle de régularité, alors que l'évaluation se caractérise par un contrôle des effets des mesures prises.

Le contrôle parlementaire, lui, se préoccupe de l'application des lois et s'accompagne d'un jugement politique sur le fonctionnement des services. Le pouvoir exécutif a-t-il bien respecté l'intention du législateur ? Les services publics fonctionnent-ils convenablement ? Dans le cas contraire, quels sont les chemins de leur réformation éventuelle ?

Face à ce jugement parlementaire, l'évaluation nous propose également un jugement, mais qu'elle veut d'une autre nature, un jugement qui serait "objectivisé" à travers le recours à des instances spécialisées, à travers une méthodologie et surtout une procédure distinguant l'autorité qui commande l'évaluation de celle qui la réalise. Du point de vue des évaluateurs, on pourrait donc dire que le contrôle parlementaire est une sorte d'"auto-contrôle".

Toute la question est de savoir si le Parlement juge utile ou non d'adjoindre à la panoplie dont il dispose celle de l'évaluation.

J'en arrive à la troisième progressivité : y-a-t'il une différence entre l'évaluation législative et l'évaluation des politiques publiques ?

Les représentants de l'administration nous ont surtout parlé de l'évaluation des politiques publiques, c'est-à-dire d'un ensemble de mesures qui concourent à la réali-

sation d'un objectif. On a eu le sentiment que c'était la définition du pouvoir exécutif.

M. Chevallier, dans son rapport introductif, a isolé la notion d'évaluation législative, mettant l'accent sur la loi et sur le droit. Elle pourrait être l'évaluation spécifique du Parlement et serait une sorte de "pont entre le contrôle et le contrôle des politiques publiques".

La deuxième manière de résumer cette journée est d'apprécier les résultats de ses travaux auxquels elle a donné lieu.

La première constatation réside dans l'information que ces travaux nous ont apportée et d'abord sur le Parlement lui-même. Tel était bien l'un des objectifs de cette journée : contribuer à faire connaître le caractère très technique et complexe du travail du Parlement dans sa réalité quotidienne et que l'on ignore trop souvent.

Information sur ce qu'on a appelé le "pôle exécutif de l'évaluation" qui se compose de comités interministériels qui décident des évaluations, d'un conseil scientifique qui apprécie le bien-fondé des évaluations, détermine une méthodologie appropriée, leur confère une sorte de "label", et enfin d'un fonds interministériel de l'évaluation, naturellement soumis au vote du Parlement chaque année. C'est à ce dispositif que participent principalement le Conseil économique et social et la Cour des Comptes.

Découverte aussi de l'existence désormais d'une évaluation au plan local. Pour le Parlement, il est sans doute très utile de savoir qu'il pourrait ainsi désormais disposer d'exemples d'applications sur le terrain de telle ou telle politique, et au premier chef d'entre elles, de la politique de décentralisation.

Découverte ensuite de liaisons et de complémentarités entre ces différentes démarches. Par exemple, on a pu constater qu'il existait un intérêt objectif commun à ce que l'application des lois soit correctement réalisée, objectif commun au Parlement et au Gouvernement et dont témoigne notamment la collaboration existant à cet égard entre les services du Sénat et ceux du secrétariat général du Gouvernement.

Prolifération de "contrôles à tendance évaluative", pour reprendre l'expression de M. Logerot : on s'est aperçu qu'au fond Parlement, Cour des comptes ou Conseil économique et social faisaient souvent des études dans des champs extrêmement proches. On a pu en tirer comme première conclusion que ce travail important n'était peut-être pas suffisamment bien utilisé, tout cela se faisant parfois en ordre dispersé et non coordonné.

Restent les questions. Il s'agit bien sûr de la partie la plus importante de ce résumé.

Quelle est l'opportunité pour le Parlement de faire une place à l'évaluation ?

Il y a d'abord un problème technique. L'évaluation se distingue en effet du contrôle. Elle n'en constitue pas seulement un approfondissement. Elle n'en constitue pas tout à fait une nouvelle étape...

Il s'agit, à travers ce nouveau processus, de vérifier l'effectivité des politiques, sur le terrain. Le Parlement a-t-il au fond des raisons de s'en priver ? Peut-être pas... D'autant que, si j'ai dit que les évaluateurs mettaient l'accent sur la séparation entre la commande et l'évaluation, ils nous ont dit aussi que l'évaluation n'avait pas vocation à se substituer aux décideurs. Elle constitue donc un élément nouveau d'information. Il convient toutefois de prendre garde à un important problème, celui de la conciliation de l'agenda de ceux qui évaluent et de ceux qui décident. Il est évident que la notion de temps utilisée n'est pas la même.

Problème politique ensuite. Celui de l'opportunité de prendre en compte l'évaluation. On a pu tirer du rapprochement des différents exposés l'impression qu'il y aurait au fond une sorte de partage non-dit entre l'évaluation des politiques publiques, qui serait le fait de l'exécutif, et une évaluation législative qui pourrait être celle du

législatif mais qui n'existerait pas encore. On peut se poser légitimement la question de savoir si une évaluation des politiques publiques cantonnée au seul exécutif ne risquerait pas de renforcer encore le poids de celui-ci dans le processus législatif.

Deuxième question : sous quelle forme l'évaluation pourrait-elle être prise en compte par le Parlement ?

D'abord, on constate que le Parlement n'est pas partie prenante du dispositif d'évaluation. Pourrait-il le devenir ? Cela pose forcément un problème de principe, puisqu'on voit mal comment le Parlement serait soumis à un processus de commande entre les mains d'un comité interministériel.

Il existe une différence de contexte : le commissaire général au Plan nous a dit que l'évaluation était une nouvelle manière de faire de la planification. C'est une façon en tout cas de la rénover et cela constitue une réflexion de l'administration sur elle-même. Il est évident que le Parlement ne peut se satisfaire de cette définition...

Faut-il alors qu'il crée son propre pôle, à l'exemple du Congrès des États-Unis, dont nous parlait Mme Chelimsky ? On bute là sur plusieurs questions : avec quels moyens ? Nous avons appris qu'il y avait 67 chercheurs au G.A.O., organe associé au Congrès des États-Unis. Une assemblée peut-elle le faire ou faut-il que les deux assemblées le fassent ensemble ? Faut-il créer un office ou bien se contenter des structures existantes, en particulier des commissions ?

Troisième question : celle des modalités. Quel champ pour cette évaluation ? Le législateur va-t-il se concentrer uniquement sur l'évaluation de la loi ou bien doit-il lui aussi élargir son champ et envisager non seulement la loi mais les mesures d'application ? Plusieurs intervenants ont dit qu'il n'y avait pas a priori d'obstacle à cet égard.

Quel moment de l'évaluation l'évaluateur veut-il choisir ? S'agit-il de l'évaluation des lois après coup, pour connaître leurs effets ou bien doit-il plutôt se tourner vers la prospective, "tester" en quelque sorte les politiques ?

Quelles sont les méthodes qu'il pourrait adopter ? Est-ce que ce sont les méthodes actuellement expérimentées au niveau de l'exécutif ? Peut-on en imaginer d'autres ? Cela supposerait de toutes façons de se pencher peut-être davantage sur la rédaction des textes : on ne peut évaluer que lorsqu'on sait ce qu'on a voulu faire. D'où, peut-être, la nécessité d'apporter une attention particulière à la rédaction des objectifs dans la loi...

Cela suppose aussi l'idée que la loi n'est peut-être plus aussi immuable qu'on a pu le penser dans le passé, qu'elle peut être remise en cause et que certaines lois doivent avouer en quelque sorte leur caractère expérimental. Ne peut-on surtout imaginer, comme cela existe déjà, qu'à l'intérieur d'un certain nombre de lois, on puisse insérer un processus d'évaluation, pour savoir si elles peuvent être reconduites ou modifiées.

Voilà, en résumé, les principaux points qui ont été abordés et les questions qui m'ont paru surgir des débats, en m'excusant d'avoir beaucoup synthétisé. Il ne s'agit pas de substituer un nouveau scientisme au politique mais essayer de voir si les aspects techniques, scientifiques, l'expertise en général, ne sont pas de nature à clarifier les enjeux et à faciliter la compréhension des décisions politiques.

Deuxième grande conclusion, me semble-t-il : nous sommes en présence d'une multiplicité d'apports ; une effervescence se manifeste sur le thème de l'évaluation. Une meilleure connaissance réciproque doit sans doute être recherchée.

Si je voulais finir par une pirouette, je dirais qu'au fond, le Parlement pourrait parfaitement invoquer son droit de contrôle général pour demander à avoir communication de l'ensemble des évaluations !

Merci.

(Applaudissements)

APPRÉCIATION MÉTHODOLOGIQUE SUR L'ÉVALUATION LÉGISLATIVE (*)

Par

Jean-Louis BERGEL

*Professeur à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille
Président de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique*

Forme particulière de l'analyse des processus de décision en science de la législation, l'évaluation législative consiste en une analyse méthodique des effets constatés ou prévisibles des normes légales.

Mise en lumière par la remarquable thèse de Luzius Mader (Éd. Payot, Lausanne, 1985), cette analyse prospective et rétrospective des effets des normes légales représente un élément important de la méthodologie législative. Elle recouvre "l'ensemble des analyses basées sur l'emploi de méthodes scientifiques et portant sur la mise en oeuvre et les effets d'actes législatifs". Elle ne saurait se confondre avec le simple contrôle législatif, qui ne comporte pas de jugement qualitatif, ni avec l'évaluation des "politiques publiques" qui s'est développée, depuis les années 1970, tant aux États-Unis qu'en Europe et qui concerne des actions mises en oeuvre par la puissance publique et non des normes juridiques proprement dites.

Portalès ("Discours préliminaire sur le projet de Code Civil") proclamait déjà : "Les lois ne sont pas de purs actes de puissance, ce sont des actes de sagesse, de justice, et de raison. Le législateur exerce moins une activité qu'un sacerdoce. Il ne doit point perdre de vue... qu'il faut être sobre de nouveautés en matière de législation parce que, s'il est possible dans une institution nouvelle de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir,... qu'en corrigeant un abus, il faut encore voir des dangers de la correction même...". Le législateur doit ainsi se soucier de l'opportunité et de la qualité des mesures qu'il édicte. Il doit ensuite en analyser les effets et pallier leurs insuffisances. Il ne devrait pas légiférer sans "étude d'impact", autrement dit sans une évaluation rétrospective du droit existant et une appréciation prospective de celui qu'il élabore.

Bref, l'évaluation législative comporte à la fois une évaluation prospective ou "ex ante", a priori, et une évaluation rétrospective ou "ex post", a posteriori.

Alors que, dans certains pays étrangers, l'évaluation est souvent une obligation "en Allemagne, en Suisse, au Canada ou en Belgique" et que l'on y rencontre des méthodes dures d'évaluation des textes ("sunset-laws" américaines, méthode de "temporalisation" au Canada), ce qui implique de nombreuses instances d'évaluation,

(*) A partir du rapport de synthèse de l'auteur lors de la Journée d'études du 7 avril 1994 au Sénat.

on a l'impression que l'évaluation législative est inconnue en France. Or cela est faux. Contrairement à l'Arlésienne, on en parle peu, mais on en voit beaucoup.

Son importance a récemment été soulignée par l'article 11 du projet de loi constitutionnelle de révision de la Constitution du 4 octobre 1958, dit "projet Vedel" qui propose de modifier l'article 24 de la Constitution pour énoncer les missions générales du Parlement : non seulement il voterait la loi et contrôlerait l'action du gouvernement, mais il aurait aussi pour fonction d'évaluer les résultats de la loi (rapport du 15 février 1993).

La doctrine ressent également l'intérêt d'évaluer le droit (A. Jeammaud et E. Serverin, "Évaluer le droit", D. 1992-1.263 et suivants).

L'Atelier de méthodologie juridique d'Aix-Marseille a consacré ses travaux à l'évaluation législative depuis 1991, en relation avec le Sénat. Sous l'égide de Monsieur le Président R. Monory et de Monsieur A. Delcamp, ces réflexions ont conduit à l'organisation du colloque intitulé "contrôle parlementaire et évaluation", au Sénat le 7 avril 1994.

Oui, l'évaluation législative existe aussi en France ! Elle y est même en quelque sorte institutionnalisée.

On ne s'arrêtera pas ici sur l'évaluation des politiques publiques, instituée par le décret n° 90-82 du 22 janvier 1990 qui a créé un Comité inter-ministériel de l'évaluation, chargé de développer et de coordonner les initiatives gouvernementales en matière d'évaluation des politiques publiques.

Le Comité interministériel de l'évaluation arrête, sur avis d'un Conseil scientifique de l'évaluation, les projets d'évaluation bénéficiant du fonds national de développement de l'évaluation.

Outre ce pôle exécutif de l'évaluation, qui est étranger à l'évaluation législative proprement dite, il existe un pôle législatif d'évaluation qui la concerne directement. La loi n° 83-609 du 8 juillet 1983 a institué une délégation parlementaire dénommée "Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques", qui a pour mission "d'informer le Parlement des conséquences des choix de caractère scientifique et technologique afin, notamment, d'éclairer ses décisions". Il recueille à cet effet des informations, met en oeuvre des programmes d'étude et procède à des évaluations (Article 6 ter). Il est assisté d'un Conseil scientifique, composé de personnalités choisies en raison de leurs compétences dans les domaines des sciences et de la technologie.

L'Office, bien qu'il ait été assez rarement saisi, a néanmoins publié 22 rapports concernant de grands thèmes de l'époque contemporaine : l'environnement, les nouvelles technologies, le nucléaire et les sciences de la vie.

En outre, l'article 145 du Règlement de l'Assemblée nationale permet la création de missions d'information par les commissions, portant sur les conditions d'application d'une législation.

Au Sénat, le contrôle de l'application des lois est assuré sous l'égide de la Conférence des présidents et fait l'objet de bilans semestriels. On a ainsi constaté qu'au cours de la 9ème législature (1988/1993), 60 % seulement des lois votées sont devenues totalement applicables, la plupart du temps après de longs délais.

Quant aux lois de finances, la Cour des comptes assiste le Parlement et le Gouvernement dans le contrôle de leur exécution (Constitution article 47). Elle complète efficacement le contrôle exercé en matière financière, fiscale et budgétaire par la Commission des finances de l'Assemblée nationale.

L'évaluation législative est d'ailleurs, de plus en plus, organisée par la loi elle-même, qui institue sa propre évaluation au terme d'un certain temps d'application.

Tel est le cas, notamment, de la loi du 1er décembre 1988 sur le revenu minimum d'insertion qui a prévu un bilan au bout de trois ans, afin de susciter des mesures de correction et d'ajustement des textes au vu des conclusions de cette évaluation. Cette Commission nationale d'évaluation du R.M.I. a été installée le 14 septembre 1989 et a déposé un premier rapport de synthèse le 11 mars 1992.

Il s'agit là d'une évaluation à la fois rétrospective et prospective.

L'évaluation prospective peut d'ailleurs procéder aussi, à des expérimentations ponctuelles. Ainsi, les articles 53 à 59 de la loi n° 93.22 du 8 janvier 1993, concernant l'audition de l'enfant en justice et la défense de ses intérêts, ont été inspirés par l'expérimentation organisée auprès de certains tribunaux et de certains barreaux, par conventions avec le ministère de la justice.

On constate toutefois, le plus souvent, une absence totale d'évaluation. Une telle improvisation aboutit à une succession de textes désordonnés et non coordonnés, tels que les lois de 1977, 1981, 1983, 1985, 1986, 1990 et 1991, sur l'indemnisation des victimes et la création de fonds d'indemnisation dans des domaines divers.

Devant la coexistence d'une sorte d'impressionnisme législatif et d'expériences ponctuelles d'évaluation, l'étude de l'évaluation législative peut être abordée, plus globalement, du point de vue des méthodes de l'élaboration législative (II), mais relève surtout d'une problématique particulière (I).

I - UNE PROBLÉMATIQUE

On rêve, certes, de lois parfaites. Mais la perfection des lois n'est qu'une utopie. Elle est inconciliable avec l'imprévisibilité des faits, leur infinie diversité, la constante mutabilité des situations humaines et sociales... L'urgence des solutions législatives interdit la réflexion nécessaire à des lois parfaites et se concilie mal avec la permanence qu'on leur attribue.

Le législateur doit cependant se soucier de l'efficacité de ses textes. Il doit, à cet effet, identifier au préalable, les résultats recherchés, et apprécier ensuite les effets qu'ils ont produit, quitte à en tirer les conséquences qui s'imposent si ces effets ne correspondent pas aux objectifs poursuivis. L'évaluation législative doit permettre de choisir les mesures les plus appropriées en en préfigurant les effets, puis en en corrigeant les méfaits.

L'évaluation législative procède alors à la fois d'une rationalisation de la loi et d'une sorte d'asservissement du législateur. Elle suscite, dès lors, des controverses.

A - ARGUMENTS EN FAVEUR DE L'ÉVALUATION LÉGISLATIVE

En faveur de l'évaluation législative, on observe que les méthodes d'élaboration de la loi doivent s'enrichir d'une meilleure connaissance du milieu social grâce à des techniques d'observation des phénomènes humains, sociaux, économiques et politiques et aux ressources de l'exploitation documentaire moderne et des procédés actuels de traitement de données multiples. La technique contemporaine permet d'ausculter les phénomènes sociaux avant de les traiter, puis de contrôler les effets des mesures prises afin d'en corriger les imperfections ou d'en neutraliser les effets pervers.

L'évaluation prospective et rétrospective des mesures législatives peut ainsi fournir au législateur, une "aide à la décision" particulièrement bénéfique. Elle doit garantir une meilleure adéquation de la loi au milieu auquel elle s'applique. Une évaluation législative continue, dynamique et renouvelée des textes doit permettre de les adapter à tous les changements, à toutes les évolutions. Elle doit inciter à les corri-

ger, voire à les abroger s'il le faut, au moment opportun. Cela suppose simplement des investigations sérieuses et constantes et la volonté de tirer immédiatement les conséquences utiles des constats que l'on peut faire. On ne peut alors qu'être sensible à la nécessité d'une réflexion rationnelle sur l'art de légiférer, dont l'évaluation législative constitue une pièce maîtresse.

Cela relève de l'élaboration d'une véritable science de la législation, la "nomologie" selon l'expression du doyen Cornu, qui comporterait au moins l'évaluation législative et, pour la mise en forme et l'expression de la loi, la "légistique".

Le Président Monory rappelait, en ouvrant les travaux du colloque sur le contrôle parlementaire et l'évaluation, que "trop de lois tue la loi", si bien qu'il faut mesurer l'opportunité des lois et en améliorer la qualité, grâce à un contrôle technique et pragmatique de leur application et un effort de réflexion et d'anticipation sur les repères dont a besoin la société.

C'est justement ce que doit procurer l'évaluation prospective et rétrospective des textes. En l'assurant, les assemblées parlementaires doivent réunir maintenant les conditions d'une reconquête du rôle éminent du Parlement.

Cette élaboration rationnelle de la loi doit pourtant éviter toute mystification d'une légitimation du droit par la science.

On peut songer à un processus normatif qui intègre une évaluation permanente et interactive de la loi. Mais la question est de savoir si cette évaluation de la loi préexistante et en gestation doit s'imposer dans le processus d'élaboration et de révision législative. Cette insertion de l'évaluation dans le processus d'élaboration de la loi, si elle fonde celle-ci sur une meilleure connaissance du milieu et une réflexion plus éclairée sur les choix, recèle aussi des inconvénients techniques et politiques.

B - ARGUMENTS CONTRE L'ÉVALUATION LÉGISLATIVE

Techniquement, l'introduction de l'évaluation législative et de lois expérimentales dans le processus législatif le transforment en un phénomène empirique fondé sur une politique expérimentale.

Or, les lois sont des règles de conduite. Ce ne sont pas de simples expériences. Le Parlement n'est pas un laboratoire et la règle de droit n'est pas une équation. Un droit aseptisé méconnaîtrait les réalités concrètes qu'il est destiné à régir. Un droit constamment révisé menacerait la nécessaire sécurité juridique par une excessive instabilité. Trop scientifique pour épouser l'infinité des comportements individuels et l'imprévisibilité des évolutions sociales, la loi devient inutile et les faits se développent hors du droit. Alignée sur les fantaisies des faits sociaux, la règle de droit oublie les valeurs sur lesquelles se fonde une société.

Trop de rationalisation dans la confection de la loi risque de méconnaître l'irrationalité des faits. Traditionnellement, la loi est l'expression de la volonté de la Nation qu'expriment ses élus. Elle procède de débats conduisant à des compromis acceptables par tous, et non de simples études scientifiques engendrant des lois qui, pour être savantes et rigoureuses, seraient inapplicables.

Il faut ajouter que, si l'évaluation législative était généralisée, son coût et sa durée freineraient l'action législative pour des résultats souvent insignifiants. On ne peut qu'observer d'importantes distorsions entre les agendas des décideurs politiques et des évaluateurs. La Nation ne peut s'offrir les sacrifices financiers qu'exigerait une généralisation de l'évaluation législative. L'urgence des solutions nécessaires ne s'accommoderait pas d'une paralysie de la production législative par de trop longues évaluations.

Politiquement, l'évaluation législative suppose que le législateur délègue ses choix à des comités d'experts et se soumette à la réalité objective que ceux-ci lui

révèlent. Ainsi, la technocratie éluderait la démocratie, la politique se soumettrait à la technique et le Parlement aux technocrates. En un mot, l'évaluation législative et les lois expérimentales tradraient le déclin de la mystique de la loi et la souveraineté du législateur s'inclinerait sous la dictature des experts.

L'immixtion systématique et généralisée de l'évaluation législative dans le processus d'élaboration de la loi effacerait donc la mystique de la loi. Le concevoir reviendrait à remettre en cause la conception même de nos sociétés de droit. Elles n'y sont vraisemblablement pas prêtes. Le concept même de système juridique renâclerait à l'idée que la loi n'est jamais que du droit transitoire au gré de ses évaluations. Le système juridique comporte d'autres mécanismes susceptibles d'assurer la plasticité des normes et leur évolutivité.

C - QUELLE PLACE RECONNAÎTRE A L'ÉVALUATION ?

Faut-il pour autant rejeter l'évaluation législative des méthodes d'élaboration des lois ? Ce serait ignorer les apports possibles de l'évaluation législative à la qualité des textes. Mais l'évaluation législative ne peut être qu'un procédé et un indicateur à la disposition du législateur. La mise en oeuvre d'un tel instrument ne se conçoit pas de la même manière en toutes matières.

Dans celles où dominent les données quantitatives et contingentes, en matière économique, fiscale et même sociale, l'évaluation législative peut constituer un progrès et une nécessité, à condition de n'être ni trop onéreuse, ni trop lente. Dans les matières fondamentales, déterminées par des problèmes philosophiques et des jugements de valeur, les choix idéologiques et politiques doivent l'emporter, ce qui n'exclut pas la considération des données scientifiques et techniques susceptibles de les éclairer.

Les lois n° 94-653 et 94-654 du 29 juillet 1994, respectivement relatives au respect du corps humain et aux dons et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, ainsi qu'à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, en fournissent des exemples éclatants.

L'évaluation devient l'une des techniques qui peuvent utilement contribuer à la genèse des lois. Elle procède d'une nouvelle façon de mieux légiférer. Mais elle ne saurait priver le législateur de son libre arbitre, qu'elle est seulement susceptible de mieux éclairer.

Mais pour jouer ce rôle, l'évaluation législative implique une méthode.

II - UNE MÉTHODE

Une méthode peut se définir comme un ensemble de démarches suivies pour parvenir à un but. Conçue comme une méthode d'élaboration de la loi, l'évaluation législative met en oeuvre des moyens déterminés pour parvenir aux objectifs qui lui sont assignés. Apprécier l'évaluation législative du point de vue méthodologique suppose d'en connaître les objectifs (A) et les moyens (B).

A - LES OBJECTIFS

La nécessité de l'évaluation dans le processus de décision législative procède des deux fonctions qui peuvent lui être assignées, une fonction "cognitive" et une fonction "pratique". L'évaluation législative doit, dès lors, poursuivre deux objectifs : mieux connaître la réalité et mettre en évidence les mesures praticables.

La Doctrine moderne souligne volontiers, comme C.A. Morand et L. Mader, en Suisse, l'importance des actions finalisées, destinées à satisfaire des objectifs

déterminés et qui supposent d'évaluer la concordance ou la discordance des résultats obtenus et des objectifs recherchés. Ainsi, l'appréciation de l'efficacité d'un texte particulier "requiert l'identification préalable du ou des résultats recherchés à travers son édicition" (A. Jeammaud et E. Serverin, "Évaluer le droit", op. cit., D. 1992 - I- 263 et suivants, n° 12).

L'efficacité d'une loi particulière ou d'un ensemble déterminé de règles réside en effet dans l'obtention du résultat recherché par l'autorité qui l'a édictée : "La délinquance baisse, la situation de l'emploi s'améliore, les flux d'affaires portées devant les tribunaux diminuent, le traitement de dossiers ou de litiges s'accélère, l'état de surendettement des particuliers diminue..." (A. Jeammaud et E. Severin, op. cit. n° 8).

L'évaluation législative ne peut toutefois se limiter à mesurer l'efficacité des textes, autrement dit le degré de réalisation de leur objectif. Elle doit apprécier également l'effectivité des normes, c'est-à-dire leur utilisation effective qui ne peut se limiter à une effectivité statistique des lois, car elle dépend aussi des diverses manières de les mettre en oeuvre.

L'évaluation doit s'attacher, plus généralement à l'impact des textes, ce qui suppose d'en déterminer tous les effets et à leur efficacité qui dépend d'une appréciation du rapport coût-bénéfice des mesures considérées.

A cet égard, Monsieur Viveret a détecté dans les relations entre le savant et le politique un véritable "enjeu démocratique".

Pour ce faire, l'évaluation législative doit avoir pour objet de recueillir des informations, de faire une évaluation des textes, d'en tirer des propositions et enfin de susciter en conséquence des modifications législatives.

Mais bien des évaluations font abstraction des objectifs poursuivis par les textes parce que ceux-ci, rarement explicites, sont incertains et scientifiquement contestables. Elles reposent souvent sur des données incomplètes et aléatoires, car il est toujours difficile d'imputer une situation donnée aux dispositions législatives considérées.

Il en résulte une défiance réciproque du législateur et des experts: les politiques redoutent l'immixtion des technocrates dans la décision démocratique, tandis que les experts déplorent l'absence de scientificité des politiques. Ainsi, l'évaluation législative, pour satisfaire les objectifs qui lui sont assignés, doit reposer sur une certaine convergence entre la démarche des hommes politiques et celle des experts. Celle-ci suppose que l'évaluation soit confiée à une "instance d'évaluation" indépendante des pouvoirs publics et des groupes de pression et composée à la fois de parlementaires et d'experts incontestés, grâce à des modes de désignation à l'abri de la suspicion.

Il y a là un problème institutionnel : les assemblées doivent conserver la maîtrise de l'évaluation, mais l'évaluation doit reposer sur l'appréciation objective des experts. En outre, l'évaluation ne se conçoit que grâce à une coordination entre les assemblées parlementaires.

La qualité de l'évaluation législative ne dépend plus alors que de l'efficacité des moyens mis en oeuvre.

B - LES MOYENS

L'analyse méthodique des effets accomplis ou prévisibles des normes légales suppose une démarche à la fois objective et systématique.

L'objectivité de l'évaluation implique que celle-ci soit strictement indépendante. A cet égard, l'évaluation nécessite une instance d'évaluation qui ne soit asservie ni au pouvoir en place, ni aux organisations ou groupes de pression intéressés. Elle doit être conçue pour garantir sa neutralité et sa compétence et composée de

personnalités dont la notoriété en la matière est reconnue. L'évaluation législative a, en effet, pour vocation de parvenir à des décisions publiques fondées sur un débat démocratique éclairé.

Toute évaluation législative suppose d'abord de mettre en évidence les effets accomplis ou prévisibles des mesures considérées afin de pouvoir les apprécier ensuite, selon des critères définis. Cela recèle d'importantes difficultés méthodologiques.

La récolte des données repose sur l'observation des comportements et des faits en fonction de critères et d'indices considérés comme particulièrement révélateurs des effets recherchés.

A cet égard, l'identification des effets propres d'une loi est toujours incertaine, même en cas d'évaluation rétrospective. En effet, les situations examinées se seraient modifiées naturellement en l'absence des textes considérés. L'imputabilité des transformations constatées aux textes à évaluer ou à d'autres facteurs est toujours aléatoire. Elle supposerait de connaître ce qui se serait passé sans l'intervention législative étudiée pour détecter ses incidences réelles. La recherche de ce lien de cause à effet constitue manifestement l'un des écueils essentiels de l'évaluation rétrospective.

L'évaluation prospective est, quant à elle, tributaire de techniques telles que la simulation, le jeu, le test pratique, ou le recours à des lois expérimentales (L. Mader, thèse précitée p. 46). La simulation consiste à établir un modèle reproduisant les éléments essentiels de la situation réelle et à l'utiliser pour des expériences destinées à détecter les effets prévisibles des mesures envisagées sur la réalité. Or, l'adéquation du modèle et de la réalité n'est jamais parfaite. Il peut ainsi être préférable de procéder par des expérimentations partielles, dans certaines régions, ou par secteurs ou par groupes, pris comme tests.

Cette méthode permet des études comparatives avant et après la mesure expérimentée et avec ou sans les mesures concernées. L'analyse cumulée de ces tests comparatifs permet de mieux détecter les effets des mesures à évaluer et d'apprécier ou vérifier leur imputabilité. Il s'agit en quelque sorte de procédures itératives ou interactives d'investigation.

Les lois expérimentales, quant à elles, consistent à légiférer à l'essai, avant de légiférer pour de bon. Leur utilisation traduit une volonté de privilégier le souci d'adaptation de la loi au milieu, d'apprécier le consensus au lieu de le forcer et de mesurer l'efficacité de la loi pour la conserver, la modifier, voire l'abroger, en fonction des résultats obtenus.

Le débat sur le choix de méthodes quantitatives, telles que les méthodes expérimentales, les statistiques et les sondages d'opinion, ou de méthodes qualitatives, reposant sur l'analyse de documents, des entretiens et de simples observations, est trop réducteur. La qualité et la sécurité de l'évaluation législative repose sur la multiplication et la conjonction des différentes méthodes. Cela permet de diversifier les éléments d'appréciation et de corriger les imperfections de tel ou tel procédé grâce aux apports des autres.

*_*_*_*

EN CONCLUSION, il n'est pas douteux que plus de rigueur et moins d'improvisation peuvent améliorer la qualité des lois. A cet égard, l'évaluation législative peut manifestement être utile.

On se souvient de l'observation de Georges Ripert : "il existe une génétique des lois. C'est une science à développer" (G. Ripert, "les forces créatrices du droit", n° 28).

Toutefois, par l'évaluation législative, la législation est placée sous le contrôle continu des experts. Le législateur est constamment inspiré et jugé de l'extérieur. On peut y voir une forme de démocratie directe permanente. On peut aussi y discerner un déclin de la démocratie sous les assauts de la technocratie. Le recours à l'évaluation législative paraît ainsi susciter un sentiment mitigé de confiance et de défiance.

Les ressources de l'évaluation législative ne peuvent, semble-t-il, être mises en oeuvre qu'à condition d'en avoir le temps, les moyens et l'opportunité.

Cela paraît exclure toute insertion systématique et obligatoire de l'évaluation dans le processus d'élaboration des lois. Mais cela met en lumière l'absolue nécessité d'y recourir pour l'expérimentation et l'appréciation des textes dont les effets peuvent ou doivent être minutieusement mesurés, qu'il s'agisse d'évaluation quantitative en matière économique, sociale, financière ou fiscale, ou d'une appréciation qualitative des réflexes de l'opinion devant les grands choix de société.

R.R.J. 1994-4
Pages 1175 à 1306

IIème PARTIE

L'ÉVALUATION LÉGISLATIVE EN FRANCE

CONTRÔLE ET ÉVALUATION À L'ASSEMBLÉE NATIONALE (*)

Par

Alain DUPAS

Directeur du Service des Commissions à l'Assemblée nationale

Évaluer une législation ou une politique, c'est chercher à en apprécier les effets. L'évaluation n'a donc, à première vue, qu'un rapport lointain avec le contrôle de l'application d'une loi, que ce contrôle porte sur le respect des délais de publication des textes réglementaires ou sur la conformité du contenu de ces textes avec le dispositif légal et les intentions du législateur.

Pourtant, dans notre droit parlementaire, les deux concepts sont étroitement liés. Cela tient sans doute à cette "summa divisio" traditionnelle, qui consiste à traiter à part tout ce qui relève du processus d'élaboration de la loi et à rassembler le reste dans un vaste fourre tout, où se mêlent la mise en œuvre de la responsabilité gouvernementale, les questions orales et écrites, les enquêtes, les missions et les rapports d'information des commissions, le travail des délégations, et que sais-je encore...

C'est une parcelle de ce maquis que je me propose de débroussailler devant vous, avant d'essayer d'enrichir le terrain par quelques commentaires plus subjectifs et, partant, plus discutables.

1 - Commençons par la description des faits, et par une constatation que son extrême banalité me pousse à ne pas développer mais que sa flagrante vérité m'interdit de passer sous silence. Depuis l'origine, nos assemblées démocratiques, et les instances -aussi vieilles qu'elles- que sont les commissions parlementaires, ont eu recours à l'évaluation. A l'heure actuelle, en régime de croisière, les commissions de l'Assemblée nationale produisent annuellement environ 350 rapports et avis, dont une bonne quarantaine sont des rapports d'information, le total de ces rapports et avis représentant près de 24.000 pages de composition. Je puis vous assurer que, pour la quasi-totalité d'entre eux, ces documents comportent, explicitement ou non, une évaluation "ex post" de la législation et de la réglementation en vigueur, ainsi qu'une évaluation "ex ante" des effets d'une législation qu'il est ou serait question de mettre en place.

Mais passons là-dessus pour en arriver à l'automne 1988, où des initiatives considérées, à tort ou à raison, comme importantes ont été prises par la conférence des Présidents de l'Assemblée nationale. Cette instance qui, en session, réunit chaque semaine autour du Président de l'Assemblée et du ministre chargé des relations avec

(*) Communication à la Journée d'études du 7 avril 1994 au Sénat.

le Parlement, les vice-présidents, les présidents des groupes politiques et les présidents des commissions permanentes, a pour objet de fixer, dans le respect des règles constitutionnelles, l'ordre du jour des séances publiques pour les quinze jours à venir ; mais, compte tenu de sa composition, certains présidents de l'Assemblée, particulièrement dynamiques et novateurs, ont choisi de l'utiliser aussi pour promouvoir dans une optique consensuelle telle ou telle réforme des méthodes et des procédures.

C'est ainsi que fut alors décidé de confier expressément aux commissions permanentes une fonction de contrôle de l'application des lois. Certaines de ces commissions adoptèrent la solution de la nomination d'un commissaire spécialisé ; une autre, la commission de la Production, préféra s'en remettre à son président ; et la commission des Finances décida que la charge du contrôle devait revenir aux rapporteurs de chaque texte. La vérité oblige à dire que l'innovation, après des débuts plus incertains que prometteurs, n'est pas vraiment entrée dans les mœurs. La raison en est peut-être que le Sénat, de son côté, accomplissait un excellent travail, qu'il n'y avait pas lieu de démarquer.

S'agissant de l'évaluation des lois, la conférence des Présidents, plus longue à se déterminer, obtint d'abord un accord sur le fait qu'il lui serait possible de définir, par session, un ou deux thèmes susceptibles de faire l'objet d'une évaluation. C'est dans ce cadre que fut créée, au mois de mai 1990, une mission d'information chargée de l'évaluation de la législation concernant le logement et l'urbanisme, mission qui était composée de 20 membres appartenant à quatre commissions permanentes et qui déposa son rapport en mars 1991 ; en avril 1991, une autre mission d'évaluation fut instituée portant sur la décentralisation en matière d'éducation, mission dont le rapport fut déposé en novembre 1992.

Entre temps, la conférence des Présidents avait parrainé une modification de l'article 145 du Règlement de l'Assemblée, devenue définitive en juin 1990, qui prévoyait la création de missions d'information temporaires portant notamment sur les "conditions d'application d'une législation", ces missions pouvant être communes à plusieurs commissions.

Depuis lors, la formule de la mission d'information commune a été depuis lors assez largement utilisée, sans d'ailleurs qu'on invoque toujours à son propos la notion d'évaluation. Sont en cours à l'heure actuelle deux missions de ce genre, l'une sur l'application de la loi Giraud, l'autre sur l'aménagement du temps de travail.

Mais cela ne doit pas faire oublier que le gros de l'effort continue d'être fourni dans le cadre classique des six commissions permanentes, au sein desquelles se sont multipliées des missions d'information dont le caractère évaluatif est parfois très nettement affirmé. La liste en est longue, trop longue pour en fournir autre chose que des échantillons : celui, par exemple, d'un rapport d'information de 1991 où le rapporteur général de la commission des Finances avait essayé d'apprécier en profondeur les effets de la "défiscalisation" dans les DOM, à la suite de quoi ont été révisées, dans le budget de 1992, les dispositions de la "loi Pons". Autre exemple tout récent et original, celui du rapport de la commission de la défense, distribué avant-hier, qui a pour objet de répondre à une question d'ordre scientifique fort délicate : la mise en œuvre d'un système de simulation permet-elle à la France de se passer d'essais nucléaires ?

Les commissions d'enquête participent, elles aussi, au contrôle des politiques publiques. A l'Assemblée, deux enquêtes sont actuellement en cours, l'une sur la S.N.C.F., l'autre sur l'utilisation des fonds affectés à la formation professionnelle. Cette dernière, comme l'autre d'ailleurs, implique des recherches sur l'emploi de deniers publics, recherches dont il est difficile de contester le caractère évaluatif.

Pour compléter le tableau, on ne peut omettre de signaler le nombre croissant des textes assortis d'un dispositif interne de contrôle, dispositif pouvant aller de la simple exigence d'un rapport d'application jusqu'à la mise en place de mécanismes d'évaluation. Par exemple, la loi de 1979 sur l'interruption volontaire de grossesse avait institué une délégation parlementaire pour les problèmes démographiques, dont l'une des missions était d'informer les assemblées sur l'application et les conséquences de la loi. Allant plus loin, la loi de 1988 sur le revenu minimum d'insertion a prévu une limitation dans le temps du texte légal et le dépôt d'un nouveau projet de loi tenant compte des conclusions d'un rapport d'évaluation : on entre ici de plein pied dans le domaine des lois expérimentales, chères au cœur de l'auteur de notre rapport introductif. Quant à la loi quinquennale sur l'emploi de décembre dernier, ses prescriptions sont particulièrement étoffées et complexes : quatre rapports gouvernementaux d'exécution et, à l'horizon de juin 1996, un rapport parlementaire d'évaluation ; s'y ajoutent les travaux d'une mission commune dont j'ai déjà parlé et qui, à l'Assemblée, vient de publier, il y a deux jours, un premier rapport d'étape.

2 - Voilà pour les faits ; venons-en maintenant aux **commentaires**.

Une observation initiale me vient à l'esprit, procédant de la lecture de nombreuses contributions universitaires d'où l'on peut tirer le sentiment que les évaluations parlementaires n'ont pas les qualités qu'on attend de véritables évaluations. Il y manquerait la méthodologie scientifique, le recours à l'expertise, et plus généralement, la réflexion sereine, l'objectivité et l'impartialité.

Que répondre à cela ? Certes les représentants du peuple ne sont généralement que des amateurs en matière d'évaluation, et les fonctionnaires qui les assistent, quelle que soit leur bonne volonté, n'ont pas toujours la formation requise pour ce genre d'exercice.

Mais il faut se garder de forcer la note. D'abord, l'application de méthodes scientifiques dans la décision politique n'a pas produit que de bons résultats. En particulier, la rationalisation des choix budgétaires, sur laquelle nombre de responsables et de fonctionnaires -y compris moi-même- avaient fondé beaucoup d'espoir, n'a pas débouché sur des résultats probants ; et les "budgets de programmes" venant doubler la présentation classique des crédits n'ont pas ajouté grand-chose aux dossiers des décideurs.

D'autre part, les instances parlementaires sont parfaitement libres de faire appel à des concours extérieurs. Elles ne se privent pas de procéder, sur chaque problème, à l'audition de personnalités qualifiées. Il existe d'ailleurs pour les aider des correspondants privilégiés, à commencer par les magistrats de la Cour des Comptes, avec lesquels l'actuel Président de l'Assemblée s'efforce d'obtenir un renforcement des contacts. Elles peuvent aussi commander des expertises : c'est ce qu'a fait, par exemple, la première mission dite d'évaluation, celle sur la politique du logement. Quant à la commission d'enquête sur la formation professionnelle, elle vient de passer un contrat d'audit avec plusieurs cabinets d'experts-comptables.

Malgré tout, l'idée agite certains esprits qu'il faudrait faire davantage. Cette idée inspire, par exemple, une proposition de loi déposée en juin 1993 par M. François Sauvadet et le groupe UDF, tendant à créer un office parlementaire "chargé de contrôler et d'évaluer l'application des lois", office composé de 6 sénateurs et 6 députés. Et l'on parle aussi d'un autre office, axé sur la politique d'aménagement du territoire. Mais est-ce une bonne solution que de créer de nouvelles structures ? Pourquoi vouloir ajouter à ce qui existe déjà, à savoir : les commissions permanentes et leurs missions internes, les missions communes pour les questions de caractère horizontal, et les commissions d'enquête sur les sujets les plus brûlants.

Les outils sont en place et ce qu'il faut sans doute, c'est apprendre à mieux s'en servir.

Cela dit, pour beaucoup de commentateurs, le problème n'est pas d'ordre technique mais d'ordre politique. La démocratie parlementaire, sous la forme que lui a donnée la Vème République, ne serait pas capable d'apprécier par elle-même l'efficacité de ses lois. Le fait majoritaire est là, qui a substitué à la distinction classique entre pouvoir exécutif et pouvoir législatif un schéma nouveau, où l'on trouve d'un côté le gouvernement et sa majorité, de l'autre l'opposition. Or, nous dit-on, la majorité n'a aucune raison d'entreprendre quoi que ce soit qui viendrait gêner l'action du gouvernement, et l'opposition n'en a pas les moyens institutionnels ; celle-là est aveugle, et celle-ci impuissante.

Un tel jugement, lui aussi, n'est pas sans appel : le fait que l'Assemblée nationale se trouve composée en majorité de partisans de l'action gouvernementale exclut certes que l'examen des politiques en cours débouche sur de spectaculaires remises en cause ; et l'on peut penser, par exemple, que l'enquête de 1992 sur le SIDA visait par trop à justifier l'action, ou l'inaction, du gouvernement dans les années 1984 et 1985. Mais le fait majoritaire n'interdit nullement, et favoriserait plutôt, le plein exercice d'un contrôle parlementaire que le gouvernement a moins de raisons d'entraver ou n'a pas toujours la possibilité de refuser, lorsque ce sont ses amis qui le réclame.

Quant à la minorité, ses moyens sont loin d'être négligeables, et c'est par une saine application des principes démocratiques que lui ont été ouverts à l'Assemblée ce qu'on appelle des "droits de tirage", lui permettant, par exemple, d'obtenir périodiquement l'inscription à l'ordre du jour de la séance publique de propositions de résolution tendant à la création de commissions d'enquête ou de tel ou tel succédané.

Chacun, bien sûr, est libre de penser ce qu'il veut. Je crois, pour ma part, que le Parlement, quoi qu'en disent les médias, est tout à fait capable de surmonter les difficultés des problèmes techniques de l'évaluation et qu'il n'est pas politiquement désarmé pour le faire. Il l'a déjà prouvé et le prouve chaque jour : certes, les choses pourraient aller un peu mieux ; elles pourraient aussi aller beaucoup plus mal.

CONTRÔLE DE L'APPLICATION DES LOIS EXERCÉ PAR LE SÉNAT (*)

Par

Catherine MAYNIAL

Directeur, Chargé d'assister le directeur du Service des commissions du Sénat

LE CONTRÔLE DE L'APPLICATION DES LOIS AU SÉNAT PRÉSENTATION, MÉTHODES ET BILAN

Une définition s'impose tout d'abord, celle du terme "application" dans l'acception que nous utilisons au Sénat et qui vise la phase terminale du processus législatif, c'est-à-dire la publication des textes réglementaires nécessaires à une entrée en vigueur effective des lois.

Mon propos traitera de cela et non de l'application des lois dans la vie quotidienne qu'elles ont pour objet de modifier dans les domaines économique, juridique, social...

Après avoir présenté le système de contrôle mis en place au Sénat et les méthodes sur lesquelles il s'appuie, je dresserai le bilan statistique de la neuvième législature.

PREMIÈRE PARTIE - PRÉSENTATION ET MÉTHODES DU CONTRÔLE DE L'APPLICATION DES LOIS AU SÉNAT

Le contrôle par le Parlement de l'action du Gouvernement dans le domaine d'application des lois s'est révélé indispensable en raison de l'émotion croissante suscitée par les retards mis à élaborer et à publier les textes réglementaires sans lesquels une disposition législative ne peut pas être appliquée. Les parlementaires ont été, de tous temps, irrités par la comparaison entre le délai très court qui leur est imparti, en fin de session, pour examiner un texte législatif et les mois ou les années mises par les services administratifs pour élaborer les textes d'application.

1 - HISTORIQUE

Ainsi le 13 juin 1972, le président du groupe centriste de l'époque, le sénateur Roger Poudonson, a provoqué un débat public en interrogeant le Gouvernement sur les dispositions qu'il entendait prendre "pour assurer une application meilleure et plus rapide des textes législatifs votés par le Parlement". Au terme du débat public, le

(*) Communication à la Journée d'études du 7 avril 1994 au Sénat.

président Alain Poher déclarait qu'il saisirait le Bureau du Sénat. Ce qui fut fait le 27 juin 1972.

Le Bureau du Sénat manifesta, à cette date, sa volonté de recevoir des informations précises sur les conditions de publication des règlements d'application des textes législatifs votés par le Sénat. Ainsi, à un moment déterminé, une volonté politique s'est manifestée de façon nette et précise.

Les instructions du Bureau furent appliquées mais, très rapidement, les fonctionnaires du service des commissions qui étaient chargés de fournir les informations, se heurtèrent aux limites de leur rôle : interdiction de formuler une opinion sur une question d'ordre politique relevant de la seule appréciation des élus de la nation.

Aussi la nécessité est-elle apparue de mettre en place en octobre 1972 une délégation réunissant outre le Président du Sénat, les présidents des commissions permanentes et les présidents des groupes politiques, qui aurait seule qualité pour porter un jugement d'ordre politique soit sur le respect de la volonté du législateur, soit sur l'excessive longueur d'un délai pour un texte déterminé.

Cette délégation a ensuite décidé, lors de sa réunion du 17 mai 1973, des conditions de mise en oeuvre du contrôle effectué par les secrétariats des commissions permanentes :

- à chaque début de session, chacun des six présidents doit faire une communication à sa commission portant sur la mise à jour de l'application des lois la concernant ;

- chaque commission prend alors la décision lui semblant la mieux appropriée à la situation évoquée : lettre au ministre concerné, question écrite, question orale avec ou sans débat ;

- la communication du président et les conclusions de la commission font alors l'objet d'une double publication :

- au bulletin des commissions qui rend compte chaque semaine des décisions prises par les commissions et est diffusé dans les assemblées, dans les ministères et auprès des organes de presse,

- et dans le bulletin d'informations rapides du Sénat (BIRS) qui retrace, chaque semaine, l'activité de la Haute assemblée et fait l'objet d'une large diffusion à l'extérieur.

Le système de contrôle a pris, en 1974, son régime de croisière et les attributions de la délégation ont été transférées à la Conférence des Présidents qui regroupe les mêmes personnalités et offre l'avantage de se réunir chaque semaine afin de déterminer l'ordre du jour du Sénat.

Le contrôle ainsi exercé a permis une nette réduction des délais de publication des textes d'application.

Les effets de ce contrôle sur les autorités administratives ont été, dans un premier temps, essentiellement psychologiques.

Puis une étape décisive a été franchie lorsqu'en juillet 1974, le Premier ministre de l'époque, M. Jacques Chirac, a adressé aux ministres une circulaire qui insistait notamment sur l'intérêt qu'il attachait à une parution rapide des textes d'application des lois. Il fixait comme délai les quelques semaines qui suivent la promulgation d'une loi, les délais exceptionnellement longs ne devant jamais dépasser six mois.

Trois ans plus tard, le 23 mars 1977, le successeur de M. Jacques Chirac à Matignon, M. Raymond Barre, franchissait une seconde étape en saisissant le Conseil des ministres du problème de l'application des lois et en demandant à tous les membres du Gouvernement de participer activement à la préparation des décrets,

considérée comme une exigence de la solidarité gouvernementale et comme un critère de l'efficacité de son action.

Une nouvelle circulaire du chef du Gouvernement du 12 mai 1977 rappelait à chaque ministre sa responsabilité et l'obligation qui lui était faite d'engager des études des textes d'application sans attendre le vote définitif des lois. Il a été décidé à cette époque qu'une communication serait faite, tous les six mois, par le Premier ministre au Conseil des ministres afin de dresser un bilan de l'état de préparation ou de publication des décrets d'application.

Les Gouvernements qui se sont succédé depuis ont suivi cette voie. Ainsi une communication du 8 janvier 1986 de M. Laurent Fabius, Premier ministre d'alors, au Conseil des ministres demandait aux ministres responsables d'établir avant la promulgation de la loi un calendrier précis de son application. De même, à la suite d'une initiative du Président de la République lors du conseil des ministres du 30 mai 1990, une circulaire du 1er juin 1990 signée par le Premier ministre, M. Michel Rocard, demandait aux ministres de veiller à ce qu'un premier calendrier prévisionnel d'application soit établi en même temps que le projet de loi et à ce que le calendrier d'application définitif établi au moment de l'application de la loi, ne comporte pas d'échéance d'adoption des décrets, supérieure à six mois.

2 - LES MÉTHODES

Les principes présidant à l'établissement d'un contrôle de l'application des lois au Sénat étant posés, les méthodes mises au service de ce contrôle ont beaucoup évolué selon les époques. En 1985, les fichiers du service des commissions permettant d'exercer un recensement permanent des textes réglementaires d'application des lois, ont été informatisés.

Une base informatique (APLEG) a été créée en liaison avec le service chargé de l'informatique du Sénat. Son fonds documentaire a été ainsi arrêté :

- tous les textes déposés devant le Parlement depuis 1981 ;
- ceux des textes déposés avant 1981 et après 1971 pour lesquels tous les textes d'application prévus n'avaient pas encore été pris.

L'informatisation a, évidemment, accru l'efficacité du système et a permis l'établissement de statistiques.

Actuellement, un bilan semestriel de contrôle de l'application des lois est effectué au 15 mars et au 15 septembre de chaque année. A chacun de ces contrôles semestriels, le Central des commissions prend contact avec les secrétariats des six commissions permanentes et leur fixe un délai pour la remise de leurs travaux. Ces travaux consistent en :

- une note de synthèse sur la période considérée, indiquant les textes réglementaires publiés pendant ces six mois, les principales dispositions législatives demeurant inappliquées, les mesures prises par le Président de la commission ou les rapporteurs des textes concernés ; cette note qui contient des appréciations quantitatives et qualitatives sur l'application des lois, est présentée à la commission par son Président. Cette communication est publiée au BIRS et au bulletin des commissions ;

- cette note est accompagnée de deux listings informatiques ; l'un contient les dispositions appliquées pendant le semestre considéré ; l'autre, les dispositions non appliquées depuis 1981 ;

- les administrateurs-adjoints dressent également des fiches d'application extraites de la base APLEG pour chacune des lois votées pendant le semestre considéré. Ces fiches sont vérifiées et commentées par les administrateurs chargés des dossiers correspondants.

Les méthodes utilisées par les commissions pour effectuer ces travaux varient parfois. Les administrateurs-adjoints se chargent du dépouillement des journaux officiels pour suivre la parution des textes réglementaires d'application. La saisie de ces textes sur la base APLEG est effectuée soit par les administrateurs-adjoints, soit par les secrétaires. La note de synthèse est faite par les administrateurs-adjoints excepté à la commission des finances où elle est rédigée par un administrateur. L'ensemble des commissions effectue une vérification de la parution des décrets d'application sur la base LEX mais toutes ne procèdent pas à des appels dans les ministères concernés pour obtenir des informations sur la non publication des textes (il est à noter que la base LEX n'est pas encore absolument fiable).

Lorsque l'ensemble de ces travaux a été remis au central, au plus tard le 10 avril ou le 10 octobre, par les six commissions, le directeur du service des commissions peut rédiger son rapport. Il est adressé au Secrétaire général de la présidence.

Ce rapport est accompagné de tableaux récapitulant les statistiques globales portant sur les lois votées, sur les dispositions à appliquer et leurs délais d'application, sur les délais d'application des lois votées et appliquées ainsi que sur l'origine des articles prévoyant des dispositions à appliquer pour les lois votées. Deux séries de tableaux sont ainsi dressées : l'une portant sur les six derniers mois, l'autre portant sur la législature en cours. Ces tableaux statistiques sont fournis par le service de l'informatique et du développement technologique qui les édite sur la base des listings informatiques édités par les six commissions lorsqu'elles ont terminé la saisie des textes d'application.

Le dossier du contrôle semestriel d'application des lois comprend donc à ce stade final :

- le rapport du directeur accompagné des tableaux de statistiques globales et d'une liste des lois devenues totalement applicables durant le semestre considéré ;
- les notes de synthèse des six commissions permanentes accompagnées des deux listings susvisés et des fiches d'application des lois votées.

La plus prochaine Conférence des Présidents dont la date se situe dans la deuxième quinzaine du mois d'avril ou du mois d'octobre, examine ensuite un dossier qui comprend désormais le seul rapport du directeur du service des commissions. Ce dossier est distribué à tous les participants de la Conférence qui doit l'approuver au cours de sa réunion.

Un dossier plus complet comprenant outre le bilan semestriel du directeur, un état d'application des lois votées durant le semestre ainsi que les notes analytiques de chaque commission est cependant toujours adressé au Président du Sénat, au Secrétaire général de la présidence ainsi qu'aux divers services intéressés (service des commissions, secrétariat des commissions, service de la séance et service de l'informatique et du développement technologique).

Il m'a paru intéressant de tirer, enfin, les enseignements tant qualitatifs que quantitatifs des statistiques et des notes élaborées durant la neuvième législature (23 juin 1988 - 15 mars 1993) selon les méthodes indiquées précédemment.

**DEUXIÈME PARTIE -
BILAN STATISTIQUE DE LA NEUVIÈME LÉGISLATURE
(23 juin 1988 - 15 mars 1993)**

1 - LE BILAN QUANTITATIF

- Divers enseignements peuvent être tirés des tableaux établis durant cette période.

Un nombre important de lois (310) ont été votées au cours de la législature qui vient de s'écouler ainsi que l'indique le tableau qui suit :

**Statistiques sur les lois votées au cours de la législature
(23.06.1988 → 15.03.1993)**

Nombre de lois votées par commission	AFCL	ECON	ETRD	SOCI	FINC	LOIS	SPEC	Total	%
Application directe	4	8	4	4	34	53	0	107	35
Appliquées	3	17	1	18	9	30	0	78	25
Partiellement appliquées	10	22	2	26	14	22	0	96	31
Non appliquées	3	7	0	3	2	10	0	25	8
Devenues sans objet	0	0	0	0	1	3	0	4	1
TOTAL	20	54	7	51	60	118	0	310	100

Un fort pourcentage de lois (35 %) regroupe des textes d'application directe. 26 % des lois seulement ont été appliquées : 31 % n'ont été que partiellement appliquées et 8 % n'ont pas été appliquées du tout ; un très faible pourcentage (1 %) de lois sont devenues sans objet.

Ainsi, 60 % des lois votées sont devenues totalement applicables. Ce pourcentage est malheureusement assez représentatif du taux d'application habituel des lois. Il n'est cependant guère satisfaisant de constater que sur 100 lois votées par le Parlement, 60 seulement sont appliquées. Ce chiffre démontre le grand décalage existant entre un travail parlementaire long et souvent difficile et son application pratique. Quant au caractère solennel et obligatoire de la "Loi", il est battu en brèche par les faits.

Ce constat doit cependant être tempéré par le fait que 31 % des lois votées sont partiellement appliquées et que 9 % seulement des lois ne sont pas appliquées du tout.

En ce qui concerne les dispositions à appliquer pour les lois votées, les chiffres sont les suivants :

Statistiques sur les dispositions à appliquer pour les lois votées au cours de la législature (23.6.1988 → 16.03.1993)

Nombre de dispositions à appliquer par commission	AFCL	ECON	ETRD	SOCI	FINC	LOIS	SPEC	Total	%
Déjà prises									
En chiffres absolus	59	176	11	423	216	266	0	1 151	60
En % du total	47 %	58 %	79 %	62 %	68 %	58 %			
Restant à appliquer									
En chiffres absolus	66	130	3	258	101	195	0	753	40
En % du total	53 %	42 %	21 %	38 %	32 %	42 %			
TOTAL	125	306	14	681	317	461	0	1 904	100

60 % d'entre elles seulement ont été prises ; le fort pourcentage de dispositions restant à appliquer (40 %) indique qu'il reste encore beaucoup à faire dans le domaine de l'application des lois tant de la part du Gouvernement qui doit faire un effort de rigueur que du Parlement qui doit exercer un contrôle et une pression accrus.

Les délais nécessaires pour appliquer les dispositions législatives sont également préoccupants ainsi qu'il ressort des tableaux suivants :

Statistiques sur les délais d'application des dispositions appliquées au cours de la législature (23.06.1988 → 15.03.1993)

Sur des lois votées antérieurement à la législature

Nombre de dispositions appliquées dans un délai	AFCL	ECON	ETRD	SOCI	FINC	LOIS	SPEC	Total	%
De 6 mois à 1 an	1	0	0	0	0	10	0	11	3
De 1 à 2 ans	1	1	0	16	4	8	0	30	7
De 2 à 5 ans	11	6	0	54	4	37	2	114	26
De plus de 5 ans	17	8	1	47	70	128	6	277	64
TOTAL	30	15	1	117	78	183	8	432	100

Délai moyen (en jours) : 1 983

Délai minimum (en jours) : 242

Délai maximal (en jours) : 6 634

**Statistiques sur les délais d'application des dispositions appliquées
au cours de la législature
(23.06.1988 → 15.03.1993)**

Sur des lois votées au cours à la législature

Nombre de dispositions appliquées dans un délai	AFCL	ECON	ETRD	SOCI	FINC	LOIS	SPEC	Total	%
De moins de 1 mois	2	8	0	29	16	7	0	62	5
De 1 à 3 mois	2	18	1	73	29	22	0	145	13
De 3 à 6 mois	7	42	2	78	52	35	0	216	19
De 6 mois à 1 an	15	43	8	128	77	86	0	357	31
De 1 à 2 ans	21	56	0	76	28	94	0	275	24
De 2 à 5 ans	12	9	0	39	14	22	0	96	8
TOTAL	59	176	11	423	216	266	0	1 151	100

Délai moyen (en jours) : 314

Délai minimum (en jours) : 0

Délai maximal (en jours) : 1 481

Les dispositions des lois votées au cours de la législature, qui ont fait l'objet de mesures d'application, sont certes nombreuses (1.151) mais leur délai moyen d'application est beaucoup trop élevé : 314 jours. Ainsi, 18 % seulement d'entre elles ont été appliquées dans un délai de moins de trois mois, 19 % dans un délai de 3 à 6 mois et 31 % dans un délai de 6 mois à un an ; le reste, à savoir 32 %, a été appliqué dans un délai compris entre un et cinq ans. Le délai maximal d'application durant la neuvième législature a atteint 1 481 jours, ce qui est très excessif.

Pour les lois votées antérieurement à la législature, les dispositions appliquées sont évidemment moins nombreuses (432). Il faut noter que les délais font perdre une grande partie de son intérêt à l'application de ces dispositions ; 64 % d'entre elles requièrent un délai supérieur à cinq ans et 26 %, un délai compris entre deux et cinq ans. Quant au délai maximal, il atteint 6 634 jours.

Enfin, les délais d'application des lois votées et appliquées au cours de la législature, ne relèvent guère la moyenne, puisque sur un total de 78 lois, 35 % d'entre elles ont été appliquées dans un délai de six mois à un an et 35 % également dans un délai d'un à deux ans. 25 % seulement de ces lois ont été appliquées dans un délai inférieur à six mois et 6 % l'ont été dans un délai compris entre deux et cinq ans. Le tableau suivant retrace ces résultats :

**Statistiques sur les délais d'application des lois votées et appliquées
au cours de la législature
(23.06.1988 → 15.03.1993)**

Nombre de lois appliquées dans un délai	AFCL	ECON	ETRD	SOCI	FINC	LOIS	SPEC	Total	%
De moins de 1 mois	0	1	0	0	0	1	0	2	3
De 1 à 3 mois	0	4	0	1	2	1	0	8	10
De 3 à 6 mois	0	1	0	2	2	4	0	9	12
De 6 mois à 1 an	0	7	1	6	2	11	0	27	35
De 1 à 2 ans	3	3	0	6	3	12	0	27	35
De 2 à 5 ans	0	1	0	3	0	1	0	5	6
TOTAL	3	17	1	18	9	30	0	78	100

Délai moyen (en jours) : 350

Délai minimal (en jours) : 29

Délai maximal (en jours) : 1.202

N.B. : Le délai d'application d'une loi est obtenu par calcul de la moyenne des délais d'application des différentes dispositions prises pour cette loi.

Les délais d'application sont logiquement aussi importants que pour les dispositions appliquées. Le délai moyen est de 350 jours et le délai maximal de 1 202 jours.

- Afin de tirer le plus grand enseignement possible des statistiques qui ont été dressées durant cette dernière législature, il est intéressant d'en comparer les chiffres avec ceux de la huitième législature.

Il serait peu significatif de comparer les statistiques globales portant sur les lois et les dispositions à appliquer, concernant deux périodes aussi différentes que la huitième législature qui a duré un peu plus de deux ans et la neuvième législature qui a duré presque cinq ans.

En revanche, la durée des périodes considérées n'empêche pas de comparer les délais d'application des lois votées pendant ces deux périodes.

En ce qui concerne les délais d'application des dispositions concernant les lois votées antérieurement à la législature ou pendant cette période, les délais sont inférieurs pour la huitième législature ainsi que l'indiquent les tableaux ci-dessous :

Tableau n° 1**Délais d'application des dispositions appliquées sur des lois votées antérieurement aux deux législatures**

Délais en jours	8e législature	9e législature
Délai moyen	1 154	1 983
Délai minimal	71	242
Délai maximal	2 250	6 634

Tableau n° 2**Délais d'application des dispositions appliquées sur des lois votées durant les deux législatures**

Délais en jours	8e législature	9e législature
Délai moyen	183	314
Délai minimal	-	-
Délai maximal	705	1 481

Il ressort du premier tableau concernant des lois parfois très anciennes puisqu'elles peuvent remonter à plus de cinq ans, que le délai maximal d'application de certaines de leurs dispositions était trois fois plus long au cours de la neuvième législature (6 634 jours) qu'au cours de la huitième (2 250 jours).

Il en est de même pour le délai minimal : 242 jours pour la neuvième législature contre 71 jours pendant la huitième. En revanche, les durées des délais moyens se rapprochent davantage l'une de l'autre : 1 154 jours pendant la huitième législature et 1 983 jours pendant la neuvième.

En ce qui concerne les délais d'application des dispositions des lois votées pendant les deux législatures (deuxième tableau), les différences sont moins importantes. Le délai moyen est un peu moins du double pendant la neuvième législature (314 jours) que pendant la huitième législature (183 jours). Le délai

maximal est un peu plus du double pendant la 9e législature (1 481 jours) que pendant la huitième (705 jours). Les délais minimaux sont réduits à 0.

Le troisième tableau retrace les délais d'application des lois votées et appliquées pendant les deux législatures.

Tableau n° 3

Délais d'application des lois votées et appliquées pendant les deux législatures

Délais en jours	8e législature	9e législature
Délai moyen	207	350
Délai minimal	32	-
Délai maximal	574	1 202

Le délai d'application d'une loi est obtenu par le calcul de la moyenne des délais d'application des différentes dispositions prises pour cette loi.

Les différences sont à peu près semblables à celles qui existent entre les chiffres du tableau n° 2. Ainsi, le délai moyen est moins du double pendant la neuvième législature (350 jours) que pendant la huitième (207 jours). Le délai maximal est plus du double durant la neuvième législature (1 202 jours) que durant la huitième (574 jours). La durée du délai minimal tombe de 32 jours pendant la huitième législature à 0 pour la neuvième.

Il ressort de ces comparaisons que les délais d'application des mesures législatives s'allongent sensiblement malgré les engagements répétés des Gouvernements successifs de les raccourcir et les résolutions prises par le Parlement de resserrer son contrôle.

- Enfin, il semble intéressant d'exposer, en troisième lieu, les statistiques nouvelles qui ont été mises en place pour établir le bilan semestriel du contrôle de l'application des lois au Sénat du 16 septembre 1992 au 15 mars 1993.

Ces statistiques portent sur l'origine des articles prévoyant des dispositions à appliquer pour les lois votées durant la période précitée et déjà entrées en vigueur.

- Pour l'ensemble des commissions sénatoriales, 278 dispositions ainsi prévues ont été adoptées. 58, soit 21 % seulement, ont été prises au cours des six derniers mois ; 220, soit 79 %, restent encore à appliquer. Sur les 58 mesures déjà prises, 38 ont été prévues dès l'origine dans le projet de loi, 7 proviennent d'amendements d'origine sénatoriale, 5, d'amendements de l'Assemblée nationale et 8 proviennent de dispositions législatives adoptées en commission mixte paritaire. Le nombre important de dispositions restant à appliquer corrobore le diagnostic

peessimiste qui a été précédemment porté sur les délais d'application des lois votées au cours de la législature et pendant les six derniers mois.

- Une comparaison entre les six commissions permanentes peut être effectuée en dressant un tableau ventilant entre elles le nombre de dispositions prévoyant des mesures d'application, figurant dans les lois votées au cours des six derniers mois et déjà entrées en vigueur :

Commission	Dispositions prises au cours des six derniers mois		Dispositions restant à appliquer		TOTAL
	Nombre	%	Nombre	%	
Affaires culturelles	-	-	2	100	2
Affaires économiques	14	25	41	75	55
Affaires étrangères	-	-	-	-	-
Affaires sociales	15	13	100	87	115
Finances	17	34	33	66	50
Lois	12	21	44	79	56

Le plus grand nombre de ces dispositions (115) figurent incontestablement parmi les lois qui furent examinées par la commission des affaires sociales. Il faut noter cependant que seules 15 d'entre elles ont fait l'objet de mesures d'application alors que 100 restent à appliquer. La plupart d'entre elles figuraient déjà dans les projets de loi : 63 (55 %). Les autres se répartissent également entre les dispositions provenant d'amendements du Gouvernement : 19 (17 %), du Sénat : 19 (17 %), de l'Assemblée nationale : 12 (10 %) ; 2 (2 %) seulement avaient été introduites en commission mixte paritaire (C.M.P.).

La commission des lois vient ensuite avec 56 de ces dispositions. Un fort pourcentage d'entre elles : 59 %, soit 33 dispositions, étaient initialement prévues dans les projets de loi ; 23 %, soit 13 dispositions, proviennent d'un amendement gouvernemental ; 9 %, soit 5 dispositions, viennent de l'Assemblée nationale ; 5 également ont été introduites en commission mixte paritaire et aucune ne provient du Sénat.

La commission des affaires économiques, avec 55 dispositions, a un chiffre proche de celui de la commission des lois. Le plus fort pourcentage (53 %), regroupe

également les dispositions déjà prévues dans les projets de loi. En revanche, aucune disposition n'a été ensuite introduite par le Gouvernement et les dispositions d'origine "Assemblée nationale" sont plus nombreuses (12) que celles provenant du Sénat ou d'une C.M.P.

Une très forte prédominance (76 %) de dispositions figurant déjà dans les projets de loi, se remarque également dans les lois examinées par la commission des finances. Sur les 50 dispositions la concernant, 38 proviennent de projets de loi, 6, d'amendements du Gouvernement, 3, d'amendements du Sénat et 3, d'amendements de l'Assemblée nationale.

Il ressort de cette étude que la plupart des dispositions concernées figuraient déjà dans les projets de loi initiaux, les apports postérieurs à ces projets de loi se répartissant assez équitablement quoique dans des proportions assez différentes selon les commissions, entre les quatre sources possibles d'amendements.

*_*_*_*

Ces données quantitatives n'ont été complétées qu'à partir d'octobre 1990 par des constatations ponctuelles émises par chacune des six commissions permanentes qui ont ainsi permis d'établir un véritable bilan qualitatif de l'application des lois.

2. LE BILAN QUALITATIF

L'appréciation des six commissions permanentes sur le rythme de publication des textes réglementaires nécessaires à l'application des lois votées pendant la législature écoulée est très contrastée. En revanche, un trait commun se dégage : la rigueur avec laquelle les commissions suivent l'application des lois qui les concernent. Le suivi est précis et s'accompagne de contacts toujours plus approfondis avec le Secrétariat général du Gouvernement et les ministères.

- Des appréciations contrastées

- Une accélération de la publication des textes d'application a été constatée par plusieurs commissions à certaines périodes de la législature et attribuée, entre autres, au rappel à l'ordre du Président de la République lors du conseil des ministres du 30 mai 1990, qui avait été suivi par la circulaire du 1er juin 1990 précitée prescrivant l'élaboration de calendriers prévisionnels et fixant à 6 mois les délais maximaux pour la publication des décrets d'application.

Ainsi, la commission des affaires économiques l'a constaté en octobre 1990 pour la plupart des lois récentes et particulièrement importantes à cette époque : la loi sur l'adaptation de l'exploitation agricole à son environnement économique et social et celle sur l'information et la protection des consommateurs. Elle s'est également félicitée en avril 1991 que la loi du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service des postes et des télécommunications ait pu entrer en vigueur rapidement bien que la parution de 49 décrets ait été requise. Elle a salué en octobre 1992 la parution de 74 mesures d'application de dispositions législatives dont elle avait eu à connaître. Elle avait cependant tempéré "cette apparente croissance" en remarquant que 25 décrets concernaient les seuls statuts particuliers des personnels résultant du changement de régime juridique de France Télécom. Enfin, en mars 1993, elle a recensé 61 textes d'application de dispositions législatives l'intéressant remarquant ainsi le rythme soutenu de l'application des lois durant le semestre.

La commission des affaires sociales a constaté en avril 1991 la publication rapide de textes concernant la loi n° 91-73 portant diverses dispositions relatives à la

santé publique et aux assurances sociales (10 décrets, 1 arrêté et 2 circulaires au titre de la mise en place de la contribution sociale généralisée) ce qui tend à confirmer que la rapidité de parution des textes réglementaires dépend moins de l'organisation administrative que d'une volonté politique affirmée. Cette commission a noté en avril 1992 les progrès obtenus en matière d'application des lois, progrès qu'elle avait attribués à l'opiniâtreté mise par le Sénat à obtenir du Gouvernement des calendriers prévisionnels de parution des textes réglementaires. Elle a remarqué également que pour des textes s'appliquant à des domaines sensibles tels que l'indemnisation des victimes de préjudices résultant de la contamination par le virus du Sida causée par une transfusion sanguine, les mesures d'application étaient plus rapidement prises.

La commission des affaires culturelles a relevé en octobre 1991 et avril 1992 des progrès dans certains secteurs comme celui de la culture, progrès qu'elle a attribués à l'action de sensibilisation accomplie par son président auprès des rapporteurs.

La commission des finances a fait, en octobre 1991, un important travail de recension de l'ensemble des dispositions législatives depuis la mise en place d'un suivi informatique. Elle a pu constater que le taux d'application des mesures pour lesquelles le Parlement avait souhaité explicitement l'intervention d'un texte d'application, était très élevé pour les textes la concernant (environ 80 %) mais que le pourcentage était en nette baisse depuis le début de la 9^e législature (soit 60 %). Elle a, également, constaté, en octobre 1992, la publication de la totalité des mesures réglementaires prévues pour l'application de la loi du 15 juillet 1992 portant diverses dispositions d'ordre fiscal et de la loi du 16 juillet 1992 relative au plan d'épargne en actions, le niveau satisfaisant d'application de la loi de finances pour 1992 ainsi que la publication de deux importants décrets de codification concernant le code général des impôts et le livre des procédures fiscales.

La commission des lois a constaté en mars 1993, une accélération de la publication des textes d'application qu'elle a imputée à la circulaire du Premier ministre en date du 2 janvier 1993 relative aux règles d'élaboration, de signature et de publication des textes au Journal officiel. Cette circulaire rappelait l'objectif de la publication dans les six mois suivant la promulgation des lois. La commission a indiqué que 54 dispositions législatives avaient fait l'objet d'un texte d'application durant le semestre écoulé, que cinq lois étaient devenues entièrement applicables et que pour ces lois, le délai entre la promulgation de la loi et la publication du premier décret d'application variait entre un et douze mois.

Enfin, la commission des affaires étrangères a signalé, en mars 1993, une évolution importante de la situation de la loi du 4 janvier 1992 modifiant le code du service national puisque sur les cinq textes d'application prévus, les quatre premiers et une partie du cinquième ont fait l'objet du décret du 1^{er} décembre 1992 ; quant au rapport sur les réserves, il a été déposé le 26 mars 1993.

• A d'autres périodes, au contraire, les commissions ont constaté un "glissement" des échéanciers de parution des textes d'application.

La commission des finances a cité, en octobre 1990, un exemple des conséquences fâcheuses que pouvait avoir la parution tardive des dispositions d'application ; le comité permanent du financement de l'agriculture prévu par l'article 13 de la loi n° 88-50 relative à la mutualisation du Crédit agricole, a fonctionné plus d'un an à titre officieux. Elle a indiqué également que le calendrier prévisionnel des mesures réglementaires qui devaient être prises pour l'application de deux lois importantes du 3 juillet 1990 relative à la détermination des bases des impôts directs locaux et du 4 juillet 1990 relative au statut et au capital de la Régie Renault, n'avait toujours pas été arrêté au mois de septembre.

La même commission a souligné, en avril 1991, le caractère incomplet de l'application des lois votées dans son domaine de compétence et, en particulier, les lois de finances : loi de finances pour 1990 (7 textes d'application non publiés sur 25), loi de finances rectificative pour 1989 (3 décrets non publiés sur 10), loi de finances pour 1991 (18 textes non parus sur 21).

La commission a signalé en octobre 1992 certains retards alarmants et, en particulier, celui de la loi du 26 juillet 1991 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, dont six articles ne pouvaient pas être appliqués en raison de la non-publication des mesures réglementaires nécessaires.

Elle a, enfin, constaté en mars 1993 que la loi de finances rectificative pour 1992 et le loi n° 92-1477 relative aux produits soumis à certaines restrictions de circulation et à la complémentarité entre les services de police, de gendarmerie et de douane, n'ont toujours pas fait l'objet de mesures réglementaires d'application.

La commission des affaires sociales a noté en octobre 1990 que certaines lois particulièrement complexes n'avaient reçu aucune application réglementaire alors que certaines avaient été votées depuis plus de quatre ans. Elle avait cité comme exemples :

- la loi n° 86-33 relative à la fonction publique hospitalière requérant trente-six dispositions réglementaires d'application,
- la loi n° 87-39 portant diverses mesures d'ordre social (DMOS) requérant sept mesures réglementaires,
- la loi n° 89-18 portant DMOS requérant également sept dispositions d'application,
- la loi n° 86-17 adaptant la législation sanitaire et sociale au transfert de compétences en matière d'action sociale et de santé, requérant onze dispositions d'application.

Dans le même ordre d'idée, les articles de la loi n° 89-899 relative à la protection et à la promotion de la santé, de la famille et de l'enfance, qui adaptaient la législation sanitaire et sociale aux transferts de compétences en matière d'aide sociale et de santé, n'étaient toujours pas appliqués en octobre 1991 : 15 textes sur 16 n'étaient pas publiés.

En octobre 1992, la commission s'est, de nouveau, inquiétée du retard pris dans l'application des lois. Aucun texte réglementaire appliquant la loi du 12 juillet 1992 relative aux assistantes maternelles, n'avait été publié. Le calendrier prévisionnel d'application de la loi du 29 juillet 1991 relative au revenu minimum d'insertion a suscité des réserves de la part de la commission. De plus, certaines dispositions de la loi du 31 décembre 1991 relative à la formation professionnelle n'avaient pas encore fait l'objet d'un décret ; la commission a estimé qu'un tel retard compromettrait la mise en oeuvre du dispositif global de formation des jeunes en alternance ainsi que le financement de ce dispositif dans les petites entreprises.

La commission a regretté que la loi du 12 juillet 1990 relative aux agences de mannequins, soit entrée en application plus de deux ans après son adoption alors que sa date d'entrée en vigueur avait été fixée au 1er janvier 1991.

La commission a, enfin, signalé les nombreux projets de loi sociaux restés en suspens en octobre 1992, soit dix projets de loi concernant des sujets aussi importants que la régulation des dépenses de l'assurance maladie ou les professions de santé ou encore la pharmacie et le médicament... Elle s'est posée la question de savoir si "le meilleur moyen de ne pas appliquer les lois" n'était pas "désormais de ne plus les soumettre au vote définitif du Parlement lorsque les délibérations de ce dernier ne satisfont pas le Gouvernement".

En mars 1993, la commission signalait que les lois du 4 janvier 1993 relative aux conditions d'attribution de la carte du combattant et relative aux relations entre

les professions de santé et l'assurance maladie n'avaient fait l'objet d'aucun texte d'application. Elle s'inquiétait également qu'aucun calendrier prévisionnel de parution des textes réglementaires ne lui ait été adressé alors qu'elle avait pris contact avec les cabinets des ministres dès la promulgation des lois.

La commission des affaires culturelles signalait en octobre 1990 que la loi du 6 janvier 1988 relative aux enseignements artistiques, pourtant adoptée en urgence, n'était entrée que partiellement en application. Il en allait de même pour les lois du 13 décembre 1985 sur la communication audiovisuelle et du 28 juin 1989 relative à la prévention et à la répression de l'usage des produits dopants.

La commission estimait en mars 1993 que "les délais annoncés étaient rarement tenus et que les dispositions présentées comme les plus urgentes ou les plus importantes n'étaient pas toujours celles qui étaient le plus rapidement appliquées".

Ainsi, la loi du 20 juin 1992 relative au dépôt légal n'avait encore reçu aucune mesure d'application.

Les premiers textes d'application de la loi du 13 juillet 1992 relative aux réseaux câblés ne sont intervenus qu'après le 15 mars 1993.

Le délai annoncé par le ministre en commission, au mois de novembre 1992, pour la publication des textes d'application de la loi du 13 juillet 1992, à savoir le premier trimestre 1993, n'a pas été respecté. Deux décrets seulement étaient parus avant le 15 mars.

Quant à la loi du 13 juillet 1992 relative aux organismes génétiquement modifiés, qui assure la transposition des directives communautaires, d'avril 1990, deux décrets d'application seulement sont parus avant le 15 mars. Le Secrétaire général du Gouvernement prévoyait que la loi serait totalement applicable à la fin du premier semestre 1993 alors que les directives devaient être appliquées dans les États-membres avant le 23 octobre 1991.

Quant à la commission des lois, elle relevait en octobre 1990 que l'article 3 de la loi du 22 juin 1987 concernant la création et l'organisation des établissements publics pénitentiaires qui avait pourtant fait l'objet de débats importants, était toujours inappliqué. Le constat était le même pour plusieurs articles de la loi du 22 juin 1987 relative à l'organisation de la sécurité civile et à la protection de la forêt.

La commission signalait également en octobre 1991 des retards d'application pour :

- la loi du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif,
- la loi du 2 août 1989 concernant les conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France,
- la loi du 29 décembre 1990 dont aucun des quatre décrets prévus pour la suppression de la tutelle administrative et financière sur les communes du territoire de Nouvelle Calédonie, n'était encore paru.

En octobre 1992, la commission a mis en exergue les conséquences dommageables de l'application tardive de la loi du 10 juillet 1989 relative à diverses dispositions en matière de sécurité routière et en matière de contraventions. Le retard mis à publier les dispositions nécessaires à l'application du permis à points qui devait entrer en vigueur le 1er janvier 1992, avait entraîné un lourd contentieux. L'entrée en vigueur n'était intervenue que le 1er juillet 1992 et, outre les mouvements sociaux qu'elle avait entraînés, avait permis au tribunal de police de Saint-Dizier de refuser d'appliquer le dispositif du permis à points au motif de l'illégalité du décret d'application paru postérieurement à la date prévue dans la loi.

La commission a, également, souligné qu'en relevant à douze le nombre de points attribués à chaque conducteur, le Gouvernement avait rejoint la position

adoptée par le Sénat qui avait vainement tenté de faire prévaloir sa position lors de la discussion de la loi du 10 juillet 1989.

La commission avait cité un autre exemple fâcheux d'abstention du pouvoir réglementaire. Elle a indiqué que la non-publication des décrets attendus pour la loi n° 91-1390 du 31 décembre 1991 relative à la titularisation d'agents de l'office français de protection des réfugiés et apatrides, était à l'origine d'une grève déclenchée par les agents de l'OFPRA.

La commission a déploré que des lois dont le vote a été imposé dans la précipitation par le Gouvernement restent inappliquées. Elle cite en exemple la loi organique relative au statut de la magistrature, examinée dans les derniers jours de la session d'hiver 1991 et en session extraordinaire en janvier 1992 ; cette loi n'avait encore reçu aucun décret d'application.

La commission craignait, enfin, que certaines dispositions de lois plus anciennes risquent de n'être jamais appliquées bien qu'ayant été votées en grande hâte pour certaines d'entre elles, en sessions extraordinaires.

Elle citait ainsi :

- la loi du 31 décembre 1990 qui avait créé les sociétés d'exercice libéral interprofessionnelles,
- la loi du 3 février 1992, relative aux conditions d'exercice des mandats locaux,
- et la loi du 6 février 1992 concernant la réalisation du schéma départemental de la coopération intercommunale.

La commission des affaires étrangères soulignait en octobre 1990 que l'une des dispositions de la loi du 8 juillet 1983 modifiant le code du service national, qui prévoyait la définition d'un nouveau cas de dispense des obligations du service national ne pouvait toujours pas être appliquée. Le décret n'était pas paru, le ministre estimant que les possibilités existantes avaient "jusqu'à présent répondu aux différents besoins sans qu'il soit nécessaire d'avoir recours à des dispositions nouvelles".

La commission a signalé en octobre 1992 l'immobilisme qui s'attache aux lois la concernant. Deux textes étaient encore attendus pour l'application de la loi n° 90-588 du 6 juillet 1990 portant création de l'agence pour l'enseignement français à l'étranger. Quant à la loi n° 92-9 du 4 janvier 1992 modifiant le code du service national, aucun des textes d'application nécessaires n'était encore paru.

La commission des affaires économiques a dressé en octobre 1991 un relevé très précis permettant de constater qu'aucune des dix lois promulguées n'avait reçu de commencement d'exécution. Au total, 24 lois relevant de la compétence de cette commission ont attendu en vain des mesures d'application entre mars et octobre 1991. Parmi les autres dispositions attendues, l'absence de l'une d'entre elles était particulièrement dommageable pour l'équilibre des structures commerciales, qui était pourtant l'un des buts poursuivis par la loi du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales (art. 4 sur la répartition du surplus de la taxe sur les grandes surfaces au profit notamment du commerce de détail).

Parmi les lois importantes votées depuis plus de six mois en octobre 1991, la commission avait cité des exemples de textes ayant subi des retards d'application du fait de la non-parution (totale ou partielle) des textes réglementaires nécessaires. Ainsi :

- Des craintes étaient formulées avec raison, comme nous l'avons vu précédemment, quant au respect de la date du 1er janvier 1992 pour l'entrée en vigueur des dispositions relatives au "permis à points" (art. 10 à 21 de la loi n° 89-469 du 10 juillet 1989). Même chose, pour des raisons financières, en ce qui

concernait certaines dispositions relatives à la sécurité routière (loi n° 90-977 du 31 octobre 1990).

- Il en allait de même pour des lois adaptant la législation française dans d'autres secteurs importants du marché unique européen : n° 89-1014 du 31 décembre 1989 adaptant le code des assurances, n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité de la procédure des marchés.

- Enfin, était signalée la non-parution d'un décret appliquant la loi du 11 juillet 1991 modifiant le code des postes et télécommunications. Le décret devait définir les conditions d'assermentation des fonctionnaires pouvant rechercher et constater des infractions à la législation des télécommunications. La commission rappelait qu'il s'agissait d'une disposition destinée à réparer une erreur sanctionnée par le Conseil constitutionnel dans une loi votée le 29 décembre 1990 et qui avait été, en son temps, très explicitement dénoncée par le Sénat.

Ensuite, la carence du pouvoir exécutif a été soulignée par la commission des affaires économiques en avril 1992 dans un cas précis, celui de la loi relative à l'organisation interprofessionnelle des pêches maritimes et des élevages marins, et à l'organisation de la conchyliculture du 2 mai 1991 dont certains textes prévus n'étaient pas encore parus à la date fixée par le législateur. Celui-ci a donc été conduit à modifier le délai dans le cadre de la loi n° 91-1406 portant diverses mesures d'ordre social du 31 décembre 1991 afin de remédier aux carences du pouvoir réglementaire.

Enfin, la commission donnait, en mars 1993, un exemple de loi votée dans des conditions d'extrême rapidité et après déclaration d'urgence, sans qu'aucun des décrets nécessaires à son application ne soit encore paru, avec la loi n° 93-24 du 8 janvier 1993 sur la protection et la mise en valeur des paysages et modifiant certaines dispositions législatives en matière d'enquêtes publiques.

- La rigueur du contrôle de l'application des lois

Les six commissions permanentes du Sénat approfondissent leur méthode de travail chaque semestre et enrichissent de façon continue le contrôle exercé sur l'application des lois par les contacts qu'elles ont établis avec les services ministériels et le Secrétariat général du Gouvernement.

• La présentation des appréciations portées par les commissions sur l'application des lois s'améliore de façon continue.

Ainsi que cela avait été signalé précédemment, la commission des finances avait fourni en octobre 1991 un travail de recension considérable de l'ensemble des dispositions législatives adoptées depuis l'instauration d'un suivi informatique.

La commission des affaires sociales avait réalisé pour sa part, à la même époque, pour les textes adoptés au cours de la session de printemps 1991, un tableau faisant apparaître non seulement les textes prévus par le législateur, mais aussi ceux qui, après concertation avec le ministère, étaient nécessaires à l'application effective des dispositions votées. L'exemple de la loi n° 91-748 portant réforme hospitalière montrait à l'évidence que les textes d'application prévus explicitement par le législateur étaient nettement moins nombreux que les décrets nécessaires à l'entrée en vigueur effective de l'ensemble des dispositions législatives (dans ce cas précis, la différence portait sur 21 décrets, ce qui est considérable).

L'une des difficultés rencontrées pour ce travail, confirmée par ailleurs par l'expérience de la commission des affaires économiques (à propos notamment du texte du 31 décembre 1989 relatif à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles) est que le Gouvernement demeure libre non seulement du nombre, mais également de la forme des décrets ou autres

textes d'application. C'est ainsi, par exemple, qu'un seul décret d'application de la loi sur le surendettement visait 18 des 34 articles de ce texte. Le contrôle ne peut donc être seulement formel. Il suppose pour chaque texte paru au Journal officiel une analyse au fond, complétée par la collecte de renseignements complémentaires (exposé des motifs -non publié- du texte d'application par exemple).

La commission des affaires sociales s'est, depuis, attachée à rendre très lisible par le moyen de plusieurs tableaux, son bilan sur l'application des lois. Ce procédé permet d'attirer l'attention sur le décalage surprenant entre les dispositions prévues par la loi et celles qui sont recensées au moyen d'un calendrier prévisionnel obtenu auprès des ministres concernés.

D'autres commissions ont également adopté cette présentation en tableaux.

Ainsi en octobre 1992, la commission des lois a fait apparaître dans un tableau, pour les cinq lois entièrement applicables qui la concernaient, le délai intervenu entre la promulgation de la loi et la publication de son premier décret d'application, soit en moyenne plus de dix mois.

A la même époque, la commission des affaires économiques a dressé deux tableaux répertoriant les textes réglementaires qui devraient être pris pour qu'entrent en vigueur des lois n'ayant fait l'objet d'aucun texte d'application depuis leur promulgation. La commission a également présenté un tableau retraçant pour chacun des articles de la loi n° 89-412 du 22 juin 1989 modifiant et complétant certaines dispositions du livre deuxième du code rural, qui renvoient à un décret, l'état de son application et, éventuellement, les motifs justifiant l'absence de publication du texte attendu.

Les commissions ont amélioré ainsi, de façon sensible, la présentation de leurs appréciations qualitatives sur l'application des lois. Les textes sont également répertoriés en quelques grandes rubriques qui rendent les commentaires plus clairs et permettent de dégager des constats d'ordre général.

• Enfin, les contacts accrus avec les services ministériels et le Secrétariat général du Gouvernement permettent d'effectuer un meilleur contrôle et d'essayer de résoudre les problèmes liés au manque d'homogénéité des données informatiques.

En octobre 1991, l'effort de concertation amorcé par certains ministères avec les commissions des assemblées était relevé. Deux exemples étaient cités au Sénat ; le secrétariat d'État aux anciens combattants se proposait de soumettre trois textes d'application de la loi n° 91-626 modifiant le code des pensions militaires d'invalidité, au président et au rapporteur de la commission des affaires sociales. Le ministère de la justice, quant à lui, comme cela avait été le cas pour la précédente réforme, avait entrepris d'élaborer les textes d'application de la loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques en concertation avec les commissions des lois des deux assemblées.

Était, cependant, soulignée au même moment, la difficulté d'établir des statistiques sur les textes réglementaires prévus par la loi dont le nombre diffère sensiblement de celui des textes nécessaires pour que ladite loi soit effectivement appliquée.

En avril 1992, le manque d'homogénéité entre les données émanant de l'exécutif et celles du Sénat, était également souligné. La commission des affaires sociales citait, à cet égard, pour l'application de la loi favorisant la stabilité de l'emploi par l'adaptation du régime des contrats précaires du 12 juillet 1990, la discordance entre la base de données LEX -le fichier législatif et réglementaire du Gouvernement- qui ne faisait état au 15 mars 1992 que d'un seul décret, le rapport du Gouvernement sur l'évolution du recours au travail précaire paru dans la première

quinzaine de mars qui annonçait quatre décrets, deux arrêtés et deux circulaires, et la base du Sénat qui dénombrait cinq décrets, cinq arrêtés et deux circulaires.

Mais également, à la même époque, afin d'améliorer et d'approfondir leur contrôle sur l'application des lois, certaines commissions ont pris des initiatives qui méritent d'être signalées.

Ainsi, la commission des affaires culturelles, par l'intermédiaire de son président M. Maurice Schumann, a adressé à Mme Édith Cresson, alors Premier ministre, un courrier en date du 10 décembre 1991 demandant que soient communiquées aux rapporteurs des projets de loi les informations sur le calendrier prévisionnel de parution des décrets d'application et sur leur contenu. De plus, les rapporteurs de la commission des affaires culturelles demandent systématiquement, et obtiennent parfois, les projets de mesures d'application des textes dont ils ont la charge.

Enfin, on peut noter que, pour un texte, la loi du 3 juillet 1991 relative à l'Institution nationale des invalides, la commission des affaires sociales a pu aller au-delà du contrôle d'application des lois en instaurant, grâce à l'accord du secrétaire d'État aux anciens combattants d'alors, M. André Méric, une sorte de contrôle sur l'élaboration des textes réglementaires. En effet, M. Méric, qui s'était engagé en séance publique, au Sénat, à consulter la commission des affaires sociales sur les textes d'application avant publication, a effectivement soumis les projets de décret au président de la commission, M. Jean-Pierre Fourcade, qui a émis des observations dont les décrets publiés ensuite ont effectivement tenu compte.

Le constat dressé en octobre 1992 était, cependant, mitigé. Il semble que peu de commissions avaient bénéficié des calendriers prévisionnels d'application des lois prévus dans la circulaire du Premier ministre du 1er juin 1990. La commission des affaires sociales signalait avoir obtenu la communication de ces calendriers pour sept lois la concernant et la commission des lois pour deux d'entre elles (la loi n° 92-643 du 13 juillet 1992 relative à la modernisation des entreprises coopératives et la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire).

Certaines commissions s'étaient, également, préoccupées des rapports qui devaient être entretenus avec le Secrétariat général du Gouvernement.

La commission des affaires sociales avait comparé les informations recueillies par la commission avec la base établie par le Secrétariat général du Gouvernement. Elle a constaté que le Secrétariat général du Gouvernement avait rattaché à la loi n° 91-1406 portant diverses dispositions d'ordre social (DDOS) 21 décrets relatifs au statut particulier des corps de la poste et de France-Télécom. Dans la mesure où le texte concernant essentiellement ce secteur est la loi n° 90-568 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications, la commission a sagement décidé de ne pas prendre en compte ces décrets. En harmonie avec cette position, la commission des affaires économiques les a considérés comme relevant du domaine d'application de la loi n° 90-568. La position du Secrétariat général du Gouvernement était d'autant plus étonnante que l'article 39 de la loi n° 91-1406 portant diverses dispositions d'ordre social n'était intervenu que de façon marginale en ce domaine, en rendant applicable aux établissements autonomes de droit public l'obligation d'emploi des handicapés qui s'appliquait autrefois à la poste et à France-Télécom. Cet article 39 ne prévoyait, d'ailleurs, la publication d'aucun texte réglementaire.

La commission des affaires économiques avait souligné l'opportunité d'attirer l'attention du Secrétariat général du Gouvernement sur la nécessité de préciser aussi parfaitement que possible les visas des textes d'application. Elle a cité deux exemples concernant la loi n° 90-1260 du 31 décembre 1990 relative aux professions

commerciales et artisanales qui semblait jusqu'à présent dépourvue de mesure d'application. Or, cette loi a pourtant fait l'objet du décret n° 92-150 du 17 février 1992 qui se réfère au seul code général des impôts et non à la loi n° 90-1260 dont la direction du commerce intérieur estime pourtant qu'il est un des textes d'application. Doit également être considéré comme rattaché à cette loi, le décret n° 92-952 du 3 septembre 1992 fixant les règles d'organisation et de fonctionnement des fonds locaux d'adaptation du commerce rural qui se réfère uniquement à l'article 1648 AA du code général des impôts.

Les rapporteurs de la commission des affaires culturelles, pour essayer de prévenir les retards constatés dans l'application des lois, demandent désormais systématiquement au Gouvernement la communication des avant-projets des textes d'application des projets de loi dont ils ont la charge, ainsi que leur échéancier de publication. Les résultats de cette démarche méritent d'être signalés. Ainsi pour les textes adoptés lors de la session de printemps 1992, les rapporteurs ont eu communication d'avant-projets de décrets concernant des dispositions importantes de la loi relative au dépôt légal, de la loi sur la lecture publique, de la loi relative au contrôle des organismes génétiquement modifiés, de la loi relative à la validation d'acquis professionnels et portant diverses dispositions relatives à l'éducation nationale.

Cependant, la commission des affaires culturelles, comme l'ensemble des autres commissions, a constaté que la circulaire du 1er juin 1990 est très imparfaitement respectée : "Nombre de projets de textes d'application ne sont pas élaborés en même temps que les projets de loi et les prévisions relatives aux délais de parution de ces textes apparaissent souvent très optimistes".

Enfin, en mars 1993, les commissions ont insisté sur l'importance des contacts avec le Secrétariat général du Gouvernement et les services ministériels.

La commission des affaires sociales a souhaité que les rapports se développent davantage avec les ministères et a déploré que, malgré les contacts pris avec les cabinets ministériels, aucun calendrier prévisionnel de parution des textes réglementaires ne lui soit parvenu les six derniers mois.

La commission des affaires économiques a pris également contact avec les ministères pour obtenir des prévisions sur la parution des décrets d'application ainsi que la plupart des autres commissions.

*_*_*_*

Le contrôle de l'application des lois effectué au Sénat entre bien dans la vocation de la Haute Assemblée, plus éloignée que l'Assemblée nationale, des préoccupations politiques du moment. Le Sénat peut se livrer à un travail technique suivi dont l'origine remonte maintenant à presque vingt-deux ans. Ce travail n'a cessé de s'améliorer dans ses méthodes et de s'approfondir dans son suivi. L'impact de cet important travail sur le Gouvernement est cependant un peu décevant puisque nous avons vu que les délais d'application ont crû sensiblement durant la neuvième législature. Nous pourrions cependant trouver quelque espoir d'amélioration dans les statistiques du dernier semestre (16 mars - 15 septembre 1993) puisque nous avons pu noter une baisse du délai moyen d'application des mesures législatives votées au cours de ce semestre (28 jours contre 33) et une accélération du rythme d'application des lois récentes ; de plus, durant le premier semestre de la nouvelle législature, le nombre de lois ne requérant aucun texte d'application pour entrer en vigueur a beaucoup augmenté (52 % contre 9 %). Il ne reste plus qu'à espérer que cette tendance s'amplifie et que la pression exercée par les commissions du Sénat porte enfin ses fruits.

CONTRÔLE PARLEMENTAIRE ET ÉVALUATION PAR LE CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL

I - AVIS ADOPTÉ LE 12 DÉCEMBRE 1990 SUR LE RAPPORT PRÉSENTÉ PAR MONSIEUR LUCIEN GÉNIN AU NOM DE LA SECTION DES PROBLÈMES ÉCONOMIQUES GÉNÉRAUX ET DE LA CONJONCTURE (SYNTHÈSE)

II - LA CONFÉRENCE NATIONALE DE L'ÉVALUATION

III - LES TRAVAUX D'ÉVALUATION RÉALISÉS À L'INITIATIVE DU CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL

.*.

I - SYNTHÈSE DU RAPPORT ET DE L'AVIS présentés par M. Lucien GÉNIN,

**à l'Assemblée plénière du Conseil économique et social
les 11 et 12 décembre 1990
au nom de la section des Problèmes économiques généraux et de la
conjoncture
présidée par M. Jean BRUNET.**

M. Lionel Stoleru, Secrétaire d'État auprès du Premier ministre, chargé du Plan, participa aux débats.

L'avis a été adopté par 150 voix, contre 14 et 17 abstentions sur 181 votants. Le rapport et l'avis ont été publiés au J.O. du 15 janvier 1991 (n° 2 de l'édition spéciale avis et rapports du Conseil économique et social).

.*.

Au cours de la décennie écoulée, s'est affirmée dans la plupart des pays industrialisés, et particulièrement aux États-Unis, une volonté de promouvoir une évaluation des politiques publiques.

Celle-ci correspond à une exigence forte de la démocratie et ce d'autant plus que, si les politiques et l'action publiques ont tendance à se développer et à se diversifier, elles ont aussi tendance à se compliquer et même à s'opacifier.

L'évaluation des politiques vise à l'amélioration, sous toutes ses formes, de la relation entre la puissance publique et le citoyen. En tant que tel, le citoyen doit se sentir plus impliqué dans les choix et l'action des pouvoirs publics. En tant qu'administré, il doit bénéficier d'une garantie permanente de qualité des services publics.

Le Conseil économique et social s'est attaché à proposer au-delà de ses définitions une approche concrète du contenu et des principales limites de l'évaluation des politiques publiques en distinguant, par rapport à la décision politique, les évaluations préalables (ou *ex ante*), concomitantes, et en marquant la différence entre l'évaluation, le contrôle ou l'audit, et en précisant que l'évaluation s'applique à des politiques plutôt qu'à des institutions.

Au moment où le Conseil économique et social en débattait, le dispositif évaluatif français tendait à s'articuler comme suit :

- un pôle législatif d'évaluation, recouvrant un organisme : l'Office parlementaire des choix scientifiques et technologiques, commun aux deux Assemblées, et des missions spécifiques propres à l'Assemblée nationale ;

- un pôle exécutif d'évaluation constitué autour d'un dispositif interministériel d'évaluation créé par le décret du 22 janvier 1990 (Comité interministériel de l'évaluation, Fonds national de développement de l'évaluation, Conseil scientifique de l'évaluation), et auquel participent : le Conseil d'État, la Cour des comptes, le Médiateur de la République, les Ministères, les Corps d'Inspection générale, des Comités d'évaluation ad hoc...

Le Conseil économique et social - l'attitude évaluative est dans sa nature et la démarche évaluative dans sa fonction - est concerné de manière spécifique par ce dispositif. Ses structures et ses procédures faisant qu'il peut être immédiatement opérationnel dans le déroulement du processus d'évaluation, le rapport a présenté un certain nombre de suggestions à cet égard.

Il mesure, cependant, les limites et les risques auxquels peut encore se heurter en France le développement de la démarche évaluative : pesanteurs de la tradition administrative, dérive technocratique pouvant aboutir à un dessaisissement des élus et des partenaires socio-professionnels au profit des experts, multiplication des instances d'évaluation, peu d'implication des corps intermédiaires ...

Convaincu de la nécessité de surmonter ces obstacles, et estimant qu'il n'y a d'évaluation que strictement indépendante, le Conseil économique et social en propose une conception reposant sur trois exigences indissociables : des moyens d'expertise, au service d'un débat démocratique, tendu vers la prise de décisions publiques et vers leur adaptation. Ceci implique une stricte distinction des acteurs de l'évaluation (demandeurs, chargés d'études évaluatives, instances pluralistes d'évaluation, destinataires), un souci permanent de résoudre le problème de la compatibilité entre le cycle généralement court de la décision politique et le cycle plus long de la démarche évaluative.

Quelques critères privilégiés "prédisposent" tel ou tel domaine à faire l'objet d'une évaluation : coût financier, certes, d'une politique ou d'une absence de politique, mais aussi effets recherchés d'une politique en termes de cohésion sociale, ou capacité d'entraînement d'une politique etc. Le rapport, accompagnant l'avis du C.E.S. illustre ces analyses de nombreux exemples.

Dans le dispositif du décret du 22 janvier 1990, dont le C.E.S. estime qu'il devra faire l'objet, lui-même, d'une évaluation, au terme de quelques années de fonctionnement, le rôle du Conseil scientifique de l'évaluation a retenu l'attention de cette Assemblée. Un temps d'expérimentation lui apparaît nécessaire notamment pour préciser la nature et les modalités des relations opérationnelles qu'elle pourra établir avec le Conseil scientifique dont elle doit requérir l'avis technique, lorsqu'elle

souhaite bénéficier du concours financier du Fonds national de développement de l'évaluation. Pour limitées qu'elles soient dans leur objet, ces relations doivent être rigoureusement compatibles avec le statut organique de l'Assemblée constitutionnelle qu'est le Conseil économique et social.

D'une manière plus générale, le Conseil scientifique de l'évaluation devrait, par ailleurs, exercer un rôle essentiel, notamment en matière de promotion de l'évaluation, d'élaboration d'une éthique professionnelle et d'une déontologie de l'évaluation, et de développement de la recherche et la formation des spécialistes.

S'agissant des diverses instances publiques de l'évaluation, le C.E.S. souhaite, notamment ;

- une plus grande ouverture sur le public, les acteurs économiques et sociaux et les usagers du projet gouvernemental, visant au renouveau du service public,
- une prise en considération parlementaire des travaux d'évaluation de la Cour des Comptes et du Conseil d'État,
- un développement pluraliste des instances spécifiques d'évaluation,
- l'attribution au Médiateur de la République du rôle de "vecteur" des suggestions d'évaluation émanant des citoyens, etc.

Enfin, le Conseil économique et social souhaite prendre une part importante à l'impulsion du mouvement évaluatif, et en particulier :

- exprimer son avis sur la politique générale de l'évaluation ;
- élargir sa représentation dans des comités et instances spécifiques, et être associé au déroulement de démarches d'évaluation initiées par d'autres "pôles" (Parlement en particulier) ;
- pouvoir expérimenter un système d'appréciation plus évaluatif, plus systématique et plus exhaustif des suites données à ses avis par le Gouvernement.

Le C.E.S. souhaiterait, également, un renforcement de la concertation que le décret du 22 janvier 1990 circonscrit à l'interministérialité. Dans ce but, il propose la mise en place d'une conférence nationale de l'évaluation à laquelle participeraient les grands acteurs et les principaux pôles d'évaluation (pôle législatif, pôle gouvernemental, Conseil économique et social, grandes juridictions...). Cette conférence pourrait servir de support, nécessairement informel à des échanges d'expériences, de réflexions et d'informations, dans la perspective d'un enrichissement global de l'évaluation contribuant de la sorte à la promotion du concept et de la démarche.

Mais, pour notre Assemblée, l'évaluation ne saurait se limiter au seul niveau national.

Au niveau régional, le Conseil économique et social suit avec intérêt le développement des expériences en cours, la question se posant de savoir si la région peut, dans ce domaine, être considérée comme le niveau opérationnel le plus pertinent. Il appuie donc la création d'une mission centrale de réflexion sur l'évaluation territoriale, à laquelle pourraient participer un spécialiste de l'évaluation, un président de conseil régional, un préfet et un président de comité économique et social régional, ainsi que l'idée de la création de fonds régionaux d'évaluation. Il propose que soit mise à l'étude l'intégration de programmes d'évaluation tetritoriale dans les futurs contrats de plan État-régions.

Au niveau européen, le Conseil économique et social souhaite que soient évités tous les risques d'interférences, de contradictions, voire d'incohérences, que pourraient entraîner des démarches de même nature, accomplies à l'initiative de la France ou des instances communautaires qui tendent actuellement à les multiplier.

En conclusion, le Conseil économique et social considère que la réussite de l'évaluation des politiques publiques exige une volonté politique constante, une détermination des principaux acteurs institutionnels à faire progresser leur savoir-faire

et à se concerter, une réelle crédibilité dans le public. Or celle-ci dépend de la capacité de l'évaluation à démontrer, sans complaisance la valeur de ses résultats. Elle est aussi affaire de pédagogie et de communication.

II - LA CONFÉRENCE NATIONALE DE L'ÉVALUATION

A - LA PREMIÈRE CONFÉRENCE NATIONALE DE L'ÉVALUATION (PALAIS D'ITÉNA - 14 DÉCEMBRE 1992)

A quoi sert l'évaluation ?

La transparence de l'évaluation.

A qui sert l'évaluation ?

B - LA DEUXIÈME CONFÉRENCE NATIONALE DE L'ÉVALUATION. (PALAIS D'ITÉNA - 9 DÉCEMBRE 1993)

L'évaluation outil indispensable de la décision publique.

Les voies étroites du pluralisme.

Pour une culture de l'évaluation.

C - PRÉSENTATION DU RAPPORT D'ÉTAPE DU COMITÉ D'ÉVALUATION DE LA POLITIQUE DE LA VILLE (PALAIS D'ITÉNA - 14 JANVIER 1993)

*_*_*_*

A - LA PREMIÈRE CONFÉRENCE NATIONALE DE L'ÉVALUATION (PALAIS D'ITÉNA - 14 DÉCEMBRE 1992)

La première Conférence a été organisée autour de trois tables rondes. A quoi sert l'évaluation ? Est-elle suffisamment transparente ? A qui sert-elle ?

Année de l'achèvement des premières évaluations du Comité interministériel de la modernisation et de l'évaluation, de la publication des premiers avis méthodologiques, des premiers débats consacrés à des résultats d'évaluations, 1992 est apparue comme particulièrement propice à l'expression de telles interrogations. Cependant, aucune conclusion évaluative définitive n'ayant encore été rendue au moment précis du débat, celui-ci ne pouvait se fonder que sur des constatations partielles, assez nombreuses il est vrai, pour donner matière à commentaires.

La grande diversité des missions imparties à l'évaluation induit nécessairement celle des réponses à la première question posée. Ces missions se rapportent, par exemple, à l'appréciation de la valeur des mesures prises, de leur utilité et de leur efficacité. Elles peuvent viser à l'amélioration de la répartition et de la gestion des ressources publiques. Elles devraient, de surcroît, permettre aux différents protagonistes de l'action publique de prendre une plus claire conscience du contexte dans lequel ils exercent leur mission, et des marges d'adaptation dont ils disposent.

Certaines évaluations en cours, ou proches de l'achèvement, offraient quelques illustrations à cette dernière fonction :

- l'évaluation du R.M.I. qui, d'une part, s'est trouvée confrontée à l'attente des acteurs de terrain, en mal de clarification des concepts et pratiques. Elle a, d'autre part, fait émerger la nécessité d'intégrer davantage dans la démarche les "protagonistes-usagers du R.M.I." ;

- celle de la politique des villes qui, trouvant pour l'essentiel son origine dans un discours politique inspiré par le développement de situations critiques, a fortement besoin d'être clarifiée dans ses objectifs et intentions.

L'utilité de l'évaluation a également été évoquée sous d'autres aspects : comme support potentiel de la planification stratégique, de la réflexion sur l'avenir, et comme démarche préalable à la décision politique. C'est essentiellement par cette dernière approche, appliquée à la recherche scientifique et technologique, que le Parlement, dont le rôle à cet égard devrait être plus déterminant, s'est inséré dans le mouvement évaluatif. La pratique de l'évaluation tend, de surcroît, à s'étendre aux collectivités et à l'Administration territoriales, et à s'appliquer à des problèmes proprement locaux, sinon à l'impact territorial de problèmes nationaux, dont l'analyse serait, pourtant décisive, du moins dans certains domaines.

Le second temps de la réflexion du colloque devait s'organiser autour de la notion de transparence de l'évaluation. "Deux regards" furent successivement portés sur ce concept, l'un dans une perspective d'approche sémantique et méthodologique, l'autre étant destiné à le faire bénéficier des leçons d'une pratique institutionnelle.

"Clé de la crédibilité" de l'évaluation, la transparence doit s'appliquer au domaine de l'évaluation, et à la forme et à la formulation des travaux, qui gagneront à se plier à quelques règles inspirées par la pratique.

Quoique appliquée au cas particulier d'une institution publique, et qui plus est juridictionnelle, la réflexion sur la pratique de la transparence, aux travaux d'évaluation de la Cour des comptes, est, à bien des égards, instructive.

La troisième question, inscrite à l'ordre du jour - "A qui sert l'évaluation ?" - recouvre, en fait, le débat de fond : l'évaluation est-elle destinée à l'usage exclusif de l'Administration qui, pour l'instant, a été presque seule à l'origine des initiatives évaluatives, ou bien doit-elle être conçue comme une démarche démocratique au bénéfice du citoyen ?

Le débat sur cette question fut diversifié et riche et il a porté notamment sur l'identification des acteurs potentiels de l'évaluation, autres que l'Administration et l'Exécutif.

Des institutions existantes ont, à l'évidence, vocation à assurer la légitimité démocratique de l'évaluation : au premier chef, le Parlement, mais aussi le Conseil économique et social, et les Conseils économiques et sociaux régionaux. Telle est aussi la mission que pourrait remplir le Médiateur de la République.

Dans la mesure où elle se veut lieu de diffusion de l'évaluation, au-delà de l'exécutif et du secteur public, la Conférence nationale de l'évaluation devrait contribuer à ouvrir la démarche évaluative à d'autres acteurs.

B - LA DEUXIÈME CONFÉRENCE NATIONALE DE L'ÉVALUATION (PALAIS D'IÉNA - 9 DÉCEMBRE 1993)

La deuxième Conférence a été en grande partie consacrée à des travaux en atelier permettant de poursuivre la réflexion de 1992 :

L'évaluation, outil indispensable de la décision publique.

Les voies étroites du pluralisme.

Les caractéristiques et les conditions d'une culture de l'évaluation.

1 - L'évaluation outil indispensable de la décision publique

L'évaluation des politiques publiques doit contribuer à l'amélioration de la décision publique. Cet objectif est-il atteint ? Les opérations entreprises sont trop récentes dans leur ensemble pour qu'une réponse précise soit apportée à cette question. Pourtant des évaluations sont achevées. C'est le cas du rapport sur le *développement de l'informatique et son impact sur l'efficacité de l'administration*. Mais il semble qu'aucune décision n'ait été prise plusieurs mois après sa publication.

Les participants ont observé que l'intégration de l'évaluation dans le processus de décision publique est complexe. Les événements et la conjoncture exigent souvent une intervention rapide des pouvoirs publics. Le rythme de la vie politique et celui de la démarche scientifique de l'évaluation sont par essence différents.

Aussi les délais d'élaboration des évaluations devraient-ils être plus courts pour satisfaire aux exigences du calendrier des décisions politiques. Mais la conciliation des contraintes de l'évaluation et de celles de la décision n'est pas toujours possible.

2 - Les voies étroites du pluralisme

Les participants ont constaté que les collectivités territoriales pratiquent l'évaluation. Les régions s'inscrivent vigoureusement dans cette démarche, mais aussi certains départements.

L'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques continue à développer des évaluations a priori. Mais le Parlement n'a encore mis en place aucune évaluation a posteriori alors qu'il pourrait, par exemple, s'attacher au suivi de l'application réglementaire des lois votées, ou à la mise en place de nouvelles missions d'information et d'évaluation des dispositifs législatifs.

Les partenaires sociaux et économiques n'ont eux-mêmes guère pris d'initiatives d'évaluation. Cependant, leurs assemblées représentatives, le Conseil économique et social national et certains Conseils économiques et sociaux régionaux ont développé plusieurs actions dans ce domaine.

Les participants ont déploré que l'engagement des usagers dans les instances d'évaluation soit encore insuffisant.

3 - Pour une culture de l'évaluation

La transparence de l'évaluation des politiques publiques est nécessaire. Elle contribue à sa crédibilité et à l'affirmation de sa vocation démocratique. Elle est un impératif absolu.

Cette exigence de transparence peut favoriser l'abolition des querelles de chapelles, et la suppression des cloisons entre les administrations, les élus et les citoyens. Elle peut aussi contribuer à améliorer la capacité de chaque acteur à remettre en question, de manière constante, son rôle et sa place dans l'action publique, et à mieux se situer au sein d'un ensemble cohérent.

Le débat a évoqué la nécessité de construire un savoir évaluatif. L'évaluation marque son originalité par ses méthodologies et ses procédures spécifiques. Elle ne doit pas se confondre avec l'audit ou d'autres techniques. Le savoir acquis dans ce domaine n'est pas l'apanage de cercles spécialisés. Il doit être mis à la portée des utilisateurs et des usagers des politiques publiques. Cependant, un approfondissement de la réflexion apparaît nécessaire. La question de l'existence, et du devenir global, de l'évaluation des politiques publiques est prioritaire.

Or, l'extension du savoir et la clarification des procédures dépend étroitement des moyens mis à la disposition des évaluations et à ce sujet, on peut s'interroger sur la diminution des crédits du Fonds national de développement de l'évaluation. La modicité des moyens mis à la disposition du Conseil économique et social résulte de cette diminution. Celui-ci ne pourra prévoir de nouvelles évaluations avant deux ou trois ans.

Par ailleurs, M. Guy Braibant, Président de section au Conseil d'État et M. François Logerot, rapporteur général du rapport public à la Cour des Comptes ont évoqué le rôle des juridictions administratives en matière d'évaluation.

Celles-ci proposent des thèmes d'évaluation au Comité interministériel de la modernisation et de l'évaluation (CIME). Elles fournissent au débat du Parlement - notamment le débat budgétaire - un certain nombre d'informations. Monsieur François Logerot a donné quelques exemples d'évaluation : la gestion de la dette des collectivités territoriales, l'évaluation du réseau autoroutier national, la récente évaluation de la politique en faveur des handicapés adultes...

M. Guy Braibant a constaté qu'une évaluation des textes en vigueur permettrait d'éviter que des textes nouveaux créent ambiguïté et double emploi.

Enfin, une table ronde a réuni Mme Chelimski, responsable de la division évaluation au General Accounting Office (GAO) du congrès des États-Unis, M. de Foucauld, Commissaire au Plan, M. Hureau, Président du Comité d'évaluation du Conseil économique et social et M. Viveret, Président de l'Observatoire de la Décision publique.

Madame Eleanor Chelimsky tire les leçons de sa longue expérience. Pour elle l'évaluation est une sorte de combat. Elle se heurte à des querelles de chapelle et entre en compétition avec des objectifs politiques puissants. Sa fiabilité exige une pluralité de méthodes, les unes qualitatives, quantitatives, prospectives, les autres rétrospectives. L'ensemble de ces aspects seront sans doute approfondis lors de la Conférence internationale de Vancouver, en 1996, manifestation qui consacrera l'engagement de la plupart des nations occidentales dans la démarche d'évaluation. La France y est venue plus tard que d'autres pays. Sa tradition de logique et son histoire devrait garantir la qualité et l'importance de son apport intellectuel.

M. de Foucauld a confirmé que l'évaluation des politiques publiques demeure un objectif prioritaire du Gouvernement. Il a développé trois idées :

- L'évaluation doit montrer son utilité et entraîner des suites.
- Des sujets nouveaux doivent être choisis et les méthodes diversifiées.
- Les difficultés sont le prix à payer pour des évaluations de qualité.

Clôture des débats, M. Patrick Viveret a observé que dans les périodes de mutation, les sociétés réfléchissent souvent à l'appréciation des valeurs. Elles se forgent de nouveaux points de repère.

C - PRÉSENTATION DU RAPPORT D'ÉTAPE DU COMITÉ D'ÉVALUATION DE LA POLITIQUE DE LA VILLE (PALAIS D'IÉNA - 14 JANVIER 1993)

Lors de la conférence du 14 février 1992, il avait été décidé de procéder à des échanges thématiques entre deux conférences nationales.

Une première réunion a donc été organisée à l'Assemblée nationale à l'occasion de la publication du rapport d'évaluation du R.M.I. La seconde réunion a eu lieu au Palais d'Iéna à l'occasion de la sortie d'un rapport d'étape du Comité d'évaluation de la politique de la ville, intitulé *premier essai de synthèse des travaux territoriaux*. Ces travaux s'appuient sur un ensemble d'études de sites et sur des synthèses régionales. Ils ont permis de vérifier qu'à partir d'une multitude d'actions

concrètes menées dans les domaines très variés et complémentaires tels que la réhabilitation, l'aménagement urbain et de l'espace public, l'école, la sécurité, la justice, l'insertion, l'action économique, la formation, la santé, l'action culturelle, les services de proximité..., la lutte contre l'exclusion urbaine se traduit de façon tangible. Mais plusieurs indices montrent cependant que le processus de dégradation des zones urbaines en difficulté est loin de s'être inversé, qu'au contraire existent des aggravations inquiétantes dans quelques zones, notamment pour ce qui concerne la drogue dont le trafic s'intensifie dans certains quartiers.

En conclusion, le rapport recommande de donner à cette politique une nouvelle et forte impulsion reposant sur les préconisations faites à partir des travaux d'évaluation territoriaux.

Après que M. le questeur Pierre Hureau, Président du Comité d'évaluation du Conseil économique et social, ait accueilli les participants, M. Belorgey a analysé les grandes lignes des travaux du Comité puis différents experts-chercheurs qui avaient à la demande du Comité, mené des travaux d'évaluation en particulier sur la "politique des villes et l'école", sur "la réhabilitation et le désenclavement" et sur les expériences menées dans les collectivités territoriales ont fait part de l'état de leur réflexion.

A la suite des exposés, une discussion s'est instaurée avec l'auditoire composé aussi bien de chercheurs que d'acteurs des politiques des villes, acteurs publics, privés ou associatifs, administratifs et techniciens.

Le débat s'est déroulé en présence notamment de M. Jean-Marie Delarue, Délégué interministériel à la ville et au développement urbain, du représentant du Ministre des Affaires sociales et de l'intégration, de M. Jean-Louis Guigou, Directeur de la Datar, M. Pierre Laroque, Président honoraire de section du Conseil d'État.

M. Patrick Viveret, Président de l'Observatoire de la décision publique a conclu le débat.

III - LES TRAVAUX D'ÉVALUATION DU CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL

Aux termes du décret n° 90-82 du 22 janvier 1990, le Conseil économique et social peut faire appel aux crédits du Fonds national de développement de l'évaluation, dans la limite du cinquième de la dotation annuelle de celui-ci pour faire procéder à des évaluations dont le projet aura reçu un avis favorable du Conseil scientifique de l'évaluation.

Les projets ainsi réalisés sont soumis au Conseil scientifique de l'évaluation qui exprime un avis sur la qualité des travaux. Cet avis doit être publié en même temps que l'évaluation à laquelle il se rapporte.

Quatre opérations d'évaluation ont été engagées par le Conseil économique et social dès 1991.

A - ÉVALUATION DE L'EFFICACITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIALE DES AIDES PUBLIQUES AU LOGEMENT (AVIS FAVORABLES DU CONSEIL SCIENTIFIQUE DE L'ÉVALUATION DES 18 MARS 1992 ET 9 SEPTEMBRE 1992). (Rapport examiné en Assemblée Plénière le 15 décembre 1993 - J.O. n° 1 du 10 février 1994)

B - LA POLITIQUE D'AIDES A LA LOCALISATION DES ACTIVITÉS DANS LES ZONES DE CONVERSION (AVIS FAVORABLES DU CONSEIL SCIENTIFIQUE DE L'ÉVALUATION DES 28 OCTOBRE 1992 ET 23 JUIN 1993). (Publication prévue courant 1994)

C - LES INTERVENTIONS DE L'ÉTAT EN FAVEUR DES SALARIÉS LICENCIÉS DE PLUS DE 56 ANS (AVIS FAVORABLE DU CONSEIL SCIENTIFIQUE DE L'ÉVALUATION DU 18 NOVEMBRE 1992). (*Publication prévue courant 1994*)

D - ÉVALUATION DES POLITIQUES PUBLIQUES DE LUTTE CONTRE LA GRANDE PAUVRETÉ (HORS R.M.I.) (AVIS FAVORABLES DU CONSEIL SCIENTIFIQUE DE L'ÉVALUATION DES 8 OCTOBRE 1992 ET 23 JUIN 1993).

Schématiquement on peut avancer que 1991 a été consacré à la définition des projets, 1992 à leur élaboration. 1993 est la première année des réalisations proprement dites.

A - L'EFFICACITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIALE DES AIDES PUBLIQUES AU LOGEMENT (*avis adopté le 15 décembre 1993 par le Conseil économique et social sur le rapport présenté par M. Marcel Lair au nom de la section du Cadre de vie - J.O. n° 1 du 10 février 1994*)

L'évaluation s'est fondée sur l'article 1er de la loi du 3 janvier 1977 : *"la politique d'aide au logement a pour objet de favoriser la satisfaction des besoins de logement et, en particulier, de faciliter l'accès à la propriété, de promouvoir la qualité de l'habitat, d'améliorer l'habitat existant et d'adapter la dépense de logement à la situation de famille et aux ressources des occupants, tout en laissant subsister un effort de leur part"*.

Les différentes investigations nécessaires pour vérifier l'adéquation des résultats aux objectifs initiaux ont été confiées à six cabinets choisis en raison de leurs compétences spécifiques.

Le déroulement des études a été accompagné par un Comité de pilotage comprenant outre le président de la section du Cadre de vie, le rapporteur désigné (M. Marcel Lair) et plusieurs membres de la section, des représentants de la direction de la prévision et de la direction de l'habitat et de la construction.

Leur synthèse a été assurée par un universitaire dont la compétence en matière de logement est reconnue, le Professeur Mouillart, Directeur du Centre d'étude et de Recherches sur la ville et sur l'espace (CEREVE).

C'est le rapport du Professeur Mouillart qui a été communiqué au Conseil scientifique de l'évaluation le 25 mars 1993 en même temps que les différentes études.

Dans son avis du 23 juin 1993, le Conseil scientifique de l'évaluation, après avoir analysé le rapport et en avoir critiqué certains des aspects, conclut :

Le rapport d'évaluation de l'efficacité économique et sociale des aides au logement rassemble une information riche et adaptée à son objet. Il contient des éléments de réponse substantiels aux questions posées par le Conseil économique et social sur les effets de la réforme de 1977. Les défauts relevés dans la structure et la rédaction de ce rapport rendent toutefois délicate son utilisation dans le débat public.

Sans nier l'extrême complexité du système et des mécanismes juridiques, économiques et sociaux dont cette évaluation traite, le Conseil scientifique regrette le peu de précision de ses conclusions (à l'exception de celle relative à l'impact déterminant de la contrainte budgétaire sur la conduite de la politique, à la vérité peu surprenante), dont il est peu probable que des conséquences pratiques puissent être tirées. Ces conclusions sont formulées dans des termes qui ne permettent pas aux

non spécialistes d'en prendre connaissance sans risque de contresens, ce qui ne contribue guère au progrès de la transparence des effets des mesures publiques.

Le Conseil scientifique de l'évaluation émet le souhait que, vu la qualité du matériau constitué par le rapport d'évaluation et l'ensemble des études préparatoires, ce travail puisse connaître des prolongements dépassant la seule diffusion du document de synthèse actuel, notamment par la poursuite d'une discussion scientifique avec les administrations en charge de la politique du logement.

Tenant compte à la fois de l'évaluation à laquelle elle avait fait procéder et de l'avis du Conseil scientifique, d'une autre évaluation portant sur *la réhabilitation de l'habitat social* qui avait été proposée par le Ministre de l'équipement, du logement, des transports et de la mer (direction de l'habitat et de la construction) au Comité interministériel de la modernisation et de l'évaluation (CIME) et de différents rapports relatifs à la politique du logement publiés depuis 1982, la section du Cadre de vie a prolongé sa réflexion dans un rapport aboutissant à des mesures proposées au Gouvernement. L'avis correspondant a été adopté par le Conseil économique et social en Assemblée plénière le 15 décembre 1993.

B - L'ÉVALUATION DE LA POLITIQUE D'AIDES A LA LOCALISATION DES ACTIVITÉS DANS LES ZONES DE CONVERSION

La section des Économies régionales et de l'Aménagement du territoire à qui le Bureau avait confié la maîtrise de ce projet d'évaluation en lui commandant d'associer à ses travaux, d'une part, la Commission spéciale du Plan, d'autre part, les Conseils économiques et sociaux régionaux concernés par les zones de conversion a mis en place un Comité de liaison et désigné un rapporteur, M. Jean-Claude Bury.

Le projet proposé au Conseil scientifique de l'évaluation comporte trois phases. Le volet quantitatif à caractère de bilan dont la réalisation qui avait été approuvé par le Conseil scientifique de l'évaluation le 22 mai 1992 a été achevé en 1993. Il s'étend à l'ensemble des pôles de conversion et des zones d'entreprises. Les études réalisées par deux sociétés spécialisées, l'IREQ et l'OPUS ont été suivies par des comités locaux de pilotage constitués auprès des Conseils économiques et sociaux régionaux.

Le volet qualitatif, approuvé par le Conseil scientifique de l'évaluation le 23 juin 1993 consiste en investigations auprès de deux séries d'acteurs, d'une part les principaux intervenants, d'autre part les bénéficiaires, afin d'apporter des éléments complémentaires notamment sur les dynamiques locales et sectorielles en présence, sur les interconnexions des actions publiques et sur le vécu des acteurs. Confiée à l'IREQ, cette phase de l'étude a également été réalisée au titre de 1993.

La troisième phase complétant le dispositif d'analyse historique et institutionnelle sera réalisée par les services même du Conseil économique et social qui a déjà partiellement accompli ce travail dans un rapport sur *les zones d'exception* (avis présenté par M. Régis et adopté le 28 juin 1989).

C - L'ÉVALUATION DES INTERVENTIONS DE L'ÉTAT EN FAVEUR DES SALARIÉS LICENCIÉS DE PLUS DE 55 ANS

Le Conseil économique et social se propose d'évaluer les mesures qui permettent aux salariés de plus de cinquante cinq ans menacés de licenciement économique d'être indemnisés au titre de la cessation anticipée d'activité, en pré-retraite totale, progressive ou à mi-temps sur fonds d'État, après convention avec leur entreprise d'origine.

L'État escomptait de ces dispositions un amortissement des conséquences sociales des licenciements et des contreparties en matière de gestion de la main-d'oeuvre par les entreprises regroupées sous la formule de "qualité des plans sociaux" (embauche, reconversions, refonte de l'organisation du travail).

L'évaluation doit permettre de mesurer les effets qu'a eu cette politique au cours de la période 1984 1992 :

- sur l'équilibre général de l'emploi ;
- sur l'emploi et les conditions de travail dans les entreprises conventionnées ;
- sur la transition individuelle vers la retraite et sur la vie économique et sociale des bassins d'emploi les plus concernés.

La section du travail à qui la maîtrise de cette évaluation a été confiée par le Bureau a constitué en son sein un Comité de pilotage auquel sont appelés à participer également un représentant de l'inspection générale des affaires sociales et un représentant de la délégation à l'emploi. Elle a désigné M. Claude Mennecier en tant que rapporteur.

Approuvé par le Conseil scientifique de l'évaluation le 16 novembre 1992, ce projet a fait en 1993 l'objet de deux études.

La première, confiée à la Commission d'étude générale d'organisation scientifique (CEGOS) porte sur l'action de l'État et les écarts entre les dispositions d'origine et leur application pratique.

La seconde, confiée au Centre de recherche pour l'observation des conditions de vie (CREDOC) porte sur les effets des conventions de pré-retraite sur la vie économique et sociale des familles bénéficiaires.

D - ÉVALUATION DES POLITIQUES PUBLIQUES DE LUTTE CONTRE LA GRANDE PAUVRETÉ (HORS RMI)

Le 11 février 1987, le Conseil économique et social a adopté, sur le rapport du Père Joseph Wrésinski, un avis relatif à la grande pauvreté et à la précarité économique et sociale formulant un certain nombre de propositions à mettre en oeuvre dans les différents domaines ou les situations de précarité sont les plus pénalisantes, qu'il s'agisse bien sûr des revenus, mais aussi de l'éducation, de la formation, de l'emploi, du logement, de l'accès aux soins, à la justice, de la culture, de la vie familiale et sociale.

Dans sa conclusion, il avait insisté sur le fait que les propositions qu'il formulait s'inscrivaient dans le cadre de politiques sectorielles correspondant aux grandes subdivisions de l'action administrative, mais que pour aboutir à un résultat ces diverses actions devraient porter leurs effets simultanément et durablement dans tous les secteurs concernés.

Depuis cette date, s'il n'y a pas eu de politique globale de lutte contre la grande pauvreté, il y a eu de nombreux documents publics prévoyant, de façon spécifique ou dans le cadre de politiques à finalité plus large, des actions ayant pour effet d'améliorer la situation des plus défavorisés. La mise en place en 1988 du revenu minimum d'insertion en est une composante majeure qui a, par ailleurs, fait l'objet d'une évaluation.

Mais tel n'a pas été le cas des autres mesures qui ont été prises en divers domaines et qui devaient améliorer, entre autres, la situation des plus défavorisés.

Le Conseil économique et social se propose de combler cette lacune. Il a constitué un Comité de pilotage comprenant outre le président de la section des affaires sociales, le rapporteur qu'elle a désigné (Mme de Gaulle-Anthonioz) et plusieurs de ses membres, des responsables des grandes administrations concernées (Direction de l'action sociale, Commissariat général du Plan notamment).

Compte tenu de l'ampleur du sujet, de ses aspects multiples, de la diversité des politiques concernées, le Comité de pilotage a été conduit à proposer un chantier d'une exceptionnelle importance.

Le projet approuvé par le Conseil scientifique de l'évaluation le 23 juin 1993 comporte trois phases :

- une enquête auprès des populations elles-mêmes ;
- des entretiens avec les responsables des politiques concernées ;
- une phase d'analyse et de synthèse des travaux d'études.

L'année 1993 a été en grande partie consacrée à mettre au point la méthodologie des deux premières phases. Pour ce qui est de l'enquête, il est apparu impossible a priori de définir une population dite en situation de grande pauvreté. Il a donc été décidé que le travail s'effectuerait dans un ensemble de lieux tels que des centres d'hébergement et de réadaptation sociale, les immeubles les plus dégradés des zones DSQ (développement social des quartiers) les hôtels meublés, les accueils en asile de nuit, le métro, les halls de gare.

Les lieux choisis seront répartis dans diverses zones géographiques (Paris, banlieue, grandes villes, départements urbanisés et départements à dominante rurale).

Compte tenu de la diversité des situations, il sera nécessaire de réaliser plusieurs centaines d'entretiens. Dans les lieux et dans les zones définis, le choix des enquêtés se fera de façon aléatoire en respectant quelques quotas (âge, sexe, isolés ou famille).

Le questionnaire auquel chacun d'entre eux devra répondre comporte des éléments recouvrant l'ensemble des politiques sociales qui auraient dû le concerner.

Un premier volet doit lui permettre de décrire les différentes mesures de politique sociale auxquelles il a eu affaire.

Le deuxième temps concerne sa situation actuelle dans les principaux domaines de la vie sociale, économique et culturelle. Au cours de la troisième partie du questionnaire, l'enquêteur recueille l'opinion de la personne interrogée sur sa perception de l'avenir et sur la place que pourraient occuper les mesures sociales, économiques et culturelles dans cet avenir.

Ce questionnaire a été validé par le Comité de pilotage après avoir été testé auprès de cinquante personnes choisies dans différents types de lieux.

Bien sûr les enquêteurs seront choisis en fonction de leur aptitude à obtenir des réponses fiables, militants associatifs ou travailleurs sociaux notamment.

Les entretiens de la deuxième phase seront conduits en fonction de guides -également élaborés au cours de cette année- auprès d'une dizaine d'administration centrale) et d'une vingtaine d'acteurs de terrain chargés de mettre en oeuvre les politiques définies par les premiers (services déconcentrés de l'État, collectivités) ou d'acteurs privés y participant.

A la fin de 1993, la réalisation de ces deux premières phases était lancée, en particulier la section des affaires sociales avait amorcé l'audition des responsables nationaux.

L'année 1994 devrait en voir l'achèvement. Mais une telle étude est coûteuse et une fois les travaux préliminaires accomplis en 1992 et surtout en 1993, la phase d'enquête sur le terrain et son exploitation ne pourront être financés sur les crédits ouverts en 1993 au Conseil économique et social par le Fonds national de développement de l'évaluation. Aussi, le Conseil a-t-il été amené à rechercher des partenaires susceptibles de lui apporter des compléments financiers en même temps que leur connaissance du sujet. A défaut, un délai supplémentaire sera nécessaire.

L'ÉVALUATION VUE PAR L'OFFICE PARLEMENTAIRE D'ÉVALUATION DES CHOIX SCIENTIFIQUES ET TECHNOLOGIQUES (*)

Par

Pierre CLARET de FLEURIEU
Conseiller au Sénat

Je comptais parler devant vous ce matin sous le contrôle du Président de l'Office, Jacques Mossion, mais celui-ci m'a dit savoir hier soir qu'il serait empêché d'assister à ce colloque.

Il a bien voulu, cependant, me renouveler sa confiance. Cette confiance m'honore d'autant plus qu'il sait que ce que je dirai aujourd'hui sera emprunt de subjectivité.

J'ai développé dans le texte qui vous a été distribué trois points.

1 - Premier point : L'évaluation des choix scientifiques et technologiques et le fait d'y associer le Parlement sont indispensables dans une démocratie.

Ceci peut sembler aujourd'hui une évidence mais ne l'a pas toujours été. Aucun choix, en effet, n'est jamais purement scientifique et technologique et le point de vue des parlementaires est donc nécessaire.

Il s'agit :

- de perfectionner l'équilibre des pouvoirs qui est le fondement même des régimes démocratiques en limitant l'influence de la technostructure ;
- d'éviter ainsi certaines erreurs en sachant résister aux surenchères ou, au contraire, au conservatisme technologique ;
- enfin, de parfaire par là même le contrôle de l'exécutif par le législatif.

2 - Deuxième point : La prise de conscience de cette nécessité d'évaluer les choix scientifiques et technologiques est relativement récente. Elle s'est traduite par un foisonnement d'organismes dont la confrontation des expériences permet de préciser la notion d'évaluation elle-même.

Alors que l'accélération du progrès technique date du XIX^{ème} siècle; avec la révolution industrielle, les instruments parlementaires d'évaluation technologique ne sont apparus en Europe qu'à partir du début des années quatre vingt.

J'ai hasardé quelques hypothèses, pour expliquer ce décalage, que je rappelle brièvement ici :

- tout d'abord, l'influence, occulte par nature de la technostructure n'a été identifiée nettement par Galbraith que dans les années soixante.

(*) Communication à la Journée d'études du 7 avril 1994 au Sénat.

- ensuite, il me semble que contrairement à celle de progrès technique, la notion de **choix** technologique, elle, est relativement nouvelle.

Il n'y avait pas lieu de s'interroger au XIXème siècle sur la machine à valeur ou, au début du XXème siècle, sur le moteur à explosion. Or, il y a aujourd'hui plusieurs façons de concevoir un TGV ou un véhicule urbain.

Je n'énumérerai, faute de temps, pas les organismes d'évaluation qui ont foisonné depuis peu, en France et en Europe. Le mouvement, en ce qui concerne les instruments parlementaires, est venu des États-Unis qui ont créé, dès 1972, leur *Office of Technological Assessment*. Peut-être y a-t-il eu aussi, à l'origine, une influence des entreprises privées qui dès les années soixante ont pris conscience de la nécessité de faire procéder à une évaluation de leurs activités par des cabinets-conseils extérieurs.

Malgré certains recouvrements, la répartition des tâches entre les différentes instances françaises d'évaluation est plus rationnelle qu'il n'y paraît. En outre, et j'insiste beaucoup là dessus, l'évaluation est une activité qui me paraît essentiellement pragmatique.

La confrontation d'expériences diverses est donc une richesse et permet de préciser quelque peu les contours de la notion même d'évaluation qui peut paraître un peu vague. Bien souvent, d'ailleurs, le flou de ce concept n'a d'égal que celui de la notion de politique publique, combinaison subtile de mesures législatives, réglementaires, budgétaires, en gestation ou en application, françaises ou européennes, aux motifs pas toujours explicites et aux effets pas toujours bien mesurés.

Si l'évaluation n'est sans doute pas quelque chose que l'on fait sans s'en rendre compte, comme M. Jourdain faisait de la prose, on la découvre, en tout cas, en la pratiquant.

Et s'il y a plusieurs façons de procéder à des évaluations ces façons ont en commun certaines exigences : indépendance, pluralisme, pondération, persévérance, rigueur et approfondissement des investigations.

3 - L'Office, et ce sera mon troisième et principal point, s'est efforcé de respecter ces exigences tout en vivant sa propre expérience originale d'évaluation.

Pour caractériser l'évaluation faite par l'Office, j'ai employé quatre termes : diversité, globalité, prospective, expertise.

Diversité, tout d'abord, des missions, des saisines et des méthodes.

La mission de l'Office est à multiples facettes. Toutes les conséquences des choix scientifiques et technologiques peuvent être étudiées. L'évaluation peut être faite *ex post* ou *ex ante*.

Si on considère l'évaluation comme l'appréciation du bien-fondé d'une politique ou d'un texte législatif, le travail de l'Office peut rester en deçà, pour ne fournir au Parlement que des éléments d'information, ou aller au-delà pour proposer d'autres mesures sous forme de recommandations.

Enfin, la délégation peut intervenir pour éclairer les décisions du Parlement, c'est-à-dire dans le cadre de son rôle législatif mais -et c'est le cas le plus fréquent- pour l'aider à accomplir sa tâche de contrôle de l'exécutif.

L'objet comme l'origine des saisines de l'Office sont très variés puisqu'on a même vu transiter par le Bureau des deux Assemblées des demandes d'études gouvernementales.

Diversité des méthodes, enfin : autant de rapports, autant d'approches différentes.

Globalité ensuite : les sujets d'étude proposés à l'Office par les commissions, les bureaux ou les groupes politiques des deux Assemblées sont généralement immenses. Cela conduit, d'ailleurs, parfois la délégation à remettre plusieurs fois son

ouvrage sur le métier dans des domaines comme le contrôle de la sûreté nucléaire, la télévision du futur ou les composants électroniques.

L'étude sur la politique spatiale, par exemple, concernait à la fois les lanceurs, les satellites scientifiques et commerciaux, civils et militaires, les relations de la France avec ses partenaires européens et avec toutes les autres puissances spatiales mondiales.

Tout dernièrement, le Ministre de l'Enseignement supérieur et de la recherche a demandé à l'Office de se prononcer sur les priorités de la recherche nationale **dans son ensemble**.

Politique spatiale, politique de la recherche, problèmes d'environnement planétaires, énergie nucléaire, avenir de l'industrie électronique : les investigations de l'Office concernent ainsi des pans entiers des politiques publiques.

Mais, si l'évaluation des politiques publiques représente ainsi l'essentiel des préoccupations de l'Office, l'évaluation législative, bien que marginale, n'est pas totalement absente de ses activités. C'est ainsi, notamment, que la loi sur l'eau du 3 janvier 1992, a prévu que soit présenté à la délégation son premier bilan d'application un an après sa promulgation.

L'Office doit également être saisi chaque année d'un rapport faisant le point sur les recherches relatives à la gestion des déchets radioactifs, menées en application de la loi du 30 décembre 1991.

Mais l'activité de l'office s'est généralement située, jusqu'ici, en amont du processus législatif.

Dans la pratique, les évaluations auxquelles l'Office procède ont ainsi un **caractère prospectif** bien que celui-ci n'y soit nullement contraint par les textes qui régissent ses activités.

Au contraire, la dévolution aux membres de l'office, par ces mêmes textes, des pouvoirs des rapporteurs spéciaux de la commission des Finances ou, en tant que de besoin, de ceux des commissions d'enquête, laisserait à penser que la délégation ne doit pas se préoccuper seulement des choix du futur.

Concernant le rôle législatif du Parlement, l'Office a cependant préféré jouer les précurseurs. Il a souligné, dès 1990, le besoin de légiférer dans le domaine de la bioéthique.

Il a voulu éclairer par un rapport d'information le législateur avant le début de l'examen par le Parlement du projet de loi sur l'eau.

Son rapport sur les déchets radioactifs à vie longue a débouché sur l'élaboration de la loi du 30 décembre 1991 que je citais tout à l'heure.

Pour autant, l'Office n'a pas effectué de "fuite en avant" en se réfugiant dans la science fiction. Certains des dossiers industriels qu'il a abordés, dans sa mission de contrôle de l'exécutif, étaient très sensibles comme l'espace, les déchets nucléaires ou la télévision haute définition.

S'agissant plus précisément d'*Hermès* ou des normes MAC de télévision, l'Office est intervenu dans des domaines où des engagements avaient déjà été pris, y compris au niveau européen, même s'il ne s'agissait pas de décisions définitives.

J'en viens enfin à ce qui constitue l'un des points les plus originaux et aussi les plus cruciaux du travail de l'Office, à savoir le recours systématique à l'**expertise**.

Le recrutement d'expertise est l'une des plus grandes difficultés que rencontre l'Office dans son travail ; il nous faut, en effet, des experts à la fois compétents, disponibles et indépendants, ce qui constitue la quadrature du cercle !

D'autre part, le pluralisme souhaitable de toute évaluation devrait conduire au recrutement de plusieurs spécialistes ce qui est financièrement difficile.

En outre, si le recours par l'Office à des experts est indéniablement nécessaire, il n'est cependant pas, à mon avis, suffisant.

Il est nécessaire, car l'Office ne possède ni en son sein, ni même parmi son Conseil scientifique, toutes les compétences dont il a besoin.

Mais il n'est pas suffisant, car ce sont les parlementaires, eux-mêmes, qui signent les rapports de la délégation qui sont destinés à leur collègues.

Les travaux de l'Office doivent donc être rendus accessibles et comporter un examen politique autant que technique des dossiers.

L'Office refuse ainsi de céder à la facilité. Il ne saurait se contenter de sous-traiter ses travaux à des cabinets de consultants ou de publier des expertises mises bout à bout.

Les rapports de l'Office sont le résultat d'une confrontation finale entre le point de vue des experts et l'opinion que le rapporteur a pu se faire en menant de son côté son propre programme de travail.

Ce programme, très chargé, comporte en nombre important des auditions, des entretiens et des visites sur place et des missions en France et à l'étranger.

Le travail du rapporteur lui permet à la fois :

- de contrôler la qualité de la contribution des experts avec l'aide du Conseil scientifique de l'Office ;

- d'y ajouter ses appréciations politiques ;

- de compenser, dans une certaine mesure, par la pluralité des opinions qu'il a personnellement recueillies, l'insuffisance du nombre d'experts que l'Office a été en mesure de recruter.

Cette implication personnelle importante des rapporteurs dans les travaux de l'Office constitue assurément l'un de ses points les plus originaux.

Dans la plupart des organismes parlementaires étrangers d'évaluation technique, les études, en effet, sont signées par des experts, n'engagent que ces derniers et conservent donc un caractère strictement technique.

En conclusion, l'originalité des méthodes d'évaluation de l'Office, liée à son expérience particulière, est en même temps ce qui en fait la difficulté, notamment en ce qui concerne l'usage de l'expertise et l'étendue des sujets qui oblige à compléter les analyses par des synthèses.

Dans un article paru dans une revue juridique en 1991, Henry-Michel Crucis a considéré les études de l'Office comme une sorte d'audit des politiques publiques.

L'expression me semble heureuse car audit signifie non seulement examen critique, mais aussi conseil.

Pour l'Office, en effet, l'évaluateur n'est pas un censeur et sa mission n'est pas seulement de critiquer et de juger mais aussi de dialoguer et de conseiller.

Cette remarque me permet de terminer mon propos en insistant sur le pluralisme et la pondération nécessaires aux évaluations.

Pluralisme non seulement des points de vue qui doivent s'exprimer à l'occasion de chaque évaluation mais aussi pluralité des pratiques, évaluatrices.

Pondération qui permet une prise en compte réelle des divers avis exprimés.

Ceci n'empêche pas l'Office de trancher, quand une conclusion lui paraît s'imposer, mais il peut aussi, comme dans le cas de la navette spatiale Hermès, s'en remettre à la sagesse du Parlement lorsqu'un choix lui paraît être de nature plus politique que technique.

Dernière remarque, enfin, plus terre à terre, l'évaluation est certes une activité onéreuse mais, d'une part, c'est le fonctionnement de la démocratie qui est en jeu, d'autre part, les dépenses effectuées sont à comparer aux gaspillages qu'elles peuvent permettre d'éviter.

LE CONSEIL SCIENTIFIQUE DE L'ÉVALUATION (*)

Par

Jean LECA

*Président du Conseil scientifique de l'évaluation
Professeur à la Fondation nationale des sciences politiques*

Merci, M. le Président.

En quelques minutes, il est difficile de parler d'un sujet sur lequel nous avons publié deux rapports et rendu quelques dizaines d'avis. Le troisième rapport va sortir prochainement.

Je suis également gêné pour deux autres raisons : je parle devant un auditoire mixte. D'une part, le milieu de l'administration active, le milieu parlementaire, auquel je n'ai jamais appartenu, et, d'autre part, celui de l'université, auquel j'appartiens depuis longtemps (je suis agrégé de droit public). Je vois d'ailleurs dans cette salle des personnes que j'ai été heureux d'avoir comme professeurs, et qui sont mes collègues.

Par ailleurs, le conseil scientifique de l'évaluation est une espèce bizarre qui n'est ni un évaluateur ni un praticien de l'action publique. Autrement dit, il réunit toutes les garanties pour être le chien que l'on accuse de la rage !

Nous ne sommes pas des évaluateurs : notre première fonction est de donner un premier avis sur la faisabilité de l'évaluation, en présence d'un projet d'évaluation qui nous est transmis par le commissariat général au plan. Notre deuxième fonction est de rendre un avis qui porte uniquement -mission redoutable- sur la *qualité* de l'évaluation -avis qui est rendu public en même temps que l'évaluation et qui, je dois le dire, dans de nombreux cas, qualifie assez sérieusement la validité des généralisations que les auteurs des rapports d'évaluation ont cru pouvoir opérer-. Mais nous ne participons pas directement à l'opération d'évaluation, ni à l'élaboration du projet d'évaluation avant qu'il nous soit soumis. Et enfin, nous ne sommes pas compétents -comment un conseil de onze personnes comprenant quelques universitaires (pas la majorité, Dieu merci) pourrait l'être- sur tous les problèmes pratiques que représentent non seulement l'élaboration du projet d'évaluation, mais encore la *mise en oeuvre* de l'action publique, c'est-à-dire cette interaction constante entre les volumes de ressources, de coercitions, d'incitations, de recommandations, et de personnels que l'administration mobilise dans un état de société donné, et les groupes, les mouvements sociaux qui réagissent à cette action de l'administration, sous forme de mécanismes, voire même de mobilisation.

Quand nous avons rendu l'avis sur la réhabilitation du logement social, que je prendrais volontiers comme exemple pour illustrer ce qu'a dit Jean-Baptiste de

(*) Communication à la Journée d'études du 7 avril 1994 au Sénat.

Foucauld sur la complexité, la densité et la multiplicité d'une opération d'action publique -c'est l'un des plus grands "maquis" juridiques et financiers que je connaisse (il y en a d'autres sans doute)- nous avons dû tremper notre plume ou tapoter notre clavier avec la plus grande délicatesse.

Voilà donc ce qui m'oblige à une certaine discrétion.

Classiquement, voici la définition la plus simple de l'évaluation : apprécier, ou mesurer, quelque chose par rapport à un critère. En ce qui concerne des programmes d'action publique, ou des lois -pour les organisations, c'est plus compliqué- l'évaluation consiste à essayer d'en mesurer les conséquences, si elles sont identifiables et isolables, et de les imputer, à travers des mécanismes bien identifiés, à des causes ou à des effets de système.

A partir de là, se pose toute une série de questions (dont quelques unes ont jailli ce matin) :

- Quel est le rapport entre l'évaluation de l'effet immédiat et celle de l'effet plus lointain ?

- Comment déterminer les objectifs poursuivis ? Les objectifs, en effet, changent au cours de l'opération même de l'action publique.

- Quelle est la différence entre les mesures d'impact, les mesures d'efficacité et les mesures d'efficience ? C'est le problème du rapport entre l'efficacité et les coûts ("cost-effectiveness").

Tous ces problèmes sont plus ou moins bien maîtrisés par les sciences sociales, non pas parce que cela est flou dans la méthodologie abstraite, mais parce que cela joue sur des terrains concrets où les hommes ne se laissent pas manoeuvrer comme cela ; il est possible de trouver des variables, de convertir ces variables en indicateurs et d'utiliser des données pour que ces indicateurs soient saturés convenablement. Mais ceci étant dit -et Mme Chelimski ne me démentira pas- le plus difficile reste à faire !

L'évaluation se situe, pourrait-on dire, entre le "fact finding", et la commission de réflexion. Le "fact finding", c'est simplement la réponse à la question : *Qu'est-ce qui se passe ?* Au fait, qu'est-ce qui se passe ? Le service est-il bien ou mal géré ? On ne cherche à établir ni des causalités, ni les règles de fonctionnement d'un système. On cherche à faire monter un certain nombre de blocs de données ou d'impressions fortes. A l'autre extrémité, se trouvent les commissions de réflexion qui, elles, ont à répondre à la question : *Que faire ?* Au terme d'une mission de réflexion, de courte ou de moyenne durée, confiée à une ou plusieurs personnalités de haut niveau, dont le travail principal consiste à consulter, à entendre les acteurs présumés les mieux informés, à utiliser la collation de documents administratifs produits antérieurement par les services compétents, la commission de réflexion va aboutir à des propositions générales, sans que les critères -le protocole d'enquête- qui ont permis d'arriver à ces conclusions soient exposés, parce que, la question étant générale et le temps limité, il est difficile de mettre sur pied un protocole d'enquête rigoureux. C'est déjà bien quand on arrive à utiliser des informations vérifiées et recoupées.

Il se peut que ces deux types de récolte d'information soient les plus efficaces, les plus utiles et les plus nécessaires, dans des périodes où l'acteur politique est affronté à des zones d'incertitude qui confinent aux zones de turbulence, et en proie à un agenda politique en "coups d'accordéon". Cet acteur trouvera plus utile, d'une part, une combinaison de descriptions scrupuleuses -qu'est-ce qui se passe ? aux conclusions vagues ou précises, et d'autre part, des conseils élégants et pondérés, que de pesantes enquêtes, qui -comme le dit Jean-Baptiste de Foucauld- mettent en relief la complexité. Ces enquêtes prennent un certain temps -trop de temps d'ailleurs- et ne sont pas ce qui convient pour éclairer la décision. En effet, l'évaluation a quelques

particularités ennuyeuses. Elle ne peut pas fonctionner à la monocausalité, par exemple. Ce que les évaluations mettent en relief, ce sont des systèmes complexes, même sur les opérations les plus simples. De ce point de vue, le travail des évaluateurs consiste -au moment où ils intègrent les informations (recueillies sur la base de questions convenablement formulées) et formulent des propositions et des conclusions- à simplifier la complexité.

Il ne faut pas cependant tomber dans des affirmations, du type de celles que je vais vous livrer, auxquelles j'ai été personnellement confronté.

Première affirmation : aux États-Unis, ont été supprimés 20.000 emplois publics ; dans le même temps, ont été créés 2.000.000 (à moins que ce ne soit 20.000.000) d'emplois. Donc, la suppression d'un emploi administratif équivaut à créer 100 emplois (ou 1.000, à ce niveau, un zéro de plus ou de moins est négligeable) !

Seconde affirmation : si nous diminuons la durée hebdomadaire du travail de deux heures, nous créons plusieurs centaines de milliers d'emplois !

Dans ces deux exemples, est mise en oeuvre une *causalité simple*. Elle est représentative de l'idée selon laquelle la politique est un univers complexe dans lequel les gens ont besoin de grandes croyances !

Peut-être que le vote -ce processus totalement abstrait et complexe, que nous tenons pour une donnée alors qu'il s'agit d'un rite d'une subtilité incroyable- a besoin de mythes puissants. Le votant considère, quand il dépose son bulletin, que non seulement il appartient à une famille politique mais qu'il *pèse* sur une décision, donc qu'il existe socialement.

Malheureusement, l'évaluation, ce n'est pas cela !

L'évaluation, par ailleurs, fait prendre conscience de l'importance de la *mise en vigueur*, surtout en France où l'on croit que l'on a résolu un problème quand on a établi un texte. Il ne s'agit pas seulement de l'*application* -au sens où le juriste contrôle la régularité de l'application- mais du *développement* de l'action, par des mesures d'application et des *pratiques*.

C'est à travers ces pratiques que l'on perçoit que le programme d'action publique se transforme. C'est là que la rencontre entre l'évaluation de la loi et l'évaluation d'une politique publique peut être particulièrement fructueuse et féconde.

Troisième point -et c'est le point le plus délicat- il y a une différence entre le *jugement évaluatif* et le *jugement décisionnel*. Cela correspond en gros -pas toujours- à l'évaluation de l'action publique et à l'évaluation politique.

Le jugement évaluatif se fonde pour fonctionner sur un certain nombre de techniques, mais aussi -si le projet est bien conçu sur une théorie de l'action, qui consiste à dire : ce "bloc de mesures", que nous avons identifié comme un programme -à supposer que les frontières soient bien tracées- est supposé *produire quelque chose*. Le produit-il ? Y a-t-il des effets inattendus ? Des effets contre-productifs ?

S'il est supposé produire quelque chose, par quels mécanismes ? S'il ne le produit pas, qu'est-ce qui ne va pas dans le mécanisme ? etc... C'est une théorie de l'action, qui suppose que l'on prenne une "vue à distance" de l'ensemble de l'action publique.

Le jugement décisionnel, lui, peut utiliser les connaissances produites par l'évaluation. Mais il répond à une théorie *d'action* (je fais ceci parce que je crois que ça produira quelque chose). Le jugement décisionnel est gouverné par des intérêts pratiques, j'entends par là le souci qu'une mesure puisse avoir pratiquement un effet qui bénéficie à la cible (ou qui ne lui bénéficie pas si c'est une mesure répressive) et que le décideur puisse s'approprier pour dire : j'ai eu raison de faire cela.

Si l'on ne sépare pas le jugement évaluatif du jugement décisionnel, le décideur risque de scier la branche sur laquelle il est assis. Le décideur -c'est-à-dire d'abord celui qui est, à la différence du fonctionnaire, sanctionné par l'élection- a en effet tendance à vouloir garder le contrôle de l'ensemble du processus d'évaluation. Ainsi, il pense éviter les surprises. Le décideur est présent dans la commandite -ce qui est le cas du système français, sauf pour les comités qui ont un pouvoir d'auto-saisine mais leurs travaux se heurtent alors souvent à l'indifférence du décideur- et il est également présent au moment où il tirera les conséquences décisionnelles de l'évaluation : l'évaluation est alors pour lui un des éléments de son "capital de connaissances". Mais faute de distinguer le jugement décisionnel du jugement évaluatif, en contrôlant le processus d'évaluation lui-même (et même s'il se présente comme multipartisan), le décideur frappe l'évaluation d'un manque certain de légitimité.

L'évaluation en soi n'a d'ailleurs pas une légitimité totale : elle n'est qu'un élément. L'autonomie de la décision politique reste entière. Le décideur peut choisir de ne pas suivre les conclusions d'une évaluation. La décision politique, agrégée dans une situation d'incertitude, est toujours un pari.

Il ne faut pas mélanger les rôles. Si le décideur veut contrôler, par des "représentants" au sein du groupe qui intègre les évaluations, s'il veut transformer l'instance d'évaluation, en un lieu où l'on se "marque à la culotte" -passez moi l'expression- afin d'éviter que tel intérêt ne soit mis en cause, alors l'évaluation tout entière perd son intérêt aux yeux du public.

Ceci n'est pas dû à la malignité des hommes. C'est simplement le résultat d'une absence de distinction. Il convient d'ailleurs d'élargir le problème.

L'évaluation est un outil de connaissance pratique et à ce titre, est importante pour la décision.

Les acteurs ont une vue pratique de leur place dans le système. Ils veulent donc que la vue qu'ils ont de leur place soit confirmée par la vue générale du système lui-même.

C'est ce qui amène quelquefois des évaluations à être discrètement critiquées : "les évaluateurs n'ont rien compris parce qu'ils ne voient pas ce qui se passe" dit tel travailleur social sur le terrain. Cela est normal. Mais si l'on veut maintenir le "moment de l'autonomie" de l'évaluation (après le "moment de la commande" et avant le "moment de la décision"), c'est parce qu'il est extrêmement important de produire une vue du système qui ne soit pas directement dépendante de la vue que les acteurs ont de leur place dans le système. Cela n'est possible que si l'on sépare jugement évaluatif et jugement décisionnel.

Le jugement évaluatif sert au jugement décisionnel mais doit en rester formellement distinct.

Je voudrais terminer en insistant sur trois points.

Le premier, je viens de l'indiquer, c'est la nécessité de l'autonomie de l'évaluation entre l'indifférence et le contrôle par le décideur. Des évaluations trop autonomes peuvent rencontrer l'indifférence.

Le deuxième, c'est le "paradoxe de l'évaluation" : le décideur est soumis à un agenda dont le rythme n'est pas celui de l'évaluation. Le décideur politique n'est pas intéressé par l'information en général, mais par l'information pertinente à un moment donné, en présence de quelque chose qui se passe devant lui -cela peut être une crise- ("le problème n'est pas la rareté de l'information, mais la rareté des ressources d'attention que nous pouvons consacrer à l'information", dit Herbert Simon). C'est *l'attention* qui est une ressource rare. Nous traitons une information quand nous y sommes poussés par un problème qui se trouve sur l'agenda. Et l'agenda du décideur politique a un autre rythme que celui de l'évaluateur.

Au moment où le décideur aurait besoin d'une évaluation, celle-ci n'est pas possible, parce qu'elle n'a pas été faite et qu'elle ne peut pas être menée dans un temps court ; et au moment où l'évaluation est possible, dans une situation plus souple, plus régulée, le décideur peut ne pas porter attention à l'évaluation. C'est une question, un problème sur lequel personne n'a raison et personne n'a tort.

Et enfin, dernier point, le problème de la *continuité* de la démarche évaluative. Du fait de ce que je viens de dire à l'instant, il peut arriver que le décideur n'ait plus intérêt à continuer l'évaluation. Cela, c'est son droit. L'"accordéon" de l'agenda du décideur va avoir cependant des effets sur l'agenda de l'évaluateur. On risque, par exemple, quand on sent que le décideur n'est pas très intéressé, de passer beaucoup de temps à l'élaboration d'un projet simplement parce que "l'atmosphère n'y est pas".

Inversement, en fin d'évaluation, au moment de l'intégration des données -ce moment clé où on essaie de répondre à des questions complexes de manière relativement simple- se produit une accélération, parce qu'il faut finir, ou parce que l'agenda ministériel impose que l'on donne "du grain à moudre" au Gouvernement.

Ainsi, l'agenda du décideur, qui est un agenda légitimement en "coups d'accordéon", peut avoir un effet fâcheux sur l'agenda de l'évaluation. Un travail de *régulation* -au sens technique du terme- doit s'effectuer entre l'agenda politique (succession de temps longs et très brefs) et celui de l'évaluation (au temps plus long), pour éviter que l'évaluation ne souffre de ces à-coups, et aussi pour que les décideurs puissent bénéficier de cette "bonne évaluation".

LES TRAVAUX MENÉS PAR LE SecrÉTARIAT GÉNÉRAL DU GOUVERNEMENT (*)

Par

Nicole GOUEFFIC

Adjoint au chef du service législatif au Secrétariat général du Gouvernement

LE SUIVI DES DÉCRETS D'APPLICATION DES LOIS AU SecrÉTARIAT GÉNÉRAL DU GOUVERNEMENT

Depuis 1978, un dispositif a été mis en place au Secrétariat général du Gouvernement pour accélérer l'adoption des décrets d'application des lois.

Les différentes étapes de cette procédure de suivi sont les suivantes :

I - HISTORIQUE

1°) 1978

Le dispositif mis en place consistait à établir la liste des décrets d'application prévus par chaque loi et à interroger régulièrement les différents départements ministériels. Cette procédure permettait de déceler les retards les plus évidents mais ne fonctionnait qu'en aval et n'avait en conséquence que des effets limités sur les délais d'exécution.

2°) 1981

A la suite d'un nouvel examen des problèmes constatés et à la demande du Premier ministre une nouvelle procédure a été mise en place par une circulaire du 23 novembre 1984. Dès la fin de la première lecture du texte dans la première assemblée saisie du Parlement, le Secrétariat général du Gouvernement demandait aux chefs des bureaux du cabinet de chacun des ministres concernés de lui envoyer, dans les deux semaines qui suivaient, un premier calendrier de programmation de la préparation des décrets d'application.

Lorsque la loi avait été définitivement votée et au moment de la promulgation, le ministre responsable devait, en même temps qu'il contresignait le

(*) Communication à la Journée d'études du 7 avril 1994 au Sénat.

décret de promulgation, fournir un calendrier prévisionnel définitif selon un modèle fourni par le Secrétariat général du Gouvernement.

Ce calendrier figurait dans le dossier soumis au Président de la République. Le suivi de ce calendrier était assuré sous le contrôle du Secrétariat général du Gouvernement en liaison avec le Cabinet du Premier ministre.

L'action ainsi menée a permis d'améliorer assez sensiblement la situation comme le montre le bilan qui a donné lieu à une communication du Premier ministre au Conseil des ministres.

3°) 1990

La situation, sans être mauvaise, n'est pas satisfaisante. Les délais d'adoption des décrets d'application des lois continuent à être trop longs. Une circulaire du Premier ministre inverse la nature des exigences jusqu'alors imposées aux ministres.

Ceux-ci doivent désormais présenter un calendrier prévisionnel au plus tard lors de la mise au point du projet de loi avant la saisine du Conseil d'État. Aucune échéance supérieure à six mois ne peut être acceptée sauf dérogation exceptionnelle. Lors de la réunion de mise au point des textes avant inscription à l'ordre du jour du Conseil des ministres, les ministères doivent fournir le canevas des décrets d'application.

Le Secrétariat général du Gouvernement veille au respect de cette exigence. Après la publication des lois une actualisation du calendrier préalablement établi est demandée par le Secrétariat général du Gouvernement.

4°) Automatisation du suivi

Le Secrétariat général du Gouvernement a mis en place une automatisation de la procédure de suivi des décrets d'application des lois qui permet une connaissance en temps réel de l'application de chaque loi depuis la session de printemps 1988.

Cette automatisation facilite l'actualisation des calendriers en permettant un échange d'informations fréquent avec les ministères pour cerner au mieux l'application de chaque loi.

II - CAUSE DES RETARDS

On constate des facteurs traditionnels de retard qui sont parfois difficiles à contourner :

1) La lenteur de la procédure consultative, qu'il s'agisse de consultations obligatoires d'organismes lourds ou de concertations officieuses avec les organisations professionnelles et syndicales.

2) Le délai pris pour le recueil des contreseings ne devrait pas entraîner un nouvel examen au fond par les ministères concernés.

3) Les difficultés d'élaboration parfois difficiles à surmonter rapidement.

III - LE CONSTAT STATISTIQUE

1) Bilan de la IXe législature

Au cours de la IXe législature, 403 lois ont été votées dont 192 prévoient l'intervention de 1151 décrets d'application. Actuellement, 57 de ces 192 lois n'ont pas été suivies de la publication de la totalité de leurs décrets d'application de telle sorte que 157 décrets restent à prendre et que le pourcentage d'exécution est de 86,35 % alors que celui de la précédente législature était de 84 %.

Parmi ces 157 décrets, 32 sont examinés ou sont sur le point d'être examinés par le Conseil d'État, 15 sont dans le circuit des contreseings et pour 110 autres décrets concernant plus particulièrement les deux dernières sessions de l'année 1992, il est envisagé une échéance dans le courant de l'année 1994.

2) Bilan des deux premières sessions de la Xe législature (annexes n° 3, n° 5 et n° 5 bis)

- Session de printemps 1993

Au cours de la session de printemps 1993, 40 lois ont été votées et 8 d'entre elles prévoient 42 décrets d'application.

Depuis le 22 juin 1993, 22 décrets d'application ont été publiés, soit un pourcentage de 52 %, neuf mois après la promulgation des lois, les 19 décrets qui restent à prendre sont en cours d'élaboration et devraient intervenir avant la fin du mois de juin 1994.

- Session d'automne 1993

Au cours de la session d'automne 1993, 39 lois ont été votées et 21 d'entre elles prévoient 188 décrets d'application.

Depuis le 20 décembre 1993, 12 décrets d'application ont été publiés soit un pourcentage de 6 %, trois mois après la promulgation des lois, les 176 décrets qui restent à prendre sont en partie déjà soumis à l'examen du Conseil d'État ou aux contreseings et l'échéance envisagée par les ministères concernés est le mois de juillet 1994 notamment en raison de consultations nombreuses et obligatoires.

*_*_*_*

Les différents moyens mis en oeuvre pour accélérer le processus d'adoption des décrets d'application sont donc de plusieurs sortes : suivi informatique, relance systématique, mise en place de réunions interministérielles.

Par ailleurs, l'attention des directeurs de cabinet des membres du Gouvernement est appelée lors de réunions qui se tiennent régulièrement à l'Hôtel Matignon sur la nécessité de donner la priorité aux textes d'application des lois.

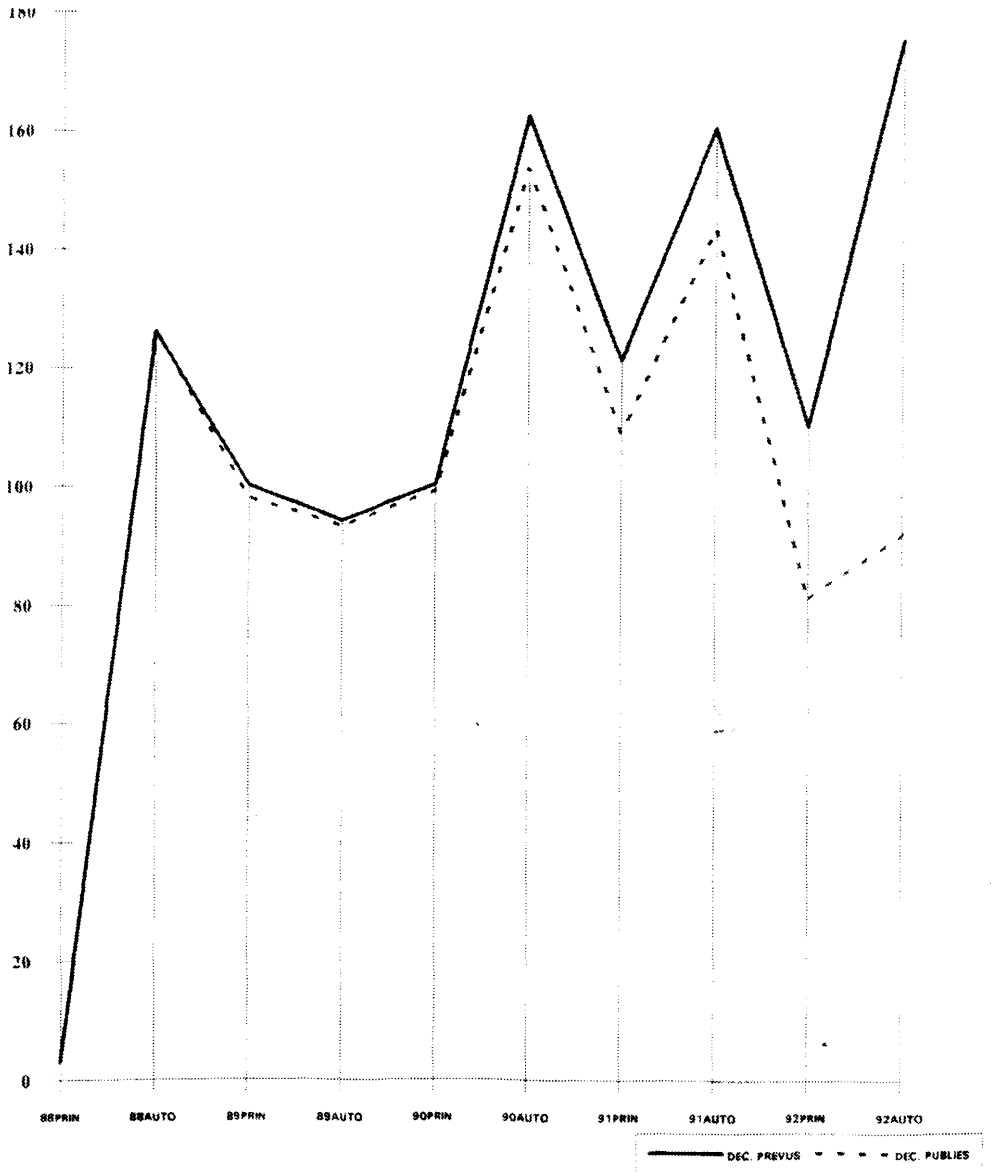
La vigilance est constante et devrait aboutir à une diminution sensible des délais d'adoption des décrets d'application.

DÉCRETS D'APPLICATION

5 avril 1994

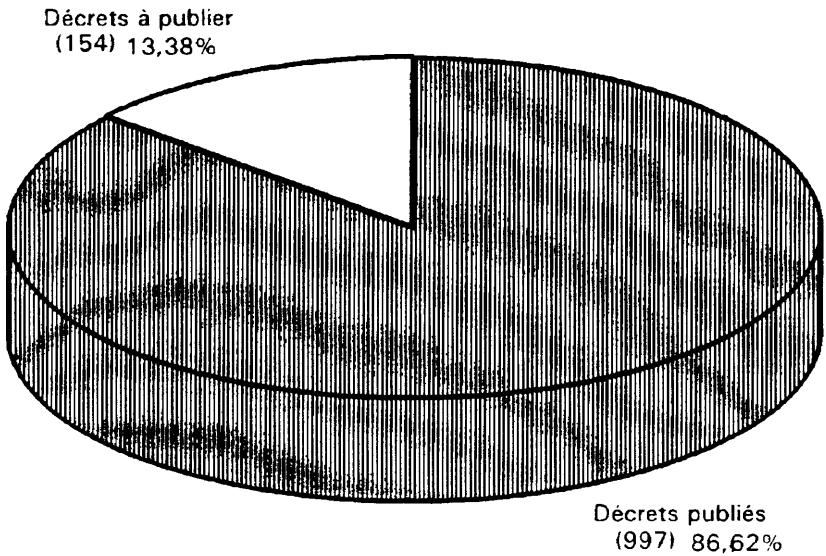
Législatures	Sessions	Nombre de décrets prévus	Nombre de décrets publiés et % d'exécution		
			0 à 6 mois	- 2 ans	2 ans et +
IXe Législature	Printemps 1988	3	3 100 %		
	Automne 1988	126	33 26 %	111 88 %	126 100 %
	Printemps 1989	100	11 11 %	82 82 %	98 98 %
	Automne 1989	94	33 35 %	86 91 %	93 99 %
	Printemps 1990	100	50 50 %	98 98 %	99 99 %
	Automne 1990	162	49 30 %	138 85 %	153 94 %
	Printemps 1991	121	22 18 %	107 88 %	109 90 %
	Automne 1991	160	45 28 %	143 89 %	
	Printemps 1992	110	24 22 %	81 74 %	
	Automne 1992	175	62 35 %	92 53 %	
Xe Législature	Printemps 1993	42	20 48 %	22 52 %	
	Automne 1993	188	12 6 %		
	Printemps 1994				
	Automne 1994				
	Printemps 1995				
	Automne 1995				
	Printemps 1996				
	Automne 1996				
	Printemps 1997				
	Automne 1997				

ÉTAT DES DÉCRETS PRÉVUS ET PUBLIÉS AU COURS DE LA IX^e LÉGISLATURE



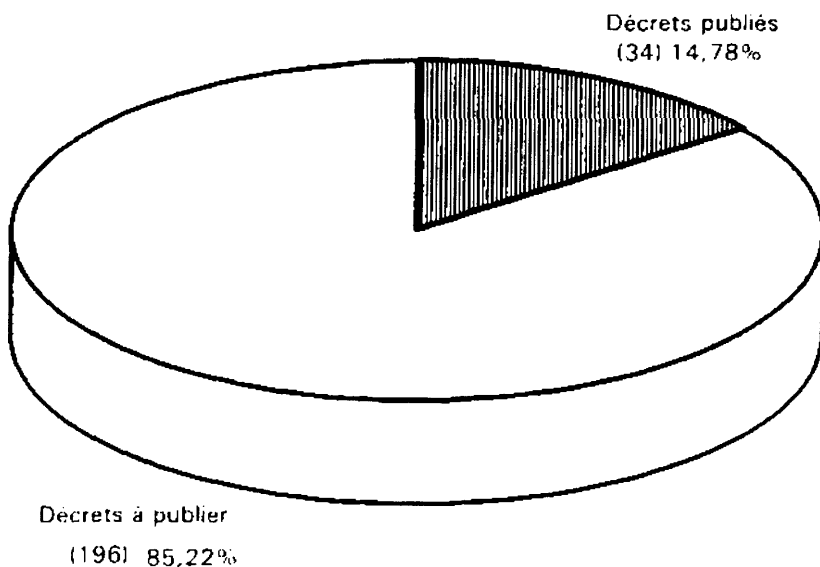
BILAN DE LA IX^e LÉGISLATURE

(Session de Printemps 1988 à Session d'Automne 1992)



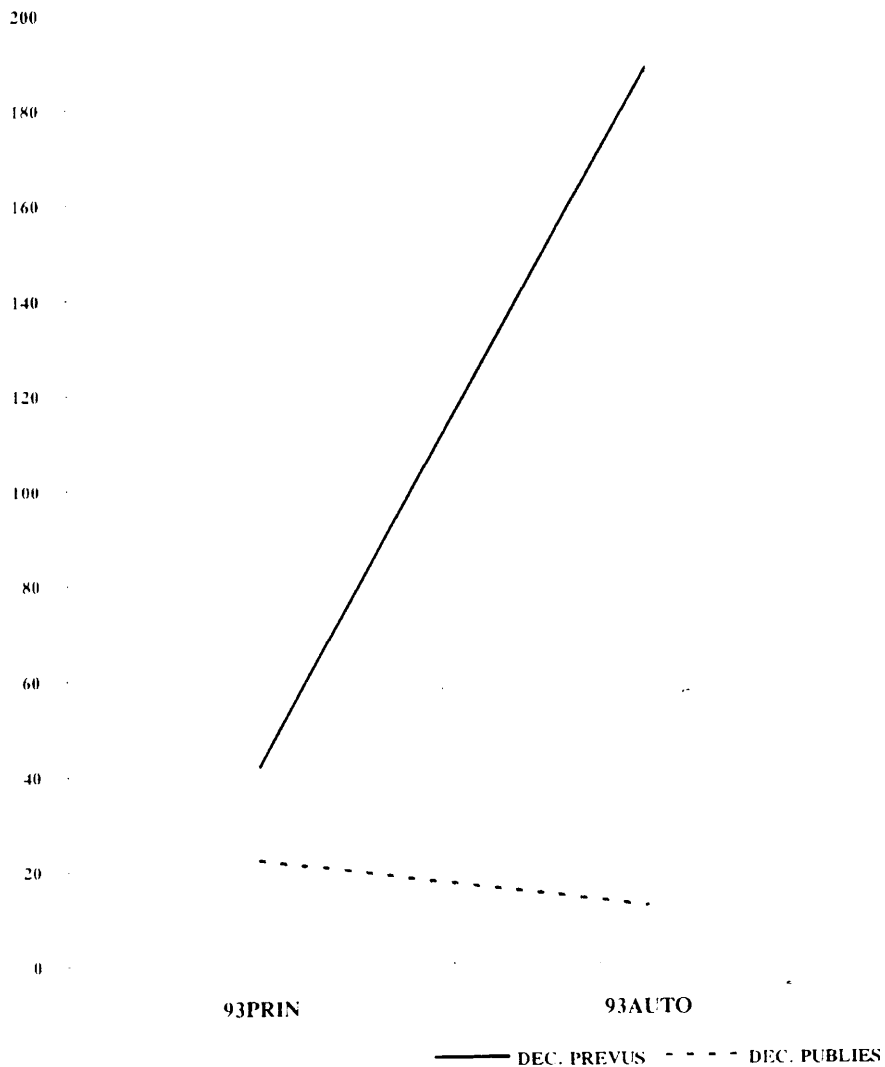
NOMBRE DE DÉCRETS INITIALEMENT PRÉVUS = 1151

BILAN DE LA Xe LÉGISLATURE (A compter de la session de Printemps 1993)



NOMBRE DE DÉCRETS INITIALEMENT PRÉVUS = 230

ÉTAT DES DÉCRETS PRÉVUS ET PUBLIÉS AU COURS DE LA Xe LÉGISLATURE



LA COUR DES COMPTES ET L'ÉVALUATION (*)

Par

Pierre JOXE

Premier Président de la Cour des comptes

Permettez-moi tout d'abord de rappeler qu'aux termes de l'article 47 de la Constitution, la Cour des comptes assiste le Parlement et le Gouvernement dans le contrôle de l'exécution des lois de finances. C'est la mission fondamentale de la juridiction.

Chaque année, quelques dizaines de communications écrites, adressées au Gouvernement par la Cour, témoignent de l'importance de cette assistance. Pour ce qui est du Parlement, cette fonction s'exerce solennellement dans certaines circonstances, mais pour des raisons historiques diverses, de façon moins développée. C'est pourquoi, je m'emploie à développer et à renforcer les liens avec le Parlement. Cela correspond aux vœux de beaucoup, à l'Assemblée nationale, au Sénat comme à la Cour des comptes.

Ce matin, au cours d'une audition devant la commission des finances de l'assemblée, je précisais que dès le début du mois de septembre prochain, la Cour ferait parvenir au Parlement son rapport sur le budget de 1993. En avançant de plusieurs mois la date de diffusion de son rapport, la Cour met à la disposition du pouvoir législatif des informations détaillées sur l'exécution du budget de l'année écoulée, fournissant ainsi des références utiles à la discussion du projet de loi de finances de l'année suivante.

Il s'agit là d'une vision de la Cour des comptes traditionnelle. Cette fonction est, je crois, très importante puisque c'est l'une des bases de la démocratie parlementaire que de confier à des assemblées élues le pouvoir, annuellement, non seulement de voter des recettes et des dépenses, mais aussi de contrôler les conditions dans lesquelles les recettes et les dépenses qu'elles ont votées ont été exécutées et généralement modifiées.

Je ne reviendrai pas sur ce qui a pu être dit tout au long de cette journée. Cependant, depuis un an, j'ai rencontré de nombreux homologues étrangers, madame Chelimsky ici présente et responsable du GAO, mais aussi des homologues britanniques, allemands, néerlandais et canadiens. Le constat que nous pouvons faire est que dans tous les pays démocratiques, sans doute pour des raisons macroéconomiques, à savoir la faiblesse des taux de croissance et les capacités budgétaires de plus en plus restreintes qui en découlent, une réflexion est engagée sur le rôle des organismes de contrôle financier et l'extension de leurs compétences : contrôler la

(*) Communication à la Journée d'études du 7 avril 1994 au Sénat.

régularité de la loi de finances, contrôler qu'elle a été tout simplement appliquée, contrôler la gestion et le bon emploi des fonds publics.

"Value for money" -en avoir pour son argent- disent les anglo-saxons. "Contrôle de l'évaluation" : le mot "évaluation" dit au fond de façon peut-être plus poétique ce qu'il y a derrière le terme technique de "value for money".

Ce n'était pas traditionnellement la fonction des Chambres des comptes et de la Cour des Aides : historiquement, celles-ci travaillaient dans le secret pour le roi. Elles vérifiaient à sa place les comptes des comptables chargés de la perception et de l'emploi des revenus du roi.

La fonction moderne de contrôle des comptes, telle que la cour l'a conquise, en France comme dans d'autres pays, s'est développée, au XIX^{ème} siècle, avec les progrès de la démocratie parlementaire, du droit budgétaire et des pouvoirs du parlement. dans le domaine budgétaire.

Il existe donc, en France comme ailleurs, un système de contrôle qui fonctionne plus ou moins bien et qui n'est nullement remis en cause. Il a été élargi, en 1967, par une loi qui a étendu la compétence de la Cour dans une formule pour l'époque très novatrice : le contrôle du bon emploi des fonds publics. Aujourd'hui, cette problématique de l'évaluation correspond, j'en suis sûr, à une nécessité profonde des autorités publiques, non seulement au niveau des États comme cela a été dit, mais aussi au niveau local, avec le développement d'organismes d'évaluation des politiques d'administration locale.

Lorsque les Nations-Unies se préoccupent des conditions dans lesquelles sont employés certains fonds, qu'il s'agisse d'opérations de maintien de la paix ou de la F.A.O, cela correspond, je crois, à une tendance générale à laquelle nous participons avec d'autres. En France, en son temps, le premier ministre, M. Rocard, en créant un dispositif institutionnel auquel il a été fait allusion, a été à l'origine de l'entrée dans le droit public français de cette fonction d'évaluation, en y associant le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif, la Cour des comptes et l'université.

Comment peut-on évoquer la démarche de la Cour en ce domaine ? J'ai beaucoup de chance, car à la tête de la Cour depuis exactement un an, j'arrive à un moment où celle-ci opère un virage consistant à poursuivre son action traditionnelle en l'étendant à des actions d'évaluation. Grâce à son indépendance, au mode de recrutement de ses membres, à ses procédures, la Cour offre certains des instruments nécessaires à une politique d'évaluation.

Je m'attacherai plutôt à souligner les difficultés que soulève la démarche évaluative.

Tout d'abord, traditionnellement, la Cour contrôle des organismes et non des politiques. Son champ de compétence s'exerce sur les institutions ; elle contrôle un ministère ou, selon une procédure particulière, la Caisse des dépôts, ou bien encore le Crédit lyonnais. Elle n'est pas saisie de politique. Pour aborder l'évaluation d'une politique, elle doit donc se livrer à une coupe horizontale à travers les activités de plusieurs organismes, de statuts parfois différents.

Il y a donc là une démarche nouvelle que nous abordons avec une certaine satisfaction car, en fait, il est beaucoup plus intéressant intellectuellement de s'attacher à décortiquer une politique que de s'attacher uniquement à l'examen critique d'un organisme. Il s'agit néanmoins d'un changement méthodologique important.

Par ailleurs, en raison de ses origines et de son statut juridique, la Cour des comptes abordait les enquêtes et les acteurs avec une démarche que je qualifierais en caricaturant de "répressive, d'inquisitoriale, et même d'accusatoire", recherchant l'abus, l'erreur, l'errement, la fraude éventuellement.

Comment concilier cette démarche traditionnelle de la Cour avec la mission d'évaluation, qui se veut neutre, et qui sans être forcément bienveillante, est scientifique et objective ?

Il y a de fortes chances de trouver des abus dans un organisme qui n'a pas été contrôlé depuis plusieurs années : La mission du rapporteur de la Cour des comptes, lorsqu'il aborde un contrôle est de trouver l'erreur, de constater l'abus qu'il va contribuer à corriger. Pour cela, il recevra éventuellement les félicitations de ses pairs et surtout de ses supérieurs. On voit bien qu'entre la démarche évaluative et la démarche de contrôle à proprement parler, existe un changement méthodologique. J'observe au passage que ce changement est très apprécié des magistrats de la Cour. Ils mesurent bien ce qu'y il peut y avoir à la fois de grisant mais souvent de frustrant dans la démarche purement inquisitoriale, et ce qu'il peut y avoir au contraire d'intellectuellement intéressant dans la démarche évaluative.

Autre difficulté qui demande un effort et nécessite une adaptation : la méthode à mettre en oeuvre pour l'analyse des résultats. Elle suppose d'abord d'analyser la politique telle qu'elle a été définie puis, au-delà des techniques de contrôle classiques, d'examiner l'attente des usagers. Les organismes chargés d'appliquer une politique doivent être examinés non seulement avec un regard de juriste, mais aussi de sociologue.

Ainsi, une grande enquête sur le bilan de la décentralisation se déroule actuellement à la Cour des comptes. En France, la décentralisation est évidemment une nouveauté, puisqu'elle date d'une dizaine d'années. Dans les pays voisins les plus proches comme la Grande-Bretagne ou l'Allemagne fédérale, la décentralisation relève en comparaison d'une longue tradition.

Pour en mesurer les conséquences, il est nécessaire non seulement d'examiner le fonctionnement des collectivités décentralisées françaises tel qu'il résulte de leur nouveau statut juridique, mais aussi de s'intéresser aux expériences étrangères. En effet il est important de savoir ce qui se passe dans des pays qui connaissent depuis longtemps la décentralisation et qui ont confié aux collectivités locales ou territoriales des missions dans le domaine de l'action sociale, de l'équipement ou de l'éducation nationale, missions qui, en France, relevaient traditionnellement de l'État.

Nous avons donc à réfléchir, à travers une étude comparative, à une démarche évidemment assez nouvelle.

Dernier exemple qui pourra illustrer ce que je disais tout à l'heure à propos des différents degrés d'analyse : en France et dans les pays d'Europe, de plus en plus de politiques sont menées en combinant des actions, des initiatives, des moyens et des financements qui viennent du niveau local, de l'État et souvent de différents ministères, d'organismes publics, ou encore du niveau supranational.

Pour la première fois l'année dernière, la Cour des comptes a consacré l'une de ses observations à un programme communautaire, "le programme intégré méditerranéen". On a pu mesurer à cette occasion l'extrême complexité des mécanismes mis en oeuvre et l'importance d'une politique d'évaluation exhaustive qui nous fait dépasser le simple examen des comptes.

En effet, ces programmes intégrés méditerranéens sont en France généralement des programmes d'intérêt régional au sens des grandes régions, donc d'application locale mais pilotés au niveau national et financés au niveau européen.

Quelle autorité décide lorsque quelque chose se fait ? Quelle autorité est responsable lorsque le but n'est pas atteint ? L'analyse est difficile et on a là un champ d'expériences qui suppose à la fois les techniques de contrôle les plus classiques, fondées sur les comptes mais également sur une réflexion très élargie.

Je puis vous donner deux autres exemples, sur lesquels la Cour des comptes sera amenée à publier des rapports. Il s'agit de la politique du logement social. En

France, depuis la seconde guerre mondiale, le logement est devenu une sorte de service public assuré conjointement par l'État, des organismes d'H.L.M., organismes publics ou privés dont les statuts ont changé, avec des modes de financement divers, des politiques qui ont privilégié l'aide à la pierre ou l'aide à la personne.

Quand on plonge dans la description des politiques du logement social sur une longue période, on fait de l'histoire du droit, de l'histoire économique. Finalement, sans doute est-ce l'un des domaines où la Cour pourrait apporter une aide considérable au Parlement : les nombreux textes législatifs votés dans le but d'aider le logement social, objectif simple, méritent un examen qui révèle certaines surprises. On pourrait reprendre presque mot pour mot les observations méthodologiques de Madame Chélimsky, très anglo-saxonnes dans leur approche pragmatique : "à quoi cela sert-il ?" ; "est-on bien conscient des conséquences ?" etc.

Autre exemple -peut-être l'un des plus intéressants à venir -celui du R.M.I. J'ai la chance exceptionnelle de l'avoir connu sous tous ses aspects. A l'origine, c'est une proposition de loi que j'ai contribué à élaborer lorsque j'étais dans l'opposition ; c'est devenu une loi que j'ai contribué à mettre en oeuvre lorsque j'étais au gouvernement et c'est une politique dont les effets peuvent être appréciés après quelques années par l'institution que je préside.

L'objectif du R.M.I. a été clairement affiché : "revenu minimum d'insertion". Après quelques années, qu'en est-il en matière de revenu minimum et en matière d'insertion ? A travers l'action de l'État, des départements et très souvent des villes les plus importantes, voilà le type de démarche évaluative dans lequel la Cour pourra, au-delà de son rôle constitutionnel, assister le Parlement et le Gouvernement dans le contrôle du bon emploi des fonds publics et de l'adéquation de l'emploi des moyens financiers publics à des objectifs et à des politiques définis en termes généraux.

Le rôle traditionnel de la Cour des comptes est d'assister le Parlement dans le domaine de l'exécution de la loi de finances, mais l'évaluation va voir ses moyens transformés. En effet, la Cour compte peu d'ingénieurs, alors que rien ne s'y oppose. Il y a actuellement des postes budgétaires pour lesquels, grâce à un décret que le Gouvernement a approuvé sur ma proposition il y a quelques mois, on peut désormais détacher des ingénieurs des ponts et chaussées, des télécommunications ou de l'armement, permettant ainsi d'apporter, pour des périodes qui peuvent aller jusqu'à deux ou trois ans, la technicité nécessaire à un organe de contrôle qui, dès lors qu'il s'éloigne du strict examen des comptes et s'oriente vers une mission d'évaluation, a besoin d'être plus "polytechnique" qu'il ne l'est aujourd'hui.

LE CAS PARTICULIER DU CONTRÔLE DE L'EXÉCUTION DE LA LOI DE FINANCES (*)

Par

Michel DRAIN

*Conseiller, chargé de mission auprès du Président de la Commission des Finances,
de l'Économie générale et du Plan à l'Assemblée nationale*

L'une des spécificités essentielles de la loi de finances réside dans les procédures et les méthodes du contrôle de son exécution par le Parlement. Une valeur particulière s'attache en effet à ce contrôle. Elle est notamment soulignée par l'article XIV de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen selon lequel les citoyens ont le droit, non seulement "de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique et de la consentir librement" mais aussi "d'en suivre l'emploi". Les dispositions budgétaires de la loi de finances sont ainsi les seules dispositions législatives dont le Parlement est constitutionnellement appelé à suivre et sanctionner la totalité du processus d'exécution. Le Parlement adopte la loi de finances de l'année et la modifie en cours d'année par des lois de finances rectificatives soit pour procéder aux ajustements nécessaires lorsqu'ils excèdent les limites de la simple gestion soit, le cas échéant, pour réorienter en profondeur la politique budgétaire. Il vote enfin la loi de règlement qui constate les résultats financiers de l'année considérée et approuve les différences entre ces résultats et les prévisions des lois de finances.

Les développements qui suivent s'efforceront d'abord de montrer comment la spécificité de la loi de finances suscite, à l'Assemblée nationale, une activité de contrôle et d'évaluation elle-même spécifique. Ils examineront à ce propos comment les caractéristiques de la loi de finances se reflètent dans l'organisation interne de la commission permanente chargée non seulement de son examen au fond avant sa discussion en séance publique mais aussi du contrôle de son exécution : la commission des Finances, de l'Économie générale et du Plan.

En second lieu, sera plus particulièrement abordé le problème du contrôle exercé par l'Assemblée nationale sur l'exécution des dispositions normatives, essentiellement fiscales, de la loi de finances, ce qui conduira à poser la question de l'évaluation de ces dispositions.

Enfin, l'activité de contrôle et d'évaluation de l'Assemblée nationale dans le domaine exclusif des lois de finances : celui de l'équilibre des ressources et des

(*) Communication à la Journée d'études du 7 avril 1994 au Sénat.

charges de l'État sera présentée dans sa singularité par rapport aux travaux analogues relatifs aux autres textes législatifs.

La loi de finances sera donc successivement envisagée sous ses deux aspects : en tant qu'elle contient des dispositions normatives comparables à celles de toute autre loi et en tant qu'elle vise à assurer le fonctionnement économique de l'État, en ressources et en charges compte tenu de l'impact de ce fonctionnement sur les comportements des autres agents (entreprises et ménages).

I - DES DISPOSITIONS DE NATURE SPÉCIFIQUE QUI JUSTIFIENT UNE ACTIVITÉ DE CONTRÔLE PARLEMENTAIRE ELLE-MÊME SPÉCIFIQUE

1 - Spécifique par la valeur qui s'attache au contrôle de son exécution, la loi de finances l'est aussi, naturellement, par son contenu. L'article premier de l'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances précise que l'objet des lois de finances est, d'abord, de déterminer "*la nature, le montant et l'affectation des ressources et des charges de l'État, compte tenu d'un équilibre économique et financier qu'elles définissent*". Il s'agit là de dispositions propres à la loi de finances, qui relèvent exclusivement de son domaine.

Le contrôle de l'exécution des lois de finances devra donc, au premier chef, porter sur les recettes, les charges (y compris les créations et suppressions d'emplois) et l'impact macro-économique du budget.

Pour garantir l'efficacité du contrôle parlementaire et permettre au Parlement d'exercer son droit constitutionnel de "*suivre l'emploi*" de la contribution publique, la présentation des dépenses doit respecter le principe de spécialité budgétaire, énoncé à l'article 7 de l'ordonnance du 2 janvier 1959 : les crédits sont, en principe, spécialités par chapitre, groupant les dépenses selon leur nature ou selon leur destination.

2 - La loi de finances contient cependant aussi, comme toute autre loi, un ensemble de dispositions normatives. Ces normes ne peuvent intervenir que dans un domaine déterminé qui est, pour l'essentiel, celui de la fiscalité. Il ne s'agit pas d'un domaine exclusif, les normes fiscales pouvant également se trouver en loi ordinaire. En pratique cependant, la plupart des mesures fiscales ont leur place en loi de finances.

Le contrôle parlementaire de l'exécution des normes fiscales présente beaucoup moins de spécificités que celui de la mise en œuvre des dispositions budgétaires. Trois particularités méritent toutefois d'être soulignées.

a) Le Parlement exerce, en matière de fiscalité, une compétence particulièrement étendue. La Constitution dispose que le domaine fiscal relève exclusivement du pouvoir législatif dès lors qu'il touche aux règles relatives à l'assiette, au taux et aux modalités de recouvrement des impositions de toutes natures. Le pouvoir réglementaire ne peut y intervenir que de manière limitée et étroitement subordonnée. Or, en pratique, comme on l'a souligné plus haut, l'essentiel de la législation fiscale est adopté dans le cadre des lois de finances. Le contrôle de l'exécution des dispositions normatives de la loi de finances offre donc au législateur un moyen privilégié de s'assurer que le pouvoir réglementaire respecte ses intentions et ses prérogatives constitutionnelles. Le cas de la loi de finances n'est du reste pas unique à cet égard : une valeur comparable s'attache au contrôle de l'exécution des lois ordinaires lorsqu'elles interviennent dans le domaine de la fiscalité ou dans tout autre domaine relevant, pour une part essentielle, de la compétence exclusive du législateur.

b) En second lieu, le principe d'annualité budgétaire a pour conséquence que *la perception de l'impôt doit être autorisée chaque année par la loi de finances*. L'article 4 de l'ordonnance du 2 janvier 1959 dispose que *"l'autorisation de percevoir les impôts est annuelle"*. Cette autorisation est donnée par l'article premier de la loi de finances de l'année. A l'occasion de la discussion et du vote de cet article, chacune des assemblées a, théoriquement, la possibilité d'évoquer les conditions d'application de tout élément de la législation fiscale et de la remettre en cause.

Même s'il n'est fait qu'un usage très limité de cette possibilité, *"le droit de réforme du Parlement reste entier"* lors de l'examen de chaque loi de finances initiale, comme le notait M. Alain Richard, alors rapporteur général, au cours de l'examen, par l'Assemblée nationale, de la loi de finances pour 1993 (1).

On peut également relever que la procédure d'autorisation annuelle de perception de l'impôt a permis à l'Assemblée nationale d'obtenir, par un amendement adopté en 1985 sur proposition de M. Gilbert Gantier (2) qu'une évaluation du produit des impositions affectées aux établissements et organismes divers figure au fascicule des *"voies et moyens"* annexé au projet de loi de finances de l'année.

c) Enfin, *le contrôle de l'exécution de la loi de finances s'exerce dans un contexte d'évolution permanente, voire, dans certains cas, d'instabilité de la législation fiscale*. La loi de finances initiale et les lois de finances rectificatives sont régulièrement, pour le Gouvernement, l'occasion de proposer un nombre non négligeable de réformes ou d'ajustements du régime des impositions. La loi fiscale paraît être constamment remise sur le métier. Ce qui amène d'ailleurs les parlementaires eux-mêmes, qu'ils appartiennent à la majorité ou à l'opposition, à proposer à leur tour, par voie d'amendements une grande diversité de mesures fiscales. Le débat sur la loi de finances conduit ainsi à un réexamen périodique de la loi fiscale, qui ne peut se concevoir sans un minimum de suivi de l'application du droit existant et d'évaluation de ses effets. Le pouvoir de réformation, d'institution de normes nouvelles s'appuie alors sur l'exercice préalable du pouvoir de contrôle, l'un prolongeant l'autre, au point que ces deux formes de pouvoir finissent par devenir indissociables.

3 - La loi de finances se caractérise ainsi par son caractère inévitable, récurrent, par la spécificité, voire la technicité de sa partie budgétaire et par la possibilité qu'elle donne au Parlement de procéder au réexamen périodique de la législation fiscale.

Ces caractéristiques se reflètent dans **l'organisation interne de la commission des Finances, de l'Économie générale et du Plan, chargée à l'Assemblée nationale d'examiner au fond les projets de loi de finances.**

La commission des Finances (d'abord dénommée commission du Budget) est historiquement la première des commissions permanentes formées au sein des assemblées élues au suffrage universel direct. Son organisation est également très ancienne puisqu'elle remonte à 1871. Très tôt, en effet, la régularité et la technicité des lois budgétaires ont imposé la constitution, au sein des chambres, d'une commission permanente spécialisée dans leur examen et la désignation, parmi les membres de cette commission, de rapporteurs capables à la fois de suivre l'exécution

(1) J.O. Débats parlementaires, Assemblée nationale, 3ème séance du 21 octobre 1992, p. 4082.

(2) J.O. Débats parlementaires, Assemblée nationale, 2ème séance du 17 octobre 1985, pp. 3184 à 3186.

du budget de l'année en cours et de participer à l'élaboration de celui de l'année à venir.

Dans le contexte institutionnel de la III^{ème} République naissante, ont été ainsi instituées des "*rapporteurs spéciaux*" chargés de défendre les conclusions de la commission du Budget pour chaque département ministériel et un "*rapporteur général*" dont la mission était d'établir la situation générale des dépenses et surtout de soutenir la loi des recettes.

Cette organisation s'est maintenue jusqu'à nos jours, avec les modifications imposées par la transformation du cadre constitutionnel. A la différence des autres commissions, où les rapporteurs sont désignés au fur et à mesure du renvoi des projets, la commission des Finances nomme en avril, en même temps que son Bureau et pour un an, un rapporteur général. En pratique, le titulaire de ce poste est généralement reconduit dans ses fonctions d'une année sur l'autre pendant une même législature. Il en va de même des "*rapporteurs spéciaux*" normalement chargés d'examiner dans le cadre de la loi de finances les crédits relevant d'un même domaine (en général un département ministériel ou un grand ensemble de services).

Le rapporteur général rapporte l'ensemble des lois de finances et établit, au nom de la commission des Finances, les trois tomes du rapport sur le projet de loi de finances de l'année habituellement désigné sous l'appellation de "*rapport général*" :

- équilibre économique et financier (1),
- articles de la première partie (mesures fiscales ayant une incidence sur l'article d'équilibre, recettes et article d'équilibre),
- articles de la seconde partie (dépenses et mesures fiscales n'ayant pas d'incidence sur l'article d'équilibre).

L'examen des recettes est de la compétence propre du rapporteur général. Celui des dépenses relève d'une compétence partagée avec les rapporteurs spéciaux. Le rapporteur général en fait l'analyse synthétique, horizontale. Les rapporteurs spéciaux en font l'analyse verticale. En outre, par dérogation à la compétence du rapporteur général en matière de recettes, ils défendent les mesures fiscales rattachées à leur budget.

Leur permanence de fait et leur spécialisation donnent à ces rapporteurs une capacité naturelle de contrôle et d'évaluation.

Cette capacité est renforcée par les pouvoirs étendus d'investigation "*sur pièces et sur place*" dont ils disposent. Elle leur permet de juger des propositions contenues dans la loi de finances de l'année sur la base de l'expérience des années antérieures.

Le rapporteur général dispose, pour sa part, d'une vue synthétique des mécanismes budgétaires. Seul rapporteur permanent à vocation générale, compétent pour toutes les lois de finances, il est en mesure de contrôler en cours d'année l'exécution des recettes et des dépenses. Cette information donne un poids particulier à ses initiatives et fait de lui un interlocuteur privilégié du Gouvernement dans la définition de la politique budgétaire et fiscale. Sa position lui permet enfin de répondre de manière précise aux nombreuses demandes de modification de la législation exprimées en commission et en séance publique au cours de la discussion de la loi de finances.

(1) C'est ce premier tome qui, seul, constitue au sens strict le "*rapport général*" du budget.

II - L'ACTIVITÉ DE CONTRÔLE ET D'ÉVALUATION DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE DANS LE DOMAINE DE LA LÉGISLATION FISCALE

1 - Le contrôle de l'application des mesures fiscales contenues dans les textes examinés par la commission des Finances

Depuis 1990, le rapporteur général procède, dans le cadre du rôle d'information des commissions permanentes prévu par l'article 145 du Règlement de l'Assemblée nationale, à l'examen systématique de l'état d'application des dispositions fiscales des lois examinées par la commission des Finances (lois de finances mais aussi lois portant diverses dispositions d'ordre financier). Il est remarquable que cet exercice ait été poursuivi par un rapporteur général émanant d'une autre majorité, ce qui en accentue le caractère strictement factuel, excluant tout jugement de valeur. Le rapporteur général de la présente législature a d'ailleurs expressément souligné que son examen de l'état d'application de certaines mesures n'impliquait pas nécessairement d'approbation sur le fond (1). Nous sommes là dans le contrôle d'application au sens le plus strict du terme.

Cinq rapports de ce type ont été établis à ce jour. Ils portent sur les dispositions fiscales adoptées depuis 1989.

Les conclusions qui s'en dégagent sont les suivantes :

Le bilan de l'application des dispositions fiscales apparaît satisfaisant sur le plan quantitatif. Au cours de chacune des périodes annuelles couvertes, le "*taux d'application*" des dispositions fiscales, mesuré par le rapport entre le nombre d'articles ayant fait l'objet de textes d'application ou ne nécessitant pas de tels textes et le nombre total d'articles à appliquer apparaît à la fois stable et relativement élevé (de l'ordre de 75 %).

Sur le plan qualitatif, l'intention du législateur est, de manière quasi générale, respectée par les textes d'application.

Trois observations obligent toutefois à nuancer ce bilan :

- Les rapporteurs généraux ont critiqué l'absence de textes portant application, dans un délai raisonnable, de plusieurs dispositions dont la portée était d'ailleurs, d'ordinaire, relativement limitée. Ils ont néanmoins relevé que, dans certains cas, cette absence de texte d'application s'expliquait par la succession rapide des modifications législatives du dispositif concerné, le pouvoir réglementaire attendant, avant d'intervenir, la stabilisation du régime applicable.

- Il a également été observé que la publication tardive des textes d'application pouvait avoir comme conséquence de reporter l'entrée en vigueur effective de la disposition concernée au-delà de la date prévue par la loi ou de mettre en pratique les contribuables dans l'impossibilité de s'en prévaloir dès cette date. L'inertie administrative manifestée en pareil cas a été jugée particulièrement critiquable lorsque les dispositifs concernés étaient de nature temporaire.

- Il a été enfin remarqué que la répartition des compétences législative et réglementaire n'avait pas été strictement respectée dans quelques cas. Il a été ainsi relevé que le pouvoir réglementaire avait excédé les limites que lui fixe la Constitution, par exemple en repoussant, au-delà de l'échéance prévue par la loi, la date d'application du taux normal de TVA aux ventes de bois aux industries de

(1) Rapport d'information sur l'application des dispositions fiscales contenues dans les lois de finances adoptées depuis 1989, dans la loi du 26 juillet 1991 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier dans la loi du 16 juillet 1992 relative au plan d'épargne en actions présenté par M. Philippe Auberger, rapporteur général au nom de la commission des Finances de l'Assemblée nationale, n° 454, 7 juillet 1993, p. 15.

transformation ou en étendant diverses mesures d'exonération (avec, d'ailleurs, en règle générale, l'approbation, sur le fond, des parlementaires, comme lorsqu'il s'est agi de l'exonération des successions sur les indemnités accordées aux victimes du Sida).

2 - A quelle "évaluation" des dispositions fiscales l'Assemblée nationale procède-t-elle ?

L'évaluation des dispositions fiscales doit être distinguée du bilan de leur exécution, tel qu'il est présenté dans les rapports d'information périodiques de la commission des Finances de l'Assemblée nationale. Elle consiste, non pas à simplement vérifier que la mesure adoptée a été suivie d'effets, mais à s'interroger sur son impact budgétaire, économique et social. En ce sens, l'évaluation de la législation fiscale apparaît comme une pratique constante à l'Assemblée nationale tant en séance publique qu'au sein de la commission des Finances, tout particulièrement dans le cadre de la discussion budgétaire. Cette évaluation prend schématiquement deux formes. Dans la première d'entre elles, il s'agit pour les députés de juger de l'opportunité de la mesure en cause, de son degré d'efficacité et d'équité (demande-t-elle à telle ou telle catégorie de contribuables l'effort jugé nécessaire par le législateur ou lui apporte-t-elle l'allègement qu'il estime souhaitable pour telle ou telle raison, d'intérêt économique ou social ?). C'est l'aspect normatif de la disposition fiscale, en tant qu'elle affecte les rapports des citoyens avec l'État et des citoyens entre eux qui est alors examiné. Dans la seconde forme d'évaluation des dispositions fiscales pratiquée à l'Assemblée nationale, c'est le rendement budgétaire des impositions concernées qui est au centre des débats. L'évaluation s'opère alors dans le cadre du suivi de l'exécution des ressources et des charges qui sera examiné plus loin (Partie III). Ce n'est plus en effet l'aspect normatif de la disposition fiscale qui est dans ce cas en cause, mais son impact macro-économique sur les ressources de l'État.

a) Lorsqu'elle porte sur l'aspect normatif des dispositions fiscales, l'évaluation relève essentiellement de la *technique de l'amendement*, principalement dans le cadre de la discussion de la loi de finances de l'année, plus d'ailleurs en séance publique qu'en réunion de la commission des Finances (1).

Il convient d'indiquer au préalable qu'en matière d'amendement portant sur les recettes, les contraintes de recevabilité résultant des articles 40 de la Constitution et 42 de l'ordonnance du 2 janvier 1959 pèsent peu sur les députés. Tout amendement d'origine parlementaire fait, il est vrai, l'objet à l'Assemblée nationale d'un contrôle systématique de sa recevabilité financière avant l'acceptation de son dépôt. Ce contrôle est en pratique exercé par le Président de la commission des Finances. Un amendement qui proposerait une mesure ayant pour conséquence une diminution des ressources publiques ne peut donc être distribué ni mis en discussion. Toutefois, la compensation entre recettes étant admise par la Constitution et considérée comme compatible avec l'ordonnance du 2 janvier 1959, tout amendement proposant l'allègement d'une imposition peut venir en discussion dès lors qu'il est gagé de manière suffisamment crédible par un relèvement "à due concurrence" d'une autre taxe (généralement depuis quelques années les droits sur les tabacs). Son acceptation par le Gouvernement (plus fréquente qu'on ne l'imagine quelquefois lorsqu'il s'agit de mesures ponctuelles) impliquerait la levée du gage.

(1) Voir H. Le Guern, H. Message, A. Tessier, Le contrôle parlementaire du budget de l'État. Le rôle de l'Assemblée nationale 1983-1987, Revue française de finances publiques, n° 22, 1988.

C'est donc la technique de l'amendement qui peut permettre aux députés, à titre individuel, et singulièrement aux députés de l'opposition de provoquer un débat et de susciter une réponse du Gouvernement sur tel ou tel aspect de la législation fiscale. On relèvera que les amendements présentés peuvent contenir des dispositions et des mécanismes fiscaux à caractère très technique et que les réponses du ministre du budget, malgré leur inévitable tendance à éluder les aspects les plus délicats du problème soulevé sont détaillées. La technicité du dialogue qui s'instaure souvent en pareil cas entre le ministre et l'auteur de l'amendement contredit l'image souvent donnée d'une critique parlementaire exclusivement politique, voire subjective et atteste de l'existence, dans le cadre de la discussion des lois de finances d'une pratique d'évaluation contradictoire et argumentée.

Les amendements adoptés par la commission des Finances peuvent être aussi l'occasion d'un débat, avec le Gouvernement, sur le bien-fondé d'une disposition fiscale existante. Cela a, par exemple, été le cas du problème de l'imputation du dégrèvement pour plafonnement de la taxe professionnelle sur la cotisation de l'année en cours, soulevé par la commission des Finances au cours de son examen du premier projet de loi de finances rectificative pour 1993. Plus souvent cependant, les amendements de la commission des Finances ont pour objectif de compléter ou d'infléchir, habituellement, sur proposition du rapporteur général les mesures proposées par le Gouvernement. M. Alain Richard, alors rapporteur général se référerait à ce cas de figure lors de la discussion de la loi de finances pour 1989 en soulignant qu'alors on discutait "*à la dizaine de millions de francs près*" "*dans les marges d'adaptation d'un budget qui a déjà été calé de façon assez délicate*" (1).

D'un point de vue quantitatif, la critique, par voie d'amendement des dispositions fiscales dans le cadre des lois de finances apparaît largement pratiquée. Lors de la première lecture des projets de loi de finances initiale pour 1993 et 1994, les amendements d'origine parlementaire venus en discussion en séance publique de l'Assemblée nationale ont été respectivement au nombre de 312 et 300. Les chiffres correspondants s'établissent à 170 et 180 pour la seconde partie.

b) La procédure de la mission d'information de la commission des Finances constituée en application de l'article 145 du Règlement représente une seconde méthode d'évaluation des dispositions fiscales vues sous leur aspect normatif. Cette démarche, relativement peu fréquente, se prête par nature à l'examen approfondi d'une catégorie d'impositions déterminée ou d'un régime fiscal de portée significative. Elle a l'inconvénient de ne donner lieu qu'à un échange de vues au sein de la commission des Finances sans participation du Gouvernement. Elle peut toutefois être relayée par la suite, par une initiative gouvernementale élaborée en concertation avec la majorité de l'Assemblée nationale. On peut citer, à titre d'exemples de cette procédure, les missions d'information de la commission des Finances sur la fiscalité de l'épargne (rapport de M. Christian Pierret, mai 1989), sur la fiscalité locale (rapport de M. Edmond Hervé, octobre 1989), sur la fiscalité dans les départements d'outre-mer (rapport de M. Alain Richard, juillet 1991).

(1) J.O. Débats parlementaires, Assemblée nationale, 3ème séance du 18 octobre 1990, p. 3974.

III - L'ACTIVITÉ DE CONTRÔLE ET D'ÉVALUATION DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE DANS LE DOMAINE BUDGÉTAIRE

1 - Les différents moments du suivi et de l'évaluation budgétaires

Plusieurs procédures permettent aux députés de consacrer de larges débats au suivi et à l'évaluation budgétaires, en séance publique ou en commission (essentiellement en commission des Finances).

a) *L'examen des lois de finances initiales*

La détermination de la politique budgétaire, ainsi que la fixation du montant des ressources et des charges de l'État relèvent, comme on l'a souligné plus haut, du domaine exclusif de la loi de finances -hors les cas d'intervention du pouvoir réglementaire prévus par l'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances. Toute charge nouvelle doit, en principe, être prévue, évaluée et autorisée par la loi de finances préalablement à son institution. Il n'est, dès lors, pas surprenant que l'essentiel du suivi et de l'évaluation budgétaires ait lieu dans le cadre de l'examen des trois catégories de lois de finances : lois de finances initiales, lois de finances rectificatives et lois de règlement. *En matière budgétaire, comme en matière de législation fiscale, l'examen des mesures nouvelles inscrites en loi de finances est inséparable de l'analyse critique de la situation existante.*

La loi de finances initiale est l'occasion privilégiée d'un bilan détaillé de la politique économique suivie depuis le début du dernier exercice écoulé ainsi que de l'exécution des dépenses et des recettes au cours de la même période. Ce bilan est constitué de trois ensembles de documents :

- ceux présentés par le Gouvernement en application de l'article 32 de l'ordonnance du 2 janvier 1959 ;
- ceux établis par les rapporteurs des commissions permanentes et, au premier chef de la commission des Finances, saisie au fond des projets de loi de finances ;
- ceux, enfin, fournis par la Cour des comptes, chargée notamment par l'article 47 de la Constitution d'assister le Parlement dans le contrôle de l'exécution des lois de finances.

Le Gouvernement a, en premier lieu, l'obligation de présenter au Parlement en accompagnement du projet de loi de finances initiale :

- un rapport dénommé "*rapport économique, social et financier*" décrivant "*l'équilibre économique et financier*" et "*les perspectives d'avenir*", au vu des "*résultats connus*" de la politique suivie ;
- diverses annexes.

Parmi ces annexes figure en particulier le fascicule des "*voies et moyens*" qui, dans une première partie, donne une évaluation du produit des différents impôts pour l'année en cours et l'année à venir et qui, dans une seconde partie, fournit une estimation des "*dépenses fiscales*" pour le dernier exercice écoulé et l'exercice en cours. Le rapport économique, social et financier, comme le fascicule des voies et moyens font partie pour que les délais d'examen de la loi de finances de l'année prévus par l'article 47 de la Constitution commencent à courir. Font également partie des fascicules "*bleus*", les annexes explicatives présentant les crédits des différents ministères qui ne donnent cependant que peu d'indications pour le contrôle de l'exécution des dépenses.

Il convient de relever que le rapport économique, social et financier est accompagné du rapport sur les comptes de la Nation pour la dernière année écoulée,

des comptes prévisionnels de la Nation pour l'année en cours et des principales hypothèses économiques pour l'année de la loi de finances. Ces documents revêtent une importance essentielle pour l'évaluation de la politique économique.

Les autres annexes au projet de loi de finances de l'année, présentées sous forme de fascicules "*jaunes*" sont, le plus souvent, établies en application d'une disposition législative destinée à assurer le contrôle des finances publiques. Elles fournissent en règle générale un état récapitulatif et une brève analyse de l'effort financier de l'État dans différents domaines. Le Gouvernement peut, en pratique, se soustraire à l'obligation de présenter ces annexes. Ne sont en fait fournies que celles qui répondent à des préoccupations politiques majeures du Parlement ou qui sont jugées utiles par le ministère chargé de leur élaboration. Leur nombre n'en reste pas moins significatif (22 ont été présentées en accompagnement du projet de loi de finances pour 1994).

Quant aux rapports parlementaires, ceux établis au nom de la commission des Finances de l'Assemblée nationale, saisie au fond, ont été au nombre de 44 (non compris le rapport général) lors de la discussion du projet de loi de finances pour 1994. 61 avis ont également été émis au nom des autres commissions permanentes. Les rapports au fond, établis par le rapporteur spécial désigné à cet effet, ont essentiellement pour objet d'examiner un ensemble de crédits, à l'exception, notamment, des rapports relatifs aux Affaires européennes et aux taxes parafiscales. Ils ont servi de base aux 28 débats budgétaires tenus en séance publique par l'Assemblée nationale pour l'examen des dépenses prévues par la loi de finances pour 1994.

Le rapport général comporte, pour sa part, une analyse de la politique budgétaire proposée pour l'année à venir, au vu des résultats de l'année écoulée et de l'année en cours. Cette analyse fait l'objet du premier tome de ce rapport (équilibre économique et financier).

Il convient enfin de mentionner l'apport de la Cour des comptes à l'activité parlementaire de suivi et d'évaluation budgétaires dans le cadre de la discussion de la loi de finances initiale. Jusqu'en 1993, la Cour ne dissociait pas son rapport sur l'exécution du budget de l'année écoulée de l'autre acte, plus formel et quasi juridictionnel qu'il lui incombe de rendre sur le même budget : la déclaration générale de conformité entre les comptes individuels des comptables et la comptabilité des ministres. Or, ce document ne peut, pour des raisons pratiques, être établi que dans les dernières semaines de l'année suivant celle à laquelle il se rapporte. En conséquence, le Parlement ne pouvait disposer du rapport de la Cour des comptes sur l'exécution du dernier exercice achevé qu'après la fin de la discussion de la loi de finances initiale.

L'adoption, par l'Assemblée nationale, en juin 1992, sur proposition de M. Yves Fréville, d'un amendement à la loi de règlement pour 1990 (1) disposant que le rapport sur l'exécution de la loi de finances doit être remis au Parlement au plus tard le premier mardi d'octobre de l'année suivant celle à laquelle il se rapporte a remédié à cette situation. Les assemblées peuvent, à présent, débattre de la loi de finances initiale en ayant connaissance du résultat des travaux de la Cour sur le dernier budget exécuté en totalité. Cette possibilité leur a été effectivement offerte pour la première fois à l'occasion de la discussion de la loi de finances initiale pour 1994. La Cour envisage d'ailleurs d'inclure à l'avenir dans son rapport d'exécution des monographies sur certains ministères et des analyses pluriannuelles destinées notamment à enrichir le débat budgétaire.

(1) Article 13 de la loi du 6 novembre 1992 portant règlement définitif du budget de 1990. Voir J.O. Débats parlementaires, Assemblée nationale, Première séances du 29 juin 1992, p. 2941.

b) L'examen des lois de finances rectificatives

Comme le prévoit l'article 2 de l'ordonnance du 2 janvier 1959, seules les lois de finances dites rectificatives peuvent modifier les dispositions budgétaires de la loi de finances de l'année.

Dans la pratique actuelle, on distingue deux types de lois de finances rectificatives. Le premier est celui des lois de finances rectificatives de fin d'année qui opèrent un simple ajustement des prévisions de la loi de finances initiale aux évolutions constatées au cours de son exécution. Cet ajustement est le plus souvent modéré même si parfois il peut entraîner des modifications sensibles de la loi de finances initiale, comme en décembre 1992, lorsque les prévisions apparaissent en net décalage par rapport à la réalité. Le second type de lois de finances rectificatives prévoit, en revanche, une véritable réorientation de la politique budgétaire, normalement consécutive à un changement de majorité parlementaire. Tel a été le cas de la loi de finances rectificative du 22 juin 1993.

La différence essentielle entre les deux types de lois de finances rectificatives, celles de réorientation et celles d'ajustement est que les premières gardent un caractère d'autorisation alors que les secondes s'apparentent plus à un acte de régularisation de mesures déjà prises pour l'essentiel (elles peuvent d'ailleurs porter ratification, conformément à l'article 11 de l'ordonnance du 2 janvier 1959, de décrets d'avances ayant déjà modifié de manière substantielle le montant et l'affectation des crédits).

Dans les deux cas cependant, l'examen des mesures nouvelles se fait au vu du suivi de l'exécution de la loi de finances initiale et de l'évaluation de ses effets.

Aux termes de l'article 25 de la loi de finances rectificative pour 1974, le projet de loi de finances rectificative doit comporter en annexe, sous forme de tableau récapitulatif, pour l'information des membres du Parlement, les textes réglementaires pris en vertu de l'ordonnance du 2 janvier 1959 en vue de modifier la répartition des crédits prévue par la loi de finances initiale et ne nécessitant pas, contrairement aux décrets d'avances de ratification parlementaire. Le dépôt du projet de loi de finances rectificative est ainsi l'occasion d'une récapitulation très pratique des mesures de gestion non soumises à son approbation qui ont affecté la loi de finances initiale (annulations et virements notamment).

Le projet de loi de finances rectificative fait l'objet d'un rapport établi, au nom de la commission des Finances, par le rapporteur général qui donne à cette occasion un compte rendu précis de l'exécution de la loi de finances initiale.

L'examen de la loi de finances rectificative est donc bien un moment privilégié du suivi et de l'évaluation budgétaires.

c) L'examen de la loi de règlement

La loi de règlement constate les montants définitifs des recettes et des dépenses et établit le solde qui en résulte. L'article 36 de l'ordonnance du 2 janvier 1959 prévoit que le projet de loi de règlement est accompagné notamment d'un rapport de la Cour des Comptes sur l'exécution du budget concerné et de la déclaration générale de conformité. L'article 38 de la même ordonnance dispose que le projet de loi de règlement doit être déposé et distribué au plus tard à la fin de l'année qui suit celle de l'exécution du budget. Depuis près de vingt ans ce délai est respecté. Mais le progrès le plus sensible en la matière résulte, comme il a été indiqué plus haut, de la déconnexion entre le dépôt du projet de loi et celui du rapport annexé de la Cour des Comptes. Résultant d'une initiative parlementaire, cette déconnexion a permis au Parlement de disposer du rapport de la Cour sur la loi de règlement de

1992 fin septembre 1993, c'est-à-dire avant l'examen du projet de loi de finances initiale pour 1994.

Il s'agit là d'une amélioration très sensible de l'information du Parlement qui devrait être encore renforcée cette année, la Cour ayant annoncé le dépôt de son rapport sur le règlement du budget de 1993 pour le mois de juillet prochain.

La richesse des informations contenues dans ce rapport permet de porter immédiatement un jugement sur l'exécution budgétaire du dernier exercice clos et de mieux mettre en perspective l'examen de la loi de finances de l'exercice à venir.

A cette exploitation immédiate qui ne saurait que se développer au cours des prochaines années, s'ajoute le travail effectué à l'occasion de l'examen du projet de loi de règlement accompagné depuis 1990 -autre progrès tout à fait considérable- d'annexes retraçant les dépenses effectives par chapitre, article et paragraphe (article 117 de la loi de finances pour 1991). C'est l'objet du rapport sur le projet de loi de règlement établi par le rapporteur général au nom de la commission des Finances. Dans ce rapport sont en premier lieu analysées les raisons des divergences entre les prévisions des lois de finances et les résultats. Des observations y sont faites en second lieu sur la gestion par le Gouvernement des autorisations budgétaires au cours de l'exercice et tout particulièrement sur deux types de mesures difficiles à examiner, faute d'informations complètes dans le cadre des lois de finances rectificatives : les reports de crédits et les fonds de concours. A cette occasion, le rapporteur général et d'autres députés mettent en lumière les usages qu'ils estiment abusifs des procédures réglementaires (par exemple l'interprétation extensive de la notion d'urgence justifiant les décrets d'avances ou l'annulation de crédits devant, par la suite, être abondés à nouveau en loi de finances rectificative).

Il convient, par ailleurs, de relever la pratique, bien établie, des questions d'ordre général adressées par la commission des Finances de l'Assemblée nationale à la Cour des Comptes, à l'occasion de l'examen du projet de loi de règlement. Dix questions de ce type ont été posées par le rapporteur général sur l'exécution des lois de finances pour 1992 dans le cadre de son examen du projet de loi de règlement. Ces réponses donnent à la commission des Finances un état complet et détaillé à l'exécution budgétaire dans des domaines suffisamment circonscrits pour donner toute sa rigueur au contrôle d'exécution et à l'évaluation, mais aussi suffisamment larges pour permettre d'en tirer des conclusions de portée significative (on peut citer, à titre d'exemple, la réponse de la Cour des Comptes à la question posée par la commission des Finances dans le cadre de l'examen de la loi de règlement pour 1990 sur les reports de crédits affectant la question du budget du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle).

d) L'activité permanente de suivi et d'évaluation budgétaires

En dehors des moments principaux du suivi des recettes et des charges que constituent les procédures d'examen des lois de finances, il est possible, à tout moment, à la commission des Finances de l'Assemblée nationale et à ses rapporteurs de se saisir des questions budgétaires de leur choix. Cette possibilité est le corollaire de la permanence qui distingue les rapporteurs de la commission des Finances des autres rapporteurs parlementaires.

La commission des Finances a, dans ce cas, recours à la procédure du rapport d'information prévu par l'article 145 du Règlement de l'Assemblée nationale. Le rapporteur général a ainsi pu, dans ce cadre, commenter en mai 1994 le décret d'avances pris par le Gouvernement, le 30 mars et faire le point en juin, devant la Commission, sur l'exécution des budgets de 1993 et 1994. Depuis 1991, l'article 146 du Règlement de l'Assemblée nationale permet également aux rapporteurs

spéciaux d'établir des rapports d'information présentant les résultats de leurs investigations concernant les ministères ou les entreprises dont ils ont la charge. Plusieurs rapports ont déjà été présentés dans ce cadre, le rapport établi en juin 1992 par M. Michel Barnier sur l'emploi des crédits du ministère de l'environnement en constitue un exemple. On peut également rappeler que l'article 10 de la loi de 22 juin 1967 permet à la commission des Finances de demander à tout moment à la Cour des Comptes de procéder à des enquêtes sur la gestion des services ou organismes qui relèvent de son contrôle. Les enquêtes ainsi réalisées sont normalement publiées sous la forme de rapports d'information de la commission des Finances. Cette procédure est toutefois peu utilisée (la dernière enquête à laquelle elle a donné lieu a été publiée en juin 1992). Elle requiert en effet des délais qui s'harmonisent mal avec les rythmes du travail parlementaire.

2 - Les formes prises par le suivi et l'évaluation budgétaire de l'Assemblée nationale

Comme lorsqu'il s'agit d'examiner les dispositions fiscales de la loi de finances sous leur aspect normatif, deux instruments principaux s'offrent aux députés pour procéder, en matière budgétaire, au contrôle de l'exécution des mesures prises et à l'évaluation de leur impact économique et social : l'amendement en commission et en séance publique, et surtout le rapport budgétaire ou d'information.

a) En ce qui concerne l'évaluation des ressources, la technique de l'amendement peut être exceptionnellement utilisée. M. Jacques Roger-Marchart a ainsi présenté, en octobre 1987, un amendement réduisant de 15 milliards de francs les ressources prévues dans l'équilibre général du budget de 1988, considérant les hypothèses économiques servant de base à l'évaluation de ces ressources comme trop optimistes (1). Cet amendement ne visant qu'à un meilleur contrôle des finances publiques a été jugé recevable. Il ne s'agit là cependant que d'une pratique peu fréquente. La plupart des amendements de recettes ont en effet pour objet de susciter un débat sur l'aspect normatif de la législation fiscale et non sur la situation des ressources du budget. Réserve faite des interventions dans la discussion générale des projets de loi de finances ou dans le débat relatif à certains articles de première partie (article d'équilibre notamment), *l'essentiel du travail de suivi et d'évaluation budgétaires incombe, en matière de ressources, au rapporteur général de la commission des Finances, qui en publie le résultat dans ses rapports sur les lois de finances ou ses rapports d'information.* Le tome I du rapport général sur la loi de finances de l'année analyse en particulier les écarts entre les prévisions et les réalisations de ressources dans le dernier budget exécuté et le budget de l'année en cours. Il comporte donc, outre la présentation des évolutions attendues au cours de l'année de la loi de finances, une large part de compte rendu d'exécution et d'évaluation des résultats des budgets précédemment adoptés.

Pour l'élaboration du rapport général, de ses rapports sur les lois de finances rectificatives et les lois de règlement ainsi que de ses rapports d'information sur l'exécution du budget, le rapporteur général dispose de renseignements étendus. En matière de recettes, il est ainsi, en pratique, le destinataire chaque mois d'une situation par compte et par ligne de recettes du recouvrement des recettes de l'État.

(1) J.O. Débats parlementaires, Assemblée nationale, séance du 16 octobre 1987, pp. 4482 et 4483.

b) En ce qui concerne les *dépenses*, on observe un recours un peu plus large à l'amendement pour susciter un débat sur la politique suivie dans le cadre de l'examen de la loi de finances initiale.

Les contraintes de la recevabilité financière sont pourtant fortes en ce domaine. La compensation entre charges est interdite. Les amendements relatifs aux crédits ne peuvent avoir pour objet que de supprimer ou réduire effectivement une dépense. Les limitations du droit d'amendement en matière de dépenses ne doivent pas pour autant être exagérées. Bien que l'ordonnance du 2 janvier 1959 ne prévoie que des votes par grandes masses au sein du budget général (un seul vote pour l'ensemble des services votés et un vote pour le total des mesures nouvelles demandées pour chacun des titres et ministères), il est en fait possible aux députés de proposer la modification, voire la suppression de tout chapitre, l'exposé des motifs de l'amendement devant, en tout état de cause, préciser l'imputation au niveau du chapitre de la réduction proposée. Rien n'empêche par ailleurs de remettre en cause des services votés en proposant, par voie d'amendement, une mesure nouvelle négative de même montant. Quant à l'interdiction des réductions indicatives de crédits, elle ne vise que les réductions à caractère symbolique n'ayant pas de motivation financière autre que la volonté de protester contre le montant jugé insuffisant des crédits.

Très souvent, les amendements de crédits d'origine parlementaire présentés dans le cadre de la discussion de la loi de finances initiale, d'ailleurs beaucoup moins nombreux que ceux relatifs à la législation fiscale (1), visent à remettre en cause une situation existante et contraignent le Gouvernement à justifier une action en cours (comme par exemple l'amendement de réduction des crédits de la Culture du budget de 1992, déposé par M. Gilbert Gantier en octobre 1991, pour critiquer le projet de Bibliothèque de France (2)).

Le même but peut cependant être atteint par le biais des questions (au nombre de 5 à 600) posées aux différents ministres lors de la discussion de leur budget dans le cadre de l'examen de la loi de finances initiale. Pour l'ensemble des membres du Gouvernement, il s'agit là d'une occasion appréciée et quelquefois unique pour ceux d'entre eux qui sont les moins concernés par l'ordre du jour législatif, de répondre aux critiques et de faire le point sur les questions les plus diverses relatives à l'action de leur département.

Pour l'essentiel, l'activité de suivi et d'évaluation de l'emploi des crédits revêt toutefois la forme de rapports budgétaires ou d'information.

Le rôle des rapporteurs spéciaux de la commission des Finances est déterminant à cet égard. Actuellement, au nombre de 44, leur permanence leur permet de situer plus facilement leur réflexion sur les crédits dont ils ont la charge, dans une perspective de moyen terme, et de se dégager des limites imposées par le cadre annuel de l'autorisation budgétaire. *L'article 164 de l'ordonnance du 30 décembre 1958 portant loi de finances pour 1959 leur confère des pouvoirs étendus, comparables à ceux des magistrats de la Cour des Comptes, pour suivre l'emploi des crédits qu'ils ont mission d'examiner.* Ils ont en particulier le pouvoir de conduire leurs investigations sur pièces et sur place ainsi que le droit d'obtenir communication de tout renseignement d'ordre financier ou administratif, et de tout document de service relevant du budget dont ils ont la charge. Ces pouvoirs s'étendent aux entreprises publiques entrant, le cas échéant, dans leur domaine de compétence.

(1) 24 amendements de crédits ont été déclarés recevables lors de la discussion en première lecture de la loi de finances initiale pour 1994 par l'Assemblée nationale.

(2) J.O. Débats parlementaires, Assemblée nationale, 2ème séance du 29 octobre 1991, pp. 5240 et 5241.

L'essentiel des résultats de leur activité de contrôle et d'évaluation est publié dans leur rapport spécial sur la partie des crédits de la loi de finances initiale qu'il leur appartient d'examiner. Ils y font normalement le point sur l'exécution de ces crédits, au moins pour l'année en cours. Ils y mentionnent les mesures de gestion qui les ont affectés, tout particulièrement les annulations et "gels", et émettent une appréciation sur les actions financées.

Pour l'élaboration de ces rapports spéciaux, ils disposent des réponses des ministères concernés à un grand nombre de questions, couvrant tous les aspects de l'exécution des crédits dont ils ont la charge. On peut indiquer à ce propos qu'un total de 2.743 questions ont été posées par les rapporteurs spéciaux aux différents ministères en vue de l'examen de la loi de finances initiale pour 1994.

Comme on l'a signalé plus haut, les rapporteurs spéciaux ont, en outre, la faculté tout au long de l'année d'établir des rapports d'information sur toute question relevant de leur domaine de compétence.

Les rapports budgétaires du rapporteur général contiennent également de larges développements sur le suivi et l'évaluation de l'emploi des crédits, mais il s'agit alors d'observations de nature synthétique portant sur l'architecture générale du budget.

Ces observations trouvent d'abord leur place dans le tome I du rapport général sur le projet de loi de finances de l'année. Le rapporteur général y décrit et analyse les principaux déterminants et les tendances lourdes de l'évolution des crédits au cours des dernières années, par exemple en matière de charges de la dette ou de dépenses induites par la fonction publique. Il en expose les contraintes qui en résultent à ses yeux pour la politique budgétaire.

Ce sont cependant les rapports du rapporteur général sur les lois de finances rectificatives qui fournissent les comptes rendus d'exécution des dépenses les plus détaillés. Le rapporteur général y présente et commente les mesures réglementaires ayant modifié la loi de finances initiale (tout particulièrement les ouvertures de crédit par décrets d'avances et les annulations de crédits). Les rapports sur les lois de finances rectificatives peuvent en outre comporter un second tome analysant dans le détail les mouvements de crédits intéressant les différents ministères.

Enfin le rapport du rapporteur général sur la loi de règlement dresse un tableau complet des différences entre les crédits inscrits en loi de finances initiale ou rectificative et les crédits exécutés. Il explique ces différences en y intégrant notamment les mouvements résultant des reports de crédits et fonds de concours et formule à leur propos, au vu des remarques faites par la Cour des Comptes dans son rapport d'exécution, les observations critiques qu'elles lui paraissent appeler. Il est difficile d'évaluer l'impact de ces commentaires sur les pratiques suivies par les gouvernements successifs en matière de gestion des crédits. Il est cependant probable qu'elles exercent au minimum, conjointement aux remarques de la Cour des Comptes un effet modérateur à l'égard de certaines tendances de l'exécutif à une interprétation extensive de ses compétences. Elles ont également entraîné certaines modifications ou innovations essentielles telles que l'introduction d'un article d'équilibre dans les collectifs budgétaires à compter de 1980, la réforme de la procédure des fonds de concours en 1981 et la création d'une annexe récapitulative de ces fonds en 1985 ou encore l'ajustement, dès la loi de finances rectificatives de fin d'année, de certains crédits évaluatifs (dette publique et remboursements et dégrèvements d'impôts).

On rappellera par ailleurs que des rapports d'information du rapporteur général peuvent être également consacrés à l'exécution des lois de finances.

Le rapporteur général, comme les rapporteurs spéciaux disposent, pour l'accomplissement de leur mission de contrôle, d'informations régulières et détaillées sur l'exécution courante des crédits.

La commission des Finances reçoit en effet notamment communication :

- au début de chaque trimestre, de la situation des dépenses engagées au cours du trimestre précédent,
- avant la fin du trimestre suivant, d'un état par chapitre au 31 mars, au 30 juin, au 30 septembre, au 31 décembre et à la clôture de la gestion des dépenses ordonnancées ou mandatées sur crédits budgétaires,
- chaque mois, d'une situation par titre et par chapitre des dépenses de chaque ministère et du taux de consommation des crédits,
- également chaque mois d'une récapitulation par titre et ministère de l'évolution du montant des crédits disponibles compte tenu des modifications apportées en cours d'exercice aux prévisions de la loi de finances initiale.

c) En ce qui concerne *l'évaluation de l'impact macroéconomique du budget*, l'apport des députés et, plus particulièrement de la commission des Finances reste limité.

Les rapports du rapporteur général, et notamment le tome I du rapport général sur le projet de loi de finances de l'année contiennent des développements très nourris sur la mise en situation macroéconomique de la politique budgétaire. Mais on ne saurait parler à ce propos d'évaluation critique ni d'examen impartial des différentes stratégies envisageables, de telles démarches apparaissant peu compatibles avec le soutien et la confiance que la majorité de l'Assemblée nationale est tenue d'exprimer à l'égard du Gouvernement. Autant l'examen critique de mesures fiscales données ou de l'emploi des crédits dans un secteur déterminé relève de l'exercice normal des fonctions de rapporteur autant la mise en cause d'un aspect important de la stratégie économique suivie ou l'expression publique de doutes sérieux sur son efficacité sont de nature à perturber les relations entre le Gouvernement et sa majorité. De même, les interventions des porte-parole des groupes parlementaires dans les débats consacrés à l'impact macroéconomique de la politique budgétaire ressortissent-elles beaucoup plus de la mise en valeur de positions de parti que d'une évaluation des actions menées.

Une expérience d'études d'hypothèses économiques établies indépendamment de celles du Gouvernement a néanmoins été tentée en 1987 par la commission des Finances à l'initiative de son président d'alors, M. Michel d'Ornano. La commission a, dans ce but, fait appel à deux organismes spécialisés l'IPECODE et l'OFCE. Mais les résultats des études demandées n'ont pu être portés à la connaissance des députés en temps utile pour leur permettre d'opposer aux prévisions du Gouvernement des scénarios alternatifs fondés sur des travaux d'experts indépendants.

L'expérience n'a pas été renouvelée depuis.

*_*_*_*

L'activité de suivi par l'Assemblée nationale de l'exécution des lois de finances est donc bien réelle, qu'il s'agisse de leurs dispositions fiscales ou financières.

L'Assemblée nationale procède aussi indéniablement, à une forme d'évaluation de l'impact des lois de finances. Cette évaluation est certes toujours fortement soumise à des considérations politiques. On ne peut que souligner qu'elle est le fait d'hommes politiques et non de techniciens. Il n'en reste pas moins que les rapports parlementaires relatifs aux lois de finances : le rapport général pour l'architecture d'ensemble du texte et les rapports spéciaux pour les crédits des différents ministères sont les seuls documents publics fournissant une analyse détaillée, précise et argumentée de la totalité des actions budgétaires de l'État dans ses différents secteurs d'intervention. Même si les rapports établis au nom de la commission des Finances

doivent parfois être "*lus entre les lignes*" ou au contraire pris "*cum grano salis*" selon qu'ils émanent de la majorité ou de l'opposition, il y a là un effort régulier et systématique de réexamen critique de la législation fiscale et de l'action budgétaire de l'État. Les conditions de large autonomie dans lesquels ils sont élaborés en accroissent encore l'intérêt.

Quant aux amendements au projet de loi de finances ils autorisent une confrontation régulière des appréciations portées par leurs auteurs avec les positions défendues par le Gouvernement sur toute question fiscale ou budgétaire.

Il convient enfin de ne pas négliger, au-delà des activités de contrôle et d'évaluation à caractère public, les démarches menées confidentiellement auprès du Gouvernement par sa majorité pour lui exprimer telle ou telle critique ou lui suggérer telle ou telle proposition, par exemple en matière de révision des services votés, comme la commission des Finances de l'Assemblée nationale a entrepris de le faire pour cinq budgets.

LA CONSULTATION DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE SUR LES TEXTES LÉGISLATIFS ET RÉGLEMENTAIRES ANTICONCURRENTIELS

Par

Jean-Yves CHÉROT

*Professeur à l'Université de Droit, d'Économie et des Sciences d'Aix-Marseille,
Laboratoire de théorie juridique **

1 - Nous avons choisi d'étudier, pour le séminaire de l'atelier de méthodologie juridique consacré à l'évaluation législative, les dispositions de l'ordonnance du 1er décembre 1986 qui prévoient de confier au Conseil de la concurrence l'examen des textes ou projets de textes de nature à fausser le libre jeu de la concurrence sur un marché afin qu'il apprécie si ces textes sont strictement nécessaires aux impératifs d'intérêt général qui les motivent.

2 - La concurrence est considérée par le législateur national comme un facteur de progrès économique et social.

La concurrence dont il s'agit est une concurrence entre entreprises et c'est d'abord à elles que le droit de la concurrence s'adresse afin qu'elles ne violent pas la libre concurrence sur le marché. Mais l'"esprit de concurrence", pour reprendre une expression employée par D. Brault (1), est indivisible. La discipline de la concurrence s'adresse aussi à l'État.

Certes l'État et les entreprises ne sont pas placées sur le même plan. L'État a le monopole de la recherche de l'intérêt général. Il lui revient donc d'écarter le jeu de la concurrence lorsque l'intérêt général le lui commande. Mais il doit éviter de restreindre la concurrence entre entreprises à moins que cela ne soit strictement nécessaire à la satisfaction de l'intérêt général. On ne saurait admettre que l'État ignore les conséquences que certaines de ses réglementations peuvent avoir sur le jeu de la concurrence.

Telle est, en tous cas, l'exigence qui lui est rappelée par les articles 5 et 6 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 qui confie au Conseil de la concurrence un rôle, purement consultatif, d'examen de la nécessité des règles anticoncurrentielles.

(*) Conférence devant l'atelier de méthodologie juridique le 14 juin 1993 avec mise à jour au 15 novembre 1994.

(1) *L'État et l'esprit de concurrence en France*, Paris, Economica, 1987.

3 - S'agit-il, à proprement parler d'évaluation législative (et réglementaire) (1) ? Au sens large le Conseil de la concurrence procède bien, sur certains points, à l'évaluation des textes qui lui sont soumis. Il n'en recherche pas l'effectivité, ni l'efficacité, ni les effets non voulus (2). Mais il en recherche les effets sur la concurrence sur un marché et, surtout, il apprécie si l'atteinte éventuelle à la concurrence qu'il constaterait est nécessaire aux finalités poursuivies par les pouvoirs publics. Il s'agit donc pour le moins d'un contrôle, pour partie, sur l'impact d'un texte et, pour partie, sur un aspect de son efficience : les coûts de l'intervention étatique sont-ils inutiles au regard des objectifs des autorités publiques ?

Noter bien que le Conseil ne vérifie pas toute l'efficience du texte ; il ne procède pas à son bilan coût/avantages. Ce n'est pas son rôle (voir plus loin).

Il nous semble qu'étant donné l'importance de la concurrence sur les marchés dans une économie bien ordonnée, le rôle du Conseil de la concurrence, même ainsi limité, est d'une importance suffisante pour mériter de figurer dans les travaux de ce séminaire. Le maintien de la concurrence sur les marchés me semble être un objectif important de l'évaluation législative et réglementaire. Il s'agit là bien sûr d'un jugement de valeur étranger à la définition scientifique de l'évaluation. Mais rien n'interdit au chercheur de signaler ce qui paraît, dans l'évaluation, plus ou moins important, du point de vue des intérêts de la société.

Une dernière remarque doit être faite. L. Mader (3) rappelle qu'au sens strict, "au sens où je l'entends", "l'évaluation législative se distingue en premier lieu des *appréciations* (souligné par lui) ou contrôles qui ne sont pas *basés sur l'emploi de méthodes scientifiques*" (souligné par nous). De ce point de vue, les appréciations ou contrôles exercés par le Conseil de la concurrence entrent-ils dans le concept d'évaluation législative ? On peut en douter même si le Conseil de la concurrence se réfère autant qu'il le peut à des expertises techniques pour apprécier la nécessité d'une atteinte à la concurrence et même si on remarque son caractère d'autorité indépendante disposant d'une expertise technique et scientifique autonome. Mais, dans la recherche des effets anticoncurrentiels d'un texte il n'a pas besoin de procéder à une démarche scientifique car, comme c'est le cas en droit de la concurrence, il prend en compte les effets potentiels et même hypothétiques du texte sous examen, effets potentiels ou hypothétiques mis en évidence moins par l'analyse des données recueillies selon des méthodes scientifiques que par l'analyse logique et par ce que l'on peut savoir à partir d'un minimum de théorie économique et de connaissance des comportements humains.

Cela dit, la notion de méthode scientifique utilisée par L. Mader nous paraît pour le moins problématique. Nous ne pensons pas que la méthode scientifique exclut nécessairement une appréciation ne reposant pas sur les méthodes modernes des sciences sociales.

HISTORIQUE

4 - Le VI^e plan de développement économique avait inscrit parmi ses actions prioritaires pour 1971-1975 "la modernisation des règles du jeu d'une économie concurrentielle" qui, pour ses auteurs, passait par le renforcement du rôle et du statut de la commission technique des ententes. Le planificateur avait notamment proposé que le rôle de la commission soit étendu à l'examen des actes législatifs et

(1) Sur le concept d'évaluation législative, voir notamment Luzius Mader, *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Lausanne, Payot, 1985, et notamment pp. 41 à 97.

(2) Nous utilisons ici des concepts dans le sens que leur donne très pertinemment L. Mader, ouvrage précité.

(3) Ouvrage précité p. 45.

réglementaires. "La commission sera obligatoirement consultée sur les projets de caractère législatif ou réglementaire concernant la concurrence" (1). Ce projet n'a jamais été repris tel quel par le législateur. Mais l'idée d'une consultation de l'autorité administrative chargée de la concurrence sur des projets de textes ou sur des textes existants et concernant la concurrence a fait son chemin.

5 - Lorsque la loi du 19 juillet 1977 crée la nouvelle commission de la concurrence, elle lui confie, sur saisine du Gouvernement, une mission d'examen des textes législatifs et réglementaires intéressant la concurrence. L'article 1er de la loi du 19 juillet 1977 dispose : "*Il est créé une commission de la concurrence. Cette Commission connaît, à titre consultatif, de toutes les questions concernant la concurrence dont elle est saisie par le gouvernement*". Cette compétence consultative englobe l'examen des textes législatifs ou réglementaires en vigueur et l'examen des textes en préparation dès lors qu'ils restreignent la concurrence. C'est ce qui vient préciser le décret d'application du 25 octobre 1977. Par "question concernant la concurrence", au sens de l'article 1er de la loi, le décret précise qu'il faut entendre à la fois l'examen des questions de principe relatives à des pratiques anticoncurrentielles d'entreprises (sans qu'une entreprise en particulier soit mise en cause) et l'examen de toutes mesures législatives ou réglementaires ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet soit de restreindre la concurrence, soit de l'élargir ou de la rendre plus active.

Le décret précité précise que les avis rendus par la commission de la concurrence en la matière ne seront publiés qu'à la discrétion du ministre de l'économie.

Après quoi la loi de finances pour 1979 a ajouté à la loi de 1977 que les commissions permanentes du Parlement peuvent consulter la commission de la concurrence sur les propositions de loi.

Ce régime comporte plusieurs limites qui le rendent inadapté aux fins poursuivies initialement et qui témoignent en tout cas d'une réserve importante du Parlement (ou de l'administration) envers l'"esprit de concurrence". *La première limite* résulte de l'absence d'obligation de saisir la commission de la concurrence pour des projets anticoncurrentiels. *Deuxième limite* : la saisine de la commission est réservée, à l'exception limitée de la consultation par les commissions des Assemblées, au Gouvernement, alors que par ailleurs la loi de 1977 ouvre la saisine de la commission de la concurrence à divers organismes et aux collectivités locales en matière de pratiques anticoncurrentielles des entreprises. *La troisième limite* résulte de ce que les avis ne sont publiés qu'à la discrétion du gouvernement, alors que leur publicité est pourtant décisive en matière de pédagogie de la concurrence. De fait un grand nombre d'avis ne seront pas publiés (2).

6 - L'ordonnance du 1er décembre 1986 créant le nouveau Conseil de la concurrence va renforcer le rôle d'examen des textes législatifs et réglementaires restreignant la concurrence. L'ordonnance va cependant rester en-deçà des propositions faites par le groupe d'experts qui a préparé la rédaction de l'ordonnance (3).

Le groupe d'experts était invité par le Ministre d'État, Ministre de l'économie, des finances et de la privatisation à définir "l'ensemble des conditions à mettre en oeuvre pour que, dans un environnement de liberté, la concurrence puisse jouer effectivement son rôle régulateur". De cet ensemble de conditions à mettre en oeuvre

(1) Cité par M. Pedamon, Le rôle consultatif général de la commission de la concurrence, *Mélanges Roblot*, p. 139.

(2) Sur ces points, voir l'excellente analyse de Michel Pedamon, article précité, *Mélanges Roblot*. M. Pedamon critique les "paradoxes" du rôle consultatif général de la commission de la concurrence.

(3) Rapport au Ministre d'État, ministre de l'économie, des finances et de la privatisation sur le projet d'ordonnance relative à la liberté des prix et de la concurrence. Ce rapport n'a pas été publié par le Gouvernement. Il a cependant été largement diffusé par photocopies.

le groupe n'a pas voulu dissocier les comportements des entreprises et les mesures étatiques. "Le groupe est conscient de ce que les circonstances offrent une occasion privilégiée de réexaminer un certain nombre de dispositions législatives ou réglementaires qui -sans ressortir, stricto sensu, au droit de la concurrence- affectent directement celle-ci".

Cependant il observe qu'il lui est matériellement impossible dans le délai de deux mois qui lui était imparti pour rendre son rapport "de faire un examen exhaustif de l'ensemble des législations et réglementations spécifiques que cinquante années de dirigisme ont secrétées dans de nombreux secteurs de l'économie nationale".

De plus, il lui faut tenir compte des limites de l'habilitation législative contenues dans la loi du 2 juillet 1986 sur la base de laquelle l'ordonnance doit être prise. La loi du 2 juillet 1986, article 1er dispose : "Pour assurer aux entreprises une plus grande liberté de gestion et définir un nouveau droit de la concurrence, le Gouvernement est autorisé, dans un délai de six mois à compter de la publication de la présente loi et dans les conditions prévues à l'article 3 de la constitution, à modifier ou abroger certaines dispositions de la législation économique relatives aux prix et à la concurrence, notamment celles des ordonnances du 30 juin 1945 (...)". Or, le Conseil constitutionnel a interprété limitativement ces dispositions : pour lui, "l'article 1er de la loi (...) n'autorise pas le Gouvernement à modifier ou à abroger l'ensemble des règles de droit civil, commercial, pénal, administratif ou social intéressant la vie économique ; il résulte des termes, éclairés par les travaux préparatoires et, notamment, par les déclarations du Gouvernement devant le Parlement, que l'habilitation demandée vise la modification ou l'abrogation des dispositions spécifiques de la législation économique relatives au contrôle des concentrations, à la concurrence et aux prix ainsi qu'à la répression des infractions économiques contenues dans les ordonnances du 3 juin 1945, dans la loi du 19 juillet 1977 et dans les dispositions législatives particulières sur les prix". C'est bien semble-t-il en raison de cette interprétation limitative que le Conseil constitutionnel a reconnu la conformité à la constitution de ces dispositions. Aussi le groupe d'experts ne pouvait-il faire aucune proposition de modification ou d'abrogation de textes n'entrant pas dans les catégories énoncées par le Conseil constitutionnel.

Le groupe d'experts, ne pouvant ainsi mener lui-même une politique d'examen des législations anticoncurrentielles, a proposé d'en saisir le nouveau Conseil de la concurrence. Il a proposé à cette fin trois procédures. *La première*, d'impact limité, aurait consisté à permettre la révision des cas dans lesquels des entraves légales à la concurrence ont justifié dans certains secteurs une réglementation spécifique des prix ne découlant pas des dispositions de l'ordonnance du 30 juin 1945 (telles que celles qui existent dans le secteur du transport routier ou des assurances). *La seconde procédure* aurait eu pour objet "de permettre au Conseil de la concurrence d'évaluer les effets sur la concurrence des dispositions législatives ou réglementaires spécifiques en vigueur et de recommander les mesures propres à réduire les atteintes à la concurrence résultant de ces textes. Dans cet examen, il devra être recherché dans chaque cas si les restrictions de la concurrence étaient bien limitées au minimum indispensable au regard de l'objectif poursuivi" (le Conseil cite l'exemple de la loi Lang sur le prix du livre et de certaines dispositions de la loi Royer). *La troisième procédure* proposée par le groupe d'expert aurait eu pour objet d'imposer au gouvernement de consulter le Conseil de la concurrence "sur tout projet de texte réglementaire ayant directement pour effet de fausser la concurrence". Dans ce cas l'avis du Conseil serait obligatoirement publié.

Pour le groupe "ces procédures permettraient de poursuivre de manière progressive une oeuvre de dérégulation qui est trop importante et complexe pour être accomplie dans le cadre de l'ordonnance ; de plus, elles semblent de nature à permet-

tre une meilleure diffusion dans les administrations publiques de la préoccupation de la sauvegarde de la concurrence (...). Quant à l'organisme nouveau que constitue le Conseil de la concurrence, il devrait, dans l'esprit du groupe, jouer en la matière le rôle de "conscience" des pouvoirs publics".

7 - Le Gouvernement, après avis du Conseil d'État, n'a pas repris dans le texte de l'ordonnance du 1er décembre 1986 les propositions du groupe d'experts. Mais il a retenu l'idée d'améliorer le texte antérieur résultant de la loi de 1977 sur ces points. Le Conseil de la concurrence n'a pas reçu compétence pour examiner de lui-même, comme organe de dérégulation, l'ensemble des textes législatifs ou réglementaires existants affectant la concurrence. Mais il pourra en connaître et pas seulement à la demande du gouvernement (article 5 de l'ordonnance). De même, s'agissant des projets de textes réglementaires l'ordonnance ne reprend plus la formule générale du groupe d'experts faisant obligation au Gouvernement de consulter le Conseil de la concurrence "sur tout projet de nature à affecter le jeu de la concurrence". Mais l'idée d'une consultation obligatoire sur certains textes a été retenue (article 6 de l'ordonnance).

De telle sorte que l'ordonnance du 1er décembre 1986 renforce sensiblement, tout en restant frileuse, le rôle d'évaluation des textes confié maintenant au Conseil de la concurrence.

LE CHAMP D'APPLICATION DE LA CONSULTATION DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE SUR DES TEXTES ANTICONCURRENTIELS

8 - L'ordonnance de 1986 prévoit trois cas de consultation du Conseil de la concurrence en matière de textes anticoncurrentiels. Le premier de ces cas, qui résulte de l'article 10, alinéa 2 de l'ordonnance, peut être très rapidement évoqué car il n'a encore jamais donné lieu à application. Restent les articles 5 et 6.

L'article 1er, alinéa 2 de l'ordonnance ne sera pas ici examiné. Ce texte prévoit la consultation obligatoire du Conseil de la concurrence par le Gouvernement lorsqu'il prend, par exception au principe nouveau de la liberté des prix, par décret, une réglementation des prix "*dans les secteurs ou les zones où la concurrence par les prix est limitée en raison soit de situation de monopole ou de difficultés durables d'approvisionnement, soit de dispositions législatives ou réglementaires*". Le Conseil n'est pas ici saisi d'un texte anticoncurrentiel (encore qu'une telle réglementation des prix puisse l'être dans certains cas). Le Conseil est saisi de la question de savoir s'il existe sur un marché des limitations de la concurrence soit du fait de situation de fait soit du fait d'autres textes (eux, anticoncurrentiels), limitations de concurrence qui justifient aux yeux des rédacteurs de l'ordonnance une réglementation des prix. Le Conseil n'a pas dès lors qu'il constate l'existence de ces limitations de concurrence à se prononcer sur la nécessité de la réglementation des prix. Dès lors que ces limitations de concurrence existent, le Gouvernement "peut" intervenir et le Conseil de la concurrence n'a pas à se prononcer sur l'opportunité de cette intervention.

On peut cependant noter que le Conseil pourra être amené, dans le cadre de son avis rendu sur la base de l'article 1 alinéa 2, à se prononcer sur les effets anticoncurrentiels éventuels d'une réglementation des prix. L'avis rendu sur la réglementation des tarifs des courses de taxis (avis du 18 mars 1987, *rapport d'activité 1987*, p. 102, *J.O.* du 8 avril 1987) est remarquable à cet égard. Si le Conseil de la concurrence accepte dans cet avis, le principe même d'une réglementation des tarifs des courses de taxis dans la mesure où le régime juridique des taxis autorise les pouvoirs publics, pour des considérations tirées de la commodité des usagers et de la sécurité

de la circulation sur les voies publiques, à limiter le libre jeu de la concurrence par les prix et que ces limites sont de celles qui autorisent le Gouvernement à réglementer les prix, il n'admet pas les modalités de cette réglementation dès lors qu'elles sont elles-mêmes gravement anticoncurrentielles puisqu'elles reposent sur des accords interprofessionnels qu'elles suscitent. "L'exercice de ce pouvoir (de réglementer les tarifs) ne saurait être subordonné à l'intervention d'accords entre les syndicats de loueurs et les syndicats de conducteurs (...)".

L'article 10, alinéa 2 de l'ordonnance

9 - Le Gouvernement doit saisir le Conseil de la concurrence lorsque, sur la base des dispositions de l'article 10, deuxième alinéa, il entend autoriser par décret des accords entre entreprises impliquant des restrictions de concurrence. Cette compétence accordée au Gouvernement en matière de pratiques anticoncurrentielles des entreprises n'était pas prévue par le groupe d'experts qui avait souhaité dessaisir complètement le gouvernement de tout pouvoir de décision en la matière conformément d'ailleurs au vœu du ministre de l'économie de l'époque. Mais le Gouvernement a finalement pensé que l'existence de décrets d'exemption peut favoriser dans certains secteurs la sécurité juridique. Mais en contrepartie de cette immixtion du Gouvernement dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles, l'avis du Conseil de la concurrence doit être obligatoirement respecté. C'est d'un avis conforme qu'il s'agit. Il n'y a pas eu depuis 1987 de projet de décret d'exemption et donc pas de consultation du Conseil de la concurrence à ce titre.

L'article 5 de l'ordonnance

10 - L'article 5 de l'ordonnance reprend, en les renforçant, les dispositions de l'article 1er de la loi du 19 juillet 1977. L'article 5 de l'ordonnance dispose :

"Le Conseil de la concurrence peut être consulté par les commissions parlementaires sur les propositions de lois ainsi que sur toute question concernant la concurrence.

Il donne son avis sur toute question de concurrence à la demande du Gouvernement. Il peut également donner son avis sur les mêmes questions à la demande des collectivités territoriales, des organisations professionnelles et syndicales, des organisations de consommateurs agréées, des chambres d'agriculture, des chambres de métiers ou des chambres de commerce et d'industrie, en ce qui concerne les intérêts dont elles ont la charge" .

Le domaine de l'évaluation. Notion de question de concurrence.

11 - L'article 5 utilise deux expressions. À l'alinéa 1er le texte utilise l'expression "question concernant la concurrence " et à l'alinéa 2 l'expression de "question de concurrence". On considérera que ces deux expressions sont équivalentes.

Le décret d'application de l'ordonnance ne donne aucune indication sur le sens qu'il convient d'attribuer à ces mots. Mais le Conseil de la concurrence, en reprenant d'ailleurs l'interprétation qui avait été donné sous l'empire de la loi de 1977 à la notion de "question concernant la concurrence", a précisé ce qu'il fallait entendre par ces expressions.

Par "question de concurrence" il faut d'abord entendre les questions de principe pouvant permettre "d'expliquer a priori les éléments qui doivent être pris en compte pour appliquer à des secteurs ou des problèmes particuliers les principes du droit de la

concurrence" (*rapport d'activité du Conseil de la concurrence pour 1987*). Le Conseil a précisé en 1988 qu'il ne peut en application des dispositions de l'article 5 "se prononcer sur des questions intéressant directement une entreprise déterminée". La saisine doit alors être faite dans le cadre de la procédure, qui offre les garanties du contradictoire, du titre 3 de l'ordonnance. De même on ne saurait saisir, par le biais de l'article 5, le Conseil de la concurrence des opérations de concentration, pour lesquelles l'article 38 de l'ordonnance réserve le droit de saisir le Conseil de la concurrence au seul ministre chargé de l'économie (avis n° 89-A-13 relatif à des questions posées par le syndicat national du patronat moderne indépendant de la région de Bretagne sur la position dominante de la société des ciments Lafarge en Bretagne, *rapport d'activité 1989*, annexe n° 79, p. 218). Ces précisions étant faites le Conseil de la concurrence est très attaché à ce type de consultation qui peut lui permettre de jouer un rôle pédagogique important destiné notamment à prévenir dans les secteurs concernés par l'avis les pratiques anticoncurrentielles des entreprises. Mais ce type de questions ne nous intéresse pas ici directement puisqu'elles portent, sans intéresser le comportement d'une entreprise déterminée, sur des comportements d'entreprises. Mais la notion de "question de concurrence" permet aussi l'évaluation des textes législatifs ou réglementaires.

Le Conseil de la concurrence a admis au titre des "questions de concurrence" au sens de l'article 5 de l'ordonnance de 1986 d'être saisi de questions pouvant permettre de fournir des éléments de réflexion aux pouvoirs publics ou au législateur en attirant leur attention sur les conséquences, pour le fonctionnement des marchés, de certaines *propositions législatives ou réglementaires*" (*rapport pour 1987*, p. IX).

Le Conseil de la concurrence été saisi à ce titre par le Gouvernement de questions de concurrence sur d'importants projets de loi : il a été saisi du projet concernant la réforme des professions judiciaires et juridiques et du projet de loi relatif à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé.

Enfin le Conseil a décidé qu'il pouvait, lorsqu'il était saisi sur la base de l'article 5, se prononcer sur les conséquences, sur le fonctionnement d'un marché, de dispositions législatives ou réglementaires *existantes*. Il a d'abord admis d'être saisi pour avis sur les conséquences qu'une réglementation municipale pouvait avoir sur la concurrence (avis sur le règlement de la poissonnerie municipale de Caen, avis 88-A-06, *rapport d'activité 1988*, annexe n° 81, p. 150 ; avis 88-A-16 relatif à des questions posées par l'Union fédérale des consommateurs de Seine-et-Marne sur certaines dispositions réglementant le marché de détail de la ville de Chelles, *rapport d'activité 1988*, annexe n° 88, p. 164). Il a également dit que "la procédure instituée à l'article 5 de l'ordonnance permet également de saisir le Conseil de questions concernant pour partie l'application ou les effets de textes législatifs ou réglementaires existants" (*rapport d'activité 1990*, p. XXII).

12 - Dès lors que le Conseil a admis être saisi de textes législatifs ou réglementaires existants ou de projet ou de propositions de textes législatifs ou réglementaires pouvant avoir des effets sur le fonctionnement d'un marché en portant atteinte à la concurrence il lui a fallu nécessairement préciser ce qu'il fallait entendre par atteinte à la concurrence sur un marché. C'est dans son rapport d'activité pour 1989 (pages XX à XXII) qu'il a systématisé, sous la forme d'une position doctrinale, illustrée par les avis qu'il a rendu, la notion d'atteinte à la concurrence. La notion d'atteinte à la concurrence est elle-même précisée en relation avec une notion de libre concurrence qui n'est pas pour le Conseil de la concurrence synonyme d'absence d'intervention étatique.

"La question se pose, lit-on dans le rapport pour 1989, de savoir si toute intervention législative ou réglementaire, qui sur un marché favorise un groupe d'offeurs au détriment d'un autre, constitue nécessairement une atteinte au principe de la libre concurrence ou interdit le fonctionnement de la concurrence sur le marché. La réponse à cette question dépend à l'évidence du contenu que l'on donne aux notions de "libre concurrence" ou de "fonctionnement de la concurrence".

"Si l'on envisage la libre concurrence comme étant une absence totale d'intervention étatique directe ou indirecte sur les marchés, il va de soi que les textes qui peuvent avoir une telle influence impliquent par nature une atteinte à la libre concurrence.

"Mais le Conseil envisage la notion de libre concurrence sous l'angle plus opérationnel suggéré par l'analyse économique. Dans cette optique la libre concurrence est (...) un processus de confrontation des offres et des demandes tel que les entreprises sont spontanément conduites à offrir le meilleur rapport qualité-prix pour satisfaire la demande exprimée. (...) La réalisation de ce processus suppose que les agents économiques soient libres d'entrer ou de sortir d'un marché, soient dans l'incertitude quant aux décisions que prendront leurs concurrents réels ou potentiels, et prennent leurs décisions de façon indépendante les uns des autres.

"Cette définition de la libre concurrence (...) n'implique pas que toutes les interventions de l'État soient par nature anticoncurrentielles mais n'exclut pas que certaines d'entre elles le soient.

"Ainsi, les textes législatifs ou réglementaires qui impliquent l'établissement d'une barrière à l'entrée sur un marché ou celles qui impliquent une homogénéisation des comportements des entreprises présentes sur le marché entravent la concurrence parce qu'elles s'opposent à la réalisation des conditions nécessaires au processus concurrentiel ci-dessus décrit (...).

"A l'inverse, les textes qui établissent des différenciations de traitement entre des opérateurs se trouvant sur le même marché ou entre des produits susceptibles d'être en concurrence, s'ils peuvent avoir pour conséquence de créer des inégalités parfois durement ressenties entre les offreurs, n'ont pas nécessairement pour conséquence d'ériger des barrières infranchissables à l'entrée sur un marché ou d'éliminer une partie substantielle de l'offre ou de s'opposer à l'indépendance des décisions des offreurs ou, plus généralement, de limiter l'intérêt de chacun d'eux à s'efforcer d'offrir le meilleur rapport qualité-prix possible pour satisfaire la demande".

Le Conseil de la concurrence souhaite ainsi faire le départ entre des questions d'équité sur lesquelles il n'a pas à se prononcer et les questions de concurrence qui concernent les conditions de la concurrence sur un marché et qui, donc, lui reviennent (1).

Cette analyse conduit par ailleurs le Conseil de la concurrence à justifier la rédaction de l'article 6 de l'ordonnance qui réserve la saisine obligatoire du Conseil de la concurrence par le Gouvernement aux seuls textes réglementaires répondant à la définition donnée par le Conseil de la concurrence à la notion de mesures étatiques anticoncurrentielles (voir plus loin le texte et l'analyse de l'article 6). La rédaction de l'article 6, en retrait par rapport à celle du groupe d'experts, est ainsi justifiée. Pour le

(1) À titre d'exemple d'interventions anticoncurrentielles parce qu'elles rendent les comportements des entreprises homogènes, la critique, par le Conseil de la concurrence, du projet de textes réglementaires sur les soldes périodiques dans la mesure où ce projet fait référence pour la fixation de chaque période de soldes aux usages commerciaux. Serait alors restreint, par effet d'alignement, l'une des formes de la concurrence par les prix. En revanche pour le Conseil si les commerçants sont libres de fixer librement le point de départ des soldes "la réglementation n'emporterait pas en ce cas d'atteinte à l'exercice de la concurrence; que d'ailleurs la définition de la périodicité qui constitue le caractère essentiel de ces soldes serait de nature à favoriser la clarté de l'offre en marquant la spécificité de cette notion par rapport aux autres formes de vente aux déballage (avis du 2 mars 1988, n° 88-A-02).

Conseil "les auteurs de l'ordonnance ont voulu, par cette disposition, indiquer le type de texte qui était susceptible de porter atteinte au principe général de la libre concurrence et ont porté leurs regards sur ceux qui créaient une barrière à l'entrée ou qui tendaient à homogénéiser les comportements des entreprises". On peut d'ailleurs considérer que la rédaction de l'article 6 a elle-même pu servir au Conseil de la concurrence à préciser ce qu'il fallait entendre par atteinte à la concurrence sur un marché.

Cette analyse du Conseil de la concurrence est très intéressante d'un point de vue pratique puisqu'elle détermine le champ d'application de son contrôle mais elle l'est aussi d'un point de vue plus théorique. Une distinction entre intervention étatique et mesure anticoncurrentielle ouvre d'intéressantes perspectives dans la mesure où elle invite à une typologie des interventions étatiques. Il est certain que, de ce point de vue, les réglementations de prix doivent très clairement être divisées entre réglementations de prix minimum qui faussent radicalement la concurrence par les prix et dont l'objet est précisément de limiter la concurrence pour protéger dans la compétition telle ou telle catégorie de petites entreprises ou de permettre des mesures de crise et réglementations de prix maximum qui, en principe, n'empêchent pas la concurrence par les prix de jouer et dont l'objet est de freiner une hausse trop forte des prix (souvent du fait d'une absence suffisante de concurrence sur un marché).

Parmi les mesures anticoncurrentielles figurent certainement les mesures étatiques qui incitent les entreprises ou les organisations professionnelles à conclure des ententes et/ou qui renforcent les effets de telles ententes anticoncurrentielles. Dans un avis du 2 mars 1988 (1) le Conseil de la concurrence souhaite que dans un projet de décret réglementant la durée et la fréquence des soldes saisonnières la référence aux usages commerciaux soit supprimée notamment dans la mesure où cela "pourrait inciter les entreprises et les organisations professionnelles à conclure des accords relatifs à la durée des soldes, susceptibles de les conduire à des pratiques harmonieuses par profession ou sur un marché local déterminé constitutives d'ententes prohibées par l'article 7 de l'ordonnance de 1986".

13 - Même ainsi interprété le texte de l'article 5 permet de soumettre un grand nombre de textes au contrôle du Conseil de la concurrence. Le Conseil a ainsi eu à se prononcer sur les dispositions qui permettent aux fonctionnaires des services de l'État d'être des prestataires de service des collectivités locales en concurrence avec des cabinets privés (avis 88-A-15 relatif à la concurrence entre les services techniques de l'État et les cabinets privés d'ingénierie vis-à-vis des collectivités locales et de leurs groupements, *rapport d'activité 1988*, annexe n° 87, p. 161). Il a également examiné les conséquences économiques d'une qualification de médicament résultant de la législation et de son interprétation jurisprudentielle pour des "produits frontières" difficiles à classer et pour lesquels la protection de la santé publique n'exige pas nécessairement le maintien du monopole des pharmacies d'officine (avis 91-A-02 du 12 février 1991, *rapport d'activité 1991*, annexe n° 76, p. 175).

14 - Mais le Conseil a précisé qu'à l'occasion de ces demandes d'avis il ne lui appartient ni d'interpréter des textes législatifs ou réglementaires à la place des juridictions compétentes ni de porter une appréciation sur la légalité de ces textes. Il a souvent rappelé qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur la validité et le bien fondé d'un texte législatif ou réglementaire. Il faut distinguer le contrôle de légalité et le rôle consultatif d'évaluation. Cela l'a conduit à rejeter un grand nombre de demandes d'avis émanant d'organismes professionnels dont l'objet était précisément de

(1) Avis n° 88-A-02, *rapport d'activité 1989*, p. 194.

le conduire à interpréter ces textes ou à se prononcer sur des interprétations jurisprudentielles. Par exemple en observant que les questions posées par le Syndicat national des anesthésiologistes-réanimateurs français tendaient uniquement à lui demander de se prononcer sur l'interprétation de l'article L. 162-38 du code de la sécurité sociale, le Conseil a estimé qu'elles n'avaient pas le caractère de question de concurrence au sens de l'article 5 de l'ordonnance (*rapport d'activité 1990*, annexe n° 86, p. 195).

15 - Le Conseil de la concurrence a souligné que l'article 5 de l'ordonnance n'avait pas pour objet et ne pouvait avoir pour effet d'habiliter le Conseil à intervenir dans une procédure juridictionnelle pendante. Il a également marqué sa réticence à intervenir lorsqu'une question de concurrence le conduirait à se prononcer sur une affaire portée devant la Commission des Communautés européennes (avis 92-A-01 du 21 janvier 1992, syndicat français des assureurs-conseils, *Rapport d'activité 1992*, p. 495), alors même que la Commission des Communautés n'a pas engagé de procédure dans la même affaire.

L'élargissement de la saisine du Conseil de la concurrence

16 - Dans le texte de la loi du 19 juillet 1977, le Conseil ne pouvait être saisi des "questions de concurrence" que par le Gouvernement et des propositions de lois par les commissions parlementaires.

Par rapport au texte de 1977, l'ordonnance de 1986 élargit la saisine du Conseil de la concurrence très sensiblement.

Le Conseil de la concurrence peut continuer d'être saisi par les commissions parlementaires (et plus seulement par les commissions parlementaires permanentes) sur les propositions de lois. Mais en outre les commissions parlementaires pourront le saisir de questions concernant la concurrence, ce qui implique notamment la possibilité pour elles de le saisir de projets de lois ou de textes de loi en vigueur.

Bien sûr le Conseil peut continuer d'être saisi par le Gouvernement. Auquel cas il doit répondre à la demande de consultation. Le décret du 29 décembre 1986 (article 10-1) donne délégation permanente au ministre chargé de l'économie pour consulter, au nom du Gouvernement, le Conseil de la concurrence, de sa propre initiative ou à la demande du ministre dont relève le secteur économique concerné (cette délégation permanente vaut qu'il s'agisse de la saisine au titre de l'article 1er ou des articles 5 et 6). Le ministre de l'économie a attendu 1989 pour demander le premier avis au titre de l'article 5 de l'ordonnance (deux demandes d'avis en 1989 ; avis rendus sur ces demandes en 1990, *rapport d'activité pour 1990*).

Mais peuvent désormais saisir le Conseil de la concurrence de "toute question de concurrence" les collectivités territoriales, et différents organismes : les organisations professionnelles et syndicales, les organisations de consommateurs agréées, les chambres d'agriculture, les chambres de métiers, les chambres de commerce et d'industrie à condition que les questions concernent les intérêts dont elles ont la charge. Ces personnes morales sont celles qui peuvent également saisir le Conseil de la concurrence en matière de contrôle des pratiques anticoncurrentielles des entreprises. Un certain alignement entre le régime des pratiques anticoncurrentielles des entreprises (titre 3 de l'ordonnance) et le régime de la consultation sur les questions de concurrence s'établit ainsi. Il paraît important de relever que les rédacteurs de l'ordonnance de 1986 assimilent, ne serait-ce que sur un point du régime juridique -mais ce point est important- les pratiques anticoncurrentielles des entreprises et les questions de concurrence au sens large qui peuvent englober le contrôle des textes législatifs et réglementaires anticoncurrentiels (l'assimilation n'est cependant pas complète, même

sur ce point, puisque en matière de question de concurrence le Conseil de la concurrence ne peut pas s'autosaisir, comme il le peut en matière de pratiques anticoncurrentielles).

Toutefois la saisine par les personnes autres que le Gouvernement fait l'objet de quelques restrictions. Pour la saisine émanant du Gouvernement l'article 5 dispose que le Conseil de la concurrence "donne son avis". Pour la saisine émanant des divers organismes et des collectivités locales le texte prévoit que le Conseil "peut donner son avis". Il n'est donc pas obligé de donner son avis sur une question de concurrence lorsqu'il est saisi par des organismes ou par les collectivités locales. C'est d'ailleurs ce que rappelle la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 28 avril 1988 (*BOCCRF* du 11 mai 1988, p. 128). Dans cette affaire il était question d'une clause d'un statut d'une coopérative dont il était allégué qu'elle était anticoncurrentielle sur la base des dispositions des articles 7 et 8 de l'ordonnance. Mais les coopératives agricoles sont organisées par le Code rural et leurs statuts, dont découle la clause incriminée, sont homologuées par l'administration. Les clauses bénéficient donc des dispositions de l'article 10, alinéa 1er de l'ordonnance. La Cour précise que "la mise en cause de cet ensemble de dispositions législatives et réglementaires (...) ne peut être effectué selon les modalités prévues par le titre 3 de l'ordonnance (...). Que la procédure organisée à cette fin est celle établie à son titre 2, le Conseil de la concurrence ne pouvant être saisi que par les personnes qui y sont mentionnées et n'ayant que la possibilité de donner un avis". Il précise alors qu'il n'est pas obligé, même saisi dans le cadre du titre 2 de l'ordonnance, de donner son avis sur une "question de concurrence" lorsqu'il est saisi par des organismes. On peut penser que cette rédaction est faite simplement pour permettre au Conseil de vérifier si les questions posées entrent bien dans le champ des intérêts dont ces personnes ont la charge.

Le Conseil de la concurrence a été amené à décider que l'article 5 ne lui permet pas de se prononcer sur des projets ou propositions de lois lorsque la demande n'émane pas du Gouvernement ou des commissions du Parlement. Le Conseil s'est d'abord contenté d'écrire (*rapport d'activité pour 1987*, p. IX) que les avis sur les questions de concurrence "notamment ceux rendus par le Conseil à la demande du Gouvernement ou des commissions parlementaires, peuvent fournir des éléments de réflexion aux pouvoirs publics ou au législateur en attirant leur attention sur les conséquences, pour le fonctionnement des marchés, de certaines propositions législatives ou réglementaires". Il n'était semble-t-il alors pas encore question d'exclure les saisines des organismes sur de tels projets ou propositions. La doctrine du Conseil s'est fixée dans l'avis 91-A-10 du 6 novembre 1991 sur une question posée par deux Unions régionales de pharmaciens et portant sur la question de savoir si les dispositions d'un amendement à un projet de loi relatif à la pharmacie d'officine présentaient un caractère anticoncurrentiel (avis publié au *rapport d'activité pour 1991*, annexe n° 83, p. 196) : Il résulte des dispositions de l'article 5 que " en ce qui concerne les projets de loi ou les propositions de loi, si le Conseil peut être consulté par le Gouvernement ou par les commissions parlementaires, il ne peut émettre un avis sur des demandes présentées par d'autres voies, telles que des organisations professionnelles ou syndicales". Une telle interprétation minimisante ne résulte pourtant pas expressément de l'article 5 de l'ordonnance. Certes, le Conseil de la concurrence n'est pas obligé de répondre aux demandes émanant des organismes et des collectivités locales, mais ce n'est pas dans l'exercice d'un pouvoir d'appréciation que lui reconnaît l'article 5 qu'il fonde sa décision de ne pas connaître de ce type de demande ; c'est bien sur l'interprétation du texte de l'article 5 qu'il fonde son refus. On peut penser que, pour le Conseil de la concurrence, la consultation sur des projets ou propositions de lois ou d'actes réglementaires n'entre jamais dans les intérêts dont les organismes ou collectivités locales ont la charge. On peut penser aussi que le

Conseil a été sensible aux risques d'offrir une tribune et des moyens d'action dilatoires aux groupes de pression et ainsi de transformer le rôle du Conseil de la concurrence.

Dans tous les cas l'avis remis par le Conseil de la concurrence est bien sûr purement consultatif. Mais il existe une différence de régime pour la publication de l'avis (article 10, alinéa 2 du décret précité du 29 décembre 1986). "Les avis rendus en application de l'article 5 de l'ordonnance et destinés à une commission parlementaire ou au Gouvernement peuvent être publiés par leur destinataire ou, avec l'accord de ce dernier, par le Conseil de la concurrence" tandis que la publication des avis rendus sur saisine des organismes et des collectivités locales reste à la discrétion du Conseil de la concurrence ("Le Conseil de la concurrence peut publier les avis demandés par d'autres personnes"). D'une façon générale il faut constater que les avis sont publiés.

L'article 6 de l'ordonnance

17 - L'idée avancée par le groupe d'experts d'une consultation obligatoire sur les projets de textes réglementaires anticoncurrentiels a été retenue par le Gouvernement dans l'article 6 de l'ordonnance. Cette disposition introduit une disposition radicalement nouvelle par rapport à la loi du 19 juillet 1977.

En application de l'article 6 de l'ordonnance, le Gouvernement doit consulter le Conseil de la concurrence *"sur tout projet de texte réglementaire instituant un régime nouveau ayant directement pour effet : 1° de soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives ; 2° D'établir des droits exclusifs dans certaines zones ; 3° d'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente"*.

Par rapport au projet du groupe d'expert qui proposait de soumettre au Conseil tout projet de texte réglementaire ayant directement pour effet de fausser la concurrence, l'énumération limitative de l'article 6 semble traduire une volonté de restreindre le champ de la consultation obligatoire. En réalité il s'agit plutôt d'une précision. Comme on l'a vu plus haut le Conseil de la concurrence a développé une notion d'atteinte à la concurrence dans le cadre de l'article 5 qui renvoie aux rubriques de l'article 6 ; d'autre part, dans la mesure où l'énumération de l'article 6 apparaîtrait trop limitative par rapport à la notion générale d'atteinte à la concurrence le Conseil s'est donné les moyens d'interpréter l'article 6 largement puisqu'il se donne pour mission dans le cadre de l'article 6 de rechercher si les dispositions réglementaires qui lui sont soumises portent atteinte "aux principes dont s'inspirent les dispositions du titre 3 de l'ordonnance" (avis du 25 septembre 1990, n° 90-A-16).

18 - L'obligation de saisir le Conseil de la concurrence marque la volonté de soumettre systématiquement à un contrôle par une autorité indépendante les textes les plus gravement attentatoires à la liberté du commerce et de l'industrie. De 1987 à 1993, neuf demandes d'avis ont été seulement demandées au titre de l'article 6 de l'ordonnance de 1986 (1). Cela paraît bien peu. Il faut noter par exemple qu'aucune demande d'avis n'a porté sur les nombreux arrêtés interministériels d'extension des accords interprofessionnels agricoles pris sur la base de la loi du 15 juillet 1975 "relative à l'organisation interprofessionnelle agricole" alors que de nombreux accords interprofessionnels ainsi étendus imposent entre professionnels d'une filière des pratiques uniformes de prix et des conditions de vente. Il serait souhaitable que les requérants pensent plus souvent à invoquer l'éventuelle violation par l'administration de

(1) Quatre demandes en 1988, deux en 1990, une en 1992 et deux en 1993. Aucune en 1987, en 1989 et en 1991 (données issues des rapports d'activité annuels du Conseil de la concurrence).

l'article 6 de l'ordonnance. À ma connaissance la juridiction administrative n'a été amenée à sanctionner la violation de l'article 6 que dans un seul cas (C.E., 10 février 1992, Fédération des syndicats pharmaceutiques de France, non publié). Le Gouvernement après avoir adopté un premier arrêté, pris pour l'application de l'article L 512 (6è) du Code de la santé publique, fixant les caractéristiques des aliments infantiles dont la vente est réservée aux pharmaciens, après consultation du Conseil de la concurrence a modifié quelques mois après ce texte sans saisir de nouveau le Conseil. Le nouvel arrêté est annulé pour défaut de consultation. La fixation des caractéristiques des aliments infantiles dont la vente est réservée aux pharmaciens relève bien du champ d'application de la consultation obligatoire au titre de l'article 6.

Le Conseil de la concurrence est lui-même sensible au respect de sa compétence consultative et souhaite parfois être consulté sur les mesures d'application des décrets qui lui sont soumis. Dans son avis du 31 mai 1988 (accès des acheteurs en halles à marée) il n'admet la réglementation envisagée qui soumet l'agrément des acheteurs sur les marchés de gros des produits de la mer à l'engagement par eux d'un minimum d'achat pour une période donnée, qu'à la condition que cela n'ait pas pour objet ni pour effet de réserver l'accès des criées aux seuls mareyeurs. Ainsi, seul l'examen des dispositions de l'arrêté interministériel appelé à déterminer les limites entre lesquelles doit être fixée le minimum d'achat permettra au Conseil d'apprécier l'exacte portée de l'obligation imposée aux acheteurs. Le Conseil est d'avis que "dès lors, en application de l'article 6 de l'ordonnance, le Conseil de la concurrence devra obligatoirement être consulté sur les dispositions dont il s'agit de l'arrêté interministériel et qu'il y a lieu de faire état de cette obligation dans le projet de décret" imposant un minimum d'achat. Cette technique du Conseil de la concurrence est à rapprocher de la méthode suivie par la Commission des Communautés européennes lorsqu'elle examine les régimes d'aides d'État et qu'elle n'admet la compatibilité d'un régime d'aide qu'à la condition que certains cas d'application du régime des aides lui soient également notifiés.

19 - Le décret du 29 décembre 1986 fixant les conditions d'application de l'ordonnance du 1er décembre 1986 dispose que les avis rendus en application de l'article 6 de l'ordonnance sont publiés avec les textes auxquels ils se rapportent. Cela renforce, bien que le Gouvernement n'ait pas l'obligation de suivre l'avis qui lui est remis, la portée de la consultation. Noter que si le texte auquel l'avis se rapporte n'est pas adopté par le Gouvernement (notamment du fait d'un avis contraire du Conseil de la concurrence) l'avis ne sera pas publié. Ainsi sur les neuf saisines du Conseil de la concurrence sur la base de l'article 6 de l'ordonnance, seuls cinq avis ont été publiés.

Liste de ces avis :

- avis du 2 mars 1988, n° 88-A-02 (réglementation des soldes périodiques ou saisonnières), publié dans le *rapport d'activité* 1989, p. 194.
- avis du 26 avril 1988, n° 88-A-08 (monopoles des pharmaciens sur les laits infantiles) publié dans le *rapport d'activité du Conseil de la concurrence* 1988, p. 152.
- avis du 31 mai 1988, n° 88-A-10 (réglementation de l'accès des acheteurs en halles à marée), publié dans le *rapport d'activité* 1989, p. 195.
- avis du 25 septembre 1990, n° 90-A-16 (visite technique des véhicules) *rapport d'activité* 1990, p. 191.
- avis du 5 mars 1992, n° 92-A-02 (monopole des pharmaciens sur les laits infantiles), *rapport d'activité* 1992, p. 523.

L'ÉTENDUE DU CONTRÔLE EXERCÉ PAR LE CONSEIL DE LA CONCURRENCE

20 - Le Conseil de la concurrence exerce, au nom de la concurrence, un contrôle étendu sur les réglementations anticoncurrentielles proche du contrôle dit "contrôle maximum". L'idée générale qui préside à ce contrôle est celle dans laquelle s'inscrit l'ensemble de l'ordonnance de 1986 et selon laquelle la concurrence est, au moins sur le moyen terme, un facteur de progrès. Elle ne peut donc être sacrifiée que si la restriction à la libre concurrence est nécessaire à la poursuite des fins d'intérêt général.

Pour autant le Conseil ne fait pas le bilan des atteintes à la concurrence et des objectifs poursuivis pas les pouvoirs publics. Il ne recherche pas si les avantages résultant de la politique des pouvoirs publics sont suffisants pour compenser les atteintes à la concurrence. La concurrence cède ainsi toujours devant les objectifs ou impératifs d'intérêt général dès lors qu'il est démontré que ces objectifs ne peuvent pas être poursuivis sans remettre en cause les principes de la libre concurrence.

L'étendue du contrôle est identique que l'on se trouve dans le cadre de l'article 5 ou de l'article 6. Saisi par le Gouvernement de l'avant projet de loi portant réforme de professions judiciaires et juridiques dans le cadre de l'article 5, le Conseil de la concurrence décide "qu'il y a lieu d'apprécier si les restrictions susceptibles d'être apportées à la concurrence par certaines dispositions du projet sont justifiées au regard des objectifs recherchés et si elles n'ont pas un caractère excessif par rapport à ces objectifs" (avis 90-A-01, *rapport d'activité* 1990, p. 164). Dans les avis du 26 avril 1988 et du 5 mars 1992 (monopole des pharmaciens sur la vente des laits infantiles, précités) rendus sur la base de l'article 6 le Conseil dit qu'"il y a lieu d'apprécier si, et dans quelle mesure, les dispositions de l'arrêté soumis au Conseil de la concurrence reposent sur des motifs d'intérêt général, et notamment de santé publique, suffisants pour justifier la vente en pharmacie des aliments visés par ledit arrêté".

21 - Voici comment la "pratique" du Conseil de la concurrence peut être sommairement présentée à partir de quelques exemples.

Dans les affaires du monopole des pharmaciens sur la vente des laits infantiles, ne sont pas justifiées par des motifs de santé publique le monopole des pharmaciens sur la vente des aliments lactés diététiques maternisés car d'une part ces aliments seraient interchangeables, d'autre part, ils sont librement commercialisés dans d'autres pays. En revanche, en réservant aux pharmaciens la vente des préparations de régime qui permettent de répondre aux besoins alimentaires spéciaux des enfants de moins de quatre ans atteints de troubles métaboliques ou nutritionnels, le Gouvernement de porte pas d'atteinte excessive aux principes de la concurrence dès lors qu'en raison de leurs caractéristiques et de leur destination, ces laits sont habituellement consommés sur prescription médicale et que des conseils sur leur utilisation peuvent être donnés utilement par le pharmacien. "La distribution de ces produits exclusivement en pharmacie peut répondre à un objectif de protection de la santé".

Les nouvelles dispositions restreignant le monopole des pharmaciens sur les laits infantiles en le réservant aux seuls aliments lactés dont les protéines sont hydrolysées sont en revanche acceptées car des laits ne devraient être consommés que sur prescription médicale et ne devraient pas faire l'objet d'une publicité auprès du grand public. Ils présentent des caractéristiques particulières et sont normalement destinés aux enfants pour lesquels existent des risques familiaux d'allergie.

Dans l'avis du 31 mai 1988 (précité) le Conseil après avoir observé que "les dispositions de l'article 3 du projet ont pour effet de soumettre l'accès des acheteurs aux marchés de première mise en vente des produits de la mer à des restrictions et

apportent ainsi une limitation à l'exercice de la libre concurrence", est d'avis "qu'il y a lieu, par conséquent, d'apprécier si, et dans quelle mesure, chacune des restrictions envisagées est, compte tenu de la spécificité des produits de la mer et des marchés en cause, nécessaire au bon fonctionnement des halles et plus généralement, de la filière de commercialisation de ces produits".

Le Conseil accepte le principe d'une réglementation imposant aux acheteurs sur ces marchés de gros un engagement d'un minimum d'achats pendant une période donnée. Mais il juge que l'obligation de respecter un nombre minimum de jour d'achats pendant une période donnée n'est pas justifié. "L'obligation faite aux acheteurs d'être présents sur les marchés un nombre de jours minimum risquerait de figer les situations acquises et de cloisonner les marchés, rendant ainsi plus complexes et plus onéreux, pour les acheteurs les plus actifs la diversification de leurs sources d'approvisionnement et les arbitrages entre les prix pratiqués dans les différentes halles ; qu'ainsi l'obligation d'engagement sur un nombre minimum de jours d'achat au cours de la période de référence n'apparaît pas dans son principe indispensable au bon fonctionnement des marchés et peut, au contraire, être plus nuisible que bénéfique à l'efficacité de la filière de commercialisation des produits de la mer".

Dans son avis du 25 septembre 1990 (précité) le Conseil est d'avis qu'"il appartient au conseil de rechercher si les atteintes apportées, par les dispositions réglementaires aux principes dont s'inspirent les dispositions du titre 3 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, n'affectent pas la concurrence dans une mesure excédant ce qui est *strictement nécessaire* (1) à la satisfaction d'impératifs d'intérêt général".

En l'espèce les limitations à l'exercice de la libre concurrence résultent de l'obligation faite aux centres de contrôle mis en place pour les visites techniques des véhicules de dépendre en principe de réseaux d'importance nationale et des fortes restrictions auxquelles sont soumises les professions de la réparation et du commerce de l'automobile pour l'exercice de l'activité de contrôle. Le projet de décret ne prévoit la possibilité pour le préfet d'habiliter des centres de contrôle indépendant d'un réseau que si les circonstances locales l'exigent ou pour répondre à des situations géographiques particulières. "Le principe de la limitation de la possibilité de créer des centres de contrôle indépendants d'un réseau est justifié par l'intérêt général qui s'attache à l'incitation à la création de réseaux, seuls capables d'assurer une implantation suffisante des centres de contrôle sur la totalité du territoire. La limitation édictée par le projet de décret bien qu'importante, n'excède pas ce qui est nécessaire pour assurer la satisfaction de cet impératif d'intérêt général".

Dans l'avis relatif à l'avant projet de loi portant réforme des professions judiciaires et juridiques, le Conseil se montre très réservé sur la réglementation de la consultation et de la rédaction d'acte juridique fondé sur un monopole assorti de mesures dérogatoires. Les mesures dérogatoires ne lui paraissent pas suffisantes. Surtout il estime que "dans ces conditions se pose très sérieusement la question de la pertinence et de l'applicabilité d'une réglementation de l'exercice du droit qui serait fondée sur un monopole assorti d'un réseau complexe de mesures dérogatoires". "La protection de l'usager pourrait être complétée par des dispositions qui n'ont pas de caractère anticoncurrentiel et qui n'impliquent nullement l'institution d'un monopole, telles que l'obligation, pour ceux qui dispensent des conseils juridiques ou rédigent des actes, de souscrire une assurance de responsabilité professionnelle et celle de mentionner dans les actes l'identité et la qualité du praticien du droit qui en est l'auteur".

(1) souligné par nous.

22 - La comparaison entre le contrôle exercé par le Conseil de la concurrence et le contrôle exercé par le Conseil d'État sur des réglementations anticoncurrentielles lorsqu'il les examine au regard du respect du principe de la liberté du commerce et du principe d'égalité met en évidence le peu d'importance qu'accorde le Conseil d'État à la concurrence comme facteur ou élément de l'intérêt général.

Il est clair que pour le Conseil d'État le fait qu'une mesure administrative porte atteinte à la concurrence n'est pas en lui-même un élément de nature à le conduire à étendre le contrôle qu'il exerce sur l'acte administratif et à faire passer éventuellement son contrôle du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation au stade du contrôle de la nécessité de la mesure. En particulier lorsqu'il est en présence d'une mesure anticoncurrentielle le Conseil d'État ne met pas en place un test de contrôle plus sévère au titre du contrôle de la violation du principe d'égalité devant la loi ou devant les charges publiques. Le contrôle exercé au titre du principe d'égalité sur les mesures d'intervention économique est toujours assez faible quelle que soit l'atteinte à la concurrence que comporte les mesures adoptées (C.E. 29 juin 1951, Syndicat de la raffinerie de soufre française, *S.* 1952, 3, p. 33, concl. Barbier ; *D.* 1951, p. 663, note M. Waline).

Le rapprochement de l'avis du Conseil de la concurrence (sur le monopole des pharmaciens sur les produits lactés infantiles ; avis du 26 avril 1988, précité) avec l'arrêt du Conseil d'État du 26 octobre 1990, Sté Paridoc (*JCP* 1992, 21876, note M. Bazex) qui portent sur le contrôle du même arrêté interministériel du 28 avril 1986 fixant les caractéristiques des laits infantiles réservés aux monopoles des pharmaciens est instructif. Alors que le Conseil de la concurrence avait recherché la nécessité de réserver aux pharmaciens la vente des produits lactés maternisés et non maternisés et qu'il avait d'ailleurs conclu à l'absence de nécessité dans les deux cas d'un tel monopole, le Conseil d'État juge "qu'eu égard à l'objet de l'arrêté attaqué qui est de garantir la bonne alimentation et la santé des nourrissons, les auteurs dudit arrêté n'ont pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en n'opérant pas de distinction entre les aliments lactés diététiques maternisés et, d'autre part, les aliments lactés diététiques non maternisés, comme le suggérait l'avis du conseil de la concurrence en date du 26 avril 1988" (1).

Cependant la protection de la concurrence ou de l'égalité de concurrence n'est pas étrangère à l'étendue du contrôle du Conseil d'État dans certains cas. Classiquement on présente comme bien fondé sur le souci de préserver l'égalité de concurrence le contrôle exercé par le juge administratif sur la création des services publics locaux ou l'octroi d'aides à des entreprises destiné à satisfaire les besoins de la population.

De même il semble que, devant la mise en place par l'administration d'un régime qui conduit à créer un monopole de fait, l'atteinte à la concurrence est telle que le Conseil d'État exerce un contrôle sur l'adéquation de la mesure aux finalités poursuivies. Tel serait le cas dans l'arrêt du Conseil d'État du 9 novembre 1988, Territoire de la Polynésie française c/ Compagnie tahitienne maritime (*RDP* 1989, p. 242 concl. Guillaume et *D.* 1990, p. 201 avec la note de P. Soler-Couteaux et F. Llorens). En l'espèce le Conseil d'État annule un mécanisme de licence d'importation de ciment avec attribution de la licence, après adjudication, au moins disant mis en place en Polynésie française. Le T.O.M. recherchait la baisse des produits importés mais en l'espèce le C.E. juge que la méthode utilisée n'est pas adéquate à la recherche d'un tel objectif. Pour le juge "l'allégation suivant laquelle ce mécanisme aurait pour objet et pour effet de faire baisser le prix des ciments importés au profit des

(1) On remarquera que le Conseil d'État procède à une analyse erronée de l'avis du Conseil de la concurrence qui n'avait pas non plus formellement admis le monopole des pharmaciens pour les laits non maternisés.

consommateurs ne constitue pas un motif d'intérêt général suffisant à justifier l'atteinte portée" au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Sous cette formule nouvelle le Conseil d'État montre qu'il exerce un contrôle de l'adéquation de la mesure aux objectifs poursuivis, voire même un contrôle du bilan de la mesure. Comme le montrait le Commissaire du Gouvernement, d'une part, la situation du marché du ciment en Polynésie où la concurrence entre les importateurs était suffisante ne justifiait pas l'instauration d'un mécanisme destiné à faire baisser les prix ; d'autre part, l'instauration d'un monopole de fait au profit d'un seul des importateurs choisi après adjudication comporte de nombreux inconvénients dont le risque de provoquer à terme la disparition des concurrents et donc les mécanismes naturels de baisse des prix.

Peut-on espérer que les dispositions des articles 5 et 6 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 et la pratique du Conseil de la concurrence conduisent à influencer la conception de son rôle par le juge administratif lorsqu'il est saisi de mesures réglementaires anticoncurrentielles ? Cette évolution souhaitable serait d'autant plus aisée que le Conseil d'État a montré qu'il n'était pas toujours insensible aux atteintes au libre jeu de la concurrence dans certaines affaires.

L'APPLICATION DE LA MÉTHODE DE L'ÉVALUATION LÉGISLATIVE A LA LOI DU 31 DÉCEMBRE 1989 SUR LE SURENDETTEMENT

(A propos du rapport Léron de Novembre 1991)

Par

Jean-Jacques ALEXANDRE

Maître de Conférences à la Faculté de Droit d'Aix-Marseille

1. Le Doyen Carbonnier a mis en valeur une nouvelle science du droit : la science de la législation dont l'objet est l'élaboration des lois (1). Cette science s'est développée de manière très inégale selon les pays. En Allemagne, la méthode législative (*Gesetzgebungslehre*) est enseignée dans de nombreuses facultés de droit (2) ; en Suisse, elle fait l'objet de recherches dont la thèse de Monsieur Mader sur l'évaluation législative a connu un certain retentissement (3). Il faut dire que ce travail fournit une méthodologie législative, à savoir une méthode permettant d'améliorer la qualité de la législation ce qui ne présente pas un mince avantage à une époque où l'on se plaint, à raison, de la mauvaise qualité des lois (4).

L'auteur suisse met l'accent sur une phase nécessaire du processus législatif, l'évaluation des effets de la législation. Il montre que la loi, création artificielle de l'homme, ne doit pas seulement être mise au monde, elle doit aussi être mise en oeuvre ; et c'est "l'analyse de la mise en oeuvre et des effets des actes législatifs basée sur l'emploi de méthodes scientifiques" qui caractérisent l'évaluation législative présentée comme un remède à la crise de la législation (5).

(1) Droit civil, Introduction, P.U.F. 1992, 21 éd., p. 63 n° 25.

(2) C.-A. Morand, préface à la thèse de Luzius Mader, *L'évaluation législative, Pour une analyse empirique des effets de la législation*, collection juridique romande. Etudes et pratiques Payot, Lausanne, 1985.

(3) V. Compte rendu d'E. Putman in la revue des thèses de la Revue trimestrielle dr. civil 1993 pp. 941-944.

(4) Déjà sur les lois imparfaites qui accusent un déclin du droit V. G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, L.G.D.J. 1955 p. 324 n° 131.

(5) L. Mader, *L'évaluation législative*, op. cit, p. 5.

2. Le législateur français, conscient des avantages apportés par la méthode de l'évaluation législative, n'a pas manqué d'insérer dans ses lois son instrument : la clause d'évaluation (1). Ainsi l'article 52 de la loi du 1er décembre 1988, qui institue un revenu minimum d'insertion (R.M.I.), prévoit que le Gouvernement s'engage à adresser au Parlement un rapport d'évaluation avant le 2 avril 1992 et "au vu des conclusions de ce rapport, le gouvernement déposera un projet de loi visant à procéder aux adaptations qui lui paraîtraient nécessaires". Parfois, la clause d'évaluation est moins explicite. L'article 33 de la loi du 31 décembre 1989, relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles (2), fait obligation au Gouvernement de présenter au Parlement, dans un délai de deux ans suivant la date de publication de la présente loi, un rapport sur son application. Ce rapport a été élaboré par le député Roger Léron à la demande du Premier Ministre par lettre du 7 mai 1991 (3). Porté à la connaissance du public, en novembre 1991, il a fait l'objet d'un commentaire réservé d'un auteur (4) et de rapports approuvés des collègues consommateurs et professionnels au sein du Conseil national de la consommation (5). Les suggestions du rapport ont été, pour certaines, reprises dans une circulaire du 22 janvier 1993 du secrétaire d'État chargé de la consommation (6) et d'un règlement n° 93-04 du 19 mars 1993 du Comité de la réglementation bancaire.

3. Avec ce rapport et les suites qu'il a engendrées nous avons à notre disposition des "matériaux" pour apprécier une évaluation législative au regard des principes méthodologiques établis par les théoriciens. C'est donc une belle opportunité de vérifier d'une part ce qu'est un rapport d'évaluation (Partie I) et d'autre part son utilisation (Partie II). Avant d'étudier ces deux parties nous voulons justifier notre choix qui s'est porté sur l'évaluation de la loi de 1989 sur le surendettement. Cette loi a été votée à l'unanimité, elle a fait l'objet d'une évaluation rétrospective conformément au vœu de son initiatrice, Madame V. Neiertz (7). Le rapport d'évaluation n'a pas laissé indifférent la communauté des juristes.

(1) Pour des exemples de clause d'évaluation insérées dans les lois V. J Chevallier, Les lois expérimentales, le cas français, in Évaluation législative et lois expérimentales, Actes du séminaire de Crans sur Sierre (Valais) 7-9 oct. 1992, sous la direction de C.-A. Morand, préface de J.-L. Bergel, P.U. d'Aix-Marseille 1993, p. 119 et s. Adde : l'article 78 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique.

(2) La loi du 31 décembre 1989 a été codifiée dans les articles L 331-1 à L 333-8 du Code de la consommation.

(3) V. La lettre de mission in rapport de Monsieur Roger Léron "Surendettement des ménages", J.O.R.F, Brochure n° 4184, p. 115, cité dans la présente étude : "le rapport Léron" ou "le rapport".

(4) G. Paisant, Vues sur le rapport Léron, Rev.tri.dr.civ. 1992 p. 232 et s.

(5) V. Rapport d'activité du Conseil national de la consommation pour l'année 1992, B.O.C.C.R.F 18 août 1993, pp. 236 et s.

(6) B.O.C.C.R.F, 13 février 1993, pp. 48 et s.

(7) Madame Neiertz, dans l'exposé des motifs du projet de loi déposé au Sénat n° 485, 2^e session extraordinaire de 1988-1989, p. 7 résume l'article 12 en parlant d'un "rapport d'évaluation sur l'application de la loi".

PARTIE I - LE RAPPORT LÉRON, RAPPORT D'ÉVALUATION

4. Selon les théoriciens de la méthode de l'évaluation législative, le rapport d'évaluation porte sur les effets de la loi ce qui permet au législateur d'obtenir une information exacte sur les résultats de ses décisions (1). Ce n'est pas un simple rapport d'activités comportant un inventaire des activités entreprises, mais une analyse des effets selon des méthodes scientifiques (2). L'examen de la réalité qui tombe dans le domaine de la loi évaluée est fondé sur des données statistiques récoltées dès l'entrée en vigueur de la législation et sur une étude empirique des effets de la loi (3).

En avant-propos le député Roger Léron indique que son rapport a été établi après un certain nombre de visites effectuées auprès d'un échantillon représentatif de commissions d'examen des situations de surendettement des particuliers ; ajoute une description des conditions dans lesquelles les mécanismes mis en place ont effectivement fonctionné et expose les enseignements qui ont pu être tirés de ses observations et les résultats qui ont été obtenus (4). En annexes (soit 92 pages), il livre les statistiques utilisées et dresse une longue liste de personnes consultées (soit 14 pages).

Cette somme de données engrangées et traitées permet-elle d'affirmer que le rapport Léron constitue une bonne étude d'évaluation ? Selon un auteur (5) sont de bonnes études d'évaluation celles "méthodologiquement sérieuses, menées dans les règles de l'art. La personne chargée de l'évaluation connaît à fond le problème ou le domaine politique en question. Elle a étudié le programme dans sa genèse, dans la logique de ses effets et dans son contexte politique. Elle a construit un modèle d'effets adéquats. On dispose de bonnes méthodes empiriques pour constater les effets. On peut se procurer les données nécessaires"...

Le rapporteur Léron présente toutes les qualités requises pour établir un bon rapport. En sa qualité de député, il a participé aux travaux pré-législatifs (6), il a donc la connaissance indispensable des particularités de la législation à évaluer. Le Gouvernement a mis à sa disposition les moyens financiers nécessaires à l'évaluation : la lettre de mission le dote des services du Secrétariat d'État chargé de la consommation (7). Ainsi a-t-il pu connaître le domaine économique et social auquel la loi devait s'appliquer !

Cependant une seule question reste sans réponse à propos de la qualité du rapport Léron. L'évaluateur a-t-il bénéficié de toute l'indépendance requise par rapport aux autorités étatiques pour mener à bien l'évaluation dite interne c'est-à-dire réalisée sous la responsabilité des services gouvernementaux (8) ?

5. La loi du 31 décembre 1989 a, comme l'indique son intitulé, pour objet la prévention et le règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles. Cette loi comporte deux volets : un volet préventif et un volet curatif qui sont analysés scientifiquement dans le rapport Léron.

(1) L. Mader, *L'évaluation législative*, op. cit., p. 118.

(2) D. Freiburghaus, *De l'efficacité des évaluations, un discours en trois étapes in Évaluation et lois expérimentales*, op. cit. p. 47.

(3) L. Mader, *L'évaluation législative*, op. cit., p. 133.

(4) V. Rapport Léron, p. 1.

(5) D. Freiburghaus, *De l'efficacité des évaluations*, op. cit. p. 52.

(6) Lors de l'élaboration de la loi du 31 décembre 1989, le député Léron a notamment établi un rapport au nom de la Commission de la production et des échanges de l'Assemblée Nationale, n° 1049 (annexe), 1ère session ordinaire de 89-90.

(7) V. Rapport Léron p. 115.

(8) Sur l'évaluation interne V. L. Mader, sa thèse, op. cit. p. 130.

A - L'ANALYSE SCIENTIFIQUE DU VOLET PRÉVENTIF DE LA LOI DE 1989

6. L'article 23 de la loi de 1989 (devenu l'article L 333-4 du Code de la consommation) a institué un fichier national des incidents de remboursement aux particuliers (en abrégé F.I.R.P.) afin de prévenir le développement des phénomènes d'endettement excessif des ménages. Les règles d'organisation du fichier, fixées dans le règlement n° 90-05 du Comité de la réglementation bancaire du 11 avril 1990, ont été respectées comme l'indique le rapport Léron (1) :

- Le recensement des plans conventionnels ou judiciaires adoptés à l'égard des particuliers surendettés a bien été effectué à partir du 1er juillet 1990 ;

- Les incidents de paiement caractérisés ont été enregistrés à partir de la première quinzaine de février 1991.

7. De plus, le rapporteur après avoir comparé les données prévisionnelles à celles réellement obtenues en octobre 1991 relatives au contenu et à la consultation du fichier signale que "la quasi-totalité des établissements de crédit interrogés... confirment l'utilité de cet instrument, un grand nombre d'entre eux procédant d'ailleurs désormais systématiquement à l'interrogation du Fichier avant d'accorder un nouveau concours" (2) ;

- Pour évaluer l'effet de l'institution du fichier, le rapporteur a fait application du critère d'effectivité qui consiste à comparer une situation réelle observable au modèle normatif prévu par le législateur (3), ce qui lui a permis d'affirmer que le fichier répondait à un véritable besoin (4).

B - L'ANALYSE SCIENTIFIQUE DU VOLET CURATIF DE LA LOI DE 1989

8. La loi de 1989 vient organiser un cadre approprié au traitement du surendettement des particuliers en instituant une procédure collective. Ce dispositif curatif s'articule sur deux phases. La première consiste à élaborer un plan amiable par la voie de la conciliation sous les auspices d'une commission départementale laquelle recherche l'accord des intéressés (créanciers-débiteur) sur un plan de remboursement tenant compte de la capacité financière du débiteur en proposant des mesures d'allègement et d'étalement des dettes. A défaut d'accord entre les parties, il faudra recourir à une phase judiciaire qui s'appuie sur une procédure nouvelle. Le juge d'instance (5) est doté de pouvoirs exorbitants pour imposer l'aménagement de la situation financière du débiteur dans un plan judiciaire.

9. La réalité qui intéresse l'évaluateur est en partie bien visible. Il s'agit de recenser le nombre de personnes qui ont eu recours à cette nouvelle loi, d'enregistrer le nombre de plans amiables et judiciaires conclus pour en mesurer l'efficacité.

10. Pour répondre à la première interrogation, le rapporteur s'appuie sur des statistiques d'activité des commissions d'examen (6) : au 15 octobre 1991, 144.489 dossiers avaient été déposés et une certaine recrudescence des dépôts avaient été notée ;

(1) V. p. 65.

(2) V. p. 69 du rapport Léron.

(3) V. Mader sa thèse, pp. 36 et s.

(4) V. p. 69 du rapport Léron.

(5) Remplacé depuis la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 par le juge de l'exécution.

(6) V. p. 23 du rapport Léron.

comme à l'automne précédent, entre le 15 septembre et le 15 octobre (près de 6.000 dossiers).

De ces statistiques le rapporteur tire une leçon sur l'efficacité de la loi (1) : "l'importance de ce flux démontre, à tout le moins, que la loi a répondu à un véritable besoin, ce qui n'était pas unanimement admis avant sa promulgation". De plus, "l'examen de la répartition régionale des dossiers (cf. annexe) démontre que toutes les parties du territoire sont touchées par le phénomène du surendettement à des degrés qui varient, bien entendu, suivant les caractéristiques socio-économiques de la zone concernée".

Par ailleurs, le profil des déposants de dossiers a pu être établi à la suite de plusieurs enquêtes typologiques réalisées par la Banque de France et reproduites en annexe du rapport. De ces enquêtes réalisées en juin 1990 et 1991 il résulte trois grandes catégories de surendettés classés par l'évaluateur en fonction de la nature de l'endettement (2) :

- Ceux dont le surendettement est lié à une acquisition immobilière représentant 41,1 % des déclarations ;

- Ceux dont le surendettement est lié au crédit à la consommation soit 50 % des surendettés qui ont entre deux et cinq crédits à la consommation et 55,4 % des déclarants qui n'ont que du crédit à la consommation et des dettes diverses ;

- Ceux dont le surendettement est dû à des ressources insuffisantes représentent un pourcentage relativement élevé (11,3 %) et dans cette population, 29,5 % ont un revenu mensuel inférieur à 4.000 F.

L'analyse du profil des déposants de dossiers permet donc de découvrir une catégorie de surendettés (la troisième) qui n'a pas vocation à bénéficier de la loi nouvelle. Est-il bon de rappeler que la loi de 1989 a eu pour objet d'éviter l'exclusion sociale et non de traiter les exclus (3) ?

11. Le rapport indique qu'au 15 octobre 1991, 42.000 plans conventionnels ont été déclarés ce qui est supérieur aux non-accords (37.000). Il précise également que près des deux tiers des bénéficiaires de plans sont des surendettés dits "actifs" alors que plus de la moitié des constats de non-accord concernent des surendettés victimes d'un accident de la vie. En outre, il apparaît que les créanciers à la consommation, les créanciers divers et le Trésor Public, donnent leur accord à environ 80 % des propositions de plan qui leur sont adressées, ce taux n'étant que de 53 % pour les prêteurs immobiliers. Enfin, il en résulte que les plans conclus ont une incidence positive sur la situation financière des demandeurs dont le taux d'endettement passe en moyenne de 60 % à 43 % ce qui représente une diminution relative de plus du quart de la charge mensuelle de remboursement (4). Ces conclusions autorisent à dire que l'esprit de la loi est respecté par ceux qui doivent l'appliquer. Les Commissions, par la conciliation, obtiennent plus d'accords que de non-accords. Les Commissions s'efforcent, dans toute la mesure possible, d'élaborer des projets de plan comportant des mesures entrant dans les pouvoirs du juge afin que ce dernier puisse s'en inspirer en cas d'échec de la procédure amiable (5).

12. Dans un deuxième temps, le rapport s'est livré à une évaluation des procédures judiciaires sur la base d'un examen statistique global de l'activité des

(1) *ibidem*.

(2) V. p. 26 du rapport Léron.

(3) V. Exposé des motifs du projet de loi de Madame Véronique Neiertz, p. 8 précité.

(4) V. p. 28 du rapport Léron.

(5) V. p. 33 du rapport Léron.

tribunaux. Ainsi est-il constaté : "De mars 1990 à juin 1991 les juges d'instance ont été saisis de 34.165 demandes relatives aux différentes procédures prévues par la loi dont :

- 61,4 % sont des demandes d'ouverture de redressement judiciaire civil,
- 21,8 % des recours contre les décisions des commissions sur la recevabilité,
- 16,8 % des demandes de suspension des voies d'exécution" (1).

- En ce qui concerne les deux dernières procédures citées, le rapporteur note une nette diminution des demandes et des recours en 1991 par rapport à 1990 ce qui témoigne de l'esprit manifestement plus coopératif des créanciers dans le cadre des procédures amiables (2).

Le rapporteur n'a pas manqué de relever que l'application de la loi de 1989 a alourdi notablement la charge des juges d'instance (3) ce qui ne les a pas empêchés d'accomplir correctement leur tâche : 66,7 % des demandes de redressement judiciaire jugées au fond ont abouti à l'élaboration d'un plan ; 6.713 plans judiciaires ont été élaborés (4).

L'application judiciaire de la loi n'emporte pas que des louanges. La situation sociale du surendetté à traiter est urgente. Or, la durée totale de la procédure pour aboutir à une solution apparaît relativement longue : celle de la procédure judiciaire est, en moyenne, de 3,9 mois lorsqu'un plan est élaboré et de 3,5 mois lorsque la demande de redressement judiciaire est rejetée. Mais surtout, en tout état de cause, la durée actuelle minimale du traitement d'un dossier aboutissant à un plan judiciaire ne peut être (compte tenu de la phase amiable préalable) inférieure en moyenne à six mois. En pratique, précise le rapporteur, elle est très fréquemment supérieure à ce délai (5).

13. A ce stade de l'analyse, il eut été souhaitable que l'évaluateur indique le taux de réussite des plans amiables et judiciaires conclus. Ce regret ne constitue pas un reproche car l'on a conscience que l'évaluateur ne pouvait attendre l'exécution ou la non-exécution des plans qui, pour la plupart, s'inscrivent dans le moyen voire le long terme pour obtenir cette information. Si nous insistons sur l'absence de cette donnée c'est pour montrer que l'appréciation des effets de la loi à partir du critère d'efficacité ne peut être effectuée. C'est bien regrettable ! Pour se convaincre de l'utilité d'une loi ne faut-il pas prendre en considération le rapport entre les moyens utilisés, ici le coût de la procédure qui incombe à la collectivité (frais de fonctionnement des commissions assurés par la Banque de France et budget de la justice pour l'entretien des fonctionnaires) et les résultats visés (venir en aide aux débiteurs en difficulté) ?

Une certitude : ce n'est pas cette lacune qui a empêché l'utilisation de ce rapport par les politiques et les scientifiques.

(1) V. p. 35 du rapport Léron.

(2) V. p. 36 du rapport Léron.

(3) ibidem.

(4) V. p. 37 du rapport Léron.

(5) ibidem.

PARTIE II - L'UTILISATION DU RAPPORT D'ÉVALUATION

14. Un auteur a souligné les contradictions et les lacunes du rapport Léron (1) et a dénoncé son caractère prématuré sous-entendant que le rapporteur n'avait pas correctement appréhendé tous les effets de la loi de 1989 (2).

Nous ne partageons pas complètement cette opinion. Comme dans toute évaluation, on trouve dans ce rapport des données scientifiques à des fins d'information, d'adaptation et de légitimation de la loi. C'est dire que l'évaluateur insiste sur les trois fonctions reconnues à l'évaluation législative (3).

A - LA FONCTION D'INFORMATION DE L'ÉVALUATION LÉGISLATIVE

15. Il a été montré que le savoir acquis des évaluations pénètre les sphères des décisions politiques (4). Cette fonction cognitive ne concerne pas seulement le législateur.

16. Ce savoir contenu dans les rapports d'évaluation est utilisé par les commentateurs de la loi ou de jurisprudence.

Ainsi tels auteurs s'interrogent sur l'exigence et la nature de la bonne foi comme condition de recevabilité des demandes fondées sur la loi de 1989. L'un (5) n'hésite pas à appuyer son opinion sur une proposition du rapport Léron qui tend à sa suppression ; l'autre (6), pour conclure à l'exigence d'une bonne foi contractuelle, tire argument d'une donnée statistique du rapport Léron (un taux d'irrecevabilité des demandes pour absence de surendettement).

Tel autre (7) ne manque pas de justifier un arrêt de la Cour de cassation qui adopte une interprétation extensive du domaine d'application de la loi du 31 décembre 1989 en s'appuyant sur la tendance jurisprudentielle décrite dans le rapport Léron.

17. Mais peut-on aller plus loin comme le suggère les théoriciens de l'évaluation législative (8) ? Le juge peut-il prendre en considération les effets de la loi évaluée pour l'interpréter ? Il semble que la Cour de cassation accepte de recourir à cette nouvelle forme d'interprétation. Le rapporteur constate que la rédaction actuelle de l'article 12 de la loi de 1989 (devenu l'article L 332-5 du Code de la consommation) qui fixe le pouvoir des magistrats pour élaborer un plan judiciaire suscite de leur part un certain nombre d'interrogations et recèle quelques imperfections (9). Il propose alors un certain nombre de modifications législatives notamment celle de modifier l'alinéa 2 de l'article précité en permettant le cumul de la règle d'imputation prioritaire sur la capital et de celle de la réduction du taux de l'intérêt en précisant que cette dernière peut aller jusqu'à la suppression dans les cas

(1) G. Paisant, Vues sur le rapport Léron. Rev. Tri. dr. com. 1992, page 232.

(2) G. Paisant, obs. sous Civ. 1ère, 12 janvier 1994, Rev. Tri. dr. com. 1994, page 118.

(3) Sur les trois fonctions de l'évaluation. J. Chevallier, Les lois expérimentales, in Évaluation législative et lois expérimentales, op. cit., p. 132.

(4) D. Freiburghaus, De l'efficacité des évaluations, in Évaluation législative et lois expérimentales, op. cit., p. 50 et note 6.

(5) F. Osman, Bonne foi et surendettement des particuliers, G.P 1992 doct., 1 sem, p. 261.

(6) M. Poulmais, Les conditions du droit du débiteur civil au bénéfice des procédures de la loi du 31 décembre 1989, Contrats, concurrence, consommation, avril 1993, p. 4.

(7) Obs. sous Civ. 1ère, 31 mars 1992, Bull. d'actualité Lamy droit économique n° 48 de février 1993, n° 8059-1.

(8) V. Notamment L. Mader, sa thèse, pp. 158 et s.

(9) V. la p. 89 du rapport Léron.

où elle est justifiée (alors que le texte actuel contraint les juges à user d'artifices pour parvenir à ce résultat en fixant des taux dérisoires de l'ordre de 0,1 à 0,01 %).

Sans attendre une intervention du législateur, la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation vient, dans un arrêt du 12 janvier 1994, d'autoriser le juge à "prévoir, parmi les mesures de redressement qu'il ordonne, que les échéances reportées ou rééchelonnées ne porteront pas intérêt" (1).

La Cour de cassation estime donc que le concept de réduction du taux d'intérêt contenu dans la loi puisse s'entendre jusqu'à sa suppression. Cette libre interprétation a été vivement critiquée "ce n'est pas à la Cour de cassation qu'il appartient de refaire la loi" (2). D'un point de vue prospectif, elle peut s'expliquer par la volonté de reconnaître aux organes judiciaires une capacité à assimiler les connaissances relatives aux effets des normes légales. Augmenter le rôle d'interprétation de la Cour de cassation c'est mieux délimiter la fonction d'adaptation des autres instances étatiques !

B - LA FONCTION D'ADAPTATION DE L'ÉVALUATION LÉGISLATIVE

18. Lors du vote de la loi de 1989, son initiatrice Madame Neiertz, a expliqué le bien-fondé de la clause d'évaluation en ces termes : "C'est un projet modeste et nous apprécierons, après deux ans d'expérience sur le terrain, si les solutions que nous serons arrivés à dégager doivent ou non être maintenues en l'état" (3).

Le Rapport d'évaluation Léron a été exploité par les pouvoirs publics non seulement pour améliorer le volet préventif mais également curatif du dispositif nouveau.

19. Après avoir constaté certaines imperfections contenues dans les textes réglementant le fichier (F.I.R.P.), le rapporteur a préconisé des corrections dans un souci d'efficacité et/ou d'équité pour lui permettre de remplir de manière optimale sa fonction de prévention (4). Certaines préconisations ont été reprises dans un règlement n° 93-04 du 19 mars 1993 du Comité de la réglementation bancaire : par exemple l'allongement du délai de conservation des informations des incidents de paiement, fixé à trois ans dans le règlement n° 90-05 a été porté à 5 ans comme le souhaitait le rapporteur (5).

20. Dans son rapport fouillé, le député a exposé les dysfonctionnements du dispositif actuel (6) et a proposé des moyens nécessaires pour améliorer le fonctionnement des procédures de traitement de surendettement (7).

Pour l'heure, les pouvoirs publics se sont contentés de tirer les enseignements de l'évaluation en prenant une circulaire, sous la signature de Madame Neiertz en date du 22 janvier 1993 relative à l'amélioration du traitement des dossiers devant les commissions départementales d'examen des situations de surendettement des particuliers et des familles (8). Cette circulaire adressée aux préfets indique les pratiques développées par quelques commissions afin de renforcer l'efficacité des procédures prévues par la loi et de mieux traiter les dossiers les plus difficiles.

(1) D. 1994, I.R. 44 ; D. 1994.339.

(2) V. G. Paisant, op. cit. p. 116.

(3) J.O. Débat, Ass. nat, 15 décembre 1989, p. 6109.

(4) V. p. 100 du rapport Léron.

(5) V. p. 102 du rapport Léron.

(6) V. pp. 38-50 et pp. 58-63 du rapport Léron.

(7) V. pp. 79-96 du rapport Léron.

(8) B.O.C.C.R.F 13 février 1993 pp. 43 et s.

21. Selon la circulaire de 1993, le renforcement de l'efficacité des procédures prévues par la loi passe notamment par l'allègement du traitement administratif des dossiers au cours des phases de saisine et de recevabilité. En effet, la procédure de règlement amiable a été jugée trop lourde par le rapporteur : "en l'état actuel des textes, la simple ouverture de la procédure de règlement amiable comporte deux phases, l'une dite de saisine ... l'autre dite d'examen de recevabilité au cours de laquelle la commission examine si le demandeur remplit les conditions pour bénéficier de la procédure. S'agissant d'une procédure visant simplement à organiser une conciliation, l'existence de ces deux phases apparaît exagérément lourde d'autant que chacune d'entre elles doit, en principe, donner lieu à l'envoi d'une série de lettres recommandées au débiteur et à chacun de ses créanciers".

Il approuve donc la pratique qui a fort opportunément fusionnée ces deux phases ce que confirme la circulaire. La réalisation de cette simplification n'est pas conforme à la recommandation du rapporteur qui l'a subordonnée à une modification des articles 9 de la loi et 10 du décret (1).

De même, contrairement à la légalité, la circulaire accepte de modifier l'article 9 du décret en consacrant la pratique consistant à substituer à l'accusé de réception postale un accusé de réception émanant du créancier. Certes la modification de l'article précité s'impose : le rapporteur a remarqué l'effet pervers de la notification aux créanciers des décisions d'irrecevabilité dans la mesure où des personnes qui n'ont pas été admises au bénéfice de la procédure font néanmoins l'objet de mesures de rétorsion (retrait de chèquiers ou de carte bancaire, par exemple) de la part de leurs créanciers (2).

Même si l'on comprend la nécessité d'alléger le travail des commissions, quand on sait qu'au 15 octobre 1991, 1.053.260 lettres recommandées ont été envoyées (3), on ne peut accepter la remise en cause de principes supérieurs tel celui de la hiérarchie des normes (4).

22. Tout aussi critiquable est la carence des pouvoirs publics qui n'ont pas su encore réformer le délai légal de deux mois imparti aux commissions pour traiter les dossiers (5) alors que, comme l'ont montré les statistiques du rapport Léron, ce délai n'est pas tenable d'un point de vue technique : 38.853 plans conventionnels conclus sur les 42.035 l'ont été après le délai de deux mois (6). Est-il encore besoin de rappeler qu'une loi régulièrement violée perd son autorité ?

23. La circulaire est-elle mieux inspirée pour traiter les questions plus délicates qui ont été mises en évidence par l'évaluateur ? Ce sont les demandeurs du bénéfice de la loi de 1989 dont les problèmes ne résultent pas d'un excès d'endettement bancaire mais d'une insuffisance chronique de ressources entraînant une incapacité de faire face aux dépenses de la vie courante, et qui ont accumulé, en conséquence, des arriérés pour la plupart liés au logement (loyers, énergie...) (7). De

(1) V. p. 82 du rapport Léron.

(2) V. p. 83 du rapport Léron.

(3) V. p. 129 du rapport Léron.

(4) V. dans un autre domaine, la liberté de circulation et le permis à points, des atteintes au principe de légalité : rapport de M. l'avocat général Claude Garnier, G.P 3-4 juin 1994, p. 8.

(5) Réforme préconisée, p. 83 du rapport Léron.

(6) V. p. 129 du rapport Léron.

(7) V. p. 79 du rapport Léron. Selon le rapport d'activité du Conseil national de la consommation pour l'année 1992, B.O.C.C.R.F, 18 août 1993, p. 236 : au 30 octobre 1992, 11 % du total des dossiers traités posent difficulté.

toute évidence cette catégorie de surendettés ne relèvent pas de la loi de 1989 (1). C'est pourquoi le rapporteur se contente de recommander aux commissions de diriger ces personnes sur le Fonds de solidarité pour le logement mis en place par la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 tout en suggérant que "d'un double point de vue technique et psychologique, il ne paraît ... pas souhaitable que les dossiers dont il s'agit soient déclarés purement et simplement irrecevables par les commissions au motif qu'il relèvent d'un autre dispositif" (2). La circulaire du 22 janvier 1993 reprend à son compte ces suggestions et organisent une meilleure coordination entre les deux instances départementales (3).

24. En revanche la circulaire travestit une des propositions de l'évaluateur. Il est vrai que le député Léron souhaite une modification de l'article 12 en donnant expressément au juge le pouvoir d'accorder des délais de grâce tout en sursoyant à l'exécution des poursuites (4). Cette possibilité d'imposer des remises de dettes ou abandons de créances ne peut s'appliquer aux créanciers que dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire civil et non dans celui de l'établissement d'un plan de redressement amiable comme le laisse entendre la circulaire (5).

25. Cette mauvaise utilisation des travaux de l'évaluateur par le Gouvernement n'est pas étonnante car une bonne étude d'évaluation n'est pas toujours facile à lire et à comprendre.

Si nous qualifions de "bonne" l'étude du député Léron c'est parce que nous estimons qu'elle contient des éléments de nature à justifier la légitimité de la loi de 1989. Il est temps maintenant de vérifier la fonction de légitimation de l'évaluation législative mise en relief par les théoriciens (6).

C - LA FONCTION LÉGITIMANTE DE L'ÉVALUATION LÉGISLATIVE

26. Les interventions des pouvoirs publics dans la vie sociale et économique ont besoin d'une légitimation. D'une manière classique, la légitimité de l'action de la puissance publique est fondée essentiellement sur la régularité de ses démarches ; la légalité de la procédure législative. Aujourd'hui, la légitimité est plus exigeante ; les lois doivent susciter l'adhésion des destinataires.

27. Légiférer est donc devenu une opération risquée (7). Dès lors, le législateur contemporain s'interroge, avant de décider, sur le besoin social de loi, sur l'opportunité de son intervention.

28. Les travaux préparatoires de la loi de 1989 montrent que les parlementaires ont, a priori, réfléchi sur l'opportunité de légiférer sur le traitement du surendettement des ménages pour répondre à "l'impérieuse nécessité de mettre fin à la situation dramatique dans laquelle se trouvent de nombreuses familles, souvent à revenus

(1) V. supra n° 10. Faisant ce même constat, G. Paisant, La jurisprudence de la Cour de cassation et la question de la réforme de la loi sur le surendettement des particuliers, D. 1994, p. 176, n° 15 demande une réforme législative.

(2) V. p. 80 du rapport Léron.

(3) B.O.C.C.R.F, p. 50.

(4) V. p. 91 du rapport Léron.

(5) V. B.O.C.C.R.F, p. 50. (III).

(6) V. notamment L. Mader, sa thèse, pp. 111 et s.

(7) A. Hölland, L'évaluation législative comme auto-observation du droit et de la société, in Évaluation législative et lois expérimentales, op. cit., p. 21.

modestes, du fait de leur incapacité à faire face à leurs engagements, souscrits parfois dans des conditions de transparence discutables" (1). L'exposé des motifs du projet de loi fait état de plus de 200.000 familles surendettées.

29. A posteriori, le travail de l'évaluateur permet de conclure sur le caractère positif de la loi de 1989 "dont chacun s'accorde aujourd'hui, à reconnaître qu'elle a été utile, est une bonne loi" (2). D'abord, elle a révélé un problème ; le surendettement des ménages - dont l'existence était certes soupçonnée mais dont l'ampleur était très généralement mésestimée. Les statistiques collectées par l'évaluateur indiquent au 15 octobre 1991 que 144.489 dossiers ont été déposés. Des statistiques plus récentes confirment l'évaluation prospective du législateur : au 30 octobre 1992, 211.817 dossiers ont été déposés (3) ; au 31 août 1993, 267.828 (4). Ensuite, la loi a résolu, au moins partiellement, un certain nombre de difficultés : près de 50.000 familles ont bénéficié de mesures conventionnelles et judiciaires (5). Enfin la loi a institué un mécanisme de traitement, jusqu'alors totalement inconnu du droit français, d'un certain type de difficultés rencontrées par les particuliers reposant sur une commission administrative pratiquant la conciliation ce qui a permis de décharger la justice d'un certain nombre de différends liés à la vie quotidienne (6). L'évaluateur souligne l'importance et la qualité du travail accompli par les Commissions et, en particulier, par les secrétariats gérés par la Banque de France.

L'évaluateur justifie ainsi le bon choix du législateur qui avait, en commission mixte paritaire (7), retenu l'allégement de la composition de la commission d'examen administrative dans un souci de plus grande efficacité (de plus de dix membres elle est passée à cinq).

30. L'évaluation rétrospective permet également de se prononcer sur l'inopportunité de l'instauration d'une procédure de faillite civile inspirée de celle existant en Alsace-Moselle comme étant inadaptée au traitement des situations de surendettement des particuliers (8).

De plus, l'évaluateur suggère dans une vue prospective l'extension du dispositif de la faillite civile existant actuellement en Alsace-Moselle sur tout le territoire car il permet de régler de manière efficace les difficultés des membres des professions libérales qui, en l'état actuel du droit français général, ne relèvent d'aucune procédure collective. Ainsi les connaissances mises à jour par l'évaluateur sont-elles utiles pour l'élaboration de nouvelles mesures législatives (9) !

31. La richesse du rapport d'évaluation, dans les limites de cet article, ne peut pas être entièrement exploitée. Toutefois nous exposerons une dernière question qui montre toute la finesse de l'analyse de la réalité par l'évaluateur. A la question de savoir si la loi de 1989 a réalisé l'objectif d'obtention des changements dans la distribution des crédits sans pour autant porter atteinte au fonctionnement d'un système de crédit qui satisfait le plus grand nombre (10), l'évaluateur essaie de

(1) Observations et amendements de Gérard Bapt, rapporteur pour avis, Annexe n° 1049, A.N., 1ère session ordinaire 1989-1990.

(2) V. p. 109 du rapport Léron.

(3) V. Rapport d'activité du Conseil national de la consommation, précité p. 236.

(4) Statistiques aimablement communiquées par l'Union Fédérale des consommateurs de Rennes, UFC 35 que choisir, 48, boulevard Magenta 35000 Rennes que je remercie.

(5) V. p. 109 du rapport Léron.

(6) V. Ibidem.

(7) Rapports A.N. n° 1085 annexe au P.V. de la séance de 12 décembre 1989.

(8) V. p. 78 du rapport Léron.

(9) V. Propositions de G. Paisant, D. 1994, p. 178, n° 19 et s.

(10) Sur cet objectif V. le rapport J. Simonin, Sénat, 1ère session ordinaire de 89-90, p. 28.

mesurer, avec méthode, l'impact de la loi sur la distribution du crédit. Avec humilité, il déclare qu'on ne saurait tirer du fléchissement récent du taux de croissance annuel portant sur la totalité des crédits à court terme aux particuliers, mis en évidence par les statistiques monétaires, des conclusions hâtives ni quant aux origines de ce phénomène (incidences de la loi sur le surendettement ou conséquence du contexte économique et politique international) ni surtout quant à sa durabilité (1). Avec fermeté, il ajoute "qu'on ne saurait ... imputer à la loi le phénomène de resserrement quantitatif du crédit aux particuliers constaté au cours de l'année écoulée" (2).

- Avec plus d'assurance, on peut affirmer que la loi de 1989 a influencé les établissements de crédit pour améliorer leurs pratiques de distribution de crédit : l'Association française des banques a émis, en février 1990, des recommandations concernant la publicité et l'offre de crédit aux consommateurs (3). Comme le souhaitait le secrétaire d'État chargé de la consommation la loi a "suscité, auprès des professionnels, l'élaboration des règles déontologiques adéquates" (4).

- La loi a donc modifié le comportement des prêteurs (5) et des emprunteurs qui redoutent d'être fichés.

32. Que conclure de notre tentative d'appréciation d'un rapport d'évaluation ?

Deux enseignements :

- Premièrement, l'évaluation a été menée dans les règles de l'art. Dans un rapport nuancé ont été utilisés les critères scientifiques d'évaluation. Le critère d'efficacité (6) a permis de constater que la nouvelle législation avait, en grande partie, atteint ses buts : dénombrer les surendettés et tendre à résoudre leur surendettement. Le critère de mise en oeuvre (7) a mis en lumière le rôle des commissions administratives et des juges qui ont concrétisé l'application de la loi dans l'intérêt du débiteur. Plus discret est le rapport sur le critère d'efficacité (8) : le résultat a-t-il été obtenu au moindre coût ? L'évaluateur ne s'interroge pas sur le coût des sacrifices des créanciers et sur les répercussions aux dépens de ceux qui honorent habituellement leurs engagements (9). Mais avec beaucoup d'honnêteté, le rapporteur indique un effet pervers, c'est-à-dire non voulu de la nouvelle législation. La coexistence de la loi de 1989 avec la procédure de faillite civile applicable aux particuliers dans les départements d'Alsace-Moselle pose des problèmes dans cette zone : "elle amène, en effet, les différents partenaires intéressés (particuliers, créanciers, magistrats ...) à opéré un choix, souvent délicat mais parfois calculé entre les deux procédures existantes, situations peu satisfaisantes au regard du principe d'égalité des citoyens devant la loi, et elle permet, en outre, un certain nombre d'iniquités ou de fraudes, liées, par exemple, aux fausses domiciliations dans les départements concernés, encore plus choquantes au regard du même principe" (10).

- Deuxièmement, l'utilisation par les pouvoirs publics de cette évaluation n'est pas assez rigoureuse. Les leçons de l'évaluation de la loi sont partiellement

(1) V. p. 6 du rapport Léron.

(2) V. p. 109 du rapport Léron.

(3) J. Jamet, *Le surendettement des particuliers*, Monchrestien p. 123.

(4) V. Exposé des motifs du projet de loi n° 485, Sénat, p. 3.

(5) V. p. 52 du rapport Léron.

(6) V. Supra notamment n° 10 et 11.

(7) V. Supra n° 11.

(8) V. Supra n° 13.

(9) En ce sens, V. G. Paisant, op. cit., p. 234.

(10) V. p. 78 du rapport Léron.

tirées (1) mais surtout font fi des grands principes fondamentaux. Nous avons vu comment le ministre, initiateur de la loi, a, par une simple circulaire, essayé de régler les dysfonctionnements constatés dans l'évaluation (2). La Cour de cassation, face à la carence du gouvernement, modifie la loi par une interprétation audacieuse au risque de la violer (3). Au nom de l'utilité de l'évaluation de la loi on justifierait la violation de la règle de la hiérarchie des normes et celle de la séparation des pouvoirs. Ça serait alors le triomphe de l'efficacité qui devient la condition et la caution de la légitimité du droit (4). Or il n'est pas acceptable que le droit ne soit plus qu'un instrument qui n'a pas de valeur en soi. En présence d'une loi dans laquelle est insérée une clause d'évaluation, c'est au gouvernement de prendre ses responsabilités ; tenu d'évaluer les effets de la loi, il doit aller jusqu'au bout du processus de transformation de la loi évaluée c'est-à-dire procéder aux modifications, justifiées par l'évaluation (5). En acceptant l'évaluation législative, on accepte qu'un concept normatif puisse s'exposer à des corrections empiriques : toute une révolution de mentalités !

Aix-en-Provence
Juillet 1994

(1) V. Supra n° 22.

(2) V. Supra n° 20 et 21.

(3) V. Supra n° 17.

(4) En ce sens V. J. Chevallier, *La rationalisation de la production juridique, L'État propulsif*, Paris 1989, p. 19.

(5) En ce sens, C.-A. Morand, *L'obligation d'évaluer*, in *Évaluation législative et lois expérimentales*, op. cit., p. 95.

LES DIX ANS DU TRAVAIL D'INTÉRÊT GÉNÉRAL

Brèves observations sur une nouvelle forme d'évaluation législative : la "commémoration évaluative"

Par

Sylvie CIMAMONTI

Professeur à l'Université d'Avignon

Doyen de la Faculté des Sciences juridiques, politiques et économiques

C'est à l'unanimité, par le vote de la loi du 10 juin 1983 que le parlement a introduit le travail d'intérêt général (TIG) en droit pénal français. Initialement conçu sous la double forme d'une peine principale (dans l'article 43-3-1 du Code pénal) ou du sursis assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général (dans l'article 747-1 du Code de procédure pénale) la mesure connût encore, par la suite, une diversification plus grande de ses "visages" (1), avec d'une part l'institution, à titre de peine complémentaire par la loi du 10 juillet 1987, renforçant la lutte contre l'alcool au volant, du TIG-routier (article L.1-1 du Code de la route), d'autre part l'introduction, par la loi du 6 juillet 1989, de la possibilité d'ordonner la conversion d'une peine d'emprisonnement ferme de six mois au plus prononcée pour délit hors la présence du prévenu en travail d'intérêt général (article 747-8 du Code de procédure pénale) ... jusqu'à ce que l'ensemble de la matière trouve place avec quelques modifications dans le nouveau Code pénal (2) voté en juillet 1992 et entré en vigueur le 1er mars 1994.

La loi fondatrice du 10 juin 1983 n'entretenait pas de rapport intrinsèque avec la perspective d'une évaluation. Il ne s'agissait pas, en effet, au sens strict, d'une loi expérimentale (3) n'étant notamment pas conçue comme une loi temporaire applicable pour une durée limitée à la différence de la célèbre loi antérieure du 17 janvier 1975 sur l'interruption volontaire de grossesse ou de la plus récente loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale, à la procréation et au diagnostic prénatal. Nè figurait pas, par ailleurs, dans une de ses dispositions de clause d'évaluation devant conduire

(1) Pierre Couvrat, "Les trois visages du travail d'intérêt général", R.S.C. 1989, p. 158 et s.

(2) V. pour le TIG peine principale : art. 131-8 ; le TIG peine complémentaire de certaines contraventions : art. 131-17 al. 2 ; le sursis-TIG : art. 132-40, 132-41 et 132-54 et s. ; la conversion : art. 132-57.

(3) Sur cette notion, V. J. Chevallier, "Les lois expérimentales, le cas français", in *Évaluation législative et lois expérimentales*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1993, p. 119 et s.

le Gouvernement à présenter dans un certain délai, au Parlement, un rapport sur l'application du texte, clause devenue fréquente dans les lois plus récentes.

Le TIG devait néanmoins, dans la dernière décennie, croiser à plusieurs reprises, la route du concept d'évaluation législative.

Ainsi, avant même d'être légalement consacré, le TIG avait fait l'objet, dès 1982, d'une expérimentation partielle sous la forme d'expériences pilotes conduites à partir du cadre juridique existant dans le ressort de certains tribunaux de grande instance (Bobigny, Besançon, Bordeaux, Chartres, Colmar).

Dès après le vote de la loi du 10 juin 1983, Mme Ezratty, directeur de l'Administration pénitentiaire estimait, dans une note aux Présidents des Comités de probation et d'assistance aux libérés et juges de l'application des peines en date du 15 janvier 1984 (1), que la mise en œuvre de la nouvelle peine imposait la nécessité d'adopter des procédures spécifiques d'évaluation tant en ce qui concerne les organismes, pour permettre une meilleure utilisation des possibilités offertes localement, que du point de vue statistique, afin d'apprécier l'impact réel du travail d'intérêt général et de mieux définir les moyens que nécessite son développement. A cette fin, il était notamment recommandé qu'un bilan de la mise en œuvre du TIG, dans le ressort, figure dans le rapport annuel que le juge de l'application des peines transmet chaque année au bureau du milieu ouvert.

Par la suite, outre la forme d'un bilan d'application par le ministère de la Justice, l'évaluation du TIG a surtout pris celle de la publication d'études réalisées à la demande de ce même ministère. On citera notamment à ce titre :

- le travail d'intérêt général : analyse statistique des pratiques par M.-D. Barre, P. Tournier et B. Lecomte, *Études et données pénales*, n° 50 en 1986 ;
- le rapport de synthèse à caractère surtout informatif du groupe de travail sur les travaux d'intérêt général et les alternatives à l'emprisonnement dont M. le Professeur Selosse (2) était le président et Mme Nicole Boucher (3) le rapporteur, établi à partir des communications recueillies au cours de douze réunions tenues de juin 1985 à juillet 1986 et publié en 1987 par le CTNERHI (Centre technique national d'études et de recherches sur les handicaps et les inadaptations) ;
- les résultats d'une enquête auprès des juges de l'application des peines intitulée "mise en œuvre du travail d'intérêt général réalisée en 1990 sous l'égide du même CTNERHI et du ministère de la Justice par Nicole Boucher, Bernard Jouys (4) et Martine Birling (5) ;
- le rapport déposé le 10 avril 1990 par M. Jouys suite à la mission de réflexion que lui avait confié, en 1989, M. Pierre Arpaillange, ministre de la Justice, sur les solutions qui pourraient être trouvées pour développer le recours à la sanction du travail d'intérêt général (6) ;
- et enfin, les différentes opérations de commémoration menées par le ministère de la Justice à l'occasion du dixième anniversaire du travail d'intérêt général en 1994, sur lesquelles nous voudrions concentrer nos observations.

(1) AP 84-08 G3/15-01-84 : point IV. La définition de procédures d'évaluation particulières.

(2) Professeur de psychologie à l'Université de Paris XIII.

(3) Attachée de recherche auprès du CTNERHI.

(4) Vice-président du tribunal de Bobigny.

(5) Assistante sociale au Comité de probation de Bobigny.

(6) Sur lequel V. G. Lorho, "Un travail d'utilité collective : la réforme du TIG", *Droit pénal*, janvier 1993, p. 1.

Dans ce cadre est notamment intervenue la publication au mois de mars d'un certain nombre d'"études et recherches" regroupées sur le thème du "TIG : 1984-1994", deux étant consacrées au TIG en Europe (1), et quatre au TIG en France (2).

Dans la recherche du lien susceptible d'exister entre une telle commémoration et l'évaluation de la loi du 10 juin 1983, l'on peut d'emblée observer que, si évaluation il y a, celle-ci s'est située en marge du dispositif d'évaluation à triple "détente" existant en France (3).

Les opérations du 10^{ème} anniversaire du TIG ne peuvent être tout d'abord rattachées à l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques (4), ce qui ne saurait surprendre puisque la loi instituant le TIG est antérieure à la mise en place de ce dernier par la loi du 8 juillet 1983 et parce que la démarche de l'office, dont la mission est d'informer le Parlement des choix de caractère scientifique et technologique afin notamment d'éclairer ses décisions, se situe en amont du processus législatif tandis que la commémoration se situe par hypothèse en aval.

Ces opérations apparaissent également sans lien avec le décret n° 90-82 du 22 janvier 1990 relatif à l'évaluation des politiques publiques (5) ayant institué un Comité interministériel, un fonds national de développement et un conseil scientifique de l'évaluation (6). Bien qu'il s'agisse cette fois d'une procédure d'évaluation "ex post" centrée sur la recherche des effets attendus et des objectifs assignés (7), cela ne saurait encore trop étonner dans la mesure où l'institution de la peine de travail d'intérêt général ne saurait apparaître exclusivement comme une politique publique. L'on sait par ailleurs que, précédemment, le dispositif d'évaluation du RMI (Revenu minimum d'insertion) avait déjà été conçu de façon spécifique et déconnectée du dispositif général d'évaluation mis en place en janvier 1990 (8).

L'évaluation du TIG n'a pas pris enfin la forme d'une des missions d'information temporaire portant sur les conditions d'application d'une législation susceptibles

(1) à savoir :

- "les sanctions alternatives à l'emprisonnement en Europe" par Pierre Tournier, docteur en démographie, chargé de recherches en démographie carcérale au CESDIP, chargé d'enseignement à l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, p. 11 et s. ;

- "Étude du droit comparé sur l'application du TIG dans les pays de l'Europe occidentale" par Mirjana Tomic-Malic, auteur d'une thèse de doctorat en science pénitentiaire sur la probation dans le système français, chercheur au CNRS, expert auprès de la Conférence européenne de probation, p. 21 et s.

(2) à savoir :

- "Le TIG : peine et société. Étude documentaire" par Laurence Cirba, Sociologue, Chargée d'études au service de la communication des études et des relations internationales à l'Administration pénitentiaire, p. 43 et s. ;

- "Le TIG. La mesure d'une peine", par Annie Kensey, Chargée d'études au même service, p. 73 et s. ;

- "L'enfance "modèle" du TIG. Bilan d'une décennie d'expérimentation sans conscience (1984-1994)", par Jacques Faget, Chargé de recherches au CNRS, Docteur en Droit et licencié en sociologie. Chargé de cours à la Faculté de Droit de Bordeaux, p. 101 et s. ;

- "Le vécu du TIG. Observation de trois groupes de jeunes majeurs", par Nicole Boucher, p. 123 et s.

(3) Sur lequel V. J. Chevallier, op. cit., p. 123.

(4) Sur lequel V. Pierre Claret de Fleurieu, "L'évaluation vue par l'office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques", cette Revue, p. 1213.

(5) J.O., 24 janvier 1990, p. 952.

(6) V. sur l'expérience française d'évaluation des politiques publiques : "Dispositif existant, méthodes et travaux en cours", par J.-B. de Foucauld in Contrôle parlementaire et évaluation législative, préc. et "Le Conseil scientifique de l'évaluation", cette Revue, p. 1217.

(7) V. art. 1 al. 2 du décret.

(8) V. J. Chevallier, préc., p. 131-132.

d'être confiées depuis mai 1990 aux membres des commissions permanentes de l'Assemblée nationale (1).

A supposer qu'une part d'évaluation législative entre dans les opérations du 10ème anniversaire du TIG, celle-ci a donc été conduite de façon, si ce n'est sauvage, du moins autonome et parallèle. Il apparaît dès lors nécessaire de mieux cerner les contours d'une telle commémoration au regard de la notion d'évaluation législative ce que l'on fera :

- en s'interrogeant d'abord sur la nature de la commémoration (I), la connaissance des opérations du 10ème anniversaire du TIG permettant d'hésiter entre les qualifications d'entreprise d'évaluation de la mesure et de communication ministérielle,
- et en précisant ensuite les résultats auxquels cette commémoration a permis d'aboutir (II).

I - LA NATURE DE LA COMMÉMORATION : ÉVALUATION OU COMMUNICATION ?

Selon un auteur (2), l'évaluation prise dans un sens relativement étroit et précis renvoie à une "enquête sur les effets et l'efficacité des programmes d'action étatique, menée méthodiquement par des personnes indépendantes des programmes et spécifiquement qualifiées". L'objectif principal des évaluations consiste à "améliorer l'action étatique au sens d'une plus grande efficacité, d'une meilleure efficience et/ou d'une atténuation des effets négatifs". De bonnes études d'évaluation apparaissent alors comme "des études méthodologiquement sérieuses, menées dans les règles de l'art. La personne chargée de l'évaluation connaît à fond le problème ou le domaine politique en question. Elle a étudié le programme dans sa genèse, dans la logique de ses effets et dans son contexte politique. Elle a construit un modèle d'effets adéquat. On dispose de bonnes méthodes empiriques pour constater les effets. On peut se procurer les données nécessaires. On a assez de temps pour attendre les effets du programme, y compris ceux à long terme".

Il convient dès lors de rechercher dans quelle mesure les conditions de mise en œuvre (A) et les objectifs (B) de la commémoration du TIG ont pu, si ce n'est coïncider du moins, correspondre partiellement avec ceux d'une évaluation législative.

A - LA MISE EN ŒUVRE DE LA COMMÉMORATION

Le ministère de la Justice apparaît comme l'instigateur et le maître d'ouvrage des opérations du 10ème anniversaire du TIG. Le "mode d'emploi" de ces dernières indique nettement (3) que les études et recherches publiées par ce ministère et préfacées par son titulaire M. Pierre Méhaignerie (4) ont été conduites par lui en association avec certains partenaires. L'écoulement d'une décennie depuis l'entrée en vigueur de la loi du 10 juin 1983 permet donc d'affirmer que le gouvernement disposait bien, en 1994, du recul nécessaire pour juger des effets de la mesure, y compris ceux à moyen si ce n'est long terme.

(1) Sur lesquelles, V. "Contrôle et évaluation à l'Assemblée nationale", par A. Dupas cette Revue, p. 1177.

(2) D. Freiburghaus, "De l'efficacité des évaluations : un discours en trois étapes", in Évaluation législative et lois expérimentales, préc., p. 47 et s.

(3) p. 4.

(4) p. 3.

Si l'on se tourne du côté des partenaires du ministère de la Justice, c'est-à-dire des auteurs des différentes contributions sur "le TIG 1984-1994", peut-on considérer que la recherche a été menée méthodiquement par des experts spécifiquement qualifiés en la matière et présentant l'indépendance requise du donneur d'ordre ? La réponse apparaît nuancée.

Les différents auteurs, par leurs qualités respectives souvent cumulées de juriste, démographe, sociologue, psychologue chargé de recherches au CNRS et d'enseignement dans les Facultés françaises (1) présentaient sans contester les qualités scientifiques pour se voir confier une telle entreprise. Leur expérience antérieure portant directement sur le travail d'intérêt général ou plus largement sur les alternatives à l'incarcération ou la matière pénale les y habilitaient particulièrement.

L'on peut, dans le même sens, constater que certains d'entre eux ont eu plus spécialement l'occasion et la volonté d'élaborer une méthodologie de recherche et de l'exposer dans leur étude.

Ainsi, l'étude consacrée à "la mesure d'une peine" retrace-t-elle l'évolution des mises à exécution du TIG entre 1984 et 1988 (2) à partir des données fournies par la statistique permanente sur l'exécution du TIG mise en place par l'administration pénitentiaire en 1984, recensant auprès des comités de probation, l'ensemble des décisions notifiées aux condamnés majeurs par les juges d'application des peines. Les renseignements statistiques ayant été allégés en 1989, l'enquête sur les mises à exécution de 1992 (3) a été opérée à partir des réponses fournies par cinquante-six comités de probation, lorsqu'elles étaient exploitables (4), à un questionnaire reprenant dans un souci d'uniformité les informations contenues dans les enquêtes effectuées de 1984 à 1988. La méthode aurait, dès lors, permis selon son auteur "sans prétendre constituer une population représentative de l'ensemble" d'obtenir des renseignements fiables sur 1248 mises à exécution de TIG sur un total de 13.907 en 1992 et de dégager des tendances.

La technique du questionnaire, baptisée "méthode de l'hologramme", a également été retenue par M. Faget dans le cadre de son étude sur "l'enfance "modèle" du TIG" à destination des magistrats du parquet, des chambres correctionnelles, de l'application des peines et des travailleurs sociaux des comités de probation d'un certain nombre des 181 juridictions françaises "échantillonnées" suivant le double critère du nombre de chambres par tribunal (5) et de répartition géographique de manière à ce que chaque ressort de Cour d'appel soit représenté, ce qui a permis d'aboutir à un corpus final reflétant les pratiques suivies dans 40 tribunaux soit 22,09 % de l'ensemble.

C'est enfin sur la base d'un entretien destiné "à retracer les itinéraires individuels, à cerner les personnalités et à recueillir des observations sur chaque expérience personnelle de TIG" qu'a procédé l'étude sur "le vécu du TIG" (6) auprès d'un échantillon, d'une quarantaine de personnes en cours de réalisation de la peine à Paris, divisé en quatre groupes de taille homogène : le premier constitué d'hommes de plus de 40 ans qui, après une succession de difficultés affectives et professionnelles, dans une

(1) V. supra notes 10 et 11.

(2) Tableaux 6 à 30, p. 90 et s.

(3) Tableaux 1 à 5, p. 83 et s.

(4) Soit 23 sur 56.

(5) de 1 à 7 et plus.

(6) p. 124.

période d'alcoolisme aigu ont commis un délit, les trois autres constitués a posteriori selon le degré d'implication dans la délinquance (1).

En revanche, l'on peut être plus circonspect, en termes d'évaluation, quant à l'exigence d'indépendance des experts retenus, des évaluateurs, au regard du donneur d'ordre politique, soit en l'occurrence le ministère de la Justice. Il en va ainsi non pas tellement au regard du fait que certains d'entre eux avaient déjà réalisé par le passé des recherches pour ce ministère (2) mais plutôt en raison de l'appartenance d'autres en qualité de chargé d'études au SCERI (Service de la communication des études et des relations internationales) à l'Administration pénitentiaire, l'un des auteurs se consacrant même plus particulièrement "à la coordination et à la valorisation des recherches menées pour l'Administration pénitentiaire" (3).

Quoi qu'il en soit sur ce dernier point, les conditions de mise en œuvre de la commémoration du TIG autorisent quelques observations plus générales.

L'on doit, en effet, constater que si les opérations du 10^{ème} anniversaire ont comporté une dimension d'évaluation de la loi du 10 juin 1983, le Parlement en a été quasiment évincé. La participation toute symbolique de ce dernier s'est résumée à être le lieu d'accueil du Colloque intitulé "Le travail d'intérêt général : pour une nouvelle dynamique" organisé les 17 et 18 mars 1994 par le ministère de la Justice à l'Assemblée nationale, sans qu'aucun parlementaire ne soit directement associé ni aux interventions consacrées aux "actualités du TIG en France et en Europe", ni aux quatre tables rondes organisées sur le double thème "diversifier et enrichir les pratiques" d'une part (4), "le TIG, valeur pénale, valeur sociale" d'autre part (5).

Or, la discrétion parlementaire corollaire de la prépondérance gouvernementale qu'illustre l'exemple du TIG ne va pas sans poser problème aussi bien quant à l'équilibre des pouvoirs exécutif et législatif, qu'au regard de l'influence des études et recherches conduites par les experts sur le travail parlementaire. Au plan institutionnel, une telle forme d'évaluation revient à consacrer une position privilégiée et continue du Gouvernement et de l'administration dans le processus de formation comme d'application des lois (6). Elle conduit également, comme on l'a souligné, à poser la question de savoir dans quelle mesure l'autorité du savoir recueilli dans de telles conditions est compatible avec la souveraineté du législateur parlementaire (7). Il est vrai que la réponse à cette question est d'importance variable en fonction des objectifs et du type d'évaluation, ex-post ou ex-ante (8).

(1) Le premier groupe étant composé de 9 personnes ayant commis un premier délit, le deuxième de 10 personnes ayant commis une succession de délit mineurs, le troisième de toxicomanes au passé judiciaire souvent lourd.

(2) V. *Études et recherches*, préc., p. 101.

(3) V. *Études et recherches*, préc., p. 43 et 73.

(4) Table ronde n° 1 : Quel TIG pour quelle délinquance ? L'exemple de la sécurité routière ; Table ronde n° 2 : Quel TIG pour quels délinquants ? Le cas des salariés, l'exemple des mineurs des toxicomanes ; Table ronde n° 3 : Quels partenaires pour la Justice ?

(5) Table ronde n° 4 : Le développement du TIG : dépasser les obstacles.

(6) V. C.-A. Morand, "L'obligation d'évaluer les effets des lois", in *Évaluation législative et lois expérimentales*, préc., p. 79 et s., not. p. 103 et s.

(7) V. Armin Höland, "L'évaluation législative comme auto-observation du droit et de la société", in *Évaluation législative et lois expérimentales*, préc., p. 19 et s., not. p. 39 et 42.

(8) V. *infra* IIème partie.

B - LES OBJECTIFS DE LA COMMÉMORATION

L'objectif général des différentes actions mises en œuvre par le ministère de la Justice à partir du dernier trimestre 1993 a globalement correspondu à une volonté de célébration officielle du 10^{ème} anniversaire du TIG. Cette démarche d'ensemble était toutefois animée par des objectifs plus précis que différents documents font apparaître.

Ainsi, le mode d'emploi des opérations du 10^{ème} anniversaire diffusé en novembre 1993 affirmait-il : "La démarche globale qui a été mise en place répond à trois objectifs : faire émerger un *bilan* du TIG ; *mobiliser* les principaux acteurs, professionnels de la Justice et partenaires (collectivités, associations...) ; développer la *notoriété* de la mesure et, plus généralement, faire mieux connaître la problématique du "milieu ouvert". Pour cela le ministère a choisi quatre axes d'actions : dresser un bilan quantitatif et qualitatif du TIG, grâce à un ensemble d'études... ; organiser le dialogue et l'échange des expériences au niveau local, à l'initiative des juridictions qui souhaitent s'associer à cette opération, à Paris, au travers d'un colloque national ; mobiliser l'ensemble des partenaires et des publics directement concernés par cette mesure, afin d'en faciliter le développement ; *promouvoir* et *médiatiser* l'événement...".

Dans le même sens, M. Méhaignerie débutait en ces termes sa préface des études et recherches publiées en mars 1994 : "Le 10 juin 1993, le parlement votait à l'unanimité la loi instituant la peine de TIG. J'ai souhaité, dix ans après son entrée en vigueur, le 1er janvier 1984, dresser le bilan de son application et *donner un nouvel élan à cette mesure* bien admise par le corps social... J'ai fait réaliser des études dont les résultats sont aujourd'hui réunis dans cet ouvrage : certaines d'entre elles seront présentées à l'occasion du colloque national qui clôturera cet *important dispositif d'évaluation*" (1).

L'entreprise ministérielle de commémoration du TIG s'est donc présentée sous le double visage d'une entreprise certes d'évaluation législative quantitative comme qualificative mais aussi de communication. Il y a là un mélange des genres qui peut paraître curieux d'autant plus que l'aspect communication a peut-être prévalu sur celui d'évaluation.

Mêler dans une même entreprise évaluation législative et communication ministérielle apparaît tout d'abord source d'ambiguïtés. Supposons que l'on constate dans les années à venir en matière de TIG un changement des comportements, une modification des pratiques, faudra-t-il les mettre en relation avec les effets de la loi elle-même ou avec le débat et les manifestations qui ont accompagné bruyamment son dixième anniversaire ?

Plus gravement, un tel mélange des genres nous paraît source de possibles contradictions. N'y a-t-il pas, en effet, quelque antinomie à effectuer *dans le même instant* la mise en place de recherches évaluatives nécessitant une certaine durée et le lancement d'une opération de communication ou médiatisation dans le but déclaré de donner un nouvel essor à la mesure objet de l'évaluation que devait assez bien résumer le slogan sous forme de jeu de mots systématiquement utilisé lors de la commémoration : "Le travail d'intérêt général a dix ans, le résultat en vaut la peine". Il semble donc y avoir eu une anticipation certaine sur les résultats, encore inconnus en novembre 1993, du bilan quantitatif et qualificatif demandé et partant une relative indifférence à leur égard dans l'orientation de développement d'ores et déjà retenue. Une telle façon de procéder perpétue peut-être sous une autre forme la regrettable

(1) V. également l'introduction de l'ouvrage, p. 7.

tendance constatée au cours des années quatre-vingt à présenter les alternatives à l'emprisonnement dont le TIG comme "la solution" (1) au problème de la surpopulation carcérale ce qui ne pouvait par la suite conduire qu'à un constat déceptif. Or, l'on ne peut que constater un certain décalage entre l'optimisme confiant affiché par le ministère de la Justice dans sa volonté communicative de donner un nouvel élan au TIG et, si ce n'est le pessimisme, du moins la déconvenue dont ont fait part certaines recherches évaluatives, l'une d'entre elles (2) insistant sur la "bureaucratisation" du TIG qualifié d'institution "en panne de sens" et les "impasses" dans lesquelles il se trouve (3).

Le déroulement des opérations du 10ème anniversaire conduit en outre à se demander si l'objectif d'évaluation n'a pas quelque peu cédé le pas devant celui de communication.

Du côté évaluation, il n'apparaît pas possible de rattacher à cette notion toutes les études et recherches réalisées à la demande du ministère de la Justice et notamment les deux d'entre elles consacrées au TIG en Europe (4). Parmi les recherches consacrées au TIG en France donc à la loi du 10 juin 1983, l'une consistant en une étude documentaire a conduit son auteur même à affirmer que les contributions multiples et diversifiées par lui prises en considération "ne permettent pas une véritable évaluation" (5).

L'objectif de communication a en revanche donné lieu à mise en place de supports plus nombreux et divers. On citera, à ce titre, notamment la réalisation par le SICOM (Service d'information et de la communication du ministère de la Justice) d'une fiche d'informations pratiques sur le TIG ainsi que d'un cahier d'information destiné aux professionnels et aux partenaires de la Justice et l'organisation par la Direction régionale des services pénitentiaires de Paris d'une exposition itinérante d'information et de sensibilisation des jeunes et du grand public à destination des milieux scolaire et universitaire comme des collectivités territoriales. Des manifestations locales réunissant tous les acteurs de la peine du TIG, auxquelles une dépêche du garde des sceaux du 19 août 1993 déclarait ne voir "que des avantages à ce que des opérations de communication (les) accompagnent" ont enfin été organisées dans toute la France jusqu'en décembre 1994 par les chefs de juridictions et services déconcentrés du ministère de la Justice, qui ont vu, mis à leur disposition à cet effet, les services d'une agence de communication (6). Or, certains de ces supports de communication nous paraissent parfois effectuer une présentation tendancieuse des résultats de l'évaluation. Ainsi, quand l'introduction du cahier d'information précité affirme de façon générale : "Éviter l'emprisonnement et faciliter la réinsertion : ces objectifs, énoncés à l'époque par le rapporteur de la loi, ont été *concrétisés* par la jurisprudence, qui a permis au travail d'intérêt général d'entrer dans les mœurs... Les conditions de son développement sont aujourd'hui *assurées*". Il convient, dès lors, de préciser plus avant quels sont les résultats auxquels la commémoration a permis d'aboutir.

(1) V. P. Tournier, op. cit., p. 13.

(2) V. J. Faget, préc.

(3) Même s'il est vrai que l'introduction des études et recherches y fait référence (p. 8).

(4) Tout particulièrement, la seconde qui se présente comme une pure étude juridique de droit comparé.

(5) L. Cirba, préc., p. 67.

(6) V. Mode d'emploi des opérations du 10ème anniversaire, p. 7.

II - LES RÉSULTATS DE LA COMMÉMORATION

Si l'on veut bien, dans le cas du TIG, rapprocher les notions de commémoration et d'évaluation législative sous l'appellation de "commémoration évaluative", les résultats apportés par les opérations du 10^{ème} anniversaire s'insèrent plutôt dans le cadre d'une évaluation ex-post rétrospective que d'une évaluation ex-ante prospective (1).

A - EN TERMES D'ÉVALUATION RÉTROSPECTIVE

Le premier mérite des recherches évaluatives pratiquées dans le cadre des opérations du 10^{ème} anniversaire est tout simplement... d'exister et de pouvoir désormais servir d'élément de référence. Or, de l'aveu même de l'un des évaluateurs, pendant la décennie d'application passée le principe de la peine de travail d'intérêt général ne fut jamais contesté "alors pourtant qu'aucune évaluation systématique ne permettait d'en connaître les résultats" (2).

Si "l'objectif principal des évaluations consiste à améliorer l'action étatique au sens d'une plus grande efficacité, d'une meilleure efficience et/ou d'une atténuation des effets négatifs" (3), l'on peut dire que la commémoration du TIG aura apporté des éléments d'information intéressants aussi bien quant aux effets que quant à l'efficacité de la législation en la matière.

Quant à l'évaluation des *effets* produits, la loi du 10 juin 1983 présentait l'avantage, par rapport à d'autres législations objet d'étude, de créer une situation juridique véritablement nouvelle ne venant pas s'ajouter à un état préexistant qu'il soit d'origine légale jurisprudentielle ou pratique qui aurait été modifié, si bien que les effets constatés peuvent sans difficulté être rattachés à la législation elle-même.

L'évaluation des effets apparaît alors d'abord quantitative apportant de nombreux renseignements d'ordre juridique ou sociologique. Ainsi l'enquête sur les mises à exécution fait-elle apparaître entre autres données qu'au plan juridique en 1992 sur 440.493 peines prononcées pour délits le TIG représentait 13.267 décisions soit 3 %, intervenues majoritairement pour des infractions de vol ou recel (38,7 %) et circulation routière (38 %) prenant la forme d'une peine principale dans 45 % des cas et d'un sursis assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général dans 55 % des cas et donnait lieu la plupart du temps à l'exécution d'un travail d'entretien (71 %) d'une durée moyenne de 117 heures effectué au sein d'une collectivité publique (63,9 %), d'une association (24,1 %) ou d'un établissement public (12 %). Au plan sociologique, l'étude de la structure de la population des condamnés au TIG fait apparaître que le profil ou le portrait-robot du "tigiste" est celui d'un homme (94,8 %) présentant au moment de la condamnation les caractéristiques suivantes : français (91,8 %) d'un âge moyen de 28 ans, ayant au moins une condamnation antérieure (60,7 %), célibataire (69,7 %), sans enfant à charge (76,3 %), au chômage (44,8 %) mais ayant un domicile (94,6 %).

Deux autres études se consacrent plutôt à une évaluation qualitative des effets l'une auprès des juridictions (4), l'autre auprès des condamnés (5).

(1) Sur ces notions, V. J. Chevallier, Rapport introductif, cette Revue, p. 1081.

(2) J. Faget, préc., p. 102.

(3) D. Freiburghaus, préc., p. 47.

(4) J. Faget, préc.

(5) N. Boucher, préc.

La commémoration du TIG aura également permis d'obtenir des éléments d'information non négligeables quant à l'efficacité de la législation, c'est-à-dire la réalisation de ses objectifs.

L'expérience conduite à propos du TIG confirme, de façon générale, la difficulté, soulignée par les théoriciens de l'évaluation législative (1) de procéder à ce type de recherche en raison de la dissémination des objectifs du législateur qui peut être muet, peu explicite, contradictoire voire trompeur sur les buts de son intervention.

En l'occurrence, en l'état du caractère non apparent de tous les objectifs poursuivis dans le texte même de la loi du 10 juin 1983, les évaluateurs ont dû d'abord procéder à un travail d'analyse, c'est-à-dire d'extraction des objectifs à partir d'autres documents : résolution du Conseil de l'Europe du 9 mai 1976, travaux préparatoires, circulaire du 15 décembre 1983, etc... (2). A partir de là, les auteurs ont pu mettre en relief le fait que les objectifs ne sont pas forcément uniformes selon les différentes formes de TIG notamment en ce qui concerne le TIG-routier qui semble surtout répondre à un objectif pédagogique de prévention de la récidive (3) et, de façon plus générale, la multiplicité problématique des objectifs assignés au TIG (4). Ceux-ci peuvent, semble-t-il, être ramenés à trois : la lutte contre la surpopulation carcérale par la limitation des courtes peines d'emprisonnement coûteuses, criminogènes et désocialisantes ; la mise en œuvre d'une justice plus partenariale ; le renforcement des solidarités à travers d'un côté la réparation du condamné obligé à effectuer une activité au service de la communauté nécessitant son adhésion et réciproquement la participation de la société civile par l'exécution de la peine à une meilleure intégration ou à la réinsertion du condamné dans la cité. Il restait alors, ultime étape, aux évaluateurs à faire le constat du décalage entre les objectifs initiaux et la pratique constatée pour conclure à l'érosion (5), voire à la perversion (6) de ceux-ci.

En effet, les études et recherches pratiquées aboutissent, quant à l'objectif de limitation des courtes peines d'emprisonnement, à souligner au plan quantitatif qu'en dépit de l'augmentation du sursis-TIG sur le TIG peine principale l'effet réellement substitutif ne peut être affirmé (7), la mesure s'inscrivant plutôt dans le cadre d'une plus grande diversification des peines offertes (8) et au plan qualitatif que si "le discours substitutif est connu... il n'est pas, pour des raisons diverses, parfaitement intégré" (9). Le scepticisme est peut-être encore plus grand quant à la réalisation des autres objectifs et aboutit à une remise en cause certaine des vertus éducatives réparatrices et réinsérantes du TIG sous l'influence de facteurs conjugués : l'insuffisance quantitative comme qualitative des postes offerts (10), l'érosion de la motivation des différents intervenants (11) et la bureaucratisation du TIG qui s'est "empiriquement modélisé non pas sur les potentialités pédagogiques qu'on lui prêtait mais sur les possibilités structurelles de l'institution judiciaire" (12).

(1) V. A. Höland, préc., p. 36 et D. Freiburghaus, préc., p. 53.

(2) V. notamment, L. Cirba, préc.

(3) L. Cirba, préc., p. 64-65.

(4) L. Cirba, préc., p. 70.

(5) Études et recherches, préc., p. 8/

(6) L. Cirba, préc., p. 62.

(7) Études et recherches, p. 82.

(8) Études et recherches, p. 68.

(9) Études et recherches, p. 112.

(10) Études et recherches, p. 59.

(11) Études et recherches, p. 69.

(12) Études et recherches, p. 111.

En l'état de ces éléments d'information, la fonction cognitive de l'évaluation législative devrait être à même de jouer en ce qui concerne le TIG. Jusqu'à présent, les résultats ainsi recensés ne semblent guère toutefois avoir été utilisés par les auteurs pénalistes (1) mais il est peut-être tout simplement trop tôt pour en juger.

En revanche, la fonction d'adaptation que peut également revêtir l'évaluation législative ne devrait pas déboucher du moins à court terme sur une modification de la législation existante, la commémoration du TIG n'ayant pas été conçue en termes d'évaluation prospective.

B - EN TERMES D'ÉVALUATION PROSPECTIVE

La distinction entre évaluations rétrospective et prospective est loin d'être aujourd'hui conçue de façon absolue, les résultats fournis par une évaluation ex-post pouvant toujours servir de base à une révision de la législation étudiée. En tout état de cause, la décision de s'engager ou non dans une telle direction appartient au politique.

Dans le cas du travail d'intérêt général, ce lien virtuel entre la mise en place de l'évaluation même rétrospective et la perspective d'une modification des textes semble avoir été sinon rompu dès le départ du moins assez nettement occulté. Il n'apparaît pas, en effet, dans les enjeux des opérations du 10^{ème} anniversaire présentés par le ministère de la Justice consistant à "nourrir la réflexion de tous ceux qui contribuent à la mise en œuvre de cette peine" (2) et plus encore à restituer au travail d'intérêt général "la générosité de son contenu, réactiver une utilisation plus ouverte et plus intense, enfin élargir le cercle des partenaires publics ou privés nécessaires à son épanouissement" (3).

Cette situation ne saurait toutefois trop étonner et peut s'expliquer par différents facteurs.

En effet, au moment où l'évaluation du travail d'intérêt général est entreprise, le Nouveau Code pénal est déjà voté. Il entrera en vigueur en plein déroulement des opérations du 10^{ème} anniversaire. La situation est assez paradoxale puisqu'elle aboutit à évaluer les effets produits par une législation immédiatement après la modification de cette dernière (4).

En outre, l'une des recherches évaluatives (5) a nettement révélé que la volonté de réformer l'institution du TIG était assez peu partagée du fait d'un indice de satisfaction positif, constat résumé dans la formule suivant laquelle "des pratiques structurellement paresseuses peuvent produire du contentement". Si bien que des considérations de fond jointes aux précédentes conditions de calendrier pourraient œuvrer en faveur de l'absence de modification des dispositions légales sur le TIG.

Si la tendance se vérifie, elle infirmerait en l'espèce la crainte d'une trop grande incidence des évaluations législatives sur la stabilité des lois, facteur d'une

(1) MM. Stéfani, Levasseur et Bouloc n'y font aucune allusion (Droit pénal général, Dalloz 1994) et MM. Desportes et Le Guhenec (Le nouveau droit pénal, Tome 1 Droit pénal général, Economica, 1994) simplement référence (n° 840, p. 599).

(2) Études et recherche, préface P. Méhaignerie, p. 4.

(3) Études et recherches, introduction, p. 8.

(4) Si les études et recherches évaluatives nationales s'arrêtent à la date du 31 décembre 1992, les manifestations locales organisées fournissent également des enseignements statistiques pour l'année 1993.

(5) Études et recherches, P. Faget, préc., p. 120.

certaine insécurité juridique (1). Mais elle amoindrirait également, du même coup, la fonction légitimante de l'évaluation en ne tirant aucune conséquence du décalage constaté entre les intentions normatives de la loi et son adéquation insuffisante à la réalité. Or, selon un auteur (2), une législation qui a fait l'objet d'une évaluation doit être modifiée dans un certain nombre de situations, notamment "lorsque l'analyse de ses effets montre que l'intérêt public qu'elle était supposée poursuivre n'existe pas en réalité ou n'est pas prépondérant" et "lorsque l'étude des effets produits permet de conclure que les exigences de proportionnalité ne sont pas remplies... parce que la mesure envisagée n'est pas apte à atteindre l'objectif poursuivi", ce qui semble bien le cas en l'occurrence. L'on doit, d'ailleurs, constater que les recherches évaluatives conduites à l'occasion des opérations du 10ème anniversaire contiennent directement ou indirectement la suggestion d'un certain nombre de propositions de réforme (3) de nature fort diverse : assouplissement des conditions d'octroi du TIG, introduction de la réparation directe à la victime parmi les modalités d'organisation, allongement du délai maximum d'exécution de dix-huit mois jugé trop court et même rémunération du TIG.

En conclusion, l'expérience d'évaluation menée à l'occasion des opérations du 10ème anniversaire du TIG apparaît assez atypique et correspond assez bien aux multiples facettes de l'institution évaluée elle-même.

Ces opérations comportent une part indéniable d'évaluation mais qui n'est pas exclusive et peut-être pas essentielle.

Cette évaluation qui intervient au moment de l'entrée en vigueur de nouveaux textes en la matière semble avoir été délibérément conçue comme une simple évaluation rétrospective alors que l'on aurait volontiers conçu un ordre d'intervention inverse, l'évaluation précédant plutôt la réforme des textes.

Cette nouvelle forme d'évaluation législative, la commémoration évaluative, pourrait connaître rapidement une nouvelle illustration en matière pénale si l'on en croit l'actuelle mise en place par le ministère de la Justice des opérations du 50ème anniversaire cette fois de l'ordonnance du 2 février 1945 sur l'enfance délinquante. Mais il s'agit là d'une autre question.

(1) V. Préface J.-L. Bergel, p. 9, et A. Höland, p. 39 in *Évaluation législative et lois expérimentales*, préc.

(2) Ch.-A. Morand, préc., p. 95 in *Évaluation législative et lois expérimentales*.

(3) V. not., J. Faget, préc., p. 121.

ÉVALUATION ET EXPÉRIMENTATION LÉGISLATIVES EN MATIÈRE DE DÉFENSE DES INTÉRÊTS DE L'ENFANT

Par

Jean-Jacques GALLI, *Magistrat*

et

Louis BOURGOIN, *Avocat au Barreau de Marseille*

Cette réunion a été consacrée à une présentation chronologique des différents aspects de l'évaluation et de l'expérimentation législatives ayant permis l'élaboration de la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 dont les articles 53 à 59 du chapitre V concernent l'audition de l'enfant en justice et la défense de ses intérêts.

1 - ASPECT INTERNATIONAL

Le 20 novembre 1989, l'Organisation des Nations Unies adopte la Convention Internationale des Droits de l'Enfant qui est signée le 26 janvier 1990 puis ratifiée par la France en août 1990 et applicable depuis le 7 septembre 1990.

L'article 12 de la Convention dispose notamment que les Etats parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant et qu'à cette fin il sera donné à celui-ci la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative le concernant.

Cette Convention internationale bien qu'applicable par les juridictions françaises sur le fondement des dispositions de l'article 55 de la Constitution de 1958 amène le gouvernement français sur avis favorable du Conseil d'Etat à proposer à certains barreaux de participer à des travaux d'élaboration d'un projet de législation de droit interne sur les droits de l'enfant.

2 - ASPECT CONVENTIONNEL INTERNE

C'est dans ce contexte qu'intervient une convention signée entre d'une part le Ministère de la Justice représenté par le Directeur des Affaires civiles et du sceau et le Direction de la protection judiciaire de la jeunesse et d'autre part le Centre d'accès au Droit, Association régie par la loi de 1901, représentée par le Bâtonnier de l'Ordre des Avocats au Barreau de Marseille.

Cette convention va permettre que soit menée une expérience concertée locale, auprès du Tribunal de grande instance de Marseille afin d'assurer une mise en oeuvre des droits de l'enfant en matière judiciaire.

Sur le plan concret, le Ministère de la Justice est destinataire de 1990 à 1992 des bilans d'activité des avocats intervenant devant les diverses formations à juge unique ou collégiales du Tribunal de grande instance de Marseille.

Sont également transmis à la Chancellerie les rapports de réunions rassemblant sur ce thème des avocats, magistrats du siège et du parquet, pédo-psychiatres, psychologues, sociologues, assistantes sociales, éducateurs.

Cette convention dans ses dispositions finales prévoit des évaluations intermédiaires trimestrielles et une évaluation globale annuelle sur l'ensemble de l'action engagée.

3 - ASPECT D'ÉVALUATION ET D'EXPÉRIMENTATION

Cette expérience originale permettant aux avocats et magistrats intéressés par celle-ci de participer à l'élaboration d'une nouvelle législation en matière d'audition et de défense des intérêts des mineurs en justice va se dérouler dans le cadre d'une part d'une évaluation législative rétrospective et d'autre part d'une expérimentation.

3 - 1 - L'évaluation législative rétrospective va concerner les conditions d'application et de mise en oeuvre en jurisprudence des dispositions de l'alinéa 3 de l'article 290 du Code civil dans sa formulation résultant de la loi n° 87570 du 22 juillet 1987.

Ce texte organise l'audition des mineurs par le juge du divorce avant que celui-ci statue sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale.

Cet article opère une distinction entre les mineurs âgés de moins ou de plus de treize ans.

Ainsi pour les mineurs de moins de treize ans, leur audition est une possibilité offerte au juge si leur audition paraît nécessaire et ne comporte pas d'inconvénients pour eux.

En revanche, pour les mineurs âgés de plus de treize ans, leur audition est de droit et le magistrat ne peut l'écarter que par une décision spécialement motivée qui n'est susceptible d'appel qu'avec la décision statuant sur l'autorité parentale.

Des expériences diverses et échanges de vues, il semblerait qu'en pratique l'audition des mineurs par le juge du divorce soit du domaine de l'exception et non pas la règle.

3 - 2 - L'expérimentation mise en place et résultant de la convention sus-énoncée va concerner la possibilité, avec l'accord du juge d'organiser à titre d'essai l'intervention d'avocats spécialisés dans toutes les procédures où les intérêts de mineurs pourront être en cause.

Cette expérimentation qui résulte de la convention signée se déroule dans le cadre d'une jurisprudence temporaire et locale avant l'élaboration de normes législatives nouvelles.

Cette expérience originale d'une évaluation et d'une expérimentation conventionnelles s'est achevée par le vote de la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 complétant et modifiant dans son chapitre V (articles 53 à 59) certaines dispositions du Code civil et assurant ainsi une meilleure garantie des droits et de la défense des intérêts de l'enfant mineur par son audition, son assistance et sa représentation en justice.

Il convient de remarquer que la loi nouvelle reprend la nécessité d'une dualité dans le mode d'intervention du mineur qui soit se limite à donner son opinion dans une procédure le concernant soit exprime la volonté d'être partie au procès par l'intermédiaire d'un administrateur ad hoc.

Pièces jointes :

- Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 (voir Chapitre V articles 53 à 59).
- Copie de la Convention signée entre le Ministère de la Justice et le Centre d'accès au droit.

**LOI n° 93-22 du 8 janvier 1993
modifiant le Code civil relative à l'état civil, à
la famille et aux droits de l'enfant et instituant
le juge aux affaires matrimoniales**

**CHAPITRE V
L'AUDITION DE L'ENFANT EN JUSTICE ET LA DÉFENSE DE
SES INTÉRÊTS**

Art. 53 - Il est inséré, après l'article 388 du Code civil, un article 388-1 ainsi rédigé :

Art. 388-1 - Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou la personne désignée par le juge à cet effet.

"Lorsque le mineur en fait la demande, son audition ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée. Il peut être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix. Si le choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne.

"L'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure".

Art. 54 - Il est inséré, dans la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, un article 9-1 ainsi rédigé :

Art. 9-1 - Dans toute procédure le concernant, le mineur entendu dans les conditions mentionnées à l'article 388-1 du Code civil, s'il choisit d'être entendu avec un avocat ou si le juge procède à la désignation d'un avocat, bénéficie de droit de l'aide juridictionnelle".

Art. 55 - Dans le premier alinéa de l'article 10 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 précitée, après les mots : "devant toute juridiction", sont insérés les mots : "ainsi qu'à l'occasion de la procédure d'audition du mineur prévue par l'article 388-1 du Code civil".

Art. 56 - Il est inséré, après l'article 388 du Code civil, un article 388-2 ainsi rédigé :

Art. 388-2 - Lorsque, dans une procédure, les intérêts d'un mineur apparaissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux, le juge des tutelles dans les conditions prévues à l'article 389-3 ou, à défaut, le juge saisi de l'instance lui désigne un administrateur *ad hoc* chargé de le représenter".

Art. 57 - Le dernier alinéa (3°) de l'article 290 du Code civil est ainsi rédigé :

"3° - Des sentiments exprimés par les enfants mineurs dans les conditions prévues à l'article 388-1".

Art. 58 - Le deuxième alinéa de l'article 398-3 du Code civil est complété par une phrase ainsi rédigée :

"A défaut de diligence de l'administrateur légal, le juge peut procéder à cette nomination à la demande du ministère public, du mineur lui-même ou d'office".

Art. 59 - L'article 317 du Code civil est ainsi rédigé :

"*Art. 317* - L'action en désaveu est dirigée, en présence de la mère contre un administrateur *ad hoc*, désigné à l'enfant par le juge des tutelles, dans les conditions prévues à l'article 389-3".

ANNEXE 2

CONVENTION

entre : le Ministère de la Justice représenté par Monsieur le Directeur des Affaires civiles et du Sceau et Monsieur le Directeur de la protection Judiciaire de la Jeunesse, d'une part,

et : le Centre d'accès au droit, association régie par la loi de 1901, dont le siège social est à Marseille (13006), 56, rue Montgrand, représentée par son président Monsieur le Bâtonnier Henri Bollet, d'autre part.

PRÉAMBULE

L'Ordre des Avocats au Barreau de Marseille et la CARSAM ont fondé le 28 février 1989 une association régie par la loi de 1901 dénommée : Centre d'accès au droit, dont l'objet est, dans le respect des lois et règlements en vigueur ainsi que de la déontologie professionnelle des avocats, d'améliorer l'accès au droit des personnes physiques ou morales et de promouvoir les garanties auxquelles tous les usagers du droit peuvent légitimement prétendre.

Le domaine d'intervention du CAD se situe hors du champ d'intervention actuelle de l'Etat constitué par l'Aide judiciaire et la Commission d'office.

Ses orientations suivent trois grands axes :

- la consultation,
- la formation,
- l'information.

Afin de réaliser un de ses principaux objectifs, à savoir : contribuer à assurer un meilleur accès au droit des mineurs, il est nécessaire que le Centre d'accès au droit bénéficie du concours financier de l'Etat.

C'est pourquoi les parties soussignées, l'Etat et le Centre d'accès au droit, ont arrêté et convenu ce qui suit.

La déclaration d'intention du Ministère de la Justice est annexée à la présente convention.

Faisant suite aux vœux du Gouvernement, comme exprimés notamment dans le courrier de la Direction de la protection judiciaire de la jeunesse du 23 mai 1990, le Centre d'accès au droit a constitué un groupe d'avocats de l'enfant.

Ces avocats ont fait acte de candidature volontaire afin de parfaire leur spécialisation en matière de droits des enfants et de consacrer une partie de leurs activités professionnelles aux expériences de formation - information - consultation de mineurs.

1 - Les avocats de l'enfant du Centre d'accès au droit vont suivre un programme de formation spécialisée dont le calendrier est annexé à la présente convention.

2 - Le Centre d'accès au droit organisera le 30 novembre 1990 à Marseille un colloque sur les droits de l'enfant.

Cette manifestation nécessitera une campagne publicitaire (journaux, radio, télévision, affiches, plaquettes de présentation...) et engendrera des frais d'organisation importants.

3 - Durant le mois de décembre 1990, la campagne publicitaire se poursuivra afin d'informer les usagers concernés des services mis à leur disposition (outre les moyens traditionnels il est prévu notamment l'apposition d'affiches sur les autobus, dans le métro et dans les écoles).

4 - Les prestations des avocats de l'enfant durant l'année 1991 seront les suivantes :

- Permanences hebdomadaires de consultations juridiques gratuites au Centre d'information Jeunesse, 4 , Rue de la Visitation à Marseille, qui ont été instituées dès le début de l'année 1990.

- Service téléphonique spécialisé dans les locaux de la Maison de l'avocat.

- Cycle de formation des élèves de 4ème et 3ème des CES et des élèves des lycées en collaboration avec les professeurs de sciences humaines, avec consultations privées par les élèves le sollicitant.

- Création d'un "Point Jeune" à Aubagne.

- Collaboration permanente avec la "Mission Jeunes", Allée Léon Gambetta à Marseille.

- Service de consultations juridiques spécialisées à la Maison de l'avocat.

- Interventions devant toutes les juridictions et dans toutes les procédures où les intérêts de l'enfant pourront être en cause et ce, en accord avec les chefs de juridictions marseillais et dans l'attente d'une extension de l'aide légale étatique à l'ensemble de ces intérêts.

5 - Le Centre d'accès au droit poursuivra son partenariat avec le conseil communal de prévention de la délinquance et continuera d'assurer des permanences dans les missions locales et antennes juridiques du CCPD déjà mises en place durant le 1er semestre 1990 à la mission locale des 15ème et 16ème arrondissement et à la Maison de réhabilitation (Secteur Saint-Mauront Bellevue).

6 - L'Ordre des avocats au Barreau de Marseille mettra à la disposition du CAD les locaux, le personnel, le matériel nécessaires au fonctionnement du service.

7 - Les avocats de l'enfant pourront bénéficier d'une indemnisation forfaitaire exclusivement destinée à couvrir leurs frais. Cette indemnisation comme celle de leurs prestations intellectuelles pour la formation, l'information, les consultations qu'ils dispenseront sera fonction des fonds dont le CAD disposera.

8 - Le CAD établira au mois de septembre 1991 un bilan de ses activités en matière de droit de l'enfant afférentes au 1er semestre 1991 auquel sera joint un compte administratif très précis,

- le CAD établira une évaluation intermédiaire trimestrielle,

- l'évaluation globale pour l'année 1991 sera réalisée en concertation avec les magistrats concernés et les directions du Ministère de la justice intéressées.

9 - Le Ministère de la justice accepte de participer à la mise en œuvre des actions décrites ci-dessus en versant au Centre d'accès au droit une subvention de 95.000 F pour l'année 1990.

10 - La présente convention pourra être renouvelée.

ASSEMBLÉE NATIONALE

N° 666

PROPOSITION DE LOI *tendant à instituer un avocat de l'enfant*

EXPOSÉ DES MOTIFS

Mesdames, Messieurs,

L'enfant actuel est différent de celui d'il y a seulement vingt ans, et ses conditions de vie sont différentes. Il bénéficie d'une plus grande autonomie. Son existence ne se borne plus au monde familial, il a une vie en dehors de cet univers, il passe les deux tiers de son temps hors du cercle familial. Le couple parental ne reste pas toujours uni, l'enfant peut être l'enjeu de litiges entre ses parents, mais quelles que soient ses conditions de naissance ou les vicissitudes de la vie, il doit pouvoir compter sur eux.

D'une manière générale, l'éducation de l'enfant, au sein de la famille, comme à l'école et dans la société, vise à favoriser sa capacité d'intégration et à le considérer dès son plus jeune âge comme un individu autonome et responsable.

Le regard de notre société sur l'enfant a aussi évolué au cours de l'histoire, et il continue à évoluer, qu'il s'agisse de reconnaître sa personne (cf. en particulier les travaux de Françoise Dolto), ou ses droits et ses devoirs dont certains sont déjà bien réels.

Notre pays est de plus en plus sensible au sort fait aux enfants et, en particulier, aux violences qu'ils subissent. De nombreuses initiatives sont prises, à tous les niveaux, pour améliorer leur protection.

Mais, au-delà de cette protection à assurer à un être fragile, un même désir anime progressivement tous ceux qui se préoccupent de l'enfance : il faut reconnaître aux mineurs de nouveaux droits personnels.

En cette année 1989, où nous commémorons la Révolution française et les droits de l'homme, et où nous voyons aboutir le projet de Convention internationale des droits de l'enfant, le thème des droits de l'enfant est au cœur d'un débat de société. L'opinion publique prend progressivement conscience que l'enfant est une personne, acteur de sa vie. Une évolution considérable des droits et de la capacité des mineurs a déjà eu lieu. L'enfant a déjà une certaine responsabilité pénale et civile. La représentation et l'audition de l'enfant devant la justice sont déjà prévues dans certains cas devant les juridictions spécialisées pour mineurs comme devant les autres juridictions.

D'une manière générale, l'enfant y est beaucoup plus considéré comme objet de droits (et de devoirs) que comme sujet de droits. Suivant les juridictions, sa place

est différente, mais sa parole est tout à fait exceptionnelle. De plus, il ignore ses droits et ne sait même pas où s'adresser pour les connaître. Et lorsqu'il est concerné, à quelque titre que ce soit, par une procédure judiciaire, il est rarement conseillé, accompagné et défendu personnellement. Les procédures au cours desquelles sa voix devrait pouvoir se faire entendre sont nombreuses, que ce soit en procédure pénale quand il est victime, témoin ou auteur d'infraction, que ce soit en procédure civile, devant le juge des enfants, le juge des tutelles, le juge des affaires matrimoniales ou le tribunal de grande instance. Sa défense varie d'une procédure à l'autre, elle est partielle, lacunaire, discontinue, mal adaptée, et trop souvent tributaire d'improvisations et de bénévolat. Elle constitue rarement un droit autonome, et elle n'est pas un droit garanti dans tous les cas.

Cette proposition de loi vise à instaurer une réelle défense de l'enfant en justice, en s'appuyant sur le principe général qu'il doit toujours être entendu dans la procédure qui le concerne, qu'il soit prévenu, victime ou témoin en matière pénale, demandeur ou défenseur en matière civile.

Certes, la parole de l'enfant doit être entendue avec prudence. Il ne faut pas faire peser sur lui la décision qui sera prise. Sa parole n'est pas celle d'un adulte en réduction, mais celle d'une personne en devenir. Ses facultés de discernement sont progressives et l'âge lui-même ne peut pas être pris en compte d'une façon rigide. Les moyens d'expression de l'enfant nécessitent une formation spécifique de celui qui l'écoute, qu'il s'agisse des magistrats, des avocats, des travailleurs sociaux. Au-delà d'ailleurs des professionnels, ce sont tous les adultes qui devraient apprendre à écouter à et entendre les enfants, à commencer par les parents qui sont les premiers investis d'une mission générale de protection, d'assistance et de représentation.

Sans méconnaître le rôle des parents, sans méconnaître le rôle du Ministère public, investi d'une mission générale de protection des incapables, sans méconnaître le rôle du juge des enfants, il faut reconnaître que, devant la justice, les droits des mineurs sont particulièrement vulnérables et il devient nécessaire qu'ils puissent être accompagnés au cours de la procédure par un défenseur actif et compétent.

L'intervention systématique de l'avocat est déjà obligatoire dans les affaires mettant en cause des mineurs délinquants. L'expérience montre que, très souvent, l'intervention de l'avocat commis d'office se limite à une présence formelle à l'audience. Remédier à cette situation impliquerait une révision d'ensemble de toute l'aide judiciaire. Il est souhaitable d'assurer sans attendre une véritable assistance aux mineurs. Plusieurs barreaux, avec le soutien de la Chancellerie, mènent actuellement des expériences. Mais leur financement, qu'il s'agisse de la formation complémentaire spécifique de l'avocat ou de la disponibilité pour une véritable défense, reste aléatoire et insuffisant. Il faut l'assurer de façon systématique. Une assistance juridique appropriée doit en effet être assurée dans tous les cas où le mineur est concerné par une décision judiciaire : enfants maltraités, victimes ou délinquants, adoption, émancipation, séparation des parents, action en recherche ou en désaveu de parenté, accidents de la route, accidents domestiques, actions à fin de subsides, administration de biens, héritage.

Chaque fois que son intérêt matériel ou moral est en jeu, il est nécessaire que l'enfant, dont les intérêts peuvent être divergents de ceux de ses représentants naturels, soit assisté pendant la procédure par un vrai défenseur, tout en sachant qu'en raison même de sa minorité et de sa non-solvabilité, des problèmes particuliers se posent, en ce qui concerne le choix de l'avocat, son mandat, sa rémunération, sa mission même (plaidera-t-il en fonction de la volonté ou des intérêts de l'enfant ?).

Quelles que soient les difficultés, il nous paraît nécessaire d'instaurer une réelle défense de l'enfant en justice et de confier à un avocat de l'enfant la mission

d'intervenir pour rechercher, avec le juge et le procureur, la meilleure mesure à adopter dans l'intérêt de l'enfant.

Dans cet esprit, la proposition de loi prévoit que l'enfant mineur doit être entendu dans toutes les procédures administratives et judiciaires qui le concernent, sauf si, bien entendu, son âge et son état y font obstacle.

Dès l'ouverture de la procédure, lorsque le respect des droits de l'enfant exige, et notamment si l'intérêt de l'enfant est opposé à celui de ses parents, il appartiendrait au juge compétent de faire désigner un avocat pour l'enfant après avoir entendu l'enfant mineur, si cela est possible et les parents. Cet avocat serait choisi librement et, si besoin est, sur une liste établie à cet effet par le Président du tribunal de grande instance, sur proposition du bâtonnier du conseil de l'ordre. Cette liste comprendrait les noms des avocats inscrits en raison de leur formation, leurs compétences et l'intérêt qu'ils portent aux questions de l'enfance.

En tout état de cause, le juge aurait l'obligation d'informer l'enfant mineur et les parents du droit de l'enfant d'être assisté et/ou représenté par un avocat.

Aucun enfant mineur ne pourrait être entendu dans une procédure pénale sans être accompagné par un avocat.

Par ailleurs, l'enfant mineur pourrait, à tout moment, et en particulier en dehors de toute procédure judiciaire ou administrative, demander conseil à un avocat inscrit sur la liste auprès du Tribunal de grande instance, liste qu'il conviendrait de diffuser largement.

La rémunération des avocats inscrits sur cette liste serait assurée par l'intermédiaire d'un fonds de garantie alimenté par un prélèvement sur les contrats d'assurance dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat.

Des décrets en Conseil d'Etat fixeraient les modalités d'application de la présente loi et notamment les règles relatives à l'inscription des avocats sur la liste établie auprès du Tribunal de grande instance et au fonds de garantie destiné à les rémunérer.

Tels sont les motifs de la proposition de loi qu'il vous est proposé d'adopter.

PROPOSITION DE LOI

Art. premier - L'enfant mineur doit être entendu, sauf si son âge et son état y font obstacle, dans toutes les procédures administratives et judiciaires qui le concernent.

Art. 2 - Le Président du Tribunal de grande instance, sur proposition du bâtonnier du conseil de l'ordre, établit, pour l'année judiciaire, une liste d'avocats choisis en raison de leur formation, leurs compétences et l'intérêt qu'ils portent aux questions de l'enfance.

Art. 3 - Le juge doit informer l'enfant mineur et les personnes titulaires de l'autorité parentale du droit de l'enfant d'être assisté et/ou représenté par un avocat.

Art. 4 - Dès l'ouverture de la procédure, après avoir entendu l'enfant mineur, sauf si son âge et son état y font obstacle, et les personnes titulaires de l'autorité parentale, le juge fait désigner un avocat lorsque le respect des droits de l'enfant l'exige.

Art. 5 - Aucun enfant mineur ne peut être entendu dans une procédure pénale avant qu'il n'ait été procédé à la désignation d'un avocat dans les conditions prévues à l'article 4.

Art. 6 - Tout enfant mineur peut, à tout moment, demander conseil à un avocat figurant sur la liste prévue à l'article 2.

Art. 7 - La rémunération des avocats figurant sur la liste prévue à l'article 2 est assurée par l'intermédiaire d'un fonds de garantie alimenté par un prélèvement sur les contrats d'assurance dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat.

Art. 8 - Les modalités d'application de la présente loi sont fixées par décret en Conseil d'Etat.

R.R.J. 1994-4
Pages 1307 à 1360

IIIème PARTIE

**L'ÉVALUATION LÉGISLATIVE
À L'ÉTRANGER**

L'ÉVALUATION LÉGISLATIVE EN ALLEMAGNE (*)

Par

Armin HÖLAND

Professeur au Zentrum für Europäische Rechtspolitik de l'Université de Brême

- 1 - INTRODUCTION
- 2 - ÉVALUATION LÉGISLATIVE AU SENS RESTREINT
 - 2.1 - Au niveau de la législation fédérale
 - 2.2 - Au niveau de la législation des länder
 - 2.3 - Le droit constitutionnel comme cadre et stimulus de l'évaluation législative
- 3 - ÉVALUATION LÉGISLATIVE AU SENS LARGE
 - 3.1 - Statistiques
 - 3.2 - Rapports gouvernementaux et interpellations parlementaires comme sources d'information
 - 3.3 - Recherches en sciences sociales sur la mise en œuvre du droit
- 4 - RÉSUMÉ

1 - INTRODUCTION

Mis à part les fonctions plutôt symboliques de démonstration de la vigilance parlementaire et d'affirmation de valeurs et d'évolutions sociales légitimes, le droit fixé par l'État doit remplir toute une série de fonctions instrumentales. Parmi celles-ci, la législation doit être en mesure d'apporter des preuves de son efficacité face au scepticisme généralement répandu dans la société.

2 - ÉVALUATION LÉGISLATIVE AU SENS RESTREINT

Les indicateurs de l'efficacité des lois et des effets qu'elles produisent peuvent provenir de sources multiples. La forme d'analyse de ces effets méthodologiquement la plus ambitieuse et scientifiquement la plus riche d'enseignements est constituée par l'évaluation législative. Pour des raisons tenant tant à l'organisation qu'au contenu, il n'est pas aisé d'en décrire la situation actuelle en République fédérale d'Allemagne. Pour ce qui est de l'organisation, les activités d'évaluation en RFA doivent être considérées à au moins deux niveaux législatifs, celui de l'état fédéral et celui de seize Länder (1).

(*) Communication à la Journée d'études du 7 avril 1994 au Sénat.

(1) Sur la répartition des compétences étatiques entre le Bund et les Länder voir Paraskevi Gilchrist, L'application du droit agricole communautaire dans le cadre du système juridique allemand, Revue du Marché Commun, n° 352, novembre 1991, pp. 818-824.

Il est encore plus malaisé d'avoir un aperçu des projets en matière d'évaluation législative du point de vue du contenu car de nombreuses connaissances liées à la pratique et à la recherche et concernant les effets législatifs n'apparaissent pas sous l'étiquette de la recherche sur l'évaluation.

2.1 - AU NIVEAU DE LA LÉGISLATION FÉDÉRALE

À l'échelon fédéral, il n'existe aucune instance de coordination en matière d'évaluation législative. Forme, date et thématique de l'évaluation des lois ou de l'exploration des besoins législatifs sont du ressort des cabinets ministériels.

Le département "Rechtstatsachenforschung" (études des faits juridiques) créé en 1973 au sein du ministère fédéral de la justice occupe à cet égard une position exemplaire. Il initie et coordonne de multiples projets de recherche dont une grande partie à trait à l'évaluation du droit et des institutions juridiques. À titre d'exemple, on citera les études sur les faits juridiques parues dans une publication maison et portant sur la pratique des mises en règlement judiciaire en République fédérale d'Allemagne (1), sur les alternatives en matière de procédure civile (2), sur les moyens de recours dans les procès civils (3), sur la garde commune, dans la pratique juridique, des enfants chez les parents divorcés (4) et les causes de divorce en République fédérale d'Allemagne (5).

C'est également ce département qui mène le programme de recherche coordonné depuis 1986 par le ministère fédéral de la justice et portant sur "l'analyse structurelle de l'administration de la justice" (6). De ce programme d'évaluation sont issues de nombreuses analyses empiriques sur les conditions de fonctionnement et sur les résultats de la justice (7), sur le Court Management (8), mais aussi sur le rôle et la fonction des avocats (9) ainsi que sur les conséquences des assurances de protection juridique (10).

(1) Volkmar Gessner/Barbara Rhode/Gerd Strate/Klaus-A. Ziegert, *Die Praxis der Konkursabwicklung in der Bundesrepublik Deutschland*, Köln 1978.

(2) Erhard Blankenburg/Walther Gottwald/Dieter Stempel (Hrsg.), *Alternativen in der Ziviljustiz, Berichte, Analysen, Perspektiven*, Köln 1982.

(3) *Rechtsmittel im Zivilprozeß - unter besonderer Berücksichtigung der Berufung*, hrsg. von Peter Gilles/Klaus F. Röhl/Paul Schuster/Dieter Stempel, Köln 1985; Peter Gilles, *Ziviljustiz und Rechtsmittelproblematik, Vorstudie zu einer Analyse und Reform der Rechtsmittel in der Zivilgerichtsbarkeit*, Köln 1992.

(4) Jutta Limbach, *Die gemeinsame Sorge geschiedener Eltern in der Rechtspraxis*, Köln 1989.

(5) Margret Rottleuthner-Lutter, *Gründe von Ehescheidungen in der Bundesrepublik Deutschland, Eine inhaltsanalyse von Gerichtsakten*, Köln 1992.

(6) Lutz von Raden/Dieter Stempel, *Neue Methoden in der Rechtsforschung und Rechtspolitik - Die Strukturanalyse der Rechtspflege*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 12 (1991), pp. 188-196; Dieter Stempel/Lutz van Raden, *Strukturanalyse der Rechtspflege. Forschung für eine zeitgemäße Justiz*, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1991, pp. 91-93; dieselben, *Forschungsergebnisse der Strukturanalyse der Rechtspflege und ihre Bedeutung für die Justiz in den neuen Bundesländern*, *Neue Justiz* 1991, pp. 138-143.

(7) Erhard Blankenburg/Dieter Leipold/Christian Wollschläger (éds.), *Neue Methoden im Zivilverfahren*, Köln 1991; Kienbaum, *Organisation der Amtsgerichte*, Köln 1992; Wibera, *Vergleichende Organisationsuntersuchung Verwaltungs/Finanzgerichte*, Köln 1991; Peter Gilles, *Ziviljustiz und Rechtsmittelproblematik. Beiträge zur Strukturanalyse der Rechtspflege*, Köln 1991; Hubert Rottleuthner/Ellen Böhm/Daniel Gasterstädt, *Rechtstatsächliche Untersuchung zum Einsatz des Einzelrichters*, Köln 1992.

(8) Klaus F. Röhl, *Court-Management in den USA*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 12 (1991), pp. 217-231.

(9) Rainer Wasilewski, *Streitverhütung durch Rechtsanwälte*, Köln 1990.

(10) Wolfgang Jagodzinski/Thomas Raiser/Jürgen Riehl, *Rechtsschutzversicherung und Streitverhalten. Bericht über eine empirische Untersuchung im Auftrag des Bundesministeriums für Justiz*, *NJW* 1993, pp. 1769-2775; dieselben, *Auswirkungen der Rechtsschutzversicherung auf die Rechtspflege*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 12 (1991), pp. 287-301.

2.2 - AU NIVEAU DE LA LÉGISLATION DES LÄNDER

On rencontre également au niveau des seize Länder une pluralité de sources d'information sur l'impact des législations : l'évaluation législative scientifique constitue une exception relativement isolée. Il n'est habituellement pas procédé systématiquement à des évaluations, mais seulement selon les besoins concrets dans le cadre d'actes législatifs. On relève occasionnellement à l'issue de projets législatifs d'envergure dans le domaine de la justice des observations sur la mise en pratique de la nouvelle loi (1).

L'absence d'activité, jusqu'à ce jour, des ministères de la justice des nouveaux Länder en direction de la recherche en matière d'évaluation prouve que cette dernière dépend également toujours du budget et des priorités fixées (2).

Parmi les anciens Länder on citera tout particulièrement le département installé en 1985 au ministère de la justice de Rhénanie du Nord-Westphalie "Recherche et statistique judiciaires", destiné à coordonner et à promouvoir la recherche sur les activités judiciaires. Ce département a commandé jusqu'en 1993 une vingtaine d'études sur les faits juridiques, parmi lesquelles on retiendra récemment celles portant sur la durée de formation des juristes, sur la diminution de la durée de la détention provisoire grâce à l'intervention plus fréquente de la "Gerichtshilfe" et sur les commission d'arbitrage et de conciliation en matière de droit locatif et de la construction en Rhénanie du Nord-Westphalie. Les données concernant la pratique de l'exécution des peines sont fournies par le Service criminologique dont l'organisation juridique est issue de l'administration judiciaire du land (3).

2.3 - LE DROIT CONSTITUTIONNEL, COMME CADRE ET STIMULUS DE L'ÉVALUATION LÉGISLATIVE

La Cour fédérale constitutionnelle allemande, par les arrêts qu'elle rend, donne une justification constitutionnelle intéressante de l'obligation qui est faite au législateur d'observer les effets produits par les lois et, par là-même, d'un stade antérieur de l'évaluation législative.

Dès le début des années soixante, la Cour constitutionnelle allemande "a, sur la base de la loi fondamentale, fait obligation au législateur d'éliminer dans les meilleurs délais les éléments anticonstitutionnels" (4). Cette exigence s'appuie sur l'obligation qui lie le législateur à l'ordre constitutionnel (art. 20, § 3 de la loi fondamentale), lequel ordre stipule également que les lois promulguées doivent rester en conformité avec la loi fondamentale, qui est la constitution de l'État allemand. En raison du caractère imprévisible de certaines évolutions, la Cour a certes reconnu au législateur le droit à des pronostics erronés, mais lui impose parallèlement, après qu'il a pris connaissance de l'évolution réelle de la situation, de les éliminer ou de les corriger en fonction de celle-ci (5). Au risque, typique en matière législative, d'une mauvaise appréciation des évolutions réelles, la Cour constitutionnelle a réagi en développant le modèle d'une obligation de correction qu'elle a, surtout dans les grandes décisions technologiques des années soixante dix et du début des années quatre vingts, transformé et d'une certaine manière processualisé en une obligation d'amendement découlant de la constitution (6).

(1) Cf. ministère de la justice de Basse-Saxe.

(2) Réponses écrites des ministères de la justice des Länder Brandebourg, Mecklembourg-Poméranie occidentale, Saxe, Saxe-Anhalt et Thuringe à la fin du mois de mars 1994.

(3) Art. 166 de la loi sur le régime pénitentiaire (Strafvollzugsgesetz).

(4) Voir Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 15, 337 (351).

(5) BVerfGE 25, 1 (13).

(6) BVerfGE 49, 89 (143 f. i.V.m. 130 f.) - Kalkar ; BVerfGE 50, 290 (335) - Mitbestimmung ; BVerfGE 53, 30 (58) - Mühlheim-Kärlich ; BVerfGE 56, 54 (76 f.) - Fluglärm.

Une indication constitutionnelle visant à l'amendement d'un texte existant et prononcé à nouveau en 1991 par la Cour constitutionnelle a provoqué un vif émoi parmi les juristes allemands. L'objet de cette procédure avait été une forte inégalité provoquée par le législateur lui-même concernant la taxation des revenus en capital. Afin de ne pas encourager la fuite des capitaux à l'étranger, le ministère fédéral des finances avait créé en 1979 une directive administrative dont l'inefficacité était prévisible. La conséquence en fut un déficit important dans la saisie statistique des revenus du capital ; on évalue à 50 % le volume des capitaux ayant ainsi échappé à l'impôt. Les conclusions de la Cour constitutionnelle sont remarquables du point de vue de l'évaluation dans la mesure où elles exigent une imposition fiscale égale tant juridiquement que factuellement. Selon la Cour, la loi fiscale matérielle doit être intégrée dans un environnement normatif "qui garantisse fondamentalement l'égalité de l'imposition également du point de vue de son succès réel" (1). Si cette condition quasi-empirique n'est pas remplie, le législateur est tenu de satisfaire à son obligation constitutionnelle de correction au risque de voir la norme fiscale matérielle déclarée elle-même anticonstitutionnelle.

Enfin, le caractère évaluatif de l'obligation de correction et d'amendement a été marqué avec force en 1993 par la Cour constitutionnelle lors de son arrêt, fort critiqué, relatif à la nouvelle réglementation de l'interruption de grossesse. Cette nouvelle réglementation avait été provoquée par l'art. 31, § 4 du traité d'unification. Elle avait comme arrière-plan l'existence parallèle en Allemagne unifiée de deux modèles juridiques concernant l'avortement, I.V.G. dans un délai donné (Fristenregelung) en Allemagne de l'Est, avortement sur l'indication thérapeutique (Indikationsregelung) en Allemagne de l'Ouest. Dans la seule partie du jugement du 23 mai 1993 concernant le problème, la deuxième chambre de la Cour constitutionnelle arrête : "Bien plus, en raison de son obligation de protection, il (le législateur) reste responsable du fait que la loi doive avoir véritablement pour effet d'offrir une protection adaptée et efficace contre les interruptions de grossesse. S'il s'avère après une période d'observation suffisante que la loi n'est pas en mesure de garantir la protection exigée par la constitution, le législateur est tenu d'œuvrer en modifiant ou en complétant les directives existantes en vue d'obtenir l'élimination des insuffisances et d'assurer une protection satisfaisant au minimum garantie par la constitution (obligation de correction et d'amendement)" (2).

Dans son arrêt récent concernant l'interruption de grossesse, la Cour constitutionnelle a fait évoluer sa doctrine de l'amendement vers une obligation d'observation de la part du législateur, obligation qui présente un grand intérêt du point de vue de l'évaluation législative. Selon la Cour, il est nécessaire que "le législateur observe les effets de son concept législatif de protection dans la réalité sociale (obligation d'observation)" (3). Pour cela il est tenu, à intervalles réguliers et selon des procédures adaptées -par exemple par la publication régulière de rapports gouvernementaux-, de s'assurer que la loi a effectivement pour conséquence les effets protecteurs attendus et s'il n'apparaît pas des déficits conceptuels ou dans l'application pratique. De plus, la Cour constitutionnelle donne des indications méthodologiques quant à l'exécution de l'obligation d'observation. Cette obligation suppose ainsi "que le législateur, dans le cadre de ses compétences, fasse en sorte de réunir et d'exploiter systématiquement les données nécessaires à l'évaluation des effets produits par la loi" (4).

(1) BVerfGE 84, 239 ; cf. Gerhard Uebersohn, *Das Schicksal unbeachteter Gesetze*, RiG 1993, pp. 172 ss. ; Brun-Otto Bryde, *Die Effektivität von Recht als Rechtsproblem*, Berlin/New York 1993.

(2) BVerfGE 88, 203 (309).

(3) BVerfGE 88, 203 (310).

(4) BVerfGE, loc. cit.

L'évolution de l'obligation faite par la Cour constitutionnelle au législateur d'observer les effets d'une loi et de les corriger présente également un grand intérêt du point de vue de la théorie législative, mais nous n'y ferons qu'une très brève allusion. Cette obligation confirme dans la pratique juridique les théories sur la transformation du processus législatif dans les sociétés post-industrielles. Les points essentiels du travail législatif ne concernent apparemment plus les grandes codifications programmatiques mais obéissent davantage au principe des "petits pas" et du "trial and error", ce qui entraîne un long travail de négociation et de coordination" (1).

3 - ÉVALUATION LÉGISLATIVE AU SENS LARGE

Mis à part l'évaluation législative au sens restreint, les experts ministériels et parlementaires chargés de la préparation, de la conception, de la lecture et de l'observation des lois ont à leur disposition une multitude de techniques et de sources d'informations proches de celles de l'évaluation. Ces dernières fournissent différents types de savoir de portée également très différente. Il n'est pas possible de porter un jugement global sur la qualité de ces sources d'information de type évaluatif. Leur capacité à servir de base à l'évaluation prospective ou rétrospective dépend du type de loi considéré et des conditions d'exécution des études empiriques.

3.1 - STATISTIQUES

Dans l'arrêt évoqué plus haut concernant l'interruption de grossesse, la Cour constitutionnelle avait indiqué que "des statistiques fiables et suffisamment pertinentes" étaient indispensables afin de pouvoir porter un jugement sur les effets produits par une loi (2). Les informations statistiques possèdent une très grande force suggestive dans le discours politique et juridique. Elles ont une réputation d'exactitude et d'objectivité. Or on oublie trop facilement que derrière cette impression d'exactitude dans l'échantillonnage peuvent se cacher de nombreuses inexactitudes dans la fabrication des données chiffrées. En outre, les données statistiques ne donnent que des informations insuffisantes, même sur une longue période, sur les rapports de cause à effet, par là-même sur l'un des points centraux de la recherche sur les effets législatifs.

La capacité des statistiques officielles à servir de base à un travail d'évaluation législative dépend en premier lieu du type de loi à examiner et des informations recherchées. D'une façon générale, on pourra constater que des relevés statistiques fiables et différenciés concernant des rapports de cause à effet techniques et aisément mesurables sont tout à fait suffisants pour déterminer les effets produits. Citons comme exemples les relevés statistiques dans le domaine de la protection de l'environnement (déchets, émissions polluantes et approvisionnement en eau) (3), les données relatives à l'évolution de la fréquence des accidents de la route (4) et du travail.

En dépit de l'impression d'exactitude qu'elle suggère, l'évaluation législative purement statistique touche rapidement à ses limites. Citons un exemple courant :

(1) Carl Böhrer, *Gesetzgebung - Programmatistische Ordnung oder tagespolitische Reaktion*, in : Hermann Hill (Hrsg.), *Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung*, Berlin 1989, pp. 55 ss. (71). Cf. Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main 1992, p. 522.

(2) BVerfGE 88, 203 (310 ss.).

(3) On citera comme exemple le projet de loi présenté par le gouvernement fédéral sur la réforme de la loi portant sur les données statistiques en matière d'environnement, BT-Drs. 12/6754 ; voir aussi le 22ème règlement d'application relative à la protection contre des atteintes nocives à l'environnement par des pollutions de l'air, des bruits, des vibrations ou des phénomènes semblables (*Bundesimmissionsschutzgesetz*) qui vise les valeurs limites de l'ozone.

(4) Cf. *Straßenbaubericht 1990 der Bundesregierung*, BT-Drs. 12/2113, p. 22.

ne rentre en ligne de compte pour l'analyse que ce qui a été mesuré. Si la mesure n'a pas été effectuée, par exemple si un accident dans une usine chimique, un accident de la route, un accident du travail ou une interruption de grossesse n'ont pas été officiellement communiqués, ces événements manqueront dans la réalité affectée par la loi. De plus, il est quasiment impossible à l'aide des seules données statistiques d'expliquer des effets aux implications sociales beaucoup plus complexes. Ainsi les effets de l'interdiction du harcèlement sexuel sur le lieu de travail ne sauraient être "mesurés". De même, la poursuite des statistiques fédérales sur les interruptions de grossesse telle qu'elle a été réclamée par la Cour constitutionnelle et reprise dans les nouveaux projets législatifs ne devrait pas suffire à évaluer de façon adaptée les effets produits par cette loi.

3.2 - RAPPORTS GOUVERNEMENTAUX ET INTERPELLATIONS PARLEMENTAIRES COMME SOURCES D'INFORMATION

Les rapports rédigés par le gouvernement constituent une source importante d'informations pratiques et à usage officiel, également en ce qui concerne les effets produits par les lois. La République fédérale en produit en grand nombre et sur des thèmes extrêmement variés. Ces rapports reposent en règle générale sur des données statistiques et des informations approfondies relevées auprès des acteurs et des experts du champ d'application de la loi, même si elles ont plus un caractère officiel que scientifique. Comme exemples de rapports réguliers ayant un rapport étroit à l'évaluation législative, nous citerons les études sur la protection animale, sur la prévention des accidents de la route, sur le recrutement des handicapés dans la fonction publique, sur le monde de l'enfance et de l'adolescence, sur l'expérience acquise lors de l'application de la loi sur le travail intérimaire (*Arbeitnehmerüberlassungsgesetz*) ainsi que sur les effets de la loi sur la lutte contre le travail clandestin. Il existe à côté des rapports gouvernementaux qui doivent être fournis régulièrement et qui ont souvent pour origine une demande légale, des rapports rédigés à partir d'événements concrets, comme par exemple celui sur la nouvelle loi sur les étrangers présenté à la mi 1993 par le gouvernement fédéral à la commission des affaires intérieures du Bundestag. Ce rapport contient une multitude d'informations sur l'expérience acquise dans la pratique de la loi, même si ces informations sont présentées d'un point de vue principalement institutionnel qui est celui des fonctionnaires chargés de l'application de cette loi.

Une autre source importante de savoir de type évaluatif provenant de la pratique parlementaire est constituée par les réponses du gouvernement fédéral aux questions écrites ou orales des députés. Un exemple récent ayant trait directement à l'évaluation législative est celui de l'interpellation du gouvernement par la fraction SPD du Bundestag sur l'état actuel de la délinquance juvénile et sur l'avis du gouvernement sur une éventuelle réforme du droit pénal appliqué aux mineurs.

3.3 - RECHERCHES EN SCIENCES SOCIALES SUR LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT

À côté de l'évaluation législative proprement dite, il existe un grand nombre de travaux de recherche effectués par des instituts de recherche relevant des budgets ministériels (1) ou par des établissements universitaires ou autres et qui se penchent

(1) Comme, par exemple, l'Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB) de la Bundesanstalt für Arbeit à Nurembourg, ou la Deutsche Jugendinstitut (DJI) à Munich.

également sur les effets du droit (1). On en trouve des exemples dans les études sur le marché du travail qui fournissent au législateur de façon continue et à un niveau méthodologique élevé des réponses sur les effets des instruments en matière de politique de l'emploi, ainsi que dans les études sur la jeunesse et la famille. La recherche en criminologie et l'étude des faits juridiques sous l'aspect du droit pénal fournissent entre autres des études empiriques et statistiques sur les résultats de la pratique informelle des sanctions chez les jeunes délinquants, sur le taux de récidive globalement moins élevé grâce aux "mesures de diversion" (2) et sur la mise en œuvre de la loi sur la protection des victimes d'infraction (3).

Un autre exemple d'étude ayant pour objet un thème fort différent mais comportant également des informations sur l'activité législative est une étude commandée par le ministère fédéral des femmes et de la jeunesse sur la situation sociale et juridique des prostituées. On y fait entre autres la constatation que les directives sur les zones interdites n'ont, dans les villes étudiées, généralement pas obtenu l'efficacité attendue dans la mesure où les prostituées ne respectaient souvent pas ces directives et transféraient le lieu de leur activité.

4 - RÉSUMÉ

Les champs d'activité parlementaire, ministérielle et scientifique de RFA fournissent en permanence, directement ou indirectement, une multitude d'informations sur les conditions d'application et sur les effets des lois et des institutions juridiques. Mais seul un petit nombre de ces informations satisfont aux exigences qui sont celles de l'évaluation législative au sens restreint du terme. Les conditions nécessaires à une évaluation législative organisée scientifiquement sont une définition aussi précise que possible du rôle du droit et de la conception législative retenue pour une observation du succès ou de l'échec d'une loi, l'examen des transformations du contenu que subissent les normes juridiques lors de leur application pratique, et la prise en compte de tous les effets de la législation, également des effets non prévisibles et de ceux qui vont à l'encontre des objectifs du législateur. L'évaluation législative doit être autre chose qu'une simple instance d'enregistrement des expériences officielles. Elle doit intégrer à l'analyse des effets les questions de la conscience juridique, des intérêts et des conditions d'actions des acteurs sociaux.

Même en présence d'une évaluation législative de bonne qualité subsiste une grande incertitude : que font les législateurs du savoir empirique mis à leur disposition ? Comment évaluer le travail effectué sur l'évaluation législative par le législateur ?

(1) On ne mentionnera que l'Institut für Rechtsstatsachenforschung à l'université de Constance, le Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht à Fribourg dans le Breisgau, l'Institut für Grundlagen und Grenzgebiete des Rechts, Fachrichtung Rechtssoziologie und Rechtsstatsachenforschung à l'université libre à Berlin (Prof. H. Rottleuthner), l'institut de recherches criminologiques de Basse-Saxe (KFN) à Hanovre, et le Zentrum für Europäische Rechts-politik à l'université de Brême.

(2) Voir les nombreuses contributions empiriques à ce sujet in : Bundesministerium der Justiz (sous la direction de), Jugendstrafrechtsreform durch die Praxis. Konstanzer Symposium, 4, Auflage, november 1992.

(3) Voir Michael Kaiser, Gesetzesimplementation und evaluation. Anspruch und Umsetzung des Opferschutzgesetzes, in : Kriminologische Forschung in den 90er Jahren, hrsg. von G. Kaiser und H. Kury, Freiburg i. Br. 1993, pp. 45-64.

L'ÉVALUATION LÉGISLATIVE EN BELGIQUE (*)

Par

Paul DELNOY

Professeur ordinaire à la Faculté de droit de l'Université de Liège (Belgique)

INTRODUCTION

Avant de vous présenter l'état de l'évaluation législative en Belgique, ce à quoi vous m'avez fait l'honneur de me convier, il me faut vous donner quelques précisions sur le concept d'évaluation législative qui m'a guidé.

Comme d'emblée il m'est apparu que, dans ce domaine, les vocables ne sont pas univoques, j'ai préféré adopter une définition large. Procéder de la sorte est de bonne méthode, lorsque - comme c'est le cas pour l'évaluation législative, en Belgique du moins, - on est aux débuts de l'étude d'un phénomène : user alors d'une définition étroite serait, en effet, risquer d'ignorer des réalités auxquelles on n'a pas donné le nom du phénomène examiné, alors qu'elle entretiennent avec lui une étroite parenté. Sans doute peut-il s'avérer ultérieurement que la définition utilisée était trop large, parce qu'elle a fait inclure dans l'étude des réalités qui portent le nom du phénomène concerné sans en posséder aucun de ses traits. Cet inconvénient de la méthode est toutefois moins grave que celui qui risquerait de résulter de l'usage d'une définition trop étroite : il est, en effet, plus aisé de devoir retrancher des points de l'étude que de devoir en ajouter.

Dès lors, on voudra bien voir dans ce qui suit la suggestion d'un cadre conceptuel d'analyse de l'évaluation législative en Belgique plutôt qu'un véritable inventaire de celle-ci. Si on l'adopte, il faudra sans doute ajouter des réalisations à celles qui, sans souci prématuré d'exhaustivité, seront données davantage pour montrer à quoi pourrait mener une recherche guidée par le concept d'évaluation législative ainsi défini.

(*) Communication à la Journée d'études du 7 avril 1994 au Sénat.

LE CONCEPT D'ÉVALUATION LÉGISLATIVE

1 - ÉVALUATION LÉGISLATIVE

a) L'évaluation législative c'est d'abord l'évaluation de la législation

C'est bien sûr *la loi* au sens strict qui en est le premier objet.

Mais il ne peut être question de limiter à celle-ci les investigations relatives à l'évaluation législative, parce que nombre de normes, bien que ne s'appelant pas "lois", en possèdent les caractères essentiels : *la Constitution* n'est rien d'autre qu'une "loi" adoptée dans le respect d'une procédure et à une majorité particulières ; *les décrets* sont les "lois" des Régions et des Communautés ; *les ordonnances* sont les "lois" de la Région de Bruxelles-Capitale.

Il ne peut même pas être question de se limiter à la législation en ce sens quelque peu élargi, parce qu'en Belgique, à s'en tenir, faute de temps, au niveau de l'État, l'essentiel du droit écrit est fait d'*arrêtés royaux* ou d'*arrêtés des gouvernements régionaux* ou *communautaires*. Sur vingt textes publiés au Moniteur belge, un est une loi, dix-neuf sont des règlements. En outre, de plus en plus fréquemment, la loi ne trace qu'un cadre très large qui laisse un vaste champ libre à l'initiative gouvernementale. Négliger l'évaluation des textes édictés par les Exécutifs, ce serait donc ignorer 95/100 de la législation, alors que, dans l'abstrait, au regard de l'évaluation, on n'aperçoit pas de différence significative entre la loi et les règlements.

En revanche, on négligera *la législation de l'Union européenne* - traités, règlements, directives - parce qu'elle n'est pas spécifique à la Belgique.

L'évaluation législative suppose qu'un texte existe, fût-ce sous forme de projet.

On ne comprendra donc pas dans l'évaluation législative, les jugements portés sur un texte *en voie d'élaboration*.

Comprendra-t-on dans l'évaluation législative, l'appréciation des *politiques* : politique économique, politique budgétaire, politique sociale, etc. ? Non, si, en définitive, le jugement ne doit pas porter, de manière suffisamment proche, sur des textes.

Comprendra-t-on le *contrôle de l'exécution* de la loi, par exemple, le contrôle de l'exécution du budget. Non, puisque ce contrôle n'entraîne d'aucune manière un jugement porté sur la loi.

b) L'évaluation législative ce pourrait être uniquement l'évaluation par le législateur dans le sens large où l'on vient d'entendre le mot

Mais, en ne prenant en considération que cette évaluation, on perdrait le bénéfice d'une évaluation de même nature réalisée *par d'autres acteurs* - les auteurs (je veux dire *la doctrine*) et *les juridictions*, notamment ; qui plus est : le bénéfice d'une évaluation objective, puisqu'elle n'amène pas l'évaluateur à porter un jugement sur son oeuvre.

2.- ÉVALUATION LÉGISLATIVE

Qu'est-ce, en effet, que l'évaluation législative, sinon, comme toute évaluation, un *jugement de valeur* porté sur la législation ?

a) Il faut, à cet endroit, préciser *les critères* qui doivent servir à prononcer un tel jugement : ce sont les qualités attendues de la législation.

Encore, pour que ledit jugement présente quelque utilité, il s'impose de préciser ces qualités de manière à ce qu'il soit possible de dire objectivement : "*au regard de telle qualité*, la législation est bonne et donc il s'indique de continuer à la créer de cette manière" ou, au contraire, "*au regard de telle qualité*, la législation est défectueuse, partant, il faut éventuellement la corriger et, en tout cas, veiller à ne plus créer des textes affectés de pareils défauts."

Les critères d'évaluation de la législation sont, en premier lieu, *les qualités intrinsèques* d'une norme écrite.

Ce sont, d'abord, celles de ces qualités qui tiennent à *la formulation*, à la mise en forme de la règle. Est-elle *correctement écrite* ? Il n'est évidemment pas question d'esthétique, mais de respect des règles de la langue dans laquelle la disposition légale est énoncée. Est-elle *compréhensible* ? Ne suscite-t-elle aucune difficulté d'interprétation ? Sa présentation facilite-t-elle *l'accès au droit* ?

Les qualités intrinsèques de la législation tiennent ensuite à *son contenu*. La loi que l'on évalue est-elle *complète* ? Est-elle exempte de toute lacune ? Est-elle en *harmonie* avec elle-même et avec les autres lois ? Peut-on dire qu'elle ne présente aucune antinomie ? Est-elle en *harmonie* avec *les normes qui lui sont supérieures* ? Respecte-t-elle les *valeurs* fondamentales du système juridique dans lequel elle s'insère : *égalité, sécurité juridique* ? Et surtout, est-elle l'exacte traduction des intentions du législateur ?

Les critères d'évaluation de la législation sont, en deuxième lieu, *les qualités extrinsèques* d'une loi.

À cet égard, se pose d'abord la question de savoir si elle est *effective* : produit-elle des effets ou constitue-t-elle du "bois mort" ? Il faut toutefois bien s'entendre sur l'effectivité attendue. Par exemple, on aurait tort de considérer comme inefficace une loi dont on ne parlerait jamais dans les prétoires.

Ensuite, on se demandera si la loi sur laquelle porte l'évaluation est *efficace* : sortit-elle les effets qu'on voulait lui voir produire ? Les objectifs poursuivis à travers elle sont-ils atteints ou, au contraire, a-t-elle des effets pervers ?

b) Reste à décider si on tient compte de toute évaluation législative peu importe le moment où elle est réalisée : *a priori*, c'est-à-dire avant l'adoption de la norme ou *a posteriori*, c'est-à-dire après son adoption.

Pour différentes raisons - les principales tiennent au coût de l'évaluation *a posteriori*, à la difficulté voire à l'impossibilité de la réaliser - on ne peut pas se priver de l'évaluation *a priori* nonobstant le vice qui l'affecte et qui tient à son caractère abstrait.

TRAITS DOMINANTS DE L'ÉVALUATION LÉGISLATIVE EN BELGIQUE

Quels sont donc, en Belgique, les traits dominants de l'évaluation législative ainsi conçue.

Je distinguerai l'évaluation antérieure de l'évaluation postérieure à l'adoption de la norme

1.- L'ÉVALUATION A *PRIORI*

Il est, pour la majorité des lois au sens large, une évaluation à laquelle elles *doivent juridiquement être soumises* avant leur adoption. Il en est une autre, *dépourvue de tout caractère obligatoire*, dont les plus importantes d'entre elles font l'objet.

a) L'évaluation obligatoire

Au niveau fédéral, j'ai dit l'importance des arrêtés royaux en tant que normes dérivées. A cela s'ajoute le fait que le Roi formant une des branches du Pouvoir législatif peut déposer des projets de lois. Et l'on observe que 90 % des lois adoptées sont d'origine gouvernementale.

Tout ce qui va être dit à leur propos peut être appliqué *mutatis mutandis* aux arrêtés des gouvernements régionaux et communautaires et aux projets de décrets provenant d'eux.

Tout *projet d'arrêté royal* contenant une norme générale et *tout avant-projet de loi émanant d'un ministre fédéral* doit être soumis pour avis à la *Section dite "de législation" du Conseil d'État* (art. 3, § 1er des lois coordonnées sur le Conseil d'État).

Certes, cette obligation souffre des exceptions. La première concerne les projets relatifs aux budgets, aux comptes, aux emprunts, aux opérations domaniales et au contingent de l'armée. L'avis ne doit pas non plus être sollicité en cas d'urgence spécialement motivée. Mais ces exceptions sont en nombre relativement limité, en sorte qu'on peut dire que l'immense majorité des textes qui composent la législation belge au niveau fédéral requiert obligatoirement cet avis.

Or il est donné à la suite d'un examen qui porte sur la plupart des qualités qui ont été relevées comme critères d'évaluation de la législation. En effet, le Conseil d'État examine les qualités formelles du texte en projet ; il vérifie s'il traduit bien l'intention de son auteur ; il voit s'il est en harmonie avec lui-même et avec les normes existantes, spécialement avec celles qui émanent de législateurs supérieurs.

On sait que depuis 1980, la Belgique est organisée suivant un fédéralisme original : sur le territoire du pays coexistent trois sortes de législateurs dont les compétences sont définies autant *ratione materiae* que *ratione loci*. Pour prévenir les conflits de compétence qu'une telle organisation risque de susciter, tout avant-projet de loi, même en cas d'urgence spécialement motivée, doit être soumis pour avis à la Section de Législation du Conseil d'État sur le point de savoir s'il a bien pour objet des matières relevant de la compétence de l'État fédéral (art. 3, § 2 des lois coordonnées sur le Conseil d'État).

Il n'y a donc, pour ainsi dire, que l'effectivité et l'efficacité futures du texte projeté qui ne sont pas évaluées par le Conseil d'État.

Quelle est, cela étant, la portée de cette évaluation *a priori* obligatoire ? L'avis qui la contient ne lie pas son destinataire : le Roi peut déposer son projet de loi et le Législateur, l'adopter sans en tenir compte. On verra toutefois que, sur

certain points, s'ils agissaient de la sorte, ce ne serait pas toujours impunément. De même, le Roi pourra adopter son arrêté royal sans tenir compte de l'évaluation opérée par le Conseil d'État ; mais il y aura risque qu'un particulier ne demande alors son annulation par le Conseil d'État-Section dite d'administration.

b) L'évaluation non obligatoire

1.- Les *propositions de loi*, c'est-à-dire les textes déposés à l'initiative d'un membre du Parlement, ne sont pas obligatoirement soumises à un examen préalable par le Conseil d'État. Mais *le président du Sénat et de la Chambre des représentants* peut les soumettre pour avis à la Section de Législation du Conseil d'État (art. 2, § 1er des lois coordonnées sur le Conseil d'État).

Il est même tenu de le faire, lorsqu'un tiers au moins des membres de l'assemblée intéressée ou la majorité des membres d'un groupe linguistique de l'assemblée intéressée en font la demande (art. 2, § 2 des lois coordonnées sur le Conseil d'État).

Il en va de même - initiative du Président ou obligation pour lui - pour les *projets de loi*, c'est-à-dire pour les textes déposés par le Roi ou pour la *propositions de loi votées par une des deux chambres*, mais qui doivent encore être adoptés par l'autre assemblée.

Il en va de même *mutatis mutandis* pour les *propositions et projets de décret ou d'ordonnance*.

2.- Lorsqu'un texte d'une certaine importance ou un code est élaboré, le législateur ne manque pas, en général, de procéder ou de faire procéder au préalable à une évaluation législative des *textes antérieurs*.

C'est ce qui a été fait de 1963 à 1967, par exemple, lorsque l'élaboration d'un Code judiciaire a été confiée au professeur Van Reepinghen et à Monsieur Krings, professeur et procureur général à la Cour de cassation.

Toujours à propos de lois importantes, il n'est pas rare également de voir *la doctrine* procéder d'initiative à l'évaluation des textes en projet.

Je ne songe pas ici à l'évaluation dont je parlais il y a un instant et que réalisent les experts ou les groupes d'experts auxquels le législateur lui-même - le plus souvent le Roi par l'intermédiaire du ministre qui a pris l'initiative du projet - fait de plus en plus souvent appel pour élaborer la loi. Je songe à des examens systématiques de lois importantes auxquels se livrent des auteurs au moment où elles ont pris forme.

C'est ainsi, pour donner un exemple qui intéresse la France en ce moment, que quatre ans avant son adoption, le texte qui allait devenir la loi belge du 14 mai 1981 modifiant les droits successoraux du conjoint survivant a fait l'objet de Journées notariales, au cours desquelles le projet de loi a été jugé à l'aune de tous les critères d'évaluation que j'ai énoncés (Les Journées Notariales de Liège, 7 et 8 octobre 1977, Le statut civil du conjoint survivant, Fédération royale des notaires de Belgique). Notamment, on a supputé l'utilité de l'accroissement des droits successoraux du conjoint, on s'est interrogé sur les effets possibles de la création en sa faveur d'une réserve héréditaire, on a tenté de mesurer l'impact d'une suppression de la défaveur à l'égard des conjoints en secondes noces, etc. Et cette évaluation *a priori* a conduit le législateur à confirmer son projet sur certains points et à le modifier sur d'autres.

2 - L'ÉVALUATION A *POSTERIORI*

Il est procédé également à des évaluations après l'adoption des textes. A cet égard, je puis faire état de réalisations, mais aussi de projets.

a) Les réalisations

1.- Plus fréquemment qu'auparavant, encore que de manière non systématique, on voit le législateur, au terme de l'adoption d'une loi, confier à un *organe* composé d'experts, la mission de procéder à l'évaluation des effets ou de l'application de ladite loi, souvent d'ailleurs, en assortissant celle-ci de la promesse de la modifier si les effets relevés par ledit organe n'étaient pas ceux que l'on escomptait.

Je donnerai deux illustrations récentes de cette technique.

a.- Alors que par sa loi du 3 avril 1990 relative à l'interruption de grossesse, le législateur venait de - *brevitatis causa* - dépenaliser l'avortement, par une loi du 13 août de la même année (Mon. b., 20 octobre 1990, p. 20101), il a "institué une Commission nationale d'évaluation chargée d'évaluer l'application des dispositions relatives à l'interruption de grossesse." (art. 1er, § 1er de la loi du 13 août 1990).

"La Commission est composée de seize membres, dont neuf femmes et sept hommes. Ils sont désignés en fonction de leurs connaissances et de leur expérience dans les matières qui relèvent de la compétence de la Commission. Huit membres sont docteurs en médecine, dont quatre au moins sont professeurs de médecine dans une université belge, ou avocats. Quatre membres sont issus de milieux chargés de l'accueil et de la guidance des femmes en état de détresse." (art. 1er, § 2 de la loi du 13 août 1990). Ces personnes ne peuvent être membres ni d'une assemblée législative, ni d'un gouvernement.

La Commission est chargée d'établir à l'attention du Parlement, pour le 31 août 1992, et par la suite tous les deux ans, un rapport statistique portant sur un certain nombre de données relatives aux avortements pratiqués, un rapport détaillant et évaluant l'application et l'évolution de l'application de la loi ; le cas échéant, elle peut faire au Parlement "des recommandations en vue d'une initiative législative éventuelle et/ou d'autres mesures susceptibles de contribuer à réduire le nombre d'interruptions de grossesse et à améliorer la guidance et l'accueil des femmes en état de détresse" (art. 1er, § 3 de la loi du 13 août 1990).

L'article 8 de la loi du 13 août 1990 prévoit qu'"un débat se tiendra à la Chambre et au Sénat dans les six mois du dépôt des premiers rapports et, le cas échéant, des recommandations de la Commission d'évaluation (...)".

b.- La deuxième illustration est tirée de la loi du 16 juillet 1993. Par ce texte, le législateur belge a introduit le système dit des écotaxes. Selon ceux qui ont été à l'origine de cette loi - les partis écologiques -, "l'écotaxe frappe un produit lorsque le législateur estime qu'il génère des nuisances écologiques substantielles. Son montant doit être suffisamment élevé pour entraîner une réorientation des modes de production et de consommation vers des produits et des comportements plus acceptables sur le plan de l'environnement, de la préservation des ressources naturelles et de la santé. Sur le plan de la technique fiscale, elle est assimilée aux accises. Comme une accise, elle est due lorsque le produit est mis à la consommation sur le marché belge. Cela signifie que l'importation destinée à la mise à la consommation est soumise à l'écotaxe tandis que la production destinée à l'exportation de l'est pas." (Les écotaxes, CEFE, 2è éd., p. 8).

Le législateur a dressé la liste des produits nuisibles pour l'environnement qui seraient "écotaxés" : certains emballages (récipients pour boissons ou pour quelques produits industriels), papiers et cartons dont le contenu en fibres recyclées est jugé insuffisant, objets à usage unique (sauf s'ils sont à usage médical), piles non consignées et pesticides (sauf s'ils sont destinés à l'agriculture) ; et pour permettre et aux producteurs et aux utilisateurs de ces produits de s'adapter, notamment en se tournant vers des produits "alternatifs non écotaxés", un calendrier de mise en vigueur progressive de la loi, suivant les produits concernés, a été adopté.

Cette loi a rencontré l'opposition de ceux qui ont prétendu qu'elle aurait des effets pervers sur le plan de l'emploi et que son application coûterait plus qu'elle ne rapporterait. Les auteurs du système, non convaincus par ces objections, ont toutefois admis qu'il convenait "d'en évaluer l'efficacité écologique (...) comme de bien appréhender (s)es conséquences socio-économiques et de santé publique" (Les écotaxes, CEFE, 2^e éd., p. 43).

Aussi bien, le législateur a mis en place une commission de treize experts choisis en raison de leur compétence dans les matières concernées par les écotaxes. Cette Commission du suivi, comme on l'appelle, a pour tâche d'évaluer le système des écotaxes, de voir quelles sont ses conséquences sur le plan économique, de proposer des modifications, de suggérer éventuellement de nouvelles écotaxes, de participer à des campagnes d'information et de sensibilisation du public et d'établir un rapport annuel (art. 386 à 390 de la loi du 16 juillet 1993). Pour accomplir sa mission, la commission du suivi devrait s'appuyer notamment sur des "écobilans" : l'écobilan est la "mesure de l'impact total sur l'environnement de la fabrication, de l'utilisation et de l'élimination d'un produit déterminé" (Les écotaxes, CEFE, 2^e éd., p. 39).

2.- Une évaluation de la législation *a posteriori* est également réalisée par les juridictions.

C'est celle qu'implique le contrôle dit "de légalité" (Voy. Ch.-A. Morand, *Figures de la légalité*, Publisud, Paris). Si, à notre sens, ce contrôle relève, par certains côtés, d'une théorie générale de l'évaluation législative, c'est parce qu'il suppose que la norme qui en est l'objet soit appréciée par rapport à certains des critères de qualité de la loi énoncés en commençant.

a) Il y a d'abord l'évaluation que réalise la *Cour européenne des droits de l'homme* dont la Belgique a reconnu de longue date la juridiction. La Cour de Strasbourg apprécie la *conformité du contenu de la législation à la Convention européenne des droits de l'homme et aux Protocoles additionnels*.

C'est, par exemple, à la suite d'une de ces évaluations que la Belgique a dû changer radicalement sa législation relative à l'établissement et aux effets de la filiation. Dans son célèbre arrêt *Marckx*, la Cour de Strasbourg avait estimé, en effet, que la législation belge dans ce domaine, héritée du Code Napoléon, constituait une violation des articles 8 et 14 combinés de la Convention de Rome et du Premier Protocole additionnel.

b) En 1980 a été créée, en Belgique, une *Cour d'arbitrage* chargée d'apprécier le respect par la loi et les décrets des répartitions de compétences entre l'État fédéral, les Régions et les Communautés.

En 1989, ladite Cour a été chargée, en outre, d'apprécier le respect par la loi et les décrets des articles 10-11 et 19 de la Constitution. Les articles 10 et 11 de la Constitution garantissent aux Belges l'égalité devant la loi.

En vertu de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, le Gouvernement fédéral, celui d'une Communauté ou d'une Région, mais également toute personne physique ou morale justifiant d'un intérêt peut faire procéder par la Cour d'arbitrage à l'évaluation d'une loi ou d'un décret par rapport aux règles constitutionnelles que je viens de citer. Le texte qui est déclaré les violer est annulé.

Au surplus, toute juridiction qui aurait à appliquer une loi ou un décret peut être amenée, par voie de question préjudicielle, à demander à la Cour d'arbitrage de se prononcer sur la validité du texte à appliquer au regard des mêmes normes constitutionnelles.

Ainsi, par exemple, il a été demandé à la Cour d'arbitrage d'apprécier l'article 319, § 3 du Code civil au regard de l'article 10 de la Constitution. L'article 319, § 3 du Code civil impose à l'homme qui veut reconnaître un enfant mineur d'obtenir, au préalable, le consentement de la mère de cet enfant, alors que la femme qui veut reconnaître son enfant n'a à solliciter le consentement de personne. Sur question préjudicielle posée par une juridiction de l'Ordre judiciaire, la Cour d'arbitrage a estimé que cette disposition est discriminatoire : en violation de l'article 10 de la Constitution, elle établit entre les hommes et les femmes une distinction non justifiée raisonnablement et légitimement. Dès lors la juridiction qui a posé la question a pu écarter l'application du texte discriminatoire.

c) Troisième réalisation d'évaluations *a posteriori*. En 1971, la Cour de cassation de Belgique a rendu l'arrêt Franco-Suisse-le-Ski par lequel elle a reconnu à toute juridiction de l'Ordre judiciaire le pouvoir de vérifier la conformité de toute loi aux normes internationales directement applicables.

C'est sur le fondement de cet arrêt que les juridictions belges ne se privent pas de vérifier le respect par les lois de quantités de normes d'origine internationale. Dans ce cadre, l'évaluation porte sur le contenu des lois, non sur le processus de leur élaboration, ni sur leur effectivité ou leur efficacité.

En octobre dernier, par exemple, c'est "en application" de cette jurisprudence que la Cour de cassation a estimé contraires aux articles 8 et 14 combinés de la Convention européenne des droits de l'homme, les articles 765 et 766 du Code Napoléon, déclarés par l'article 107 de la loi du 31 mars 1987 encore applicables aux successions laissées par les enfants naturels avant le 6 juin 1981. En conséquence, elle en a écarté l'application aux successions ouvertes après le prononcé de l'arrêt Marckx (13 juin 1979).

Quant aux *règlements* - les arrêtés royaux, par exemple - les tribunaux de l'Ordre judiciaire ont eu de tout temps, en vertu de l'article 159 de la Constitution, le pouvoir d'en écarter l'application s'ils estiment que leur élaboration ne s'est pas réalisée dans les conditions légales ou constitutionnelles et si, sur le plan de leur contenu, ils sont en conflit avec les normes qui leur sont supérieures.

d) Enfin, lorsqu'un arrêté royal a été adopté, tout intéressé dispose de soixante jours pour le faire juger par le Conseil d'Etat-Section d'administration. Ce dernier est, en effet, habilité à statuer par voie d'arrêtés sur les recours en annulation pour violation par un tel texte des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir. Le Conseil d'État procède donc à une évaluation *a posteriori* qui ne dit pas son nom, puisqu'à l'exception de l'effectivité, de l'efficacité de la norme, ainsi que de la correction de la langue, il passe l'arrêté royal attaqué au crible des autres critères d'évaluation.

3.- La doctrine joue également un rôle dans l'évaluation *a posteriori* des textes et forcément, elle peut la faire porter sur toutes les qualités souhaitées de la loi.

J'en donnerai trois illustrations récentes.

Le législateur belge de 1991 a créé l'institution de l'administration provisoire, pour pourvoir à la gestion des biens de personnes inaptes momentanément ou durablement. Certaines des études doctrinales qui ont pris cette loi pour objet ont fait apparaître les imperfections dont elle est affectée et notamment les lacunes qu'elle présente.

Le "regard" posé récemment par M. Alain Delcamp sur les Institutions des Bruxelles (Bruylant-Bruxelles, 1993, 421 p.) n'est rien d'autre qu'une évaluation doctrinale *a posteriori* d'une partie importante de la législation de droit public.

Autre illustration du rôle de la doctrine dans l'évaluation législative *a posteriori* : la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège a organisé, en 1993, un colloque qui porte sur la question de savoir dans quelle mesure la législation belge procure la sécurité juridique aux citoyens de ce pays.

b) Les projets

À côté des réalisations existent des projets. D'une part, à la suite de la dernière révision de la Constitution, d'aucuns pensent que le Sénat pourrait jouer un rôle dans l'évaluation législative. D'autre part, trois propositions de loi déposées par des parlementaires impliqueraient pour être mises en oeuvre une systématisation de l'évaluation législative.

1.- Le possible nouveau rôle du Sénat

La dernière réforme constitutionnelle, qui a eu lieu en 1993 et qui a consacré dans les textes la structure fédérale de la Belgique, a notamment réduit les compétences du Sénat. Elle entrera en vigueur lorsque les chambres seront renouvelées.

Demain, dans le cadre de l'élaboration de la loi, le Sénat n'interviendra plus à égalité avec la Chambre des Représentants que dans cinq catégories de matières strictement énoncées à l'article 77 de la Constitution. Pour quatre matières (art. 74 de la Constitution), il ne jouera plus aucun rôle. Ainsi, il n'exercera plus ni le contrôle politique de l'action gouvernementale, ni la fonction budgétaire. Et il ne connaîtra plus de la plupart des lois "d'intérêt privé" au sens large - droit civil, droit pénal, droit commercial, etc. -, que si un de ses membres prend l'initiative de déposer une proposition ou si quinze de ses membres demandent que le projet de loi adopté par la Chambre des représentants soit examiné par lui.

Comme le dit le professeur Cerexhe, "le Sénat devrait davantage apparaître dans l'avenir comme une enceinte de réflexion où s'élaboreront les grandes réformes législatives. Il deviendra, selon le souhait du Constituant, une chambre de réflexion garante de la qualité de la législation (...)." (E. Cerexhe, *La Réforme de l'État belge*, p. 27). Aussi bien, nombre de personnes voient bien le Sénat de demain prendre en charge l'évaluation législative, si on décide de la réaliser de manière quelque peu systématique.

2.- Les propositions de systématisation de l'évaluation législative

Précisément, trois parlementaires ont déposé chacun une proposition de loi dont la mise en oeuvre impliquerait la réalisation d'une évaluation législative systématique.

a) *La première proposition* est plus avancée que les deux autres sur le plan parlementaire, puisqu'elle a déjà été adoptée par le Sénat (Doc. parl., Chambre, n°

1076/1 - 92/93, projet de loi créant une commission nationale chargée de la coordination et de la simplification de la législation). Elle tend à la création d'une commission nationale de vingt-cinq experts qui serait chargée de faire des propositions de coordination ou de simplification de toute la législation belge.

Son auteur, le sénateur Cerexhe, l'a émise après avoir fait les constats suivants : "aujourd'hui (...) le droit est souvent inconnu de ceux qui en sont les sujets. Les textes sont épars à travers des normes multiples qu'il est souvent difficile de découvrir. (...) Les normes juridiques sont souvent incompréhensibles de la part du citoyen moyen qui se voit dès lors forcé de recourir à des spécialistes pour en pénétrer toute la signification. Cette incompréhension résulte soit d'un langage ésotérique souvent marqué d'une technicité exagérée, soit d'une incohérence dans la structuration du système juridique, soit d'une dispersion anarchique des règles. A cela, il faut ajouter que les réformes législatives se sont généralement traduites par des additions ou des modifications partielles reflétant des préoccupations dépourvues d'une vision d'ensemble quant aux finalités et aux objectifs à atteindre. Le plus souvent, on a complété et modifié des textes existants sans abroger ceux qui étaient désuets, créant ainsi des contradictions parfois absurdes." (Doc. parl., Sénat, n° 271-1 (S.E. 1988), p. 1 et 2). Bref, l'objectif est de "redonner au droit une certaine cohérence, de telle façon qu'il forme un ensemble dans lequel les normes s'intègrent les unes aux autres pour former un tout, simple, clair et compréhensible, permettant ainsi à chacun, gouvernants comme gouvernés, de déterminer en toute sécurité sa propre conduite." (Doc. parl., Sénat, n° 271-1 (S.E. 1988), p. 2).

b) Une *deuxième proposition* tend à ce qu'il soit procédé systématiquement à une actualisation des lois et des règlements (Doc. parl., Chambre, n° 481/1 - 91/92 (S.E.)), proposition tendant à insérer un article 65*bis* dans le Règlement de la Chambre des Représentants et à en modifier l'article 66, déposée par M. Daems).

Selon ce texte, au début d'une législature, chaque commission permanente de la Chambre des représentants ferait le relevé des lois qui n'auraient pas été modifiées depuis plus de quinze ans. Il serait alors procédé à une actualisation de ces lois, outre d'ailleurs celles que les parlementaires voudraient voir ajouter à cette liste.

La proposition distingue l'actualisation à caractère technique de l'actualisation à caractère social. La première consiste à procéder à des adaptations de vocabulaire. Par exemple, on réécrira la disposition constitutionnelle assurant l'inviolabilité du secret des lettres (art. 29 de la Constitution) de manière à ce que, comme chacun s'entend à le reconnaître, elle s'applique également aux conversations téléphoniques, au téléfax et autres formes modernes de communication individuelle (Doc. parl., Chambre, n° 1164/1 - 89/90, p. 3). La seconde consiste à adapter les textes "au contexte social et institutionnel du moment" (Doc. parl., Chambre, n° 1164/1 - 89/90, p. 5). Par exemple, on réécrira l'article 77 du Code civil pour tenir compte de ce qu'en réalité, la constatation d'un décès ne se fait plus comme ce texte l'exige (Doc. parl., Chambre, n° 1164/1 - 89/90, p. 5).

La proposition tend à modifier le règlement de la Chambre des représentants pour faire en sorte que les actualisations techniques aient, dans la procédure parlementaire, le même statut que les projets de loi, c'est-à-dire qu'elles soient traitées en priorité.

c) Enfin, le député Vande Lanotte a déposé une *proposition* de loi instituant une évaluation triennale de la législation (Doc. parl., Chambre, n° 439/1 - 91-92 (S.E.)).

Selon l'article 1er de cette proposition, "une évaluation générale de la législation et de la réglementation en vigueur est organisée tous les trois ans. Cette

évaluation a pour but d'adapter de manière ordonnée les normes juridiques qui sont dépassées en tout ou en partie ou dont l'exécution, l'interprétation ou l'application pose de sérieux problèmes (...)" Il est toutefois bien entendu que "les normes dont l'adaptation pose un problème politique manifeste sont omises." (art. 2, § 1er de la proposition).

Sans êtres identiques, cette proposition et la précédente poursuivent des objectifs semblables et requièrent, pour leur mise en oeuvre, une évaluation de la législation d'après les qualités intrinsèques des normes écrites. La caractéristique de la proposition de M. Vande Lanotte réside en ce qu'elle confie le travail d'évaluation de la législation au Conseil d'État, tout en laissant aux Chambres, éclairées par une note du Gouvernement établie à la suite du rapport d'évaluation du Conseil d'État, le soin de se prononcer sur les mesures appropriées.

Étant donné leurs grandes similitudes, ces deux propositions ont été examinées simultanément par une sous-commission de la Commission de révision de la Constitution de la Chambre, laquelle a recueilli les avis de six experts non parlementaires (il n'est toutefois pas encore possible de s'y référer, parce que, bien que la sous-commission ait mis un terme à ses travaux il y un an, ceux-ci n'ont pas encore fait l'objet d'une publication officielle).

CONCLUSION

Au terme de cet examen, je hasarderai un jugement sur l'évaluation législative en Belgique. Il n'aura toutefois aucun caractère définitif, attendu le caractère théorique et non exhaustif de l'inventaire qui vient d'être dressé.

On observe que l'évaluation qui est pratiquée le plus systématiquement est celle qui porte sur ce que j'ai appelé *les qualités intrinsèques* de la loi et qui est réalisée soit *a priori* par la Section de Législation du Conseil d'État, soit *a posteriori* par la Cour d'arbitrage, les juridictions de l'Ordre judiciaire et la Section d'administration du Conseil d'État.

L'évaluation de *l'effectivité* et de *l'efficacité* de la législation est très peu développée ; même les propositions et projets visant explicitement à systématiser l'évaluation législative n'envisagent pas qu'elle pourrait porter sur ces qualités.

A cela s'ajoute la très grande efficacité de l'évaluation de premier type : très souvent elle amène le législateur à purger la législation des vices décelés à cette occasion. D'aucuns en doutent qui ne font que souligner la baisse de qualité de la législation. Mais que serait-ce si le Conseil d'État n'intervenait pas *a priori* et si les juridictions ne pouvaient pas invalider des textes mal faits - "mal faits" relativement aux diverses qualités souhaitées de la législation.

On peut toutefois, cela étant, regretter que l'évaluation *a priori* ne soit pas plus développée et surtout ne soit pas plus contraignante, car pour la sécurité juridique des citoyens il serait sans conteste souhaitable de développer une politique de prévention des défauts de la législation, plutôt qu'un système de purge de ses vices.

Quant à l'évaluation de l'effectivité et de l'efficacité de la législation, celles de ses réalisations qui ont été évoquées sont trop récentes et trop minces pour permettre une appréciation. Et même, dans l'état actuel des choses, on prendrait trop de risques à parier sur leurs résultats futurs.

La Commission nationale d'évaluation de la loi relative à l'interruption de grossesse a rencontré des difficultés pour commencer à entreprendre ses travaux. Le 21 août 1992, elle a remis un premier rapport dans lequel elle se borne à rendre compte de ses activités. Elle a déposé un rapport intérimaire en septembre 1993 (Doc. parl., Chambre, n° 1171/1 - 92/93, Sénat, n° 847-1 (1992-1993)). Il ne

concerne que les interruptions de grossesse pratiquées entre le 1er octobre 1992 et le 31 décembre 1992, soit trois mois. Il ne porte que sur des données statistiques et ne comporte aucune évaluation proprement dite de la loi, la Commission ayant estimé que la période sur laquelle porte son rapport "est trop brève pour que l'on puisse en tirer des conclusions." (Rapport intérimaire, p. 14)

Quant aux écotaxes, la Chambre des représentants vient d'adopter une proposition de loi reportant au 1er janvier 1995 la date d'entrée en vigueur de la plupart d'entre elles. Aussi bien, d'aucuns se demandent si ceci ne laisse pas présager "la fin des écotaxes" (La Libre Belgique, 30 mars 1994). Il serait donc hasardeux de croire aujourd'hui que la Commission du suivi est promise à un avenir brillant.

L'EFFICACITÉ DES LOIS AU CANADA (*)

Par

Robert BERGERON

Avocat général principal,

section de la législation du ministère de la justice du Canada

"Une mauvaise loi oblige toujours le législateur d'en faire beaucoup d'autres, souvent très mauvaises aussi, pour éviter les mauvais effets ou, au moins, pour remplir l'objet de la première."

MONTESQUIEU Mes pensées

Je suis très heureux d'avoir été invité à participer à la présente journée d'étude à titre de spécialiste de la législation et à faire état de l'expérience et des réflexions canadiennes dans le domaine du contrôle de l'application des lois, de la vérification des résultats de leur mise en oeuvre, de l'évaluation des modifications et corrections à leur apporter et des mesures de limitation de leur durée de validité.

Heureux, mais aussi inquiet.

En effet, les différences constitutionnelles, administratives et juridiques entre le Canada et la France sont telles que le risque de se perdre dans des considérations subtiles et élevées de droit comparé est grand.

Je précise en deux mots l'arrière-scène constitutionnelle. Le Canada est un pays fédéral. La souveraineté y est divisée "dans le sens vertical" entre le Parlement fédéral et les législatures des provinces (on entend par législature l'ensemble constitué par l'assemblée législative provinciale et le lieutenant-gouverneur, représentant de Sa Majesté pour la province). Par exemple, la navigation, la faillite et le droit criminel sont de compétence fédérale, alors que la propriété et les droits civils, les institutions municipales et la célébration du mariage sont de compétence provinciale.

Chaque ordre de Gouvernement est entièrement souverain dans les limites que fixe la Constitution. Le Gouvernement fédéral n'est pas au-dessus des Gouvernements provinciaux et ne peut avoir autorité sur eux. La Constitution est en partie non écrite et semblable dans ses principes à celle du Royaume-Uni ; ainsi, le Souverain n'est pas Élisabeth II mais Élisabeth II en son Parlement. Toutefois, de nombreuses lois constitutionnelles régissent des secteurs importants du droit constitutionnel, notamment le partage des pouvoirs entre l'autorité fédérale et les provinces.

(*) Communication à la Journée d'études du 7 avril 1994 au Sénat.

Quoi qu'il en soit, nos travaux sont, aujourd'hui, placés sous le signe des actions concrètes, des interventions pratiques, j'allais dire de la lutte musclée contre la prolifération des règles de droit écrites. Sur ce point, les comparaisons sont toujours possibles, voire utiles, car les problèmes sont semblables dès lors que l'on considère les préoccupations pratiques des acteurs concernés.

C'est peut-être un réflexe de rédacteur législatif — de *parliamentary counsel*, puisque les méthodes canadiennes sont de tradition britannique —, mais j'essaie d'abord de définir ce que j'entends par "évaluation législative" : les éléments de définition que j'ai trouvés, sont les pistes qui ont guidé mes recherches à Ottawa.

L'évaluation législative, comme outil de gestion du corpus législatif, ne vise que la norme édictée, soit le résultat de l'intervention du Législateur — texte de loi ou règlement —, dans ses rapports avec le droit et avec la réalité sociale qu'elle régit.

L'évaluation législative peut n'être que l'évaluation de la qualité juridique d'un texte normatif, de sa valeur rédactionnelle, de sa place dans le corpus législatif.

A cette évaluation de la qualité juridique peut s'ajouter l'évaluation de l'opportunité juridique : le texte — législatif ou réglementaire — étudié constitue-t-il le meilleur outil juridique de mise en oeuvre des orientations qu'il soutient ? Est-il toujours essentiel de réglementer de telle façon un aspect particulier des activités d'un secteur donné ? Telle obligation réglementaire est-elle toujours nécessaire ou ne constitue-t-elle qu'une prolongation inutile de la filière ?

Enfin l'évaluation législative complète : telle loi, tel règlement sont-ils toujours la réponse au problème qu'ils étaient censés régler ?

L'évaluation législative ne traite pas de l'étude des normes à concevoir ou à édicter : ce travail, nous le faisons tous, d'aucuns diraient que nous l'avons trop fait ! Les Gouvernements et les parlements que nous servons prennent beaucoup de soins pour fourbir leurs armes, ils étudient, consultent et comparent. Ils visent avec concentration, mais vont rarement chercher la cible pour voir s'ils l'ont vraiment transpercée de leur carreau. Guillaume Tell nous montrerait-il la route ?

L'évaluation législative est une arme contre le coût social des lois mal faites ; les résultats de l'évaluation seront présentés au Législateur pour qu'il apporte les correctifs nécessaires.

La législation d'un État peut se développer de façon anarchique, les normes d'aujourd'hui se déposant sur celles d'hier, l'ensemble des strates juridiques se présentant alors comme un défi au juriste géologue.

La législation d'un État peut toutefois être gérée, quant au fond, notamment par l'étude de la portée des normes existantes préalablement à l'adjonction d'autres, et quant à la forme, par la mise sur pied des mécanismes d'adoption, de révision et de contrôle qui facilitent l'accès aux normes et à leur compréhension, et permettent aux autorités responsables d'en améliorer la qualité et l'exactitude.

L'évaluation législative, quelle que soit son appellation, n'a en réalité qu'un but : éviter que l'on n'oublie le texte dès son adoption ; éviter que le texte normatif, loi ou règlement — ce Janus du monde juridique moderne —, montre toujours son seul visage politique.

Le projet de loi — quel que soit le régime politique ou constitutionnel — est d'abord un document politique, la réponse du Parlement à un problème dont l'urgence ou l'importance lui paraît telle qu'il s'impose à lui. La loi — le projet de loi adopté — est un élément du corpus législatif de l'État. Le document politique est souvent éphémère, la loi est éternelle.

Le Législateur oublie parfois que ne pas légiférer c'est aussi légiférer, car c'est laisser au droit commun la charge de régir une situation plutôt que de tenter de la

réglementer par des normes d'exception. Il n'y a pas de vide juridique, même s'il peut y avoir absence ou insuffisance de textes normatifs.

Le Législateur oublie aussi souvent, pressé par les impératifs quotidiens, qu'abroger c'est aussi légiférer et, dans de nombreux cas, de façon particulièrement utile. Bien sûr, les Juristes —et je pense ici aux avocats canadiens— ont tendance à ne pas réveiller la loi qui dort !

"Cette disposition était en vigueur au temps de mon grand-père. Personne ne peut me dire à quoi elle sert aujourd'hui. Mais je ne veux pas être celui qui en propose l'abrogation car, sait-on jamais, elle est peut-être utile et je serai blâmé. Quoi qu'il en soit, elle ne dérange personne."

Mais il y a aujourd'hui tellement de lois qui ne dérangent personne que ça dérange tout le monde. La preuve en est que nous sommes réunis aujourd'hui !

Quelles sont donc les différentes méthodes que le Parlement canadien, le Gouvernement du Canada et l'Administration canadienne utilisent pour s'obliger en quelque sorte à voir le résultat de leur intervention plutôt que de ne se consacrer qu'à la confection de nouvelles lois, de nouveaux règlements, de nouveaux décrets ? J'ai choisi à dessein le mot "obliger". Il est souvent beaucoup plus prestigieux de concocter une nouvelle structure législative que de faire le recensement de celles qui existent déjà et d'en étudier l'application.

Toutes les activités d'évaluation législative ne relèvent pas exclusivement des parlementaires. Heureusement, car pour eux comme pour tout le monde, il n'y a que 168 heures dans une semaine. De nombreuses interventions —appelons-les "évaluantes"— peuvent être accomplies efficacement par des professionnels du droit, qui présenteront ensuite le résultat de leurs travaux aux décideurs, parfois au Législateur lui-même.

Qui plus est, tous les textes normatifs ne relèvent pas du même genre, de la même catégorie d'intervention évaluante. A forcer l'évaluation complète de tout, on n'aura l'évaluation de rien. Notamment, parce que ça coûtera une fortune.

Voyons d'abord l'évaluation de la qualité juridique du texte normatif.

Je crois utile d'apporter au préalable une précision sur la nature des textes réglementaires par rapport aux textes législatifs dans le contexte canadien.

La Constitution canadienne —"... semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni", nous dit le préambule de la *Loi constitutionnelle* de 1867— n'attribue pas un domaine à la loi et un autre au règlement. Le règlement ne peut être pris qu'en vertu d'une autorisation précise que le Parlement accorde dans une loi. Cette disposition habilitante peut parfois être très longue et très détaillée. La Loi sur les textes réglementaires prévoit le contrôle de cette habilitation, d'abord par le ministre de la Justice et le Greffier du Conseil privé puis par un comité mixte des deux chambres du Parlement. De plus, la politique du Gouvernement sur la réglementation exige de toute autorité réglementante qu'elle prépare un résumé de l'étude d'impact de la réglementation et le soumette au secrétariat du Conseil du Trésor.

Ceci dit, le premier responsable de l'évaluation de la qualité juridique du texte de loi est la Commission de révision des lois. Il s'agit d'un organisme non parlementaire créé par une loi distincte et placé sous l'autorité du ministre de la Justice.

Pour lutter contre la stratification de sa législation et pour avoir à sa disposition des textes à jour d'une consultation plus simple, l'État fédéral canadien procède périodiquement à la révision de ses lois. Les lois fédérales ont été révisées six fois depuis l'instauration de la fédération canadienne, soit en 1886, 1906, 1927, 1952, 1970 et 1985.

On entend par révision l'ensemble de la refonte, du réexamen et de la publication périodiques des lois fédérales, d'un seul tenant, destinés à en favoriser la consultation et l'interprétation. La révision se caractérise d'abord par une codification formelle des lois : les lois "à réviser" sont mises en ordre alphabétique. Sont exclues les lois suivantes :

- 1 — les lois modificatives ou abrogatives ;
- 2 — les lois dont l'effet est limité dans le temps, soit parce qu'elles sont périmées, soit parce que leur objet est accompli ;
- 3 — les lois qui sont en réalité de nature purement locale (ex. les lois portant sur les limites des circonscriptions électorales), régionale (ex. la loi de mise en oeuvre de l'accord entre le Gouvernement fédéral et celui de Terre-Neuve sur l'exploration pétrolière extra côtière) ou privée (ex loi constitutive de certaines sociétés, comme des compagnies d'assurance) ;
- 4 — les lois d'ordre financier qui reviennent périodiquement (ex. Les lois de crédits) ;
- 5 — les lois qui ne visent qu'un nombre limité de sujets de droit (ex. Les lois de mise en oeuvre d'accords fiscaux) ;
- 6 — les lois d'application tellement rare ou restreinte que leur révision n'a pas été jugée souhaitable.

Les lois exclues de la révision demeurent en vigueur et continuent de produire leurs effets.

Chaque loi est ensuite mise à jour, la numérotation en est au besoin rectifiée, dans les cas notamment où des abrogations ou des adjonctions ont, depuis la dernière révision ou depuis l'adoption de cette loi, "laissé des trous" ou inséré des articles décimalisés.

Le texte est ensuite révisé, la terminologie imprécise ou fautive est corrigée, les articles trop longs sont scindés, les textes ambigus peuvent même être réécrits, les dispositions transitoires sont supprimées. Plusieurs lois peuvent même être fusionnées. Ainsi, lors de la préparation des Lois révisées du Canada (1985), la Loi sur le Sénat et la Chambre des communes, la Loi sur le Président du Sénat, la Loi sur la Chambre des communes, la Loi sur le Président de la Chambre des communes, la Loi sur les secrétaires parlementaires, la Loi sur la bibliothèque du Parlement et la Loi concernant l'emploi de l'expression "Colline du Parlement" ont été "fondues" pour donner la Loi sur le Parlement du Canada. En un mot, c'est le grand ménage. Grand ménage "and spring-cleaning", car je souligne que toutes ces opérations se font simultanément en français et en anglais.

L'article 6 de la Loi sur la révision des lois énonce les pouvoirs de la Commission de révision des lois à ce sujet ; je vous le donne à l'annexe I.

Ainsi, l'usager des lois fédérales d'application générale et d'intérêt public peut, sauf pour faire une recherche historique, se fier à un texte récent ; le simple fait de mettre de côté les dispositions périmées ou dont l'objet est accompli dégage déjà le terrain et aide à la consultation. Par exemple, les *Lois révisées de 1985* représentent l'essence de plusieurs milliers de pages de lois fédérales : aux textes de départ, c'est-à-dire aux 10.000 pages des *Lois révisées de 1970*, se sont ajoutées, entre 1970 et 1985, 16.000 pages de lois fédérales. Or les *Lois révisées de 1985* ont environ 10.000 pages ! Ce tour de passe-passe arithmétique est le résultat de l'exercice, par la commission, de ses pouvoirs de révision.

Les textes préparés par la commission doivent ensuite être approuvés par le Parlement : les projets des textes de loi révisés sont déposés devant un comité de la Chambre des communes et un comité du Sénat ; après leur approbation, ces textes sont annexés à un projet de loi déposés devant le Parlement. L'adoption de ce projet

entraîne l'entrée en vigueur des nouvelles lois révisées et l'abrogation des dispositions correspondantes des anciennes lois.

Il ne faut toutefois pas oublier que la commission, composée de fonctionnaires, ne peut se substituer au Parlement et que, comme le précise l'article 4 de la *Loi sur les Lois révisées du Canada (1985)*, les lois révisées ne sont pas censées de droit nouveau. Les articles 3 à 7 de cette loi se trouvent aussi à l'annexe I.

Un deuxième outil d'amélioration de la qualité des lois fédérales est le programme de correction des lois, dont la mise en oeuvre remonte à 1975. Depuis lors, sept lois ont été adoptées (1977, 1978, 1981, 1984, 1987, 1992 et 1993). Il existe un programme semblable de correction des textes réglementaires.

La gestion du programme de correction des lois est confiée à la Section de la législation du ministère de la Justice (*voir à l'annexe II quelques renseignements sur la rédaction des projets de loi d'origine gouvernementale*).

La loi correctrice permet de corriger des anomalies, des archaïsmes, des contradictions ou des erreurs mineures dans plusieurs lois sans qu'il faille attendre la révision au fond de telle ou telle d'entre elles. Elle permet aussi d'abroger certaines dispositions ou lois ayant cessé d'avoir effet, notamment pour cause de caducité.

Même si n'importe qui peut proposer des modifications, elles proviennent surtout des ministères et organismes fédéraux. La Section de la législation les étudie et prépare un ensemble de propositions de modification conformes aux critères suivants :

- ne pas être controversables ;
- ne pas comporter de dépenses de fonds publics ;
- ne pas porter atteinte aux droits de l'Homme ;
- ne pas créer d'infraction ni assujettir une nouvelle catégorie de justiciables

à une infraction existante.

La proposition rédigée et approuvée par le ministère chargé de l'application de la loi que l'on propose de modifier est intégrée à un document déposé au Parlement par le ministre de la Justice. L'étude en est confiée à un comité de la Chambre des communes et à un comité du Sénat. Fait à souligner, toute proposition jugée contestable par l'un ou l'autre des comités est rejetée.

Les rapports des comités donnent lieu à un projet de loi correctrice où ne figurent que les propositions approuvées par ceux-ci. Il est d'usage que le projet franchisse sans débat ni délai les étapes des trois lectures dans chaque chambre.

La loi correctrice est donc un outil d'évaluation législative et de mise en oeuvre de ses résultats, d'une façon limitée —il faut l'admettre—, mais qui empiète peu sur le temps des parlementaires et le temps parlementaire : J'ai été surpris d'apprendre que, selon le calendrier parlementaire de 1994, seulement 111 jours peuvent être accordés à l'étude des projets de loi d'origine gouvernementale.

Enfin, les services juridiques de chaque ministère et de chaque organisme fédéral sont tenus d'étudier les lois et règlements dont la mise en oeuvre est confiée à leur client pour en contrôler la qualité et faire rapport aux responsables sur les améliorations ou corrections à y apporter. Le *Manuel des services juridiques* du ministère de la Justice précise que les services juridiques "surveillent l'efficacité des lois et des règlements" et qu'ils doivent aller au devant des besoins juridiques de leur client.

Fait à noter, au Canada, les conseillers Juridiques membres de ces services, à quelques exceptions près, doivent obligatoirement être membres du Barreau d'une province ou, dans le cas du Québec, de la Chambre des notaires, font tous partie du ministère de la Justice et relèvent du sous-ministre de la Justice ; ils peuvent, au cours de leur carrière, être affectés auprès de plusieurs autres ministères ou

organismes fédéraux. Ce regroupement fait du ministère de la Justice le plus grand cabinet juridique du pays avec environ 1.217 conseillers juridiques.

Je n'ai parlé, jusqu'à maintenant, que de la forme des textes normatifs, en particulier des lois. Tout ce travail ne change pas la portée de la norme édictée, ni son contenu. Il en améliore toutefois l'énoncé et en facilite l'accès. De plus, il rogne à peine sur le temps des ministres et des parlementaires. Mais il s'agit beaucoup plus que d'un simple "toilettage", car ces activités évaluantes donnent parfois lieu à d'autres activités, dont les suivantes.

L'évaluation de l'opportunité juridique est l'oeuvre de ceux qui étudient la pertinence d'une solution de droit. Elle est obligatoire, ne serait-ce que de façon oblique, avant que la rédaction d'une nouvelle loi ou d'un nouveau règlement ne soit ordonnée. Elle est peu connue. Surtout parce que, étant accompagnée de recommandations de nature politique, on la retrouve dans des documents confidentiels réservés aux ministres.

Sans étudier en détail la filière législative fédérale, je souligne l'importance de l'approbation préalable des orientations par le Cabinet. Le ministre qui souhaite soit une nouvelle loi, soit une loi portant modification d'une loi existante ne peut ni la faire rédiger par ses services, ni ordonner lui-même à la Section de la législation du ministère de la Justice de le faire. Il en propose la rédaction au Cabinet, qui, après en avoir approuvé le principe, attribue à la rédaction du projet de loi une place dans le programme législatif du Gouvernement. Pour obtenir cette autorisation, le ministre signe une note au Cabinet qui présente, selon un modèle déterminé, le résultat de son étude et ses recommandations. (La note au Cabinet ressortit aussi, sous un autre aspect, de l'évaluation législative complète). Elle comporte une étude de la situation et des solutions de droit existantes. L'auteur de la note, le ministre responsable, doit donc démontrer les insuffisances ou les carences de la législation en vigueur avant de demander à ses collègues d'approuver la rédaction d'une nouvelle mesure législative.

Au cours de l'élaboration d'un projet de loi pour le Cabinet, le rédacteur lui-même est aussi chargé de veiller à l'intégration dans le droit canadien de la nouvelle règle et, sans s'ingérer dans les décisions de fond, de conseiller le ministre responsable sur, par exemple, la nécessité d'enlever les dispositions déclaratives sans valeur juridique, l'inopportunité de prévoir des peines qui seraient incompatibles avec les règles générales dans ce domaine prévues par le *Code criminel* ou l'inopportunité ajouter des dispositions qui seraient incompatibles avec les obligations internationales du Canada. Le rédacteur n'est pas un supersecrétaire qui prend en dictée mais un juriste spécialiste de la législation, chargé de construire un outil de mise en oeuvre efficace des orientations choisies par le Gouvernement et de permettre à celui-ci de proposer au Parlement une loi qui s'intégrera au corpus existant. C'est ce métier d'origine britannique que j'exerce en français dans un pays où le droit civil et la common law coexistent et où chacun de ces deux grands systèmes de droit se matérialise en langues française et anglaise.

Quant aux règlements, ils ne peuvent être pris avant qu'une étude d'impact de la réglementation proposée n'ait été approuvée par le Conseil du Trésor. Cette étude comporte aussi obligatoirement une évaluation de la portée, de la valeur, de la pertinence et de l'efficacité des règlements existants que le projet vise à remplacer ou à modifier.

Quant à l'**évaluation législative complète**, je remarque d'abord que tant la note au Cabinet, dans le cas du projet de loi, que le résumé de l'étude d'impact de la réglementation, dans le cas du projet de règlement, comportent nécessairement une analyse et une évaluation des textes en vigueur avant de proposer une adjonction ou une modification.

Ces aspects de l'expérience canadienne sont peu connus, même au Canada. Leur efficacité est à mon avis très grande en ce qu'ils empêchent —enfin, qu'ils limitent— par leur existence même la prolifération anarchique des lois et des règlements.

De plus, depuis 1992, tous les ministères fédéraux sont tenus de procéder à l'examen des règlements en vigueur ; en février 1992, le Gouvernement a annoncé :

Le Gouvernement entame un réexamen de la réglementation existante, ministère par ministère, de manière à s'assurer que l'utilisation des pouvoirs réglementaires (...) se traduit par une prospérité maximale pour les Canadiens. Dans ce contexte, les ministères devront examiner la réglementation existante afin de déterminer si elle est conforme à cet objectif. (...)

Ce réexamen devrait comporter, entre autres choses, une "rejustification" publique des règlements qui doivent être conservés, de manière que ceux qui nuisent à la créativité et à l'efficacité dont les entreprises canadiennes ont besoin pour être concurrentielles et prospères dans le monde moderne, ou qui ne répondent plus aux objectifs publics, soient éliminés.

Cette obligation imposée à toutes les autorités réglementantes du Gouvernement fédéral "d'évaluer le bien-fondé, la réussite et le rapport coût-efficacité des programmes de réglementation existants" (extrait de la *Politique de réglementation* du Gouvernement du Canada) est toujours en vigueur. Sa mise en oeuvre est difficile, car il s'agit justement de renverser la vapeur et, vraiment, de "réveiller le règlement qui dort", de secouer le juriste qui ne s'émeut pas devant l'accumulation de textes plus ou moins périmés, obsolètes et poussiéreux.

Cette rejustification obligatoire, le résumé d'impact qui doit accompagner tout projet de règlement et l'obligation de publication des projets de règlement —pour consulter les Canadiens avant d'établir la règle—, constituent un virage très important de la "mentalité" réglementaire fédérale.

L'évaluation législative complète consiste à apprécier non seulement la valeur de l'outil législatif existant et la nécessité de le réparer ou de le remplacer par un meilleur outil, mais encore à mettre en question son existence même. Elle est une évaluation de l'opportunité politique de l'intervention du Législateur.

Études d'abord la méthode dure : la **temporarisation**.

La première façon d'obliger le Législateur à évaluer les résultats de son intervention est la disposition de temporarisation, que les Américains appellent avec poésie *sunset legislation*. (Je me souviens que certains chargés de projet avaient voulu que nous utilisions en français l'expression "*loi crépusculaire*", des wagnériens, sans doute !).

Il s'agit de rendre **temporaire** une loi, une disposition législative, un organisme, une activité, un service, une fonction ou un programme ; la formulation la plus simple en est : "La présente loi cesse d'être en vigueur le 1er janvier 1998". Je donne un autre exemple que j'ose qualifier de diabolique à l'annexe III. Il s'agit de l'article 21 de la *Loi sur les banques*. Malgré les différences de style rédactionnel, chaque version amène la même conclusion juridique.

Dans ce cas, l'assemblée qui siégeait en 1991 lie celle qui siégera en 1997 ou 1998. Il est certain qu'on demandera à la Section de la législation de rédiger un projet de loi modifiant la *Loi sur les banques*, ne serait-ce que pour abroger cet article 21 !

Il semble donc évident que le Parlement canadien se penchera sur l'application de la législation bancaire. Y aura-t-il vraiment évaluation de cette loi et des lois connexes ? Je n'en suis pas convaincu. Comme "du temps parlementaire" —c'est-à-dire la denrée la plus rare à Ottawa— sera consacré à cette loi, il se peut fort bien que le Gouvernement saisisse l'occasion pour proposer des aménagements. Cette épée

suspendue oblige aussi les services chargés de l'application de la loi en question à être prêts à faire rapport sur les problèmes de mise en oeuvre.

C'est cependant une méthode inflexible : si personne n'est prêt au moment prévu, le Gouvernement peut proposer au Parlement de reporter, par une courte loi modifiant l'article 21, la date limite. Ce genre d'intervention, surtout si elle se répète, finit par faire sourire.

Les dispositions de temporarisation sont très rares dans la législation canadienne. L'expérience récente a montré qu'elles pouvaient entrer en conflit avec les impératifs du moment et causer des problèmes de répartition du temps parlementaire, et qu'elles ne sont peut-être pas le meilleur outil qui permette de contrôler la synchronisation de l'action législative et de la réalité sociale. Elles ne peuvent que garantir un nouveau débat parlementaire, pour le meilleur et pour le pire.

Un adoucissement a été inventé : l'examen parlementaire obligatoire.

Il s'agit de prévoir, dans le libellé d'une loi, l'examen de son application après une période déterminée pour forcer l'étude de la continuité de sa pertinence. (*Voir à l'annexe IV un exemple de la disposition correspondante*).

L'étude en comité parlementaire se fait en public et permet aux députés et sénateurs de voir, avec les fonctionnaires responsables et compte tenu des observations des catégories socio-professionnelles concernées, si la situation qui était à l'origine du texte de loi a ou non évolué, si le texte répond aux attentes de ses promoteurs et du Législateur et, enfin, si des effets pervers ne devraient pas faire l'objet d'une nouvelle intervention parlementaire.

Le rapport que le comité dépose devant la Chambre des communes ou le Sénat n'aura pas forcément la suite législative souhaitée ; mais là, nous quittons le domaine juridique pour celui de la politique car, en cas d'inexécution de la proposition, il n'y a pas de sanction juridique.

Cette méthode peut ne pas être applicable dans tous les cas ; de plus, comme celle-ci opérera une autre ponction de temps parlementaire, le Gouvernement avec sagesse ne propose l'adjonction de pareille disposition qu'avec parcimonie. Je n'en ai trouvé qu'une dizaine dans la législation fédérale actuelle.

Ces deux méthodes —la temporarisation et l'examen en comité parlementaire—, si elles ont l'avantage d'être mises en oeuvre par les parlementaires eux-mêmes, ont par contre l'inconvénient d'alourdir l'emploi du temps des parlementaires.

Il existe aussi, en vertu de la *Loi sur les textes réglementaires*, un comité mixte —Sénat et Chambre des communes— chargé d'étudier chaque règlement après sa publication. Il s'agit moins dans ce cas d'évaluation législative que de **contrôle** des pouvoirs qui ont été délégués par le Parlement au Gouvernement ; à l'occasion de leur étude, les sénateurs et députés membres de ce comité peuvent faire des recommandations au Gouvernement sur les corrections qui, à leur avis, devraient être apportées à une loi donnée. L'importance du **Comité mixte permanent d'examen de la réglementation** n'est pas négligeable : il est autorisé à présenter à la Chambre des communes un rapport comportant une résolution qui, en cas d'adoption, constituera un ordre donné au ministre responsable ou au Gouvernement d'abroger un texte réglementaire dont la prise n'aurait pas été complètement et parfaitement autorisée par la loi habilitante.

J'inclus dans l'évaluation législative complète les travaux de la Commission de réforme du droit. Bien que cette commission ait été dissoute il y a un peu plus d'un an, le présent Gouvernement a annoncé son intention de la reconstituer. Je ne peux présumer de l'avenir et être certain que la future commission fera exactement le même travail que l'ancienne ; à titre indicatif, l'*annexe V* vous donne un extrait de la loi constitutive de l'ancienne commission.

Mon expérience de rédacteur m'a appris que les rapports de cette Commission qui constataient les déficiences d'un secteur particulier du droit et proposaient des correctifs ont souvent servi de base aux notes du Cabinet préparées pour le ministre de la Justice. Dans certains cas, le Gouvernement a même ordonné à la Section de la législation de suivre les recommandations d'un rapport de la Commission avec lequel il était d'accord.

Il y a donc eu augmentation de la qualité du droit, sans que de nombreuses heures parlementaires ou ministérielles y soient consacrées.

En matière d'évaluation législative, nous sommes toujours partagés entre l'efficacité de l'action du Législateur et les limites matérielles de temps et d'argent.

De la même façon que la loi est le glaive du Souverain et que son utilisation abusive en émousse le tranchant, l'évaluation législative à outrance risque de paralyser l'État.

Le but étant de se rapprocher —d'une manière asymptotique, admettons-le— de l'adéquation entre la loi et le réel, chaque méthode intégrée dans la réalité constitutionnelle, juridique, administrative de chaque État se révélera un bon outil d'amélioration de la loi dans la mesure de son utilisation réfléchie.

Il ne faut pas croire que l'évaluation législative a pour prémisse fondamentale d'affirmer que toutes les lois sont mal faites. Mais elle reconnaît le caractère mouvant de la société. Le texte de loi parfait qui "colle" à 100 % à la réalité du 7 avril 1994 sera-t-il parfait dans 2, 3 ou 10 ans ? Nul ne le sait. Mais cela vaudra certainement la peine de vérifier car, si nous évaluons les lois, si nous étudions le corps des lois, c'est pour leur redonner leur âme.

ANNEXE

CHAPITRE S-20

Loi prévoyant la codification et la révision permanentes des lois et des règlements du Canada

TITRE ABRÉGÉ

1. *Loi sur la révision des lois*, 1974-75-76, ch. 20, art. 1.

DÉFINITIONS

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.
"Commission" La Commission de révision des lois créée par l'article 3.
"ministre" Le ministre de la Justice et procureur général du Canada.
"révision" Le remaniement, la révision et la codification - autorisés en vertu de la partie I - des lois d'intérêts public et général du Canada. 1974-75-76, ch. 20, art. 2.

COMMISSION DE RÉVISION DES LOIS

3. (1) Est créée une Commission de révision des lois composées de trois fonctionnaires du ministère de la Justice désignés par le ministre.
(2) Le ministre nomme le président parmi les membres de la Commission. 1974-75-76, ch. 20, art. 3.

4. La Commission exerce, sous la direction du ministre, les fonctions qui lui sont assignées aux termes de la présente loi. 1974-75-76, ch. 20, art. 4.

PARTIE I - LOIS D'INTÉRÊT PUBLIC ET GÉNÉRAL

Révision

5. Périodiquement, la Commission remanie, révisé et codifie les lois d'intérêt public et général du Canada. 1974-75-76, ch. 20, art. 5.
6. Dans son travail de révision, la Commission peut :
 - a) exclure les lois ou parties de loi périmées, abrogées ou suspendues, ou ayant rempli leur objet ;
 - b) exclure les lois ou parties de loi qui, bien qu'édictees comme lois d'intérêt public, ne visent qu'un pays, une province, une localité, un lieu ou une personne morale en particulier ou qui, sous tout autre rapport, ne sont pas d'application générale ;
 - c) inclure les lois ou parties de loi qui, bien qu'édictees comme lois d'intérêt privé ou considérées comme des lois ou des textes législatifs d'intérêt local, sont d'une nature telle qu'elles imposent au public des obligations ou en limitent les droits ou privilèges ;
 - d) modifier la numérotation et l'économie des lois et de leur parties, articles ou autres subdivisions ;

e) apporter à la forme des lois les changements nécessaires à l'uniformité de l'ensemble, sans en modifier le fond ;

f) apporter à la forme des lois les améliorations mineures nécessaires pour mieux exprimer l'intention du Parlement ou pour harmoniser la formulation d'une loi dans l'une des langues officielles avec sa formulation dans l'autre langue officielle, sans en modifier le fond ;

g) apporter aux lois les changements nécessaires à la concordance de textes législatifs apparemment incompatibles ;

h) corriger les erreurs de présentation, de grammaire ou de typographie dans les lois. 1974-75-76, ch. 20, art. 6.

CHAPITRE R-7.7

[L.R. (1985), ch. 40 (3e suppl.)]

Loi visant à donner effet aux Lois révisées du Canada (1985)

[1987, ch. 48, sanctionné le 17 décembre 1987]

Attendu :

que, conformément à la *Loi sur la révision des lois*, la Commission de révision des lois a procédé, sous la direction du ministre de la Justice, à la révision des lois d'intérêt public et général du Canada, que les textes révisés ont été examinés et approuvés par le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles et par le Comité permanent de la justice et du Solliciteur général de la Chambre des communes, saisis à cette fin ;

que le corpus des lois révisées, composé de huit volumes portant chacun, au début, l'attestation du gouvernement général, le contreseing du ministre de la Justice et le certificat de conformité du président de la Commission de révision des lois, a été déposé au bureau du greffier des Parlements le 27 novembre 1987 ;

que la Commission a recommandé l'abrogation, à l'entrée en vigueur des Lois révisées du Canada (1985), des lois et parties de loi figurant à l'annexe du corpus ;

qu'il y a lieu, sous réserve des conditions énumérées ci-dessous, d'homologuer le corpus et de donner effet aux textes qu'il contient, sous le titre de "Lois révisées du Canada (1985)",

Sa Majesté, sur l'avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes du Canada, édicte :

TITRE ABRÉGÉ

1. *Loi sur les Lois révisées du Canada (1985).*

HOMOLOGATION, ENTRÉE EN VIGUEUR ET ABROGATION

2. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le corpus déposé au bureau du greffier des Parlements le 27 novembre 1987, et les textes qu'il contient sous les numéros de chapitre A-1 à Y-4, ont force de loi sous le titre de "Lois révisées du Canada (1985)" comme s'ils étaient incorporés à la présente loi et édictés par elle.

(2) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, les *Lois révisées du Canada (1985)*, dénommées "lois révisées" dans la présente loi, entrent en vigueur et prennent effet à la date fixée par décret du gouverneur en conseil.

(3) Les dispositions -lois ou passages de lois- comprises dans les lois révisées et devant entrer en vigueur à une date déterminée ou à une date à fixer par proclamation entrent en vigueur :

a) conformément au paragraphe (2), si la date ainsi déterminée ou fixée est antérieure à celle qui est prévue à ce paragraphe ou coïncide avec elle ;

b) à la date ainsi déterminée ou fixée, dans le cas contraire.

3. A l'entrée en vigueur des lois révisées, les textes mentionnés à l'annexe du corpus des lois sont abrogés dans la mesure indiquée dans celle-ci.

EFFETS DE LA RÉVISION ET DE L'ABROGATION

4. Les lois révisées ne sont pas censées être de droit nouveau ; dans leur interprétation et leur application, elles constituent une refonte du droit contenu dans les lois abrogées par l'article 3 et auxquelles elles se substituent.

5. Dans les lois, règlements ou autres textes ou documents, la mention d'une loi ou partie de loi abrogée par l'article 3, ou d'un terme de celle-ci, équivaut, à propos de faits ultérieurs à l'entrée en vigueur des lois révisées, à la mention des dispositions ou du terme correspondants du texte révisé de la loi ou partie abrogée.

6. L'usage des formulaires, imprimés ou autres documents liés à l'application d'une loi abrogée par l'article 3 et remplacée par la révision reste permis pendant une période de transition raisonnable après l'entrée en vigueur des lois révisées.

7. La mention d'une loi dans l'annexe du corpus ne constitue pas une déclaration portant qu'elle était en vigueur, en tout ou en partie, lors de l'entrée en vigueur des lois révisées.

PUBLICATION, DÉSIGNATION ET APPENDICES

8. (1) *La Loi sur la publication des lois* ne s'applique pas aux lois révisées.

(2) La Commission de révision des lois, ci-après appelée la "Commission", fixe, en ce qui concerne l'impression et la reliure du recueil des lois révisées, les modalités qui lui semblent les plus indiquées ; la diffusion d'exemplaires gratuits du recueil est régie par le gouverneur en conseil.

9. Dans les lois et règlements ou autres textes ou documents, un chapitre des lois révisées peut être désigné soit par le titre abrégé ou intégral de la loi à laquelle il correspond, soit par la formule "Lois révisées (1985), chapitre..." ou "chapitre... des Lois révisées", soit encore par la forme abrégée "L.C.R. (1985), ch...." ou "L.R., ch...", avec indication dans chaque cas de son numéro.

CHAPTER S-20

An Act to provide for a continuing revision and consolidation of the statutes and regulations of Canada

SHORT TITLE

1. The Act may be cited as the *Statute Revision Act*. 1974-75-76, c. 20, s. 1.

INTERPRETATION

2. In this Act,
"Commission" means the Statute Revision Commission established by section 3 ;
"Minister" means the Minister of Justice and Attorney General of Canada ;
"revision" means the arrangement, revision and consolidation of the public general statutes of Canada authorized under Part I. 1974-75-76, c. 20, s. 2.

STATUTE REVISION COMMISSION

3. (1) There is hereby established a Statute Revision Commission consisting of three employees of the Department of Justice appointed thereto by the Minister.

(2) The Minister shall designate one of the members of the Commission to be Chairman thereof. 1974-75-76, c. 20, s. 3.

4. The Commission shall, under the direction of the Minister, perform the duties imposed on the Commission under this Act. 1974-75-76, c. 20, s. 4.

PART I - PUBLIC GENERAL STATUTES

Revision

5. The Commission shall, from time to time, arrange, revise and consolidate the public general statutes of Canada. 1974-75-76, c. 20, s. 5.

6. In preparing a revision, the Commission may
 - a) omit therefrom all Acts or parts thereof that have expired, have been repealed or suspended, or have had their effect ;
 - b) omit therefrom all Acts or parts thereof that, although enacted as or in public Acts, have reference only to a particular country, province, locality, palce or body politic, or otherwise have no general application ;
 - c) include therein Acts or parts thereof that, although enacted as or in private Acts, or although deemed to be local Acts or enactments, are of such a character that they impose duties or obligations on, or limit the rights or privileges fo the public ;
 - d) alter the numbering and arrangement of the statutes and of the different Parts, sections and other divisions thereof ;
 - e) make suche alterations in the language of the statutes as may be required to preserve a uniform mode of expression, without changing the substance of any enactment ;

f) make such minor improvements in the language of the statutes as may be required to bring out more clearly the intention of Parliament, or make the form of expression of the statute in one of the official languages more compatible with its expression in the other official language, without changing the substance of any enactment ;

g) make such changes in the statutes as are required to reconcile seemingly inconsistent enactments ; and

h) correct editing, grammatical or typographical errors in the statutes. 1974-75-76, c. 20, s. 6.

CHAPTER R-7.7

[R.S., 1985, c. 40 (3rd Supp.)]

An Act to bring into force the Revised Statutes of Canada, 1985

[1987, c. 48, assented to 17th December, 1987]

WHEREAS, pursuant to the *Statute Revision Act*, the Statute Revision Commission has, under the direction of the Minister of Justice, prepared a revision of the public general statutes of Canada, which revision has been examined and approved by the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs and the Standing Committee of Justice and Solicitor General of the House of Commons, both designated for the purpose of examining and approving the work of the Statute Revision Commission ;

AND WHEREAS a Statute Roll, in the form of a printed copy of the revision in eight volumes, has been prepared, attested at the beginning of each volume under the signature of Her Excellency the Governor General, countersigned by the Minister of Justice and certified correct by the Chairman of the Statute Revision Commission, and deposited in the office of the Clerk of the Parliaments on November 27, 1987 ;

AND WHEREAS the Statute Revision Commission has recommended that the Acts and portions of Acts listed in the schedule attached to the Statute Roll be repealed immediately before the coming into force of the Revised Statutes of Canada, 1985 ;

AND WHEREAS it is expedient to confirm the Statute Roll and to give the statutes set out therein the force and effect of law as the Revised Statutes of Canada, 1985, subject to the limitations hereinafter stated ;

NOW, THEREFORE, Her Majesty, by and with the advice and consent of the Senate and House of Commons of Canada, enacts as follows :

SHORT TITLE

1. This Act may be cited as the *Revised Statutes of Canada, 1985 Act*.

CONFIRMATION, COMMENCEMENT AND REPEAL

2. (1) Subject to this Act, the Statute Roll deposited in the office of the Clerk of the Parliaments on November 27, 1987 and the statutes contained therein bearing chapter numbers 1-1 to Y-4 are hereby declared to be law by the designation of the "Revised Statutes of Canada, 1985" as though the Statute Roll and those statutes were expressly embodied in and enacted by this Act.

- (2) Subject to this Act, the Revised Statutes of Canada, 1985, in this Act referred to as the "Revised Statutes", come into force and have operation and effect as law on a day to be fixed by order of the Governor in Council.

(3) Where an Act included in the Revised Statutes contains a provision stating that the Act or any portion thereof is to come into force on a specified day or on a day to be fixed by proclamation,

(a) subsection (2) applies only in respect of the coming into force of that Act or portion if the specified day or the day fixed by proclamation occurred on or before the day referred to in that subsection ; and

(b) if the specified day or the day fixed by proclamation occurs after the day referred to in subsection (2), the Act or portion comes into force on the specified day or the day fixed by proclamation.

3. Immediately before the coming into force of the Revised Statutes, the several Acts and portions of Acts listed in the schedule to the Statute Roll are repealed to the extent mentioned in the schedule.

EFFECTS OF REVISION AND REPEAL

4. The Revised Statutes shall not be held to operate as new law, but shall be construed and have effect as a consolidation of the law as contained in the Acts and portions of Acts repealed by section 3 and for which the Revised Statutes are substituted.

5. Where a reference is made in any Act, regulation or other instrument, document or text to any Act or portion thereof repealed by section 3, or to any expression used therein, the reference shall, after the Revised Statutes take effect, be deemed as regards any subsequent transaction, matter or thing to be a reference to the enactment in the Revised Statutes having the same effect as the repealed Act or portion thereof, or to the corresponding expression used therein.

6. Any forms, stationery and other documents, used under or in connection with an Act that is repealed by section 3 and for which an enactment in the Revised Statutes is substituted, may continue to be used during a reasonable period of time after the Revised Statutes take effect.

7. The inclusion of any Act in the schedule to the Statute Roll shall not be considered as a declaration that the Act or any portion of it was in force immediately before the coming into force of the Revised Statutes.

PUBLICATION, CITATION AND APPENDICES

8. (1) The *Publication of Statutes Act* does not apply to the Revised Statutes.

(2) The Revised Statutes shall be printed and bound in such style and form as the Statute Revision Commission deems most suitable for the purpose and copies of the Revised Statutes shall be distributed without charge to such persons or classes of persons as the Governor in Council directs.

9. A chapter of the Revised Statutes may be cited and referred to in any Act, regulation, proceeding, instrument or document either by its short or long title as an Act or by using the expression "Revised Statutes, 1985, chapter...", or "chapter... of the Revised Statutes", or the abbreviation "R.S.C., 1985, c. ..." or "R.S., c. ...", adding in each case the number of the particular chapter.

L'ÉVALUATION LÉGISLATIVE AU CANADA ET AU QUÉBEC

Par

Pierre-André CÔTÉ
Université de Montréal

Encore que le vocable soit peu répandu au Canada et au Québec, l'évaluation législative s'y pratique depuis longtemps sous des formes, par des institutions et dans des perspectives diverses. Le phénomène y est cependant négligé par la doctrine juridique, qui se désintéresse du sort de la loi une fois adoptée, sauf, bien sûr, de celui que lui réserve la jurisprudence.

Ce qui caractérise les activités d'évaluation traditionnelles, c'est leur caractère non systématique. Elles interviennent non pas tant en vue d'assurer un suivi aux lois anciennes que de préparer l'adoption d'une loi nouvelle. L'évaluation est donc faite de façon ponctuelle à l'occasion d'une étude rétrospective préalable à l'adoption d'une loi en particulier.

Ces dernières années, toutefois, on assiste à une certaine systématisation des activités d'évaluation législative, systématisation beaucoup plus marquée dans le droit fédéral canadien que dans le droit québécois.

1 - LE QUÉBEC

En droit québécois, on ne peut relever que deux cas où le législateur a édicté une disposition d'évaluation législative. Dans ces deux cas [*Loi sur la fonction publique* (1983) et *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* (1983)], il est prévu une évaluation dans un délai de cinq ans à l'entrée en vigueur de la loi. Cette évaluation est confiée à la fois et successivement à l'organisme chargé de l'application de la loi et à une commission de l'Assemblée nationale du Québec.

Cette procédure s'est révélée source d'importants conflits entre l'Administration et le Parlement (1) Elle soulève la question de la sagesse de confier l'évaluation à l'organisme même dont le travail est évalué. Elle pose également celle de la possibilité réelle du Parlement de s'ériger en juge de l'action du Gouvernement dans un régime politique où, en raison de la discipline de partis notamment, le Gouvernement exerce en fait un contrôle étroit sur l'action des parlementaires.

(1) On trouvera un compte rendu de l'évaluation de la *Loi sur la fonction publique* et de l'affrontement qu'elle a provoqué entre le Conseil du Trésor et la Commission permanente du budget et de l'administration de l'Assemblée nationale dans James Ian Gow, *An experience of accountability: the Quebec National Assembly and the Public Service Act*, conférence prononcée à Charlottetown, Canada, le 2 juin 1992.

2 - LE CANADA

La situation est tout autre dans la législation fédérale. On peut dire que l'évaluation législative est devenue la norme pour les lois nouvelles. Une directive du Cabinet exige en effet que, dans le mémoire descriptif d'une initiative législative qui est soumis à son approbation, on prévienne les modalités selon lesquelles il sera procédé à l'évaluation législative.

Au cours des quatre dernières années, la majorité des lois nouvelles (par opposition aux lois modificatrices) adoptées par le Parlement canadien comportent des dispositions prévoyant l'évaluation législative.

On ne peut relever aucune uniformité dans les modalités de l'évaluation. Le délai d'évaluation est le plus souvent fixé à cinq ans. La responsabilité de l'évaluation est confiée tantôt à un comité d'experts (*Loi sur la sécurité ferroviaire*, 1988), tantôt au ministre chargé de l'application de la loi (*Loi sur la protection des obtentions végétales*, 1990), tantôt à une commission du Parlement (*Loi sur la protection de l'environnement*, 1988).

Il est trop tôt pour porter un jugement sur l'efficacité et l'impact de ces dispositions. On peut néanmoins espérer que la systématisation de l'évaluation législative amènera les juristes canadiens et québécois à s'y intéresser davantage qu'ils ne l'ont fait jusqu'à maintenant.

1er juillet 1992

L'ÉVALUATION LÉGISLATIVE AU CONGRÈS DES ÉTATS-UNIS (*)

Par

Eleanor CHELIMSKY

Assistant comptroller general du General Accounting Office

Bonjour, Mesdames et Messieurs.

C'est un grand plaisir pour moi de me trouver parmi vous cet après-midi et je vous remercie de m'avoir invitée car j'ai été très intéressée par les propos et les discussions que nous avons entendus. Pour ma part, je viens maintenant vous parler de l'expérience du General Accounting Office (GAO) en matière d'évaluation législative. Bien que nos deux pays soient très différents, comme chacun sait, il existe cependant certaines données tirées de notre expérience qui pourraient vous servir ; du moins, je l'espère. Tout d'abord, j'aimerais dire quelques mots au sujet de notre mission auprès du Congrès américain et de notre organisation. Ensuite, je ferai quelques observations générales en ce qui concerne les facteurs qui, à mon avis, aident ou font obstacle à l'évaluation législative.

Tout d'abord, il faut dire que l'évaluation aux États-Unis a commencé, tout comme ailleurs, avec les agences exécutives, et nous avons maintenant près de 40 ans d'expérience dans la matière. Depuis 1980, je dirige la Division de l'Évaluation et de la Méthodologie au GAO et c'est là que l'évaluation législative a commencé. Nous aurons quatorze ans donc le 9 avril. La division a pour mission d'effectuer, pour le compte du Congrès, des évaluations de genres très différents. Par exemple, nous évaluons des programmes ou des politiques mis en œuvre par des agences exécutives, et nous évaluons aussi les *évaluations* de ces programmes et de ces politiques effectuées par ces mêmes agences. On nous demande également d'évaluer les effets de lois passées par le Congrès, et d'examiner la rigueur d'application de méthodes bien connues : coûts/bénéfices, par exemple.

Depuis quatorze ans, nous avons aussi élaboré nous-mêmes des méthodes destinées à examiner les programmes et les politiques, ex post et ex ante. Comme il existe maintenant 40 ans d'expérience en évaluation, une forme importante d'évaluation ex ante que nous avons pu développer consiste à montrer aux décideurs ce qui a été appris par le passé. C'est-à-dire que nous regardons les évaluations des programmes semblables couvrant une période de vingt à trente ans, et nous comparons ces programmes (et leurs résultats) avec ceux que l'on propose aujourd'hui. De cette façon, nous pouvons non seulement nous prononcer sur les effets *éprouvés* d'une initiative gouvernementale, mais aussi sur l'efficacité *probable* d'une politique qui vient d'être proposée, ou sur la qualité de la recherche et de la

(*) Communication à la Journée d'études du 7 avril 1994 au Sénat.

planification entreprises au moment de la *conception* d'un programme. Bref, si nos travaux comportent toujours une majorité d'évaluations rétrospectives, ils comportent également une bonne partie d'études prospectives.

Vous avez déjà compris, je pense, qu'aux États-Unis, nous ne sommes pas les seuls au gouvernement national à être chargés d'évaluation, loin de là. En fait, nous existons, nous fonctionnons en rapport très étroit avec les agences exécutives. *Elles* sont chargées d'établir et de mettre en application des politiques ou des programmes. Chaque agence est responsable, non seulement envers le Président, mais envers le Congrès et le public américains pour la qualité et l'utilité de ses services. De notre côté, en tant qu'agence législative, nous sommes chargées de produire pour le Congrès et le public des études indépendantes, objectives, valables, sur l'efficacité des activités du pouvoir exécutif. Donc, nous nous côtoyons, nous nous connaissons bien, et nous nous observons d'un œil très attentif.

Il arrive, assez rarement je dois dire, que nos évaluations respectives -c'est-à-dire celles que nous effectuons et celles qui sont effectuées par les agences exécutives- portent, au même moment, sur le même programme. Souvent ces évaluations sont complémentaires, mais quelquefois elles examinent les mêmes choses et arrivent à des résultats fort différents. Dans ce cas, des contestations publiques peuvent bien survenir, *et* sur les résultats *et* sur les méthodologies. Cela ne se produit pas fréquemment, mais ça arrive, il faut s'y attendre, il peut y avoir des étincelles, et tout compte fait, je pense que ce n'est pas une mauvaise chose : la transparence, au gouvernement, vaut bien quelques petites bagarres méthodologiques.

Comment faisons-nous pour effectuer nos évaluations ? Au total, nous avons 76 chercheurs, et nous travaillons par équipes interdisciplinaires ; nous comptons parmi nous des sociologues, des psychologues, des scientifiques politiques, des économistes, des ingénieurs, des chimistes, des physiciens, des démographes, des mathématiciens, des chercheurs spécialisés en opérations, des statisticiens et d'autres spécialistes en diverses disciplines. Toutes ces compétences nous sont nécessaires à cause du genre de travail dont nous sommes chargés, et nous faisons appel à d'autres très régulièrement.

Nos évaluations portent sur presque tous les domaines d'intérêt importants au Congrès : la défense, la santé, l'environnement, l'éducation, l'immigration, l'assistance publique, les transports, le logement, l'agriculture, la justice, la technologie, la politique fiscale, et j'en passe. Nous avons publié 275 évaluations dans toutes ces matières, depuis quatorze ans, et il y a toujours entre 40 et 50 évaluations en cours.

De ces trois façons -en s'assurant un personnel de disciplines diverses avec de solides compétences en analyse qualitative et quantitative ; en développant une expertise dans des domaines spécifiques qui sont d'un intérêt constant pour le Congrès (tel que la défense, la santé, etc.) ; et en assurant une productivité élevée -nous arrivons à répondre aux questions évaluatives et législatives qui nous sont posées.

Quant à l'utilisation de notre travail, nos résultats sont à l'origine de modifications apportées aux lois américaines dans nombre de domaines : par exemple, *l'arrêt* de la production de bombes chimiques aux gaz neuro-toxiques ; *la suppression* d'un crédit d'impôt qui ne produisait point les bénéfices escomptés pour les employés mais qui coûtait très cher au trésor américain ; *l'expansion* d'un programme tout à fait remarquable d'aide aux jeunes en rupture de domicile ; *l'expansion*, également, de services médicaux pour les enfants pauvres ; l'affirmation nationale de lois étatiques fixant l'âge minimum de consommation d'alcool. En plus, nous avons vu arriver, à cause de nos évaluations, des changements de structure dans maintes initiatives des agences exécutives allant de la politique de l'immigration à la

politique de la drogue, en passant par les politiques de l'éducation, du logement, de l'assistance aux gens âgés.

Il va sans dire que tous ces résultats ne sont pas venus tout seuls. Il a fallu donner et recevoir quelques petites garanties, et dans tout cela, il y a quatre éléments qui me paraissent importants.

Tout d'abord vient la garantie des évaluateurs de la crédibilité de leurs méthodes. La tradition de l'évaluation, bien établie depuis quarante ans maintenant, veut que ceux dont les programmes ont été critiqués réagissent vivement en s'attaquant à la méthodologie des évaluateurs, plutôt qu'aux résultats. Évidemment, s'en prendre aux résultats risquerait de révéler un peu trop clairement la pensée et les buts réels des adversaires de l'évaluation, tandis que critiquer la méthodologie laisserait croire à une attaque objective. Puisque ces critiques sont donc prévisibles, il faut que les méthodes des évaluateurs puissent soutenir des assauts assez poussés, et que le plan de l'évaluation tienne compte, dès le début, de la probabilité de ces attaques. Plus la matière est politiquement controversée, plus forts seront les assauts sur la méthode. Et parce qu'aucune méthode, seule, n'est sans faille, ce que nous faisons dans ces cas-là, c'est employer plusieurs méthodes à la fois, de façon à ce que la force de l'une puisse compenser la faiblesse de l'autre. L'important, c'est qu'en commençant l'évaluation, les évaluateurs cherchent systématiquement à renforcer les points vulnérables, et qu'en présentant le rapport, ils expliquent de façon transparente la logique et l'exécution des méthodes choisies.

Le deuxième élément dont je veux parler, c'est l'indépendance, l'objectivité des évaluateurs. Sans l'assurance de l'intégrité du travail, il importe peu que les méthodes soient exemplaires, puisque l'expertise méthodologique ne garantit point la probité. Le besoin d'indépendance, d'objectivité, et aussi de courage vient du fait que les efforts de contrarier une évaluation -par exemple, de diluer les questions posées, d'adoucir les conclusions, d'en cacher les données vitales, de retarder la publication- ces efforts ne manquent jamais de part ou d'autre. Non seulement l'évaluation lui-même doit résister à tous ces efforts, mais il faut aussi qu'on l'aide, en plaçant la fonction d'évaluation là où elle sera un peu protégée contre les tentatives -inévitables en matières controversées- d'affaiblissement, de diminution, ou d'élimination toute simple.

Le troisième élément, c'est la capacité de réponse rapide des évaluateurs. Certains membres de notre Congrès ont, par le passé, formulé des critiques acerbes à l'égard de la recherche évaluative, principalement à cause de sa lenteur. On en a d'ailleurs parlé ici, aujourd'hui. En effet, une évaluation bien faite peut, de façon tout à fait légitime, prendre deux ou trois ans à compléter, particulièrement quand la question est méthodologiquement compliquée ou politiquement délicate, ou les deux. Mais au bout de deux ou trois ans, une évaluation, enfin produite, peut ne plus être utile du tout dans un contexte législatif : le parlementaire ayant posé la question serait peut-être parti depuis longtemps ; les intérêts des commissions parlementaires pourraient avoir changés ; le passage de lois nouvelles pourrait avoir rendu les constatations de l'évaluation académiques. Donc, il est très important que les évaluateurs adoptent des moyens pour raccourcir le temps qu'il faut pour répondre à certaines questions *pressées* des parlementaires. Nous avons essayé à la fois de produire des évaluations conventionnelles en moins de temps, avec plus ou moins de succès, mais aussi, de développer ou adapter d'autres méthodes -telles que la méta-analyse, ou la synthèse évaluative- qui, elles, peuvent amener des réponses plus rapides parce qu'elles évitent la collection originelle de données.

Finalement, la quatrième garantie appartient aux parlementaires : je parle de leur capacité et leur *volonté* de poser les questions justes, les questions inconfortables, aux évaluateurs. En effet, pour bien utiliser l'évaluation, les

parlementaires doivent reconnaître la nécessité : d'initier, quand il le faut, des questions qui peuvent être potentiellement embarrassantes ou provoquer des polémiques ; ensuite, de prendre part à l'action quand les résultats de l'évaluation s'y prêtent ; et enfin, de *tirer les leçons législatives* à la fin d'un débat évaluatif parlementaire ou public. Cette capacité chez les législateurs d'intervenir quand il le faut, est parfaitement indispensable, je pense, si l'on veut aboutir à une fonction d'évaluation qui en vaille la peine.

Maintenant, une question que l'on se pose toujours quand on se met à *créer* une fonction d'évaluation, et Monsieur Chevallier en a parlé ce matin, concerne son applicabilité : qu'est-ce qu'on peut réellement, raisonnablement, demander à une évaluation ? Après tout, théoriquement, logiquement, l'évaluation devrait être utile pour un très grand nombre, voire la plupart, des décisions publiques importantes. Mais *pratiquement*, cela ne correspond pas à la réalité, à ce que j'ai vu depuis 4 ans ; certainement, ce n'est point l'expérience américaine.

Il est évidemment naturel de penser -et beaucoup de nos citoyens le pensent- que toutes les décisions importantes du gouvernement devrait être appuyées sur des faits plutôt que sur des désirs, des idéologies, ou même de simples spéculations. Pourtant, il arrive que dans certains cas, l'évaluation et le contexte de la décision soient si mal accordés, l'une avec l'autre, que rien ne peut les joindre. Un gouvernement peut être si profondément investi dans une politique particulière qu'une évaluation objective aurait peu de chances d'être écoutée ou utilisée par les décideurs.

Je pense, par exemple, à la politique américaine de la guerre au Vietnam où les résultats des évaluations, pourtant *commissionnées* par l'administration américaine, ont été si publiquement négligées par elle. Et logiquement, on peut prévoir cette difficulté pour n'importe quelle décision publique où les résultats de l'analyse évaluative doivent entrer en compétition avec des buts politiques extrêmement puissants, tels que d'affirmer le pouvoir national, projeter une image de force dissuasive, sauver la face, etc. Dans ces cas, et dans d'autres où les débats politiques sont bouillants -comme l'avortement aux États-Unis, le planning familial en Chine, la drogue en Colombie, la condition des femmes au Moyen-Orient- l'évaluateur d'aujourd'hui s'oppose à une hostilité qui n'est d'ailleurs pas très différente de celle que rencontra Tocqueville en 1847, quand il avertissait les membres du parlement français des signes avant-coureurs d'une révolution qu'eux voulaient à tout prix ignorer, ou Max Weber, en 1916, essayant de parler "vérité" à la puissance militaire allemande.

Maintenant, je ne dis pas qu'il ne faut pas les faire, ces évaluations-là, au contraire. Seulement, il ne faudrait s'attendre ni à ce qu'on couvre de fleurs les évaluateurs, ni même à ce que les résultats soient très sérieusement considérés par les décideurs (du moins dans l'immédiat).

Mais alors, à quoi donc l'évaluation est-elle utile et pour quelles décisions ? Eh bien, notre expérience enseigne qu'elle sert utilement à trois décisions principales, et qu'elle augmente de façon remarquable leurs chances de succès, mais seulement quand les esprits sont assez ouverts pour écouter les résultats. Les décideurs ont réellement besoin de l'évaluation pour formuler et développer une politique ; pour savoir *en temps utile* (par des systèmes moniteurs) quel est le progrès (ou manque de progrès) de cette politique une fois mise en place ; et pour juger les résultats de la politique et agir en conséquence (soit en décidant de la prolonger, de la modifier ou de l'éliminer). Ces soutiens de la décision publique, l'évaluation peut les fournir à travers presque toute la gamme des affaires gouvernementales modernes à condition que la situation politique s'y prête, et que les connaissances nécessaires soient préalablement acquises.

Il faut se rappeler que les responsables du gouvernement et les parlementaires n'ont pas, comme les industriels, une base naturelle (tels que profits-et-pertes) pour les convaincre qu'une politique est devenue démodée, peu productive, ou perd faveur auprès du public. Évidemment, il y a les élections, mais elles ne viennent que tous les deux ou quatre ans chez nous, et elles sont rarement bien spécifiques. Donc, qu'ils le reconnaissent ou non, les décideurs ont grand besoin d'une fonction évaluative forte et sceptique pour assurer la solidité empirique des *fondations* conceptuelles des politiques, aussi bien que la capacité de mesurer leurs progrès et de savoir leurs effets. Voilà un terrain où l'évaluation s'applique presque toujours à merveille.

En ce qui concerne l'*adaptabilité* de l'évaluation à travers des pays différents -aux institutions et aux cultures dissemblables- je pense qu'il faut bien admettre que la façon d'organiser l'évaluation, de construire ses modèles, et d'utiliser ses résultats, variera toujours selon le pays, tout comme le contrôle des comptes (ou l'audit), avec ses modèles et ses applications dissemblables.

Au Congrès international des Auditeurs, qui s'est tenu l'année dernière à Washington, nous avons pu voir le nombre extraordinaire de façons qui existent à travers le monde pour concevoir la fonction de l'audit. D'ailleurs, on aperçoit d'ores et déjà la même diversité pour l'évaluation, rien qu'en regardant les différences qui existent aujourd'hui entre l'organisation de la fonction au Canada, en France, en Suède, en Hollande et aux États-Unis, pour ne parler que d'eux.

Dans la conférence internationale de l'évaluation qui va se dérouler à Vancouver au Canada en 1995, nous verrons mieux peut-être comment des pays aussi différents que ceux du tiers monde et ceux du monde développé ont pu s'y prendre pour évaluer leurs politiques et leurs programmes.

Ce que j'essaie de dire ici, c'est que la façon d'*adapter* l'évaluation peut bien varier partout, et même, *devrait* varier selon les institutions et la culture des divers pays. Mais l'évaluation elle-même ne change pas, parce qu'elle n'est rien d'autre qu'une manière plutôt rigoureuse de raisonner, ou de concilier un problème politique, social ou économique avec le meilleur moyen -si moyen il y a- d'y porter remède.

On a fait cela, bien sûr, depuis que le monde est monde, et l'on n'a pas manqué d'en faire l'observation ici aujourd'hui. Mais il faut comprendre aussi que l'évaluation ajoute à ce procédé la contribution de la recherche systématique et rigoureuse au débat gouvernemental. En France, le raisonnement politique s'est distingué depuis des siècles par sa définition, sa clarté et par l'intelligence particulière qui "s'appuie sur le courage", selon le mot d'Albert Camus. L'évaluation n'est pas autre chose, et l'évaluation française, elle, devrait plus aisément que d'autres, il me semble, trouver sa voie dans un tel climat intellectuel.

Aujourd'hui, dans tous les pays industriels, nous nous trouvons devant trois problèmes très difficiles :

- le besoin de moderniser l'État et de réduire sa taille ;
- la méfiance croissante de l'électorat devant la performance du gouvernement dans un monde qui change à vue d'œil ; et
- le besoin d'expliquer clairement, de faire bien comprendre aux citoyens, les raisonnements -souvent très complexes- d'une politique qui les concerne.

A mon avis, l'évaluation législative joue un rôle très important dans l'amélioration des trois. D'abord, elle pousse vers la modestie, la modération. Quand elle est là, on voit une diminution remarquable de projets spontanés aux raisonnements simplistes, basés sur une anecdote ou deux, qu'on fait avaler au pays tout entier. Autrement dit, l'évaluation s'accommode mal des programmes sociaux énormes et grandiloquents, qui, quand ils échouent -et ils échouent souvent, hélas- emportent avec eux la crédibilité et du gouvernement et des gens qui y ont cru.

Une fois mise en pratique courante, l'évaluation permet donc un parlement et un exécutif mieux informés, des politiques et des programmes mieux raisonnés, et des stratégies plus appropriées.

Une des causes principales, je crois, de la méfiance qui s'installe un peu partout entre les gouvernements et les citoyens, c'est le sentiment (très profond et très répandu) que les politiques et les programmes du gouvernement ne correspondent pas très bien aux besoins réels des gens ; qu'ils sont souvent préparés à la va-vite, exécutés quelquefois de façon déraisonnable, communiqués comme pour cacher (plutôt que de révéler) leurs intentions et fonctions réelles, et en fin de compte, imposés au public sans trop lui demander son avis. L'évaluation, simplement *parce qu'elle est là*, pousse les décideurs dans la direction de l'honnêteté dans la communication.

En somme, l'évaluation législative ne peut pas tout faire. Mais je crois qu'elle est indispensable, en France aussi, pour préparer une meilleure politique, pour rendre compte des progrès et des résultats de cette politique, et pour expliquer de façon persuasive et *croyable*, la logique et les effets des décisions publiques.

L'ÉVALUATION LÉGISLATIVE EN SUISSE (*)

Par

Luzius MADER

*Vice-directeur de l'Office fédéral de la justice, Berne,
Professeur à l'Institut de hautes études en administration publique, Lausanne*

1. INTRODUCTION

La législation n'est pas un simple aboutissement de l'action conjointe d'une série de contraintes politiques ou autres, mais - en partie du moins - un acte finalisé ; un acte qui vise à résoudre un problème, qui a une fonction de régulation sociale (1). Partant de ce caractère instrumental de la législation - que personne ne niera complètement, mais qui ne reflète assurément qu'un aspect partiel -, il peut sembler évident que le législateur doit s'intéresser aux effets de son action, de son intervention dans la vie sociale et économique. Et le législateur le fait, sans doute, dans la pratique. Aussi, le thème de cet après-midi concerne-t-il davantage le "comment" et moins le "si" de cet intérêt du législateur pour les effets des actes législatifs.

Dans mon bref aperçu de la situation de l'évaluation législative en Suisse, je mettrai en évidence dans quelle mesure les autorités politiques et administratives suisses tentent d'appréhender, de saisir les effets de l'action législative de façon méthodique, quelles démarches elles adoptent et quels outils elles utilisent pour dépasser l'appréciation purement intuitive, impressionniste des effets ; appréciation qui, elle, a bien sûr toujours été faite et qui continuera à être faite. Contrairement à celle-ci, et comme le professeur Chevallier l'a exprimé très clairement ce matin, l'évaluation législative repose, en revanche, sur une approche méthodique, c'est-à-dire sur des analyses qui

- se fondent sur des réflexions et des affirmations reproductibles et contrôlables,

- s'appuient sur une procédure systématique qui vise à saisir de façon complète les effets les plus significatifs,

- ont pour but d'acquérir les indications les plus objectives possible sur l'ensemble des effets

(*) Communication à la Journée d'études du 7 avril 1994 au Sénat.

(1) Voir dans ce contexte notamment les deux ouvrages *L'État propulsif - Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, 1991, Paris, et *Les instruments d'action de l'État*, 1991, Bâle, publiés par Ch.-A. Morand.

- et qui sont présentées, en règle générale, sous une forme qui atteste de leur caractère méthodique (rapport, étude, etc.) (1).

L'évaluation législative ne peut et ne veut pas remplacer l'appréciation traditionnelle des effets, qui bien évidemment est et reste indispensable ; elle ne peut et ne veut que la compléter de façon sélective et judicieuse.

Dans mon exposé, je présenterai d'abord quelques mesures institutionnelles qui vont dans le sens d'un renforcement de l'évaluation législative en tant qu'*outil de contrôle*.

Ensuite, j'exposerai brièvement la situation en matière de *préparation de la législation*.

Troisièmement, je dirai quelques mots sur un Projet national de recherche (PNR) portant sur un thème en rapport avec notre problématique, à savoir le PNR N° 27 "*Effets des mesures étatiques*".

J'ajouterai, pour terminer, quelques réflexions sur les facteurs institutionnels ou politiques spécifiques à la Suisse qui favorisent ou, au contraire, entravent le développement de l'évaluation législative.

2. LA SITUATION DE L'ÉVALUATION LÉGISLATIVE EN SUISSE - EN PARTICULIER QUELQUES DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS

2.1. REMARQUES GÉNÉRALES

En Suisse, l'évaluation des effets de la législation ou - plus généralement - des politiques publiques est un thème scientifique depuis le milieu des années soixante-dix ; un thème qui, à mon avis, doit son émergence à cette époque à des développements - au début largement indépendants, mais finalement convergents - dans trois disciplines ou plutôt dans des courants de recherche propres à trois disciplines, à savoir :

- les études de mise en oeuvre et d'évaluation dans le cadre des *sciences politiques et administratives*, inspirées de la *policy analysis* américaine ;
- le regain de l'intérêt pour la *sociologie juridique*, axée sur le droit privé et pénal ;
- et l'intérêt naissant pour le développement d'une *approche méthodique de l'élaboration des lois (méthodologie législative, "légisprudence")*, qui s'est manifesté en Suisse surtout dans le domaine du droit public (2).

Exprimé d'abord dans le cadre de travaux scientifiques, l'intérêt pour la démarche évaluative a toutefois d'emblée reflété aussi des préoccupations et des besoins de praticiens et de politiciens. La preuve en donnent les programmes de législation pour les périodes 1987- 91 et 1991- 95 qui en font un thème prioritaire (3). L'évaluation législative s'est donc rapidement établie comme une problématique qui se situe en quelque sorte à cheval entre la science et l'administration ou la politique, à l'interface entre la théorie et la pratique.

Depuis le milieu des années 80, au plus tard, l'évaluation législative est, en Suisse, l'objet d'une réflexion approfondie sur les possibilités organisationnelles et

(1) Cf. *Mieux connaître les effets de l'action étatique - Problèmes, possibilités, propositions*, Rapport final du groupe de travail "Évaluation législative" au Département fédéral de justice et police, 1991, Berne.

(2) Voir en particulier K. Eichenberger et al., *Grundfragen der Rechtsetzung*, 1978, Bâle. P. Noll, le pionnier - suisse - de cette approche (cf. son ouvrage *Gesetzgebungslehre*, 1973, Reinbek, était pourtant un pénaliste.

(3) Cf. surtout le *Programme de la législature 1987-1991*, p. 66, publié par la Chancellerie fédérale, 1988, Berne.

procédurales de renforcer ce type d'appréciation méthodique des effets de la législation, réflexion qui, grâce surtout à une conjoncture générale favorable au renforcement des mécanismes de contrôle de l'État (1), a finalement abouti à des changements et à des innovations institutionnelles qui ont assuré, en premier lieu, un meilleur ancrage de l'évaluation rétrospective.

2.2. L'ÉVALUATION COMME OUTIL DE CONTRÔLE

En ce qui concerne le développement de l'évaluation législative en tant qu'outil de contrôle, je dois mentionner essentiellement quatre innovations (dont la dernière n'est pas définitive encore) qui me paraissent montrer que la démarche évaluative a, au cours des dernières années, trouvé une expression et une reconnaissance plus fortes dans les textes légaux, même si, je tiens à le signaler très clairement, ces innovations n'ont pas nécessairement été faites dans le seul but, voire dans le but principal, de renforcer l'ancrage institutionnel de l'évaluation législative.

1) En 1989, le gouvernement décida de créer un service de contrôle administratif qui devait l'assister dans sa tâche de surveillance de l'administration fédérale (2). Ce service, qui comprend environ 8 personnes et qui est rattaché à la Chancellerie fédérale, contrôle en particulier les tâches, les activités et moyens de l'administration ainsi que son organisation, ses méthodes de travail et ses procédures de décision (article 4). Le service procède à des examens notamment sous l'angle de la conformité aux objectifs fixés dans la législation, de l'exécution, des effets, de l'efficacité et du rendement (article 5). Il peut donc effectuer aussi des évaluations législatives au sens où nous l'entendons. L'ordonnance instituant ce nouvel organe de contrôle précise par ailleurs que le service exerce un contrôle a posteriori et traite plus particulièrement de questions interministérielles (article 2).

2) Le deuxième changement institutionnel est la création d'un organe parlementaire de contrôle de l'administration en 1990 (3). Il s'agit là d'un organe auxiliaire des commissions de gestion de l'Assemblée fédérale, c'est-à-dire d'un organe auxiliaire des deux chambres du parlement, et qui examine, sur mandat des commissions de gestion, les tâches de l'administration, leur accomplissement et les effets découlant de l'activité des autorités et de l'administration selon les critères de la légalité, de l'opportunité, du rendement et de l'efficacité (art. 47 sexies al. 2). Cet organe, composé de sept personnes environ, procède entre autres à de véritables évaluations ou fait effectuer des évaluations par des experts externes. La création de cet organe parlementaire de contrôle de l'administration, qui était d'ailleurs explicitement motivée par la volonté de renforcer l'évaluation législative au sens où nous l'entendons (4), illustre d'ailleurs bien à quel point l'évaluation est considérée en Suisse comme une tâche concurrente du gouvernement et du parlement.

(1) Cette conjoncture favorable était due en partie à des restrictions budgétaires, en partie toutefois aussi à certains mal fonctionnements, voire des abus, et à des carences en matière de surveillance de l'administration dans le domaine de la police ("affaire des fiches").

(2) Voir le texte de l'ordonnance dans le Recueil systématique du droit fédéral (=RS) 172.210.11.

(3) Voir le texte légal servant de base à l'institution de cet organe : article 47 sexies de la loi sur les rapports entre les conseils, RS 171.11.

(4) Voir le rapport des commissions de gestion et l'avis du gouvernement au sujet de la modification de la loi portant création de l'organe parlementaire de contrôle : *Feuille fédérale* 1990 I 1029 ss, en particulier 1052 s.

3) Le troisième élément que je voudrais mentionner dans ce contexte est l'adoption d'une nouvelle loi sur les subventions, également en 1990 (1). Selon cette loi, qui visait à unifier les règles et principes applicables à l'octroi d'indemnités et d'aides financières, le gouvernement doit examiner périodiquement si les actes normatifs régissant les aides financières et les indemnités sont conformes à certaines exigences générales définies dans la loi (art. 5 al. 1). Il doit contrôler, entre autres, si la tâche ne saurait être réalisée de manière plus simple, plus efficace ou plus rationnelle (art. 6 lit. e). La loi contient donc aussi une base juridique - et un mandat - pour procéder à des évaluations portant sur une certaine catégorie d'actes législatifs, à savoir ceux qui prévoient l'octroi de subventions.

4) Enfin, quatrième et dernier élément en ce qui concerne les développements en matière de mécanismes de contrôle, je mentionnerai que le Conseil fédéral vient de soumettre au parlement une modification de la loi sur le contrôle fédéral des finances (2). Si la modification est adoptée, cette loi prévoira dorénavant explicitement que le contrôle fédéral des finances devra, entre autres, aussi examiner si les dépenses consenties ont les effets escomptés. Il s'intéressera donc aussi à l'efficacité et non plus seulement à la régularité et la rentabilité des dépenses étatiques. Je dois peut-être préciser, dans ce contexte, que le Contrôle fédéral des finances est un organe largement autonome qui travaille aussi bien pour le gouvernement que pour le parlement. C'est en quelque sorte la Cour des comptes suisse. Et, pour mettre en évidence que l'évaluation est un enjeu politique aussi bien que bureaucratique, j'ajouterai aussi que les commissions de gestion ne se sont guère enthousiasmées pour cet élargissement des tâches et des critères d'examen du Contrôle des finances, estimant qu'il s'agit là d'aspects qui relèvent, en partie au moins, de leurs compétences.

2.3. MESURES PRISES OU À PRENDRE EN MATIÈRE DE PRÉPARATION DE LA LÉGISLATION

L'évaluation législative n'est pas et ne doit pas être qu'un outil de contrôle. C'est une démarche qui est également importante dans la phase de préparation de la législation. Aussi, dans le cadre des efforts visant à améliorer la qualité de la législation par une approche plus rationnelle du travail légistique, l'accent est-il mis davantage sur l'apport et la fonction de l'évaluation dans les travaux préliminaires de législation (3). Dans ce contexte-là, l'évaluation législative apparaît comme un moyen susceptible de contribuer à la solidité des fondements des choix législatifs, que ce soit par le biais d'évaluations rétrospectives ou prospectives.

En Suisse, un groupe de travail interministériel "Évaluation législative" (AGEVAL), institué par le Département fédéral de justice et police et composé de représentants des administrations fédérales et cantonales ainsi que des milieux scientifiques, s'est penché, depuis 1987, surtout sur cet aspect-là. Saluant les progrès réalisés en matière de contrôle, ce groupe est arrivé à la conclusion :

- que les efforts devraient dorénavant porter notamment sur la sensibilisation de l'administration et sur la formation,
- qu'un renforcement institutionnel de la démarche évaluative dans la phase préparatoire de la législation restait à réaliser,

(1) Voir RS 616.1.

(2) Voir le message du gouvernement et le projet de loi : *Feuille fédérale* 1994 II 709 ss.

(3) A ce sujet par exemple L. Mader, *L'évaluation législative - Pour une analyse empirique des effets de la législation*, 1985, Lausanne ; voir aussi J.-D. Delley, *Quelle contribution le législateur peut-il attendre de l'évaluation législative ?*, in *Législation d'aujourd'hui 1990/2*, p. 15 ff.

- et qu'il importait de mieux coordonner l'ensemble des activités d'évaluation au sein de l'administration, mais aussi entre administration et parlement ; à ce sujet, le groupe a suggéré la création d'une Conférence de coordination.

Le gouvernement a pris connaissance du rapport final de ce groupe de travail en mars 1992 (1). Il l'a fait, il faut le dire, sans enthousiasme et il a donné au Département fédéral de justice et police le mandat de revoir le concept proposé, notamment pour mieux tenir compte des responsabilités des ministères dans ce domaine.

Le concept a entre temps été modifié, mais jusqu'à maintenant, aucune mesure concrète importante n'a été prise. Ceci d'ailleurs malgré une motion votée par les deux chambres du parlement et qui demande au gouvernement de prendre des mesures institutionnelles pour renforcer l'évaluation législative conformément aux conclusions du groupe AGEVAL (2). Il est probable que, pour le moment du moins, seules les mesures de sensibilisation, de formation et de conseils prévues par l'AGEVAL pourront être réalisées.

En effet, après une décision récente du gouvernement (décision du 23 mars 1994) il n'est pas question, notamment, de donner à l'Office fédéral de la justice le mandat explicite de veiller à ce que les différents offices et ministères responsables respectent - ou respectent mieux -, dans le cadre de la préparation de la législation, les exigences formulées à l'article 43 al. 3 de la loi sur les rapports entre les conseil et dans le schéma pour l'établissement des messages accompagnant les projets de lois que le gouvernement soumet au parlement.

Le premier de ces deux textes constitue en quelque sorte le pendant des dispositions assez nombreuses qui demandent l'établissement de rapports périodiques sur l'application et les effets d'actes législatifs (3). Il prévoit, dans sa version de 1984 (4), que le gouvernement doit indiquer, dans ses messages et rapports qu'il soumet à l'Assemblée fédérale,

- a. les conséquences financières et les effets sur l'état du personnel qu'aura pour la Confédération l'application des règles et mesures proposées, ... ;*
- b. les frais qui s'ensuivront pour les cantons et les communes ;*
- c. les conséquences qui en résulteront pour l'économie ;*
- d. dans la mesure du possible, la relation entre l'utilité des règles et mesures proposées et les frais causés par leur application.*

Selon le second texte, à savoir le schéma pour l'établissement de messages du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale (5) qui précise le sens et la portée de l'article 43 al. 3 de la loi sur les rapports entre les conseils, le gouvernement doit, lors de révisions de lois, "*tirer parti des expériences faites avec la réglementation en vigueur, en particulier exposer brièvement les problèmes que pose son exécution et signaler les cas où elle s'est révélée inefficace*". Dans la présentation des conséquences, le

(1) Voir le rapport cité à la note 2.

(2) Cette motion de la Commission de gestion du Conseil national, du 18 mai 1992, a la teneur suivante : "Le Conseil fédéral est invité à reprendre la question de l'augmentation de l'efficacité des mesures étatiques comme but pour la législature 1991-1995. A cet effet, il y a lieu de prendre en considération les propositions du rapport d'octobre 1991 du groupe de travail "Évaluation législative" (AGEVAL) concernant le développement de l'évaluation législative dans l'administration fédérale". Le gouvernement avait, dans sa réponse du 1er juin 1992, proposé sans succès de transformer la motion en postulat.

(3) A ce sujet voir en particulier Ch.-A. Morand, L'obligation d'évaluer les effets des lois, in *Évaluation législative et lois expérimentales*, 1993, Aix-Marseille, p. 79 ss, publié sous la direction de Ch.-A. Morand.

(4) RS 171.11 ; dans sa version actuelle, cette disposition contient encore une lettre e selon laquelle le gouvernement doit, pour les projets d'aides financières et d'indemnités, s'exprimer aussi sur leur conformité aux principes applicables aux actes normatifs servant de base à l'octroi de subventions (voir la loi sur les subventions mentionnée à la note 9).

(5) Dans sa version actuelle approuvée par le gouvernement le 18 mai 1988.

gouvernement ne peut pas se limiter aux répercussions financières et en matière de personnel, mais doit aussi mentionner les autres effets que pourrait avoir un projet de loi : *"Il convient notamment de préciser les effets qui paraissent importants sur les plans sociologique, social, économique et écologique, ainsi que du point de vue de l'aménagement du territoire et de la politique régionale"*. De plus, il faut *"indiquer les bases sur lesquelles s'appuient les déclarations concernant les effets probables des mesures (expérience de l'administration, audition d'experts, enquêtes fondées sur des méthodes scientifiques, etc.)"*.

On pourrait penser, en ce qui concerne cette décision de ne pas attribuer à l'Office de la justice des tâches et des compétences particulières en matière de contrôle du respect pratique de ces exigences (1), que l'enjeu politique de toute l'évaluation législative a été bien compris. Toutefois, le refus d'attribuer dans cette matière une tâche supplémentaire à l'Office fédéral de la justice ne doit pas être considéré comme l'expression d'une attitude généralement négative du gouvernement par rapport à la démarche évaluative, car le Conseil fédéral a clairement rappelé la responsabilité première des ministères dans ce domaine. Et il ne fait d'ailleurs pas de doute que le parlement, qui avait voté la motion mentionnée ci-dessus à de très larges majorités, veillera à l'avenir davantage au respect des exigences formulées à l'article 43 de la loi sur les rapport entre les conseils, ne serait-ce que pour assurer de cette manière des conditions plus favorables à l'évaluation rétrospective dans le cadre de ses tâches de contrôle. Car, cela me paraît important, il est bien clair que tous les efforts déployés lors de la préparation d'actes législatifs, la prise en compte des exigences de l'évaluation législative dans les textes normatifs mêmes, faciliteront aussi l'emploi de l'outil évaluatif dans le cadre des mécanismes de contrôle.

2.4. LE PROGRAMME NATIONAL DE RECHERCHE N° 27

L'évaluation législative - qu'elle soit rétrospective (ex post) ou prospective (ex ante) - exige des ressources financières ; de plus, elle suppose un personnel qualifié à l'intérieur ou (c'est plutôt cette solution qui est pratiquée en Suisse) à l'extérieur de l'administration, c'est-à-dire dans les instituts universitaires ou les bureaux d'études privés spécialisés.

C'est pour cette raison, entre autres, que le gouvernement suisse, à la suite d'une proposition émanant notamment de l'Office fédéral de la justice, avait décidé, en 1987, de lancer un Programme national de recherche (PNR) consacré au thème "Les effets des mesures étatiques". Ce programme, exécuté sous la responsabilité du Fonds national suisse de la recherche scientifique, prendra fin en été 1995. Il a permis d'effectuer environ 20 évaluations. Le programme a aussi servi de cadre pour une réflexion théorique, d'une part sur les possibilités et les limites méthodologiques de l'évaluation des politiques publiques, et en particulier de la législation, et d'autre part sur les spécificités des mécanismes d'apprentissage institutionnels dans le système politico-administratif suisse (2). Il serait sans doute prématuré d'en tirer maintenant

(1) Il faut noter, dans ce contexte, que l'Office fédéral de la justice joue un rôle crucial dans la phase de préparation de la législation. Il est en effet chargé du contrôle juridique des projets de textes légaux et réglementaires élaborés par les autres services de l'administration ; il doit en outre développer des principes s'appliquant à la préparation des actes législatifs et assurer l'application de ces principes en conseillant et en instruisant les autres services de l'administration (voir en particulier l'art. 7, chiffre 2, de l'ordonnance réglant les tâches des départements, des groupements et des offices, RS 172.010.15 ; voir aussi les Directives sur la préparation et l'expédition des affaires du Conseil fédéral, chiffre 122.1). Cette fonction transversale déjà très importante qu'exerce l'Office de la justice en matière de législation explique en partie les réticences au sujet d'un éventuel élargissement de ses tâches.

(2) La plupart des travaux sont déjà publiés ; pour la réflexion sur la problématique générale de l'apprentissage institutionnel ou organisationnel voir en particulier *Lernen in Verwaltungen und Policy-*

des conclusions - et il m'en manquerait d'ailleurs aussi le temps - mais je crois pouvoir dire d'ores et déjà que les conclusions de ce PNR donneront une nouvelle impulsion à la démarche évaluative en Suisse.

4. BILAN ET CONCLUSIONS

Quel bilan global faut-il tirer, pour conclure, en ce qui concerne le développement de l'évaluation législative au cours de la dernière décennie en Suisse ? Et quels sont les facteurs qui ont déterminé les progrès et les retards, les succès et les échecs en cette matière ?

Pour dresser ce bilan, il importe à mon avis tout d'abord de partir d'attentes réalistes. Cela signifie, d'une part, qu'il faut être conscient des limites méthodologiques et politiques de toute démarche visant à appréhender de manière méthodique les effets de l'action législative. Mais d'autre part, faire preuve de réalisme signifie aussi être convaincu de la nécessité de cette démarche méthodique : l'État moderne ne peut pas, de manière générale et à long terme, se contenter d'appréciations des effets et spécialement de l'efficacité de la législation qui soient purement impressionnistes ou empreintes de partis pris et d'intérêts particularistes. Ce faisant, il risquerait de voir sa légitimité même s'effriter.

Si l'on adopte cette attitude réaliste, je qualifierais les développements au cours des dix dernières années de positifs. Mais je concède volontiers que beaucoup reste à faire, en particulier dans le domaine de la préparation de la législation et, de manière plus générale, pour assurer que les belles dispositions de textes législatifs ou réglementaires et de directives internes, dont j'ai fait état, se traduisent peu à peu en réalités administratives et politiques.

À quelles circonstances faut-il attribuer les progrès réalisés et imputer les échecs ? On ne peut guère donner une réponse à la fois sommaire et satisfaisante à cette question. Il faudrait pouvoir nuancer. Car il y a beaucoup d'éléments institutionnels ou autres qui, me semble-t-il, sont ambivalents par rapport au développement de l'évaluation législative en Suisse (1).

Je pense par exemple à la *lenteur du processus législatif* en Suisse. Cette lenteur - dix ans pour la genèse d'une loi n'est pas une durée exceptionnelle - pourrait, en principe, précisément être favorable à une démarche méthodique, mais souvent elle est aussi invoquée comme argument interdisant le recours à des démarches évaluatives : on veut éviter tout ce qui risque d'allonger encore le processus.

De même, les *restrictions budgétaires* sont aussi une circonstance ambivalente : elles conduisent à une limitation des ressources financières disponibles pour des évaluations législatives, mais en même temps elles pourraient favoriser des démarches évaluatives qui sont susceptibles de contribuer à une utilisation plus économe des finances publiques, voire à justifier l'abandon de certaines activités étatiques coûteuses, mais qui se révèlent inefficaces.

Parmi les *éléments institutionnels qui favorisent l'évaluation législative* en Suisse, je mentionnerai par exemple :

- le fédéralisme d'exécution qui a pour conséquence que l'État fédéral doit développer des mécanismes lui assurant les informations nécessaires sur la mise en oeuvre et les effets de ses réglementations sur le plan local ;

Netzwerken, 1994, Coire, publié sous la direction de Werner Bussmann (directeur du Programme national de recherche n° 27).

(1) Voir à ce sujet aussi *Évaluation des politiques publiques en Suisse - Pourquoi ? Pour qui ? Comment ?*, 1990, Lausanne, publié sous la direction de Katia Horber-Papazian.

- l'existence d'un parlement de milice et, à un certain égard, même d'une administration "de milice" qui ont, tous deux, l'habitude de recourir à des experts externes ;

Parmi les *éléments qui entravent*, en revanche, *le développement de l'évaluation législative* prise ici surtout dans le sens d'une évaluation législative prospective, on peut signaler :

- le fait que le système politique repose sur la concordance des principaux partis politiques qui sont d'ailleurs tous représentés au gouvernement ; ce qui prime inévitablement dans un tel système est le consensus politique, de sorte que tout élément susceptible de rendre le consensus plus difficile ou de le compromettre est d'emblée considéré comme une perturbation ;

- la part relativement active du parlement et du peuple dans le processus législatif : le parlement n'est pas (n'est plus) une simple chambre d'enregistrement des projets législatifs du gouvernement et modifie parfois fondamentalement les projets qui lui sont soumis ; de plus, ceux-ci peuvent échouer en votation populaire si le référendum est demandé par une fraction du corps électoral ;

- la procédure de consultation des cantons, des partis politiques et des milieux intéressés qui est souvent considérée comme un substitut à l'évaluation législative car elle permet de saisir les réactions des principaux acteurs politiques et des milieux directement concernés ; ces réactions reflètent évidemment aussi une certaine appréciation des effets attendus d'une intervention législative ;

- le cloisonnement et les rivalités entre les différents ministères (fonction gouvernementale relativement faible).

Cependant, comme je viens de le dire, ce ne sont là que quelques éléments qu'il faudrait absolument approfondir et développer. Et, ensuite, il faudrait aussi tenir compte du fait que, outre ces éléments institutionnels, il peut y avoir des facteurs plus "conjuncturels" qui jouent un rôle. Ainsi, quelques "affaires" du passé récent ont sans doute favorisé l'éclosion des mécanismes de contrôle et ont, de ce fait, contribué à créer des conditions favorables au développement de l'évaluation en tant qu'outil de contrôle (mais, il faut le dire aussi, servent maintenant d'arguments pour renoncer à des mesures supplémentaires en matière de préparation de la législation). Et, pour terminer, il me semble aussi que la tendance actuellement très marquée en Suisse à recourir à des interventions étatiques volontaristes et symboliques ne crée pas des circonstances particulièrement propices au développement d'une approche plus méthodique et rationnelle de l'action législative. Je ne doute pas, cependant, que les limites de cette tendance ne tarderont pas à apparaître et qu'un climat politique plus favorable à l'évaluation législative renaisse.

R.R.J. 1994-4
Pages 1361 à 1410

IVème PARTIE

DOCUMENTS

ÉVALUATION LÉGISLATIVE (*)

ANALYSE MÉTHODIQUE DES EFFETS DES NORMES LÉGALES ET DES MESURES ÉTATIQUES BASÉES SUR CES NORMES

Analyse : - mise en évidence
- appréciation des effets selon des critères définis

Méthode : - raisonnement susceptible d'être compris et répété
- démarche systématique
- démarche visant l'objectivité
- forme adéquate

LES EFFETS

- intentionnels ou non
- prévus ou non
- bénéfiques/pervers
- directs/indirects
- immédiats/différés
- concrets/symboliques
- d'anticipation/de rétroaction

LES CRITÈRES

- l'effectivité (respect de la norme/utilisation)
- l'efficacité (degré de réalisation des objectifs)
- l'efficience (rapport coût-bénéfice)
- l'impact (l'ensemble des effets)

TYPES D'ÉVALUATION

- prospective
- concomitante
- rétrospective

APPORT DE L'ÉVALUATION A LA DÉMARCHE MÉTHODIQUE

- aide à la préparation de la décision
- pilotage des activités de mise en œuvre
- instrument de contrôle
- instrument d'apprentissage

(*) Document établi par J.-D. Delley et Ch.-A. Morand, (Université de Genève).

LOI N° 83-609 DU 8 JUILLET 1983

portant création d'une délégation parlementaire dénommée Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques

L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté,
Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

Art. 1er - Il est inséré, dans l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 modifiée, relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, un article 6 ter, rédigé comme suit :

"*Art. 6 ter* - I - La délégation parlementaire dénommée Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques a pour mission d'informer le Parlement des conséquences des choix de caractère scientifique et technologique afin, notamment, d'éclairer ses décisions. A cet effet, elle recueille des informations, met en œuvre des programmes d'études et procède à des évaluations.

II - La délégation est composée de huit députés et huit sénateurs désignés de façon à assurer au sein de chaque assemblée une représentation proportionnelle des groupes politiques. Les députés sont désignés au début de chaque législature pour la durée de celle-ci. Les sénateurs sont désignés après chaque renouvellement partiel du Sénat.

"Pour chaque titulaire, un suppléant est désigné dans les mêmes conditions.

"Au début de chaque première session ordinaire, la délégation élit son président et son vice-président, qui ne peuvent appartenir à la même assemblée.

III - La délégation est assistée d'un conseil scientifique composé de quinze personnalités choisis en raison de leur compétence dans les domaines des sciences et de la technologie.

"Les membres du conseil scientifique sont désignés pour trois ans dans les conditions prévues par le règlement intérieur de la délégation.

"Le conseil scientifique est saisi dans les conditions prévues par le règlement intérieur de la délégation, chaque fois que celle-ci l'estime nécessaire.

IV - La délégation peut recueillir l'avis des organisations syndicales et professionnelles les plus représentatives au niveau national, ainsi que des associations de protection de l'environnement ou de défense des usagers et consommateurs.

V - La délégation est saisie par :

"1° - le bureau de l'une ou l'autre assemblée, soit à son initiative, soit à la demande d'un président de groupe, soit à la demande de soixante députés ou de quarante sénateurs.

"2° - une commission spéciale ou permanente.

"VI - La délégation dispose des pouvoirs définis par l'article 164, paragraphe IV, de l'ordonnance n° 58-1374 du 30 décembre 1958 modifiée, portant loi de finances pour 1959.

En cas de difficultés dans l'exercice de sa mission, la délégation peut demander, pour une durée n'excédant pas six mois, à l'assemblée d'où émane la saisine de lui conférer les prérogatives attribuées par l'article 6 ci-dessus aux commissions parlementaires d'enquête, à leurs présidents et à leurs rapporteurs. Lorsque la délégation bénéficie de ces prérogatives, les dispositions relatives au secret des travaux des commissions d'enquête et des commissions de contrôle sont applicables.

"VII - Les travaux de la délégation sont confidentiels, sauf décision contraire de sa part.

"Les résultats des travaux exécutés et les observations de la délégation sont communiqués à l'auteur de la saisine.

"Après avoir recueilli l'avis de l'auteur de la saisine, la délégation peut les rendre publics.

"Toutefois, lorsque la délégation a obtenu le bénéfice des dispositions de l'article 6 ci-dessus, la décision de publication ne peut être prise que par l'assemblée intéressée, dans les conditions fixées par son règlement pour la publication des rapports des commissions d'enquête et de contrôle.

"VIII - La délégation établit son règlement intérieur ; celui-ci est soumis à l'approbation des bureaux des deux assemblées.

"IX - Les dépenses afférentes au fonctionnement de la délégation sont financées et exécutées comme dépenses des assemblées parlementaires dans les conditions fixées par l'article 7 ci-dessous".

Art. 2 - A titre transitoire, les premiers membres de la délégation sont désignés dans le délai d'un mois à compter de la publication de la présente loi ou de l'ouverture de la plus prochaine session ordinaire si le Parlement n'est pas en session.

La présente loi sera exécutée comme loi de l'État.

Fait à Paris, le 8 juillet 1983.

François MITTERRAND

Par le Président de la République :

Le premier ministre,

Pierre MAUROY.

DÉCRET N° 90-82 DU 22 JANVIER 1990

relatif à l'évaluation des politiques publiques

Le Président de la République,
Sur le rapport du Premier ministre et du secrétaire d'État auprès du Premier ministre, chargé du Plan,
Après avis du Conseil d'État ;
Le conseil des ministres entendu,

Décète :

CHAPITRE Ier

Comité interministériel de l'évaluation

Art. 1er - Il est créé un comité interministériel de l'évaluation chargé de développer et de coordonner les initiatives gouvernementales en matière d'évaluation des politiques publiques.

L'évaluation d'une politique publique au sens du présent décret a pour objet de rechercher si les moyens juridiques, administratifs ou financiers mis en œuvre permettent de produire les effets attendus de cette politique et d'atteindre les objectifs qui lui sont assignés.

Art. 2 - Le comité interministériel de l'évaluation arrête, sur avis favorable du Conseil scientifique de l'évaluation, les projets d'évaluation relevant d'un ou plusieurs départements ministériels et bénéficiant du Fonds national de développement de l'évaluation, sans préjudice des dispositions de l'article 6 ci-dessous.

Les projets d'évaluation peuvent porter sur tous les domaines de l'activité administrative, à l'exception des sujets de caractère secret touchant à la défense nationale, à la politique extérieure et à la sûreté intérieure et extérieure de l'État.

Peuvent saisir le comité interministériel de l'évaluation le Premier ministre, les ministres, le Conseil d'État, la Cour des comptes et le Médiateur de la République.

Les projets d'évaluation soumis au comité définissent l'ensemble des modalités nécessaires à leur mise en œuvre et précisent les critères en vertu desquels seront choisis les opérateurs publics ou privés chargés de procéder à l'évaluation.

Le comité interministériel délibère, après avoir pris connaissance des résultats des évaluations, sur les suites qu'il convient de leur donner.

Il est tenu informé des politiques d'évaluation menées par les ministres et par les organismes placés sous leur tutelle.

Art. 3 - Le comité interministériel de l'évaluation est présidé par le Premier ministre ou par son représentant.

Il comprend :

- le ministre chargé de l'économie et des finances ou son représentant ;
- le ministre chargé des réformes administratives ou son représentant ;
- le ministre de l'intérieur ou son représentant ;
- le ministre chargé du budget ou son représentant ;
- le ministre chargé du Plan ou son représentant ;
- les ministres concernés par l'ordre du jour ou leur représentant.

Art. 4 - Le Commissariat général du Plan prépare les délibérations du comité interministériel de l'évaluation. Il veille à la mise en œuvre des décisions prises et à la publication des résultats des travaux d'évaluation. Il anime le développement de l'évaluation dans l'administration et en rend compte annuellement au comité interministériel.

Le secrétariat des réunions du comité interministériel de l'évaluation est assuré par le secrétariat général du Gouvernement.

CHAPITRE II

Fonds national de développement de l'évaluation

Art. 5 - Il est créé auprès du Premier ministre un Fonds national de développement de l'évaluation. Les crédits de ce fonds sont inscrits au budget des services du Premier ministre, Commissariat général du Plan. Ils peuvent être abondés par la procédure des fonds de concours.

L'affectation des crédits de ce fonds est décidée par le comité interministériel de l'évaluation.

Art. 6 - Le Conseil économique et social peut faire appel au concours du fonds, dans la limite du cinquième de la dotation annuelle de ce dernier, pour faire procéder à des travaux d'évaluation, sous réserve de l'avis favorable du Conseil scientifique de l'évaluation.

Art. 7 - Les évaluations bénéficiant du concours du Fonds national de développement de l'évaluation sont rendues publiques, dans le respect des règles de déontologie prévues à l'article 8 ci-dessous.

CHAPITRE III

Conseil scientifique de l'évaluation

Art. 8 - Il est créé un Conseil scientifique de l'évaluation.

Le Conseil scientifique de l'évaluation est chargé de favoriser le développement des méthodes d'évaluation et de définir une déontologie en la matière. Il veille à la qualité et à l'objectivité des travaux bénéficiant du Fonds national de développement de l'évaluation.

A cet effet, le Conseil scientifique de l'évaluation est obligatoirement consulté sur toutes les études susceptibles de bénéficier du financement du Fonds national de développement de l'évaluation. Il formule deux avis :

- le premier porte sur les méthodes et conditions de réalisation des projets d'évaluation prévus aux articles 1er et 6 du présent décret ;

- le second porte sur la qualité des travaux effectués et est rendu public en même temps que les évaluations elles-mêmes.

Art. 9 - Le Conseil scientifique de l'évaluation rassemble et diffuse l'information existant sur les méthodes et techniques d'évaluation, sur les organismes et personnes ayant une pratique en la matière ainsi que sur les travaux d'évaluation eux-mêmes.

A cet effet, il publie chaque année un rapport sur l'évolution des pratiques d'évaluation.

Il peut, en outre, contribuer à la formation de spécialistes et au développement de la recherche dans le domaine de l'évaluation.

Art. 10 - Le Conseil scientifique de l'évaluation est composé de onze personnalités nommées par arrêté du Premier ministre et choisies en raison de leurs compétences en matière d'évaluation ou dans le domaine des sciences économiques, sociales ou administratives.

Les membres du Conseil scientifique de l'évaluation sont nommés pour six ans. Leur mandat n'est pas renouvelable. Toutefois, lors de la constitution initiale du conseil, cinq d'entre eux sont nommés pour trois ans.

Ceux de ses membres dont le mandat viendrait à être interrompu pour quelque cause que ce soit sont remplacés dans leurs fonctions dans un délai de deux mois. Le mandat d'un membre remplaçant expire à la même date que celui de son prédécesseur et n'est pas renouvelable, sauf s'il a été exercé pendant la durée inférieure à deux ans.

Art. 11 - Le président du Conseil scientifique de l'évaluation est nommé, parmi ses membres, par arrêté du Premier ministre.

Il est assisté d'un rapporteur général nommé par le Premier ministre sur proposition du Conseil scientifique de l'évaluation.

Art. 12 - Pour l'accomplissement de sa mission, le Conseil scientifique de l'évaluation dispose des emplois et des crédits inscrits à ce titre au budget des services du Premier ministre, Commissariat général du Plan.

Des agents publics peuvent être mis à sa disposition.

Dans la limite des crédits ouverts, il peut faire appel à des experts français ou étrangers.

Art. 13 - Le Conseil scientifique de l'évaluation procède aux auditions qui lui paraissent nécessaires. Les administrations de l'État et les organismes placés sous leur tutelle lui communiquent tous documents et informations qu'il juge utiles à l'accomplissement de sa mission.

Art. 14 - Les membres du Conseil scientifique de l'évaluation et, éventuellement, les personnes qui collaborent à ses travaux peuvent percevoir des indemnités liées à l'exercice de leurs fonctions dans des conditions fixées par arrêté du ministre chargé du budget et du ministre chargé du Plan.

Les membres du Conseil scientifique de l'évaluation qui n'auraient pas la qualité de fonctionnaire ou d'agent de l'État sont assimilés, pour le remboursement de leurs frais de mission, aux fonctionnaires exerçant des fonctions de niveau comparable. Il en va de même des collaborateurs, agents et experts qui assistent le Conseil scientifique de l'évaluation dans ses travaux.

Art. 15 - Le Premier ministre, le ministre d'État, ministre de l'économie, des finances et du budget, le ministre d'État, ministre de la fonction publique et des

réformes administratives, le ministre de l'intérieur, le ministre délégué auprès du ministre d'État, ministre de l'économie, des finances et du budget, chargé du budget, et le secrétaire d'État auprès du Premier ministre, chargé du Plan, sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au *Journal officiel* de la République française.

Fait à Paris, le 22 janvier 1990

François MITTERRAND

Par le Président de la République :

Le Premier ministre,

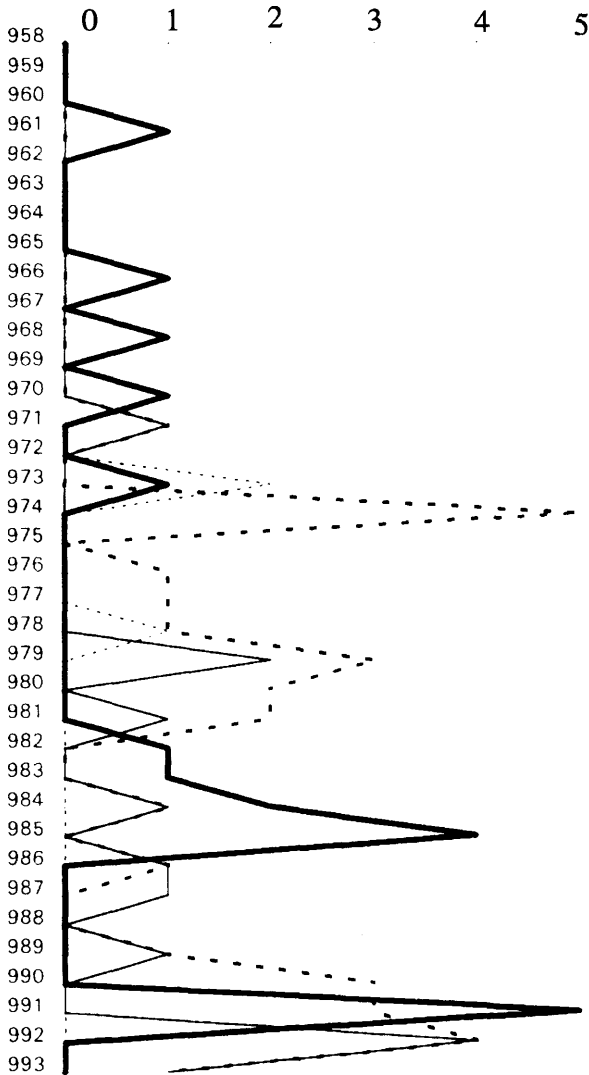
Michel ROCARD

ORGANES DE CONTRÔLE CRÉÉS PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE ET LE SÉNAT

ANNEXES

- Liste des commissions d'enquête et de contrôle créées sous la Vème République
- Liste des missions communes d'information créées par l'Assemblée nationale et le Sénat depuis 1983
- Liste des rapports d'information déposés et publiés par les commissions permanentes du Sénat (articles 21 et 22 du Règlement) depuis 1989

COMMISSIONS D'ENQUÊTE ET DE CONTRÔLE SOUS LA VÈME RÉPUBLIQUE



Les années
correspondent
à la date de
dépôt
du rapport

— enquête (Sénat)
— contrôle (Sénat)
- - - enquête (AN)
..... contrôle (AN)

Commissions de contrôle ou d'enquête constituées à l'Assemblée nationale sous la Vème République

DESIGNATION	proposition de résolution	rapport	Date de création	Date de dépôt du rapport	Durée de la commission	
Commission de contrôle ayant pour objet l'Union générale cinématographique en ce qui concerne exclusivement ses rapports avec ses filiales et les filiales de ses filiales	1088 (1ère LEG)	1700 (1ère LEG)	11-Déc-61	20-Mar-62	3 mois	9 jours
Commission d'enquête sur le fonctionnement des sociétés civiles de placement immobilier et sur leurs rapports avec le pouvoir politique	1974 (4ème LEG)	2290 (4ème LEG)	10-Déc-71	10-Avr-72	4 mois	0 jours
Commission de contrôle de la gestion de l'Office de Radiodiffusion Télévision Française	2291 (4ème LEG)		20-Déc-71	20-Avr-72	4 mois	0 jours
Commission de contrôle de la gestion du service du téléphone	355 (5ème LEG)	1071 (5ème LEG)	29-Oct-73	28-Fév-74	3 mois	29 jours
Commission de contrôle sur la gestion financière de l'O.R.T.F.	722 (5ème LEG)	1072 (5ème LEG)	14-Déc-73	04-Avr-74	3 mois	20 jours
Commission d'enquête sur la pollution du littoral méditerranéen et sur les mesures à mettre en oeuvre pour la combattre et assurer la défense de la nature	523 (5ème LEG)	1273 (5ème LEG)	27-Jun-74	25-Oct-74	3 mois	28 jours
Commission d'enquête parlementaire sur la situation de l'énergie en France	808 (5ème LEG)	1275 (5ème LEG)	27-Jun-74	29-Oct-74	4 mois	2 jours
Commission d'enquête chargée d'examiner les conditions de délivrance de certaines autorisations de démolir et de construire dans les secteurs sauvegardés de la ville de Paris	754 (5ème LEG)	1566 (5ème LEG)	18-Oct-74	02-Avr-75	5 mois	14 jours
Commission d'enquête ayant pour objet de déterminer avec précision les pratiques dans les circuits intérieurs de commercialisation des viandes, des oeufs et des poulets, ainsi que les interventions de l'Etat	1168 (5ème LEG)	1153 (5ème LEG)	18-Oct-74	02-Avr-75	5 mois	14 jours
Commission d'enquête sur l'utilisation des fonds publics alloués aux entreprises privées ou publiques de construction aéronautique	2522 (5ème LEG)	2815 (5ème LEG)	03-Nov-76	02/04/1977	4 mois	29 jours

Commission d'enquête chargée d'examiner les conditions dans lesquelles ont lieu les importations "sauvages" de diverses catégories de marchandises	2757 (5ème LEG)	3230 (5ème LEG)	18-Mai-77	18-Nov-77	6 mois	0 jours
Commission d'enquête créée à la suite du naufrage d'un navire pétrolier sur les côtes de Bretagne le 16 mai 1978	5-144 (6ème LEG)	665 (6ème LEG)	11-Nov-78	11-Mai-79	6 mois	0 jours
Commission de contrôle sur la gestion de la sécurité sociale	729-792 (6ème LEG)	1179 (6ème LEG)	20-Déc-78	20-Jun-79	6 mois	0 jours
Commission d'enquête sur les conditions de l'information publique	901-903 (6ème LEG)	1289 (6ème LEG)	15-Mar-79	15-Sep-79	6 mois	0 jours
Commission d'enquête sur la situation de l'emploi et le chômage	900-902 (6ème LEG)	1180 (6ème LEG)	17-Mar-79	21-Jun-79	3 mois	4 jours
Commission d'enquête sur les incendies de forêts dans la région méditerranéenne	1281-1303-1389 (6ème LEG)	1740 (6ème LEG)	18-Déc-79	28-Mai-80	5 mois	10 jours
Commission d'enquête sur la langue française	1916-2058 (6ème LEG)	2311 (6ème LEG)	10-Déc-80	14-Mai-81	5 mois	4 jours
Commission d'enquête chargée d'examiner les problèmes de l'industrie textile et les moyens à mettre en oeuvre pour les résoudre	1935-2027 (6ème LEG)	2254 (6ème LEG)	16-Déc-80	17-Mar-81	3 mois	1 jours
Commission d'enquête sur la situation de l'agriculture et de l'économie rurale dans les zones de montagne et défavorisées	248 (7ème LEG)	757 (7ème LEG)	06-Oct-81	06-Avr-82	6 mois	0 jours
Commission d'enquête sur les activités du service d'action civique (S.A.C.)	238-402 (7ème LEG)	955 (7ème LEG)	17-Déc-81	17-Jun-82	6 mois	0 jours
Commission d'enquête chargée d'examiner les conditions dans lesquelles des fonds ont pu être affectés depuis 1976 à une "invention scientifique" susceptible de bouleverser la recherche pétrolière	1946-1964 (7ème LEG)	2418 (7ème LEG)	16-Mai-84	14-Nov-84	5 mois	28 jours
Commission d'enquête relative aux événements de novembre et décembre 1986	566 (8ème LEG)	850 (8ème LEG)	17-Déc-86	16-Jun-87	5 mois	29 jours
Commission d'enquête sur les conditions dans lesquelles ont été effectués des opérations de privatisation d'entreprises ou de banques appartenant au secteur public depuis le 6 août 1986	534-537-629 (9ème LEG)	969 (9ème LEG)	28-Avr-89	28-Oct-89	6 mois	0 jours

Commission d'enquête sur la pollution de l'eau et la politique nationale d'aménagement des ressources hydrauliques	1185 (9ème LEG)	1342 (9ème LEG)	23-Mai-90-	23-Nov-90	6 mois	0 jours
Commission de contrôle de la gestion du Fonds d'action sociale	1126 (9ème LEG)	1718(9ème LEG)	23-Mai-90	20-Nov-90	5 mois	27 jours
Commission d'enquête relative au fonctionnement du marché de viande ovine et bovine	1582-1591 (9ème LEG)	1624 (9ème LEG)	05-Oct-90	05-Avr-91	6 mois	0 jours
Commission de contrôle sur le fonctionnement et le devenir des premiers cycles universitaires	1050-1299 (9ème LEG)	2339 (9ème LEG)	14-Mai-91	13-Nov-91	5 mois	29 jours
Commission d'enquête sur le financement des partis politiques et des campagnes électorales sous la Vème république	2013-2023 (9ème LEG)	2348 (9ème LEG)	14-Mai-91	14-Nov-91	6 mois	0 jours
Commission d'enquête chargée d'étudier la situation actuelle et les perspectives de l'industrie automobile Française	2252-2253 (9ème LEG)	2333 (9ème LEG)	13-Déc-91	13-Jun-92	6 mois	0 jours
Commission d'enquête sur la situation du paysage audiovisuel français	2539-2629 (9ème LEG)	3109 (9ème LEG)	05-Jun-92	05-Déc-92	6 mois	0 jours
Commission d'enquête sur l'aménagement de la Loire	2498 (9ème LEG)	3134 (9ème LEG)	26-Jun-92	11-Déc-92	5 mois	15 jours
Commission d'enquête sur les tentatives de pénétration de la Mafia italienne en France	2740-2951 (9ème LEG)	3251 (9ème LEG)	23-Nov-92	27-Jan-93	2 mois	4 jours
Commission d'enquête chargée d'examiner l'état des connaissances scientifiques et les actions menées à l'égard de la transmission du SIDA au cours des dix dernières années en France et à l'étranger	3030-3044 (9ème LEG)	3252 (9ème LEG)	20-Nov-92	04-Fév-93	2 mois	14 jours
Commission d'enquête sur la SNCF		1381 (10èLEG)	20/12/1993	16/06/1994	5 mois	26 jours

Commissions de contrôle ou d'enquête constituées au Sénat sous la Vème République

DESIGNATION	proposition de résolution	rapport	Date de création	Date de dépôt du rapport	Durée de la commission	
Commission de contrôle sur la réunion des théâtres lyriques nationaux	85 (1960-1961)	170 (1960-1961)	07-Déc-60	15-Avr-61	4 mois	8 jours
Commission de contrôle sur l'orientation et la sélection dans l'enseignement	98 (1965-1966)	297 (1965-1966)	21-Avr-66	19-Août-66	3 mois	28 jours
Commission de contrôle sur l'office de radiodiffusion télévision française	341 (1966-1967)	118 (1967-1968)	14-Déc-67	13-Avr-68	3 mois	29 jours
Commission de contrôle sur l'état d'exécution du Vème Plan en matière d'équipement sanitaire et social	140 (1969-1970)	188 (1969-1970)	18-Déc-69	16-Avr-70	3 mois	28 jours
Commission d'enquête sur les abattoirs de la Villette	5 (1970-1971)	193 (1970-1971)	14-Déc-70	22-Avr-71	4 mois	8 jours
Commission de contrôle sur les écoutes téléphoniques	314 (1972-1973)	30 (1973-1974)	29-Jun-73	25-Oct-73	3 mois	26 jours
Commission d'enquête sur les décisions et les conditions d'intervention des autorités françaises à l'occasion du naufrage d'un navire pétrolier sur les côtes françaises	320 (1977-1978)	486 (1977-1978)	27-Avr-78	29-Jun-79	14 mois	2 jours
Commission d'enquête sur les conditions financières dans lesquelles sont produits les programmes des sociétés nationales de télévision	106 (1978-1979)	373 (1978-1979)	13-Déc-78	12-Jun-79	5 mois	29 jours
Commission d'enquête sur les difficultés actuelles de l'industrie textile	191 (1980-1981)	282 (1980-1981)	18-Déc-80	05-Jun-81	5 mois	17 jours
Commission de contrôle sur le maintien de la sécurité publique	251 (1981-1982)	85 (1982-1983)	06-Mai-82	08-Nov-82	6 mois	2 jours
Commission de contrôle sur les établissements chargés d'accueillir les personnes âgées	104 (1982-1983)	392 (1982-1983)	17-Déc-82	14-Jun-83	5 mois	27 jours
Commission de contrôle tendant à la création d'une commission de contrôle des services publics et des entreprises nationales chargés de veiller à l'application des dispositions relatives au traitement des déchets	314 (1982-1983)	408 (1983-1984)	20-Déc-83	20-Jun-84	6 mois	0 jours

Commission de contrôle sur les conditions de fonctionnement et d'intervention des différents services de police et de sécurité engagés dans la lutte contre le terrorisme	23 (1983-1984)	322 (1983-1984)	18-Déc-83	18-Jun-85	18 mois	0 jours
Commission d'enquête chargée d'évaluer la structure et le montant de la dette extérieure de la France	57 (1983-1984)	301 (1983-1984)	18-Nov-83	09-Mai-84	5 mois	21 jours
Commission de contrôle chargée d'examiner la gestion de la S.N.C.F. et les conditions de mise en place des comités d'établissement au sein de cette société nationale	231 (1983-1984)	293 (1984-1985)	12-Déc-84	21-Mai-85	5 mois	9 jours
Commission de contrôle sur les modalités de fonctionnement du service public des postes	236 (1983-1984)	375 (1984-1985)	19-Déc-84	18-Jun-85	5 mois	29 jours
Commission de contrôle de l'ensemble des services publics qui ont eu ou qui ont à connaître des événements intervenus ou à intervenir en Nouvelle-Calédonie	89 (1984-1985)	155 (1984-1985)	27-Nov-84	13-Déc-84	0 mois	16 jours
Commission de contrôle sur les conditions qui fondent les expertises de l'établissement public Télédiffusion de France en matière de répartition des fréquences hertziennes	211 (1984-1985)	45 (1985-1986)	24-Avr-84	23-Oct-85	17 mois	29 jours
Commission d'enquête chargée d'examiner les conditions de création d'une cinquième chaîne de télévision	111 (1985-1986)	290 (1985-1986)	28-Nov-85	04-Fév-86	2 mois	6 jours
Commission d'enquête chargée de recueillir les éléments d'information sur la préparation, l'organisation, le déroulement et la présentation des événements de novembre et décembre 1986	120 (1986-1987)	270 (1986-1987)	17-Déc-86	12-Jun-87	5 mois	25 jours
Commission d'enquête sur les faits auxquels ont donné lieu les opérations financières sur la Société générale	101 (1988-1989)	159 (1988-1989)	20-Déc-88	26-Avr-89	4 mois	6 jours
Commission de contrôle sur la gestion administrative, financière et technique de l'ensemble des services relevant de l'autorité du ministre de l'Intérieur qui contribuent à assurer le maintien de l'ordre et la sécurité des personnes et des biens	134 (1990-1991)	347 (1990-1991)	13-Déc-90	28-Mai-91	5 mois	15 jours

Commission de contrôle sur la gestion administrative, financière et technique de l'entreprise nationale Air France et des sociétés de toute nature, comme des compagnies aériennes qu'elle contrôle	135 (1990-1991)	330 (1990-1991)	13-Déc-90	14-Mai-91	5 mois	1 jours
Commission de contrôle sur les modalités d'organisation et les conditions de fonctionnement des services relevant de l'autorité judiciaire	136 (1990-1991)	357 (1990-1991)	13-Déc-90	03-Jun-91	5 mois	20 jours
Commission de contrôle sur les modalités d'organisation et les conditions de fonctionnement du second cycle de l'enseignement public du second degré	137 (1990-1991)	348 (1990-1991)	13-Déc-90	29-Mai-91	5 mois	16 jours
Commission d'enquête sur le fonctionnement du marché laitier	396 (1990-1991)	341 (1991-1992)	13-Nov-91	12-Mai-92	5 mois	29 jours
Commission de contrôle chargée d'examiner la mise en place et le fonctionnement de l'accord de Schengen di 14 juin 1985	420 (1990-1991)	167 (1991-1992)	26-Jun-91	12-Déc-91	5 mois	16 jours
Commission d'enquête chargée de recueillir tous éléments d'information sur le fonctionnement de la juridiction administrative	482 (1990-1991)	400 (1991-1992)	10-Déc-91	11-Jun-92	6 mois	1 jours
Commission d'enquête sur la gestion des services, organismes et administrations, chargés à un titre ou à un autre d'organiser et de gérer la collecte de produits sanguins utilisés à des fins médicales	59 (1991-1992)	406 (1991-1992)	17-Déc-91	12-Jun-92	5 mois	25 jours
Commission d'enquête sur l'accueil en France, le mercredi 29 janvier 1992, du dirigeant d'une organisation terroriste	252 (1991-1992)	424 (1991-1992)	15-Avr-92	18-Jun-92	2 mois	3 jours
Commission d'enquête chargée d'examiner les conditions dans lesquelles la S.N.C.F. remplit ses missions de service public, les relations qu'elle entretient avec les collectivités locales et son rôle en matière d'aménagement du territoire	90 (1992-1993)	335 (1992-1993)	20-Déc-92	03-Jun-93	5 mois	13 jours

MISSIONS COMMUNES D'INFORMATION CREEES A L'ASSEMBLEE NATIONALE DEPUIS 1983

Désignation	Date de création	n° du rapport	Date de dépôt du rapport	Durée de la mission	
Mission commune d'information sur l'intégration des immigrés	10-Jan-90	1348 (9ème lég)	11-Mai-90	4mois	1jours
Mission commune d'information sur l'évaluation de la législation concernant le logement et l'urbanisme	27-Jun-90	1942 (9ème lég)	28-Mar-91	9mois	1jours
Mission commune d'information sur la bioéthique	13-Nov-90	2565 (9ème lég)	18-Fév-92	15mois	5jours
Mission commune d'information d'évaluation de la décentralisation de l'éducation nationale	19-Jun-91	3053 (9ème lég)	19-Nov-92	17mois	0jours
Mission commune d'information sur la situation du monde rural	11-Sep-91	2608 (9ème lég)	15-Avr-92	7mois	4jours
Mission commune d'information sur l'aménagement du temps de travail	14-Déc-93	1455 (10è lég)	30-Jun-94	6 mois	15 jours
Mission commune d'information sur la loi quinquennale sur l'emploi	11-Fév-94	1438 (10è lég) (2è rapport d'étape)	28-Jun-94		

MISSIONS COMMUNES D'INFORMATION CREEES AU SENAT DEPUIS 1983

Désignation	Date de création	n° du rapport	Date de dépôt du rapport	Durée de la mission	
Mission commune d'information chargée d'étudier le déroulement et la mise en oeuvre de la politique de décentralisation	04-Mai-83	490 (82-83)	12-Jul-83	2 mois	8 jours
Mission commune d'information chargée d'étudier le déroulement et la mise en oeuvre de la politique de décentralisation	21-Mar-84	177 (84-85)	19-Déc-84	8 mois	28 jours
Mission commune d'information sur l'avenir des télécommunications	25-Nov-86	250 (86-87)	02-Jun-87	6 mois	7 jours
Mission commune d'information sur la situation matérielle et professionnelle des personnels soignants non médecins des établissements hospitaliers publics, privés et privés à but non lucratif	20-Déc-88	396 (88-89)	20-Jun-89	6 mois	0 jours
Mission commune d'information chargée d'étudier les problèmes posés par l'avenir de l'espace rural français et de proposer les éléments d'une politique d'aménagement	26-Oct-89	249 (90-91)	27-Mar-91	17 mois	1 jours
Mission commune d'information chargée d'étudier les problèmes posés par l'immigration en France et de proposer les éléments d'une politique d'intégration	20-Déc-89	101 (90-91)	27-Nov-90	11 mois	7 jours
Mission commune d'information sur le déroulement et la mise en oeuvre de la politique de décentralisation	03-Mai-90	248 (90-91)	27-Mar-91	10 mois	24 jours
Mission commune d'information chargée d'examiner la mise en place et le fonctionnement de la convention d'application de l'accord de Schengen	22-Jan-92	262 (93-94)	25-Jan-94	24 mois	3 jours
Mission commune d'information sur la télévision éducative	06-Jan-93	17 (93-94)	07-Oct-93	9 mois	1 jours
Mission commune d'information chargée d'étudier les problèmes de l'aménagement du territoire et de définir les éléments d'une politique de reconquête de l'espace rural et urbain	17-Déc-92	343 (93-94)	13-Avr-94	la mission a été prolongée jusqu'à octobre 1994	

a) Rapports publiés en application de l'article 21 du Règlement (missions de commissions sur les questions relevant de leur compétence) :

1989

- Rapport d'information de M. Charles Descours, au nom de la mission d'information sur la situation matérielle et professionnelle des personnels soignants non médecins des établissements hospitaliers publics, privés et privés à but non lucratif, ainsi que sur la qualité de la vie en milieu hospitalier et les moyens des les améliorer (n° 396, 1988-1989).
- Rapport d'information de M. Jacques Descours Desacres, fait au nom de la commission des Finances, du Contrôle budgétaire et des Comptes économiques de la Nation, sur la révision de valeurs locatives cadastrales (n° 404, 1988-1989).
- Rapport d'information de M. d'Aillières et plusieurs de ses collègues, fait au nom de la commission des Affaires étrangères, de la Défense et des Forces armées, à la suite d'une visite effectuée en IIIe région maritime, à Toulon (n° 405, 1988-1989).

1990

- Rapport d'information de M. Poncelet, président et M. Chinaud, rapporteur général, au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation, sur la fiscalité en Europe (n° 211, 1989-1990).
- Rapport d'information de M. d'Aillières et plusieurs de ses collègues, au nom de la commission des Affaires étrangères, de la Défense et des Forces armées, à la suite d'une visite effectuée en IIe région militaire, à Brest (n° 277, 1989-1990).
- Rapport d'information de M. Chinaud, rapporteur général, au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation, sur le contrôle des entreprises publiques : évolution des structures et des modes de financement (n° 315, 1989-1990).
- Rapport d'information de M. Faure, au nom de la mission d'information désignée par le commission des Affaires économiques et du Plan, sur l'avenir du service public de la Poste et des Télécommunications dans le nouveau contexte international (n° 333, 1989-1990).
- Rapport d'information de M. Oudin, au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation, sur la fiscalité des entreprises (n° 389, 1989-1990).
- Rapport d'information de M. Souplet et les membres du groupe de travail chargé de cette étude, au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan, sur l'évolution des structures du secteur agro-alimentaire dans la perspective de 1992 (n° 439, 1989-1990).
- Rapport d'information de M. Loridant, au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation, sur la gestion de trésorerie des collectivités locales (n° 447, 1989-1990).
- Rapport d'information de M. Thyraud, au nom de la mission d'information chargée d'étudier les problèmes posés par l'immigration en France et de proposer les éléments d'une politique d'intégration (n° 101, 1990-1991).

1991

- Rapport de M. Hoeffel au nom de la mission commune d'information chargée d'étudier le déroulement et la mise en oeuvre de la politique de décentralisation (n° 248, 1990-1991),
- Rapport de M. Jean-François Poncet, président et de MM. Hubert Haenel, Jean Huchon, Roland du Luart, rapporteurs, au nom de la mission d'information chargée d'étudier les problèmes posés par l'avenir de l'espace rural français et de proposer les éléments d'une politique d'aménagement (n° 249, 1990-1991).
- Rapport d'information de M. Chinaud au nom de la commission des Finances, sur les suites susceptibles d'être données au relevé des constatations de la Cour des comptes sur certaines opérations financières de la Caisses des dépôts et consignations (n° 298, 1990-1991).

1992

- Rapport de M. Chinaud, au nom de la commission des Finances, sur la Caisse des dépôts et consignations (n° 394, 1991-1992).
- Rapport de MM. Fourcade, Bohl, Louis Boyer, Husson, Prouvoyeur, Ostermann et Souffrin, au nom de la commission des Affaires sociales, à la suite d'une mission effectuée du 3 au 5 février 1992 par une délégation chargée d'étudier les régimes de protection sociale dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle (n° 420, 1991-1992).
- Rapport de MM. Authié et Tizon, au nom de la commission des lois, à la suite d'une mission effectuée à la Réunion et à Mayotte du 5 au 13 mars 1992 (n° 493, 1991-1992).
- Rapport de M. Gouteyron, au nom de la commission des Affaires culturelles, à la suite d'une mission d'information chargée d'étudier la mise en place et le fonctionnement des Instituts universitaires de formation des maîtres (n° 23, 1992-1993).
- Rapport de M. Masson, au nom de la mission commune d'information chargée d'examiner la mise en place et le fonctionnement de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985, sur le trafic de la drogue dans l'espace Schengen (n° 72, 1992-1993).

1993

- Rapport de M. Fourcade, au nom de la commission des Affaires sociales, à la suite d'une mission effectuée du 16 au 24 janvier 1993 par une délégation chargée d'étudier les problèmes de l'emploi et de l'insertion sociale et professionnelle dans les départements de la Martinique et de la Guadeloupe (n° 263, 1992-1993).
 - Rapport de M. Lacour, au nom de la commission des Affaires économiques sur les problèmes de l'eau (n° 291, 1992-1993).
 - Rapport de M. Jean-Jacques Robert, au nom de la commission des Affaires économiques sur l'avenir de l'urbanisme commercial (n° 324, 1992-1993).
 - Rapport de M. Poncelet, au nom de la commission des Finances, à la suite d'une mission effectuée à Moscou, du 21 au 24 février, puis à Saint-Petersbourg, du 25 au 27 février 1993 (n° 357, 1992-1993).
 - Rapport de MM. Abadie, Chambriard, Crucis, Guyomard et Poniatowski, au nom de la commission des Affaires étrangères, de la Défense et des Forces armées, et à la suite d'une visite effectuée en région maritime Méditerranée à Toulon le 8 juin 1993 (n° 366, 1992-1993).
 - Rapport de M. Alloncle, au nom de la commission des Affaires étrangères, de la Défense et des Forces armées, à la suite de missions effectuées les 4 et 20 mars, 7 et 8 juin 1993, auprès de diverses unités de la Gendarmerie nationale (n° 42, 1993-1994).
 - Rapport de M. Larcher, au nom de la commission des Affaires économiques, sur l'avenir du secteur des télécommunications en Europe (n° 129, 1993-1994).
- b) **Rapports publiés en application de l'article 22 du Règlement** (*information du Sénat par les commissions permanentes en vue de lui permettre d'exercer son contrôle sur la politique du Gouvernement*) :

1989

- Rapport d'information fait par M. Genton au nom de la commission des Affaires étrangères, de la Défense et des Forces armées sur les diverses conséquences des nouvelles technologies dans le domaine des armements conventionnels (n° 267, 1988-1989).
- Rapport d'information fait par M. Paul d'Ornano au nom de la commission des Affaires étrangères, de la Défense et des Forces armées sur la situation et le développement de Radio France Internationale (R.F.I.) (n° 308, 1988-1989).
- Rapport d'information de M. Delong, fait au nom de la commission des Finances, du Contrôle budgétaire et des Comptes économiques de la Nation, à la suite d'une mission de contrôle des établissements d'enseignement français au Chili, en Uruguay et au Brésil du 18 au 30 avril 1989 (n° 428, 1988-1989).

- Rapport fait par M. Genton au nom de la commission des Affaires étrangères, de la Défense et des Forces armées, sur le Parlement français et le développement du système communautaire (n° 441, 1988-1989).

1990

- Rapport d'information de M. Cluzel, au nom de la commission des Finances, du Contrôle budgétaire et des Comptes économiques de la Nation, sur l'évolution de l'audiovisuel public (n° 340, 1989-1990).
- Rapport d'information de MM. Lecanuet, président, d'Aillières, Bourges, Abadie et Bayle, vice-présidents, au nom de la commission des Affaires étrangères, de la Défense et des Forces armées, sur les évolutions à l'Est et leurs conséquences (n° 360, 1989-1990).
- Rapport d'information de M. Voilquin, au nom de la commission des Affaires étrangères, de la Défense et des Forces armées, sur la force aérienne tactique (F.A.T.A.C.) (n° 32, 1990-1991).
- Rapport d'information de MM. Lecanuet, président, d'Aillières, Bourges, Abadie et Bayle, vice-présidents, au nom de la commission des Affaires étrangères, de la Défense et des Forces armées, sur les conséquences et les perspectives de la réunification allemande (n° 157, 1990-1991).
- Rapport d'information de MM. Bayle, Cabanel et de Villepin, au nom de la commission des Affaires étrangères, de la Défense et des Forces armées, sur les modalités et les conséquences du retrait des F.F.A. (Forces françaises en Allemagne) (n° 206, 1990-1991).

1991

- Rapport de M. Lecanuet, président, et de MM. Alloncle, de Gaulle, Genton, Lejeune, de Villepin et Voilquin, au nom de la commission des Affaires étrangères, de la Défense et des Forces armées, en application de l'article 22, premier alinéa, du Règlement, sur quelques enseignements immédiats de la crise du Golfe quant aux exigences nouvelles en matière de défense (n° 303, 1990-1991).
- Rapport de M. Cluzel, au nom de la commission des Finances, sur la presse française et son marché (n° 335, 1990-1991).
- Rapport de M. Cluzel, au nom de la commission des Finances, sur la situation du secteur audiovisuel (n° 385, 1990-1991).
- Rapport de M. du Luart, au nom de la commission des Finances, sur le fonctionnement du Fonds national pour le développement des adductions d'eau (n° 8, 1991-1992).
- Rapport de M. Villepin, au nom de la commission des Affaires étrangères, de la Défense et des Forces armées, au titre de l'article 22, alinéa premier, du Règlement, sur le nouvel environnement géostratégique et les armements nucléaires en France (n° 90, 1991-1992).

1992

- Rapport de MM. Barbier et Chinaud, au nom de la commission des Finances, sur le contrôle des entreprises publiques : objectifs et conditions du projet de rapprochement Thomson-C.E.A.-Industrie (n° 258, 1991-1992).
- Rapport de M. Clouet, au nom de la commission des Finances, sur le projet de réforme des comptabilités communales (n° 302, 1991-1992).
- Rapport de M. Oudin, au nom de la commission des Finances, sur la gestion administrative et la situation financière de l'Institution de retraite complémentaire des agents non titulaires de l'État et des collectivités publiques (I.R.C.A.N.T.E.C.) (n° 332, 1991-1992).
- Rapport de M. Cluzel, au nom de la commission des Finances, sur l'audiovisuel français à la veille du marché unique européen (n° 384, 1991-1992).
- Rapport de M. Cluzel, au nom de la commission des Finances, sur la situation de la presse française à la veille du marché unique européen (n° 427, 1991-1992).
- Rapport de M. Lecanuet, au nom de la commission des Affaires étrangères et de la Défense, sur le Traité sur l'Union européenne (n° 445, 1991-1992).
- Rapport de M. Loridant, au nom de la commission des Finances, sur le développement de la notation des collectivités locales (n° 449, 1991-1992).

- Rapport de MM. Bayle, d'Ornano et de Villepin, au nom de la commission des Affaires étrangères et de la Défense, sur les modalités et les conséquences du retrait des F.F.A. (Forces françaises en Allemagne) (n° 472, 1991-1992).
- Rapport de M. du Luart, au nom de la commission des Finances, sur la situation du centre national pour l'aménagement des structures des exploitations agricoles (n° 501, 1991-1992).
- Rapport de M. Catuelan, au nom de la commission des Affaires économiques et du plan, sur les modalités de mise en valeur du patrimoine maritime et sur la création d'une Fondation nationale pour le patrimoine culturel maritime et fluvial (n° 9, 1992-1993).
- Rapport de M. Oudin, au nom de la commission des Finances, sur les aspects financiers de la protection sociale (n° 31, 1992-1993).
- Rapport de M. du Luart, au nom de la commission des Finances, sur le bilan de la politique agricole menée depuis 1988 et les négociations du G.A.T.T. (n° 54, 1992-1993).
- Rapport de M. Cluzel, au nom de la commission des Affaires étrangères, sur la programmation des équipements militaires pour les années 1992-1994 (n° 96, 1992-1993).
- Rapport de M. Larcher, au nom de la commission des Affaires économiques et du plan, sur la politique de la ville (n° 107, 1992-1993).

1993

- Rapport de M. Arthuis, au nom de la commission des Finances, sur la situation des finances publiques et des comptes sociaux en 1992 et 1993 (n° 252, 1992-1993).
- Rapport de M. Goetschy, au nom de la commission des Finances, à la suite d'une mission effectuée dans les terres australes (n° 279, 1992-1993).
- Rapport de M. Arthuis, au nom de la commission des Finances, sur l'incidence économique et fiscale des délocalisations hors du territoire national des activités industrielles et de service (n° 337, 1992-1993).
- Rapport de M. Caldaguès, au nom de la commission des Affaires étrangères, de la Défense et des Forces armées sur le Corps européen (n° 48, 1993-1994).

Fonctionnement et Bilan de L'OFFICE PARLEMENTAIRE D'ÉVALUATION DES CHOIX SCIENTIFIQUES ET TECHNOLOGIQUES

QU'EST-CE QUE L'OFFICE ?

La rapidité de la diffusion du progrès technique dans notre société et ses effets sur les modes de vie sont tels que plusieurs députés et sénateurs français ont estimé dès les années 60 (à l'instar des États-Unis) qu'il ne pouvait y avoir de contrôle effectif de l'activité gouvernementale que si les parlementaires étaient à même de procéder, de leur propre initiative et par des instruments leur appartenant, à l'évaluation des dossiers sur lesquels on leur demandait de prendre des décisions.

L'évaluation des choix scientifiques et technologiques est une réponse à ces préoccupations.

Créé par une loi de juillet 1983, l'Office Parlementaire d'Évaluation des Choix Scientifiques et Technologiques travaille très en amont du processus législatif dans le but d'informer et d'éclairer les décisions du Parlement et s'efforce de présenter ses travaux de façon à ce qu'ils puissent être directement utilisables pour le travail législatif ou pour la discussion budgétaire.

La mise au point du règlement intérieur et des modalités pratiques de fonctionnement de l'Office a été relativement longue et il n'a véritablement commencé à fonctionner que dans le courant de l'année 1985.

QUELLE EST LA STRUCTURE DE L'OFFICE ?

L'Office est une délégation commune aux deux assemblées, composée de huit députés et de huit sénateurs désignés de façon à assurer une représentation proportionnelle des groupes politiques.

Les députés sont désignés au début de chaque législature et les sénateurs après chaque renouvellement du Sénat. A chaque titulaire correspond un suppléant désigné dans les mêmes conditions.

Organisme exclusivement parlementaire, l'Office est totalement indépendant du Gouvernement et de l'administration.

QUI PEUT LE SAISIR ?

L'Office peut être saisi par :

- le bureau de l'une ou l'autre assemblée, soit à son initiative, soit à la demande d'un président de groupe politique, soit à la demande de soixante députés ou de quarante sénateurs ;

- une commission spéciale ou permanente.

La saisine de l'Office est donc réservée aux Parlementaires qui peuvent seuls décider de l'opportunité d'engager un programme d'étude sur un sujet déterminé.

COMMENT FONCTIONNE-T-IL ?

Toute saisine donne lieu à la nomination d'un rapporteur choisi par les Parlementaires membres de l'Office.

Le rapporteur procède d'abord à une étude de faisabilité qui a pour objet :

- d'établir un état des connaissances sur le sujet,
- de déterminer d'éventuels axes de recherche et d'apprécier les possibilités d'obtenir des résultats pertinents dans les délais requis,
- de déterminer les moyens nécessaires pour engager valablement un programme d'études.

Le rapporteur soumet ensuite aux membres de l'Office les conclusions de son étude de faisabilité et propose :

- soit de ne pas poursuivre les travaux,
- soit de suggérer à l'auteur de la saisine une nouvelle formulation de celle-ci,
- soit d'engager un programme d'étude conduisant à l'établissement d'un rapport.

Si l'Office décide d'engager un programme d'étude, un groupe de travail destiné à conseiller le rapporteur peut alors être mis en place.

QUI ASSISTE LES RAPPORTEURS ?

Pour réaliser ses travaux, l'Office est assisté d'un Conseil scientifique composé de quinze personnalités de haut niveau choisies en raison de leur compétence dans les domaines scientifique et technologique.

Les rapporteurs peuvent également demander à des experts et à des bureaux d'étude indépendants, français ou étrangers, de procéder à des investigations et de lui préparer des notes sur des points particuliers de l'étude.

Ils peuvent aussi recueillir l'avis des organisations syndicales et professionnelles les plus représentatives au niveau national, ainsi que les associations de protection de l'environnement ou de défense des usagers et des consommateurs.

QUELS SONT LES POUVOIRS DES RAPPORTEURS ?

De par la loi, les rapporteurs de l'Office disposent des pouvoirs qui sont accordés aux rapporteurs budgétaires, c'est-à-dire qu'ils peuvent procéder dans tous les organismes dépendant de l'État à des contrôles sur pièce et sur place et qu'ils peuvent se faire communiquer tous les documents de service de quelque nature que ce soit à l'exception de ceux qui concernent la défense nationale ou la sécurité intérieure et extérieure de l'État.

Toutefois, si un rapporteur rencontre des difficultés dans l'exercice de sa mission, l'Office peut demander à l'assemblée d'où émane la saisine de lui conférer les prérogatives attribuées aux commissions d'enquête parlementaire devant lesquelles toute personne dont l'audition a été jugée utile et tenue de se présenter sous peine de poursuites pénales. Le faux témoignage ou la subordination de témoin devant une commission parlementaire d'enquête est également passible de sanctions prévues par le Code pénal.

COMMENT SONT PUBLIÉS SES TRAVAUX ?

A l'issue de son étude, le rapporteur soumet son projet de rapport et ses conclusions aux membres de l'Office.

L'Office peut, après avoir recueilli l'avis de l'auteur de la saisine, décider de la publication des travaux du rapporteur et de tout ou partie des contributions des experts et des comptes-rendus des auditions.

Ces documents sont publiés sous la forme de rapports parlementaires mais l'Office peut également avoir recours à toutes les formes de publication nécessaires pour en assurer une large diffusion à l'extérieur du Parlement.

1983 - 1993 LE BILAN

En créant, par un vote unanime, l'Office des choix scientifiques et technologiques, le Parlement s'est doté, en 1983, d'un instrument de contrôle de l'exécutif qui se veut à la fois utile, original et léger.

Utile, l'Office doit fournir aux Assemblées parlementaires les éléments d'information et d'évaluation leur permettant d'apprécier les décisions du Gouvernement dans des domaines qui, auparavant, échappaient plus ou moins à leur surveillance.

Qui peut dire, par exemple, que les orientations des programmes nucléaires, spatiaux ou du plan câble aient réellement fait l'objet, au préalable, d'un examen approfondi du Parlement ? Par ailleurs, l'Office constitue un intermédiaire précieux entre le monde politique et le monde de la recherche.

Original, l'Office l'est assurément par son caractère strictement bicaméral, l'aspect consensuel de ses positions, prises le plus souvent à l'unanimité, et ses méthodes de travail qui sollicitent le concours d'experts extérieurs au Parlement ainsi que d'un conseil scientifique permanent de quinze membres. Loin de faire concurrence aux commissions permanentes des deux Assemblées, l'Office mène, à la demande de celles-ci (ainsi que des bureaux et des groupes politiques de l'Assemblée nationale et du Sénat), les investigations approfondies auxquelles elles n'ont pas le temps de procéder. L'originalité du travail de l'Office, par rapport à celui des commissions, tient aussi à ce qu'il tend à anticiper les évolutions de la législation et porte sur des options très spécifiquement scientifiques ou technologiques.

Les rapports de l'Office représentent davantage que des études et autre chose qu'une juxtaposition de points de vue d'experts. C'est l'œuvre des parlementaires et leurs conclusions peuvent donc aller bien au-delà de la simple information pour comporter de réelles recommandations.

Enfin, l'Office constitue une structure souple et légère, dotée, au sein du Parlement, d'une certaine autonomie de fonctionnement. Étant donné la faiblesse de ses moyens, l'Office ne saurait prétendre posséder la science infuse. Il se doit d'être à l'écoute des milieux de la recherche et de solliciter des avis autorisés, tout en faisant travailler pour son compte des experts dont les opinions ne sont cependant pas tenues pour des oracles.

LES RAPPORTS PUBLIÉS PAR L'OFFICE

Les problèmes abordés dans les vingt-deux rapports actuellement publiés se répartissent à peu près également entre quatre grands thèmes : l'environnement, les nouvelles technologies, le nucléaire et les sciences de la vie.

L'ENVIRONNEMENT

Les formes de pollution atmosphérique à longue distance et les pluies acides

• **M. Georges LE BAILL**, député (1985)

Dans ce premier rapport de l'Office étaient étudiés les transports de polluants dans l'atmosphère et leurs conséquences sur l'environnement.

Sur le problème particulier du dépérissement de certaines forêts attribué hâtivement aux seules pluies acides, le rapporteur rappelait que de nombreuses incertitudes scientifiques entouraient ce phénomène qui pourrait avoir bien d'autres explications.

Il concluait qu'il fallait développer les recherches dans ce domaine mais, sans attendre leurs résultats, prendre des mesures énergiques pour réduire le plus rapidement possible les émissions de polluants.

Les travaux scientifiques publiés dans de nombreux pays ont depuis confirmé que l'attitude prudente du rapporteur était parfaitement justifiée, que les pluies acides avaient souvent servi de prétexte pour imposer des mesures d'ordre avant tout économique.

Effets des chlorofluorocarbones sur l'environnement et moyens de supprimer ou de limiter leurs émissions

• **M. Robert GALLEY**, député
et **M. Louis PERREIN**, sénateur (1990)

Le rapport sur les "effets des chlorofluorocarbones sur l'environnement et les moyens de limiter ou de supprimer leurs émissions" a été rédigé à l'époque par un député de l'opposition, M. Robert Galley, et un sénateur de la majorité, M. Louis Perrein.

Présenté à la veille de la conférence de Londres sur la révision du protocole de Montréal relatif à la préservation de la couche d'ozone, c'est le premier rapport de l'Office à avoir été intégralement traduit en anglais. Lors de sa préparation, les deux rapporteurs ont rencontré sans exception tous les meilleurs spécialistes mondiaux de la question et ont eu l'occasion de participer à la conférence interparlementaire sur l'environnement organisée à Washington, au printemps 1990, par le sénateur américain Albert Gore.

Les conclusions de l'Office peuvent se résumer en trois points :

- 1 - les constatations des scientifiques appellent des mesures renforcées ;
- 2 - il est possible de se passer des CFC ;
- 3 - l'adhésion des pays en développement à l'effort de limitation et de suppression des émissions de composés halogénés est indispensable.

L'Office a présenté, en conclusion du rapport, une liste de recommandations que le Ministre de la Recherche a fait siennes et s'efforce de mettre en œuvre.

Problèmes posés par le traitement des déchets industriels dans le cadre d'un triptyque "déchets ménagers, industriels et hospitaliers"

- **M. Michel DESTOT, député** (1991)

Dans cette étude, l'Office s'est attaché à déterminer les raisons profondes qui conduisaient au blocage complet de la politique française des déchets. Une place essentielle dans la réflexion de l'Office a été donnée aux conditions d'une crédibilité retrouvée de la politique des déchets auprès des citoyens.

L'écho suscité par la large diffusion des conclusions du rapport a contribué à faire de l'Office un interlocuteur privilégié lors des nombreuses manifestations consacrées au problème des déchets industriels. L'adoption de la loi du 13 juillet 1992 sur l'élimination des déchets résultait directement de certaines conclusions de l'Office. Le travail de fond mené dans le cadre de l'Office a, par ailleurs, éclairé de nombreux aspects du débat parlementaire.

Préservation de la qualité de l'eau : distribution de l'eau potable et traitement des eaux résiduaires

- **M. Jean FAURE, sénateur**
et **M. Richard POUILLE, sénateur** (1991)

La dégradation de la qualité de nos ressources en eau, liée, entre autres raisons, à l'insuffisance de l'assainissement, a été également un sujet de travail pour l'Office qui a consacré l'an dernier un rapport à ces problèmes.

Le travail de ses rapporteurs a trouvé un prolongement fructueux avec le débat sur le projet de loi relatif à la répartition, à la police et à la protection des eaux qui a fait l'objet d'un large accord lors de sa discussion.

La loi n° 92.3 du 3 janvier 1992 s'inscrit pleinement dans la composante "environnement" des travaux de l'Office et devrait contribuer à une amélioration de la qualité de l'eau en France. Le Ministre de l'Environnement en a d'ailleurs dressé au bout d'un an le bilan devant l'Office, conformément à l'article 48 de la loi n° 92-3.

Problèmes posés par le développement des activités liées à l'extraction des ressources minérales de l'Antarctique

- **M. Jean-Yves LE DEAUT, député** (1992)

A l'occasion du vaste débat qui s'était engagé sur l'opportunité de la ratification de la Convention de Wellington, toute une série d'informations alarmistes avaient circulé sur l'avenir du continent antarctique. L'étude de l'Office avait donc pour but de faire la lumière, avec le concours des meilleurs spécialistes français de ces problèmes, sur la réalité des dangers que le développement des activités humaines pouvait faire courir aux régions polaires.

Concluant qu'il n'y avait aucune raison de céder à un certain catastrophisme et qu'il n'y avait, à court et à moyen terme, aucune menace sérieuse sur l'environnement de l'Antarctique, le rapport a néanmoins conclu qu'il fallait aller plus loin que la Convention de Wellington et interdire définitivement l'exploitation des ressources minérales de ce continent.

Le nouveau protocole signé à Madrid le 4 octobre 1991 prévoit, comme cela était proposé par l'Office, que toutes les activités autres que la recherche scientifique seront interdites pendant cinquante ans dans tout le continent antarctique.

Impact écologique de la liaison Rhin-Rhône

• **M. Raymond FORNI**, *député*
et **M. Pierre WALLON**, *sénateur* (1993)

Chargés d'une étude sur l'impact écologique de la liaison Rhin-Rhône, les deux rapporteurs de l'Office -l'un député, l'autre sénateur- se sont trouvés impliqués dans un débat émotionnel et passionné sur l'avenir même de cet ouvrage.

Leur souci a donc été de retrouver transparence et objectivité en posant les vrais problèmes et en mettant en évidence les paradoxes de ce dossier.

Leurs conclusions ont découlé d'une double analyse.

Face à un tel projet, ambitieux mais contesté, mal conduit et mal présenté, il convient à trouver les moyens de sortir de l'impasse actuelle et de dépasser le statu quo.

Il faut adopter une démarche profondément différente, permettant de tenir compte des changements intervenus depuis quinze ans en matière d'écologie, de retenir certains aspects de l'expérience du canal Rhin-Main-Danube, de maîtriser davantage les conséquences des travaux envisagés, de tirer parti d'une approche globale des systèmes de transport, de mieux utiliser le pouvoir de tutelle et de permettre un débat démocratique de même qu'un suivi indépendant des conséquences écologiques des travaux engagés.

Problèmes posés par les déchets ménagers

• **M. Michel PELCHAT**, *député* (1993)

Le problème des déchets ménagers se pose avec de plus en plus d'acuité dans la mesure où l'élévation du niveau de vie provoque non seulement un accroissement considérable de leur volume, mais aussi une diversification croissante de leur composition avec une augmentation importante des matières plastiques et des matières toxiques. Cette question est d'autant plus difficile que les moyens traditionnels d'élimination (décharges et incinérateurs) ne suffisent plus.

Le recyclage et la valorisation ne sont pas des moyens d'élimination très fiables dans la mesure où les quantités en jeu sont disproportionnées par rapport aux possibilités d'élimination de ces deux filières qu'il faut tout de même encourager, ne serait-ce que sur un plan civique.

Mais, outre un effort de réduction des déchets à la source, la solution la plus performante est sans doute l'incinération, à condition bien entendu qu'elle se fasse avec récupération d'énergie et dans des conditions techniques telles que les rejets ne soient pas une cause supplémentaire de pollution de l'air (fumées) et des sols (métaux).

Enfin, il apparaît absolument indispensable qu'une harmonisation européenne des différents modes de traitement des déchets ménagers soit instituée, sous peine de rendre les politiques de chaque pays concurrentielles et donc inefficaces.

Problèmes posés par la gestion des déchets hospitaliers

• M. Michel DESTOT, député (1993)

Face à la multiplication des découvertes de déchets médicaux abandonnés sur la voie publique ou déposés dans des décharges, on a assisté ces dernières années à la montée d'une légitime inquiétude sur les risques sanitaires issus de cette catégorie de déchets. L'Office parlementaire s'est efforcé de considérer l'ensemble du "système" de gestion de ces déchets, afin d'en déterminer les points faibles et les aspects positifs.

L'étude de l'Office devait tout d'abord s'efforcer de faire la part des choses entre les réactions subjectives et médiatiques et les risques ou dangers objectifs. Ceux-ci, plutôt minimes du point de vue sanitaire, sont en fait accrus par les diversités des acteurs en présence : grands établissements de santé, petites cliniques, professions libérales, développement de l'hospitalisation à domicile..., qui complique les solutions à mettre en œuvre. Il est apparu à l'Office parlementaire que la "conscience de l'hygiène" avait encore des progrès à faire et que, dans cette perspective, l'hôpital public devait devenir un modèle, un pôle d'excellence de l'hygiène publique. Pour autant, l'Office parlementaire a insisté sur le fait que l'implication de tous est nécessaire, y compris pour les collectivités locales ; ceci aura des répercussions sur le mode de financement de la politique des déchets médicaux.

LES NOUVELLES TECHNOLOGIES

Évolution de l'industrie des semi-conducteurs

• M. Louis MEXANDEAU, député (1989)

Les semi-conducteurs constituent un enjeu économique et stratégiques majeur. Toutes les industries sont aujourd'hui dépendantes de cette technologie.

L'étude de l'Office a tenté de répondre aux questions essentielles sur les développements technologiques à attendre, sur la répartition des forces au niveau mondial et sur les politiques envisageables pour la France et la Communauté.

De longs développements ont été consacrés au programme européen JESSI et aux chances de l'Europe face à la suprématie japonaise.

L'évolution technique et économique dans ce secteur a été si rapide que l'Office a été chargé de préparer une mise à jour de ce rapport (voir études en cours)

Application des biotechnologies à l'agriculture et à l'industrie agro-alimentaire

• M. Daniel CHEVALLIER, député (1990)

Une des recommandations de ce rapport a été suivie d'effets concrets. En effet, M. Daniel Chevallier avait recommandé que l'introduction en droit français de deux directives européennes concernant l'utilisation confinée et la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés soit effectuée par un texte législatif de façon à permettre l'intervention du Parlement dans ce domaine sensible. Le gouvernement a accédé à cette demande et M. Daniel Chevallier a été le rapporteur de ce texte au nom de la commission de la production et des échanges.

Autres suites de ce rapport : tout d'abord l'Office a été co-organisateur d'une journée d'information avec la commission de l'agriculture de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur les biotechnologies avec comme base ce

rapport. Ensuite l'Office a été saisi par le Bureau de l'Assemblée nationale d'une étude sur la biodiversité et la préservation du patrimoine génétique, sujet qui avait fait l'objet d'un chapitre du rapport "biotechnologies".

Orientations de la politique spatiale française et européenne

• M. Paul LORIDANT, sénateur (1991)

Le rapport de l'Office sur "les orientations de la politique spatiale française et européenne" a été rendu public au lendemain du Conseil des Ministres européens de l'espace qui s'est tenu à Munich en novembre 1991 (M. Loridant avait été invité à suivre en tant qu'observateur le déroulement de cette réunion). Cette étude, dont le champ d'investigation est particulièrement vaste, a nécessité la collaboration de neuf experts principaux. Plus d'une centaine de personnes ont été au total consultées. L'Office a conclu que l'Europe possède désormais le potentiel qui lui permettrait d'accéder au statut de puissance spatiale de plein exercice mais que des hésitations compréhensibles peuvent la conduire à des renoncements ou des compromis. En tout état de cause, une mobilisation plus efficace de ses moyens au service d'objectifs plus clairement définis, et mieux justifiés, s'avère indispensable. Les vols habités ne doivent en aucun cas être financés au détriment des autres priorités spatiales au premier rang desquels doit figurer l'observation de la terre.

La puissance publique ne saurait non plus se désintéresser de la préparation des futures générations de satellites de télécommunication pour en confier la responsabilité aux seules industries privées.

Ce rapport, qui traitait aussi de l'espace militaire, a ainsi donné lieu à la première incursion de l'Office dans le domaine des choix technologiques liés à la défense.

La télévision à haute définition

• M. Raymond FORNI, député et M. Michel PELCHAT, député (1989 et 1993)

Dans un premier rapport, paru en juillet 1989, l'Office avait appelé l'Europe à se mobiliser davantage pour contrer l'offensive japonaise dans le domaine de la télévision à haute définition (TVHD), compte tenu de l'importance des enjeux économiques et culturels en cause. Les rapporteurs, tout en défendant les normes MAC de diffusion européennes, s'étaient déjà cependant interrogés au sujet de l'avènement de systèmes de TVHD à transmission numérique auxquels l'avenir semblait appartenir, mais à des échéances qui paraissaient très incertaines.

La rapidité des progrès des technologies numériques et les ratés de la promotion des normes MAC ont conduit MM. Forni et Pelchat à actualiser leur rapport à la fin de l'année 1992. Dans leurs conclusions, ces derniers recommandent en particulier d'encourager dès maintenant la production en haute définition et au format 16/9 et surtout d'activer, en coopération avec les États-Unis, et de mieux coordonner les recherches européennes sur le numérique. Priorité devrait être donnée, selon eux, à la diffusion terrestre et à l'homogénéisation des standards, mais sans négliger pour autant le satellite et, notamment, à court terme, la compression numérique des programmes émis et reçus selon les normes actuelles (NTSC, PAL-SECAM).

L'intérêt du véhicule électrique au regard de la protection de l'environnement

• **M. Pierre LAFFITTE**, *sénateur* (1993)

Ce rapport étudie successivement les enjeux écologiques, énergétiques, économiques, politiques et sociaux du véhicule électrique, puis dresse un état de l'art de ce nouveau mode de transport, évalue sa compétitivité économique et définit les modalités des aides publiques nécessaires pour l'amener au seuil du marché commercial normal.

Les conclusions du rapport sont sans ambiguïté :

- la voiture électrique est une innovation majeure qui présente un intérêt incontestable au point de vue de l'environnement ;
- la France est bien placée pour relever ce défi car elle dispose d'une industrie automobile dynamique ;
- toutefois, il est nécessaire de poursuivre les recherches, principalement pour améliorer les performances du stockage électrique ;
- il est indispensable de développer des centres d'évaluation, de test et de normalisation, et de prévoir une large information du public ;
- enfin, une politique volontariste des pouvoirs publics est seule à même d'assurer une percée rapide du véhicule électrique.

Le rapport est complété par une annexe technique relative aux composants et technologies du véhicule : batteries, piles à combustible, moteurs électriques, véhicules hybrides, récentes innovations technologiques.

LE NUCLÉAIRE

Conséquences de l'accident de la Centrale nucléaire de Tchernobyl et organisation de la sûreté et de la sécurité des installations nucléaires

• **M. Jean-Marie RAUSCH**, *sénateur*
 et **M. Richard POUILLE**, *sénateur* (1987)
 suppléant M. Jacques VALADE, *sénateur, nommé ministre*

Quatre mois après la catastrophe de Tchernobyl, une délégation de l'Office, la première délégation étrangère admise à se rendre sur place, a rencontré les principaux responsables de la gestion nucléaire d'URSS et d'Ukraine.

Bien que les données techniques aient été à cette époque encore très insuffisantes, les parlementaires de l'Office ont tenté d'apporter un éclairage nouveau et parfois divergent sur les circonstances et les conséquences de cette catastrophe.

Ils ont également présenté les enseignements que l'on pouvait en tirer pour la France, aussi bien sur les lacunes de l'information en période de crise que sur l'organisation du contrôle de la sûreté et de la sécurité des installations nucléaires.

Par ce rapport, le Parlement, trop longtemps absent des questions nucléaires, a commencé à marquer son intérêt pour une technique aux avantages incontestables mais qui demande à être suivie et contrôlée attentivement par les pouvoirs publics.

Gestion des déchets nucléaires à haute activité

• M. Christian BATAILLE, député (1990)

Cette étude confiée à l'Office par les Bureaux de l'Assemblée nationale et du Sénat répondait au souhait exprimé par le Premier ministre lors de l'annonce de la suspension des travaux de recherche sur le stockage souterrain des déchets radioactifs à haute activité. Au terme de sept mois d'enquête et après de multiples contacts avec tous les intéressés, le rapporteur a présenté des propositions précises qui ont pratiquement toutes été reprises dans la loi n° 91-1381 du 30 décembre 1991 relative aux recherches sur la gestion des déchets radioactifs. La nomination d'un médiateur chargé du suivi et de l'application de cette loi a été effective ; le Gouvernement a désigné M. Bataille pour cette mission, mission qui lui a été reconfirmée par le nouveau Gouvernement en 1993.

Le rapport de mission a été remis le 5 janvier 1994.

En permettant aux populations concernées de s'exprimer très librement, l'étude de l'Office a contribué à désamorcer des conflits qui risquaient de s'envenimer.

Elle a aussi proposé des solutions qui devaient permettre la reprise des travaux de recherche sur la gestion des déchets radioactifs à haute activité dans le calme et dans le respect de toutes les parties concernées.

Gestion des déchets très faiblement radioactifs

• M. Jean-Yves LE DEAUT, député (1992)

La réglementation française sur les déchets très faiblement radioactifs, peu claire, imprécise et parfois même incohérente, a été à l'origine de multiples "affaires" de décharges que les populations concernées considéraient, à tort ou à raison, comme dangereuses.

Refonte et clarification de la législation mais aussi réhabilitation des anciens sites de stockage, meilleure information de la population, contrôle des sources radioactives utilisées dans l'industrie ou la médecine et étude sur les effets des faibles doses sur la santé humaine figurent parmi les recommandations du rapport de l'Office.

En réponse aux conclusions de l'Office, les Ministres de l'Environnement et de l'Industrie ont présenté le 7 mai 1992 un premier bilan des actions d'ores et déjà engagées pour moderniser la gestion des déchets faiblement radioactifs.

• M. Claude BIRRAUX, député

et **M. Franck SERUSCLAT, sénateur (1990)**

• M. Claude BIRRAUX, député (1991)

• M. Claude BIRRAUX, député (1992)

L'Office exerce dans ce domaine un rôle très spécifique : il examine de l'extérieur la façon dont est assuré le contrôle de la sûreté et de la sécurité des installations nucléaires, sans se substituer aux exploitants ni aux autorités chargées d'élaborer et de faire respecter les règles de sûreté. Il exerce ainsi, mieux qu'une "Commission des Sages" ou une "haute autorité", l'une des fonctions essentielles du Parlement, le contrôle démocratique.

En organisant des tables rondes et auditions publiques ouvertes à la presse, comme le 19 mai 1992 au sujet de l'éventuel redémarrage de Superphénix, il met à la

disposition des citoyens l'ensemble des éléments d'information, et participe ainsi à cet impératif de transparence qu'il s'est fixé et qui est aussi un facteur de sûreté.

Les recommandations de l'Office portent sur l'organisation des administrations chargées du contrôle, sur les actions que pourraient engager les exploitants, sur l'amélioration de la participation des citoyens. Plusieurs sont déjà entrées dans les faits, comme l'élévation hiérarchique de l'autorité de sûreté au rang de Direction. Une proposition de loi a été déposée, tendant à l'instauration de commissions locales d'information et de surveillance autour des sites nucléaires civils.

LES SCIENCES DE LA VIE

Sciences de la vie et droits de l'homme : bouleversement sans contrôle ou législation à la française

• M. Franck SERUSCLAT, *sénateur* (1992)

Parlementaire à l'écoute de l'une des préoccupations les plus vives de la société française, la bioéthique, le sénateur Franck Serusclat a voulu, dans un rapport volumineux (deux tomes et plus de mille pages), donner aux élus l'ensemble des réflexions qu'il a pu recueillir, au cours de 350 heures d'entretien, en 1991, dans huit pays, et des documents qu'il a rassemblés sur la procréation médicalement assistée, la génétique et le diagnostic prénatal, le statut du corps humain et la fin de la vie.

Ce rapport a servi à préparer le débat parlementaire sur la bioéthique et reste un document de référence dans les nombreux congrès et colloques organisés sur ce sujet.

Biodiversité et préservation du patrimoine génétique

• M. Daniel Chevallier, *député* (1992)

Deux recommandations élaborées dans ce rapport ont, d'ores et déjà, un commencement d'exécution : la création d'un groupement d'intérêt public (G.I.P.) sur le thème des ressources génétiques et la mise à l'étude de la création d'une aire naturelle protégée dans le département de la Guyane.

Il faut aussi noter que ce rapport a représenté la contribution de l'Office à la préparation par la France de la conférence de Rio-de-Janeiro sur l'environnement, M. Daniel Chevallier ayant été désigné membre de la délégation française.

LES ÉTUDES EN COURS

- Actualisation de l'étude consacrée à l'évolution du secteur des semi-conducteurs et de la micro-électronique, par M. Charles DESCOURS, sénateur

- La coopération entre les organismes français et européens de recherche et leurs homologues des pays d'Europe de l'Est, par M. Jacques SOURDILLE, sénateur

- Les transferts de technologie avec les pays d'Europe de l'Est, par M. Henri REVOL, sénateur

- Le contrôle de la sûreté et de la sécurité des installations nucléaires, par M. Claude BIRRAUX, député

- Les perspectives de développement des productions agricoles à usage non alimentaire, par MM. Robert GALLEY, député, et Jacques MOSSION, sénateur
- L'influence de certains choix scientifiques et techniques sur l'organisation spatio-temporelle de la vie des hommes, par M. Franck SERUSCLAT, sénateur
- Les réponses offertes par les nouvelles technologies de transport aux problèmes de la saturation des axes Nord-Sud, par MM. Jean-Marie DEMANGE, député, et Pierre VALLON, sénateur
- Les liens entre la santé et l'environnement notamment chez l'enfant, par M. Jean-François MATTEI, député
- L'avenir des réseaux et liaisons à haut débit et les choix économiques et techniques correspondants en matière de télétransmission, par MM. Pierre LAFFITTE, sénateur, et Michel PELCHAT, député

LE PREMIER MINISTRE

à

**Mesdames et Messieurs les ministres
et secrétaires d'État**

Paris, 23 novembre 1984

ANNEXE N° 1

OBJET : Suivi des décrets d'application des lois

Bien que les résultats enregistrés soient comparables à ceux atteints dans le passé, j'ai constaté que les décrets d'application des lois n'étaient encore pas pris dans des délais pouvant être considérés comme satisfaisants.

Toutes dispositions doivent être prises pour remédier à cette nouvelle situation. A cet effet, j'ai décidé l'instauration d'une nouvelle procédure dont l'efficacité suppose que vous confiez aux chefs des bureaux de vos cabinets une mission centralisatrice de surveillance et d'animation. Ces fonctionnaires devront jouer un rôle moteur dans le suivi des décrets d'application et devenir les interlocuteurs naturels et privilégiés du Secrétaire Général du Gouvernement chargé pour sa part du suivi général.

Cette nouvelle procédure porte essentiellement sur deux points :

I - LE CALENDRIER ET SON SUIVI

A - Dès la fin de la première lecture du texte au Parlement, le Secrétariat Général du Gouvernement demandera au Chef du bureau du cabinet de lui envoyer dans les deux semaines qui suivent un premier calendrier prévisionnel. L'établissement de celui-ci supposant la tenue d'une réunion de programmation, les directeurs de cabinet devront veiller à ce que ces réunions aient bien lieu dans les meilleurs délais.

B - Après signature, le texte envoyé au Secrétariat Général du Gouvernement pour promulgation par le Président de la République devra obligatoirement être accompagné d'un calendrier prévisionnel définitif établi selon un modèle fourni par le Secrétariat Général du Gouvernement (ci-joint). Le Président de la République sera informé de ce calendrier.

Aucun retard ne doit en résulter pour la signature des lois dont la promulgation est enserrée dans des délais constitutionnels très brefs. Ceci implique que le calendrier soit établi en temps opportun.

C - Le Secrétariat général du Gouvernement sera chargé de me rendre compte périodiquement de la mise en œuvre de ces calendriers. Je souhaite que vous soyez très vigilants sur leur stricte application.

II - LES CONTRESEINGS

En dehors des cas des décrets en Conseil des ministres signés le plus souvent à l'issue du Conseil des ministres et des autres cas où le Secrétariat Général du Gouvernement diligente lui-même le recueil des contreseings (décrets pris en vertu de l'article 37, alinéa 2, de la Constitution), le délai est encore d'environ 2 mois malgré l'utilisation de la procédure du contreseing simultané. Ce délai est excessif et je demande que tout soit mis en œuvre pour qu'il ne dépasse pas 3 semaines.

Une des causes de ce retard réside dans le fait que, trop souvent, les textes sont envoyés de nouveau pour avis dans les services avant la signature. Cette situation est inacceptable, quelle que soit la procédure suivie pour l'élaboration de ces textes.

En effet :

- si le texte a fait l'objet d'un accord interministériel consigné dans un procès-verbal du Secrétariat Général du Gouvernement, il doit nécessairement être signé sans modification ;

- si votre ministère est le rédacteur initial du projet, les services le connaissent suffisamment pour ne pas avoir à donner un nouvel avis avant signature ;

- si votre ministère est seulement contresignataire d'un décret préparé par un autre ministre, vos services ont normalement été associés à son élaboration.

Dans tous ces cas, un délai qui ne saurait excéder 3 jours me paraît suffisant pour que les services concernés de votre ministère soient informés -et non saisis- de ce texte et que votre signature puisse être apposée.

C'est seulement dans le cas où il vous est demandé de contresigner un texte sans que votre ministère ait participé à son élaboration qu'il est normal que les services soient saisis pour avis. Cette situation, qui dénote un dysfonctionnement de la procédure préparatoire de concertation, est, et doit rester, tout à fait exceptionnelle.

..*.*

Je vous invite donc à investir de la charge de cette nouvelle procédure les chefs des bureaux de vos cabinets.

Vous veillerez à ce qu'ils disposent de toutes informations utiles pour assumer cette mission dans les meilleures conditions et afin qu'une amélioration des résultats puisse être constatée rapidement.

Laurent FABIUS

LE PREMIER MINISTRE

à

**Mesdames et Messieurs les ministres
et secrétaires d'État**

Paris, 1er juin 1990

ANNEXE N° 2

OBJET : Suivi des décrets d'application des lois

Les délais dans lesquels sont en général pris les décrets d'application des lois sont trop longs. Ainsi, plus de la moitié des décrets d'application des lois adoptées lors de la session de printemps 1989 ne sont pas encore publiés.

C'est pourquoi il me paraît nécessaire d'améliorer la procédure de suivi des décrets d'application des lois mise en place par la circulaire du 23 novembre 1984 et reprise dans la circulaire du 21 mai 1985 (J.O. du 23 mai 1985).

En application de ces instructions, le Secrétariat général du Gouvernement demandait au chef du bureau du cabinet du ministère intéressé de lui fournir un premier calendrier prévisionnel à la fin de la première lecture du projet de loi au Parlement et un calendrier définitif au moment de la promulgation de la loi.

Désormais, la procédure de suivi sera la suivante :

1) Le premier calendrier prévisionnel sera établi plus tôt. Il sera adressé au Secrétariat général du Gouvernement en même temps que le projet de loi. Ce calendrier sera inclus dans le "bleu" de la réunion interministérielle préalable à la saisine du Conseil d'État. En l'absence de ce calendrier, le Conseil d'État ne sera pas saisi du projet de loi.

En outre, vous remettrez au Secrétariat général du Gouvernement les dispositions essentielles des avant-projets de décret au plus tard lors de la réunion d'arbitrage après avis du Conseil d'État, qui a pour objet d'arrêter le texte du projet de loi soumis au Conseil des Ministres. A défaut, sauf dérogation exceptionnelle, le Secrétaire général du Gouvernement ne proposera pas l'inscription du projet de loi à l'ordre du jour du Conseil des Ministres.

2) Dès l'adoption définitive du projet de loi par le Parlement, le calendrier prévisionnel sera renvoyé par les soins du Secrétariat général du Gouvernement au ministère responsable pour être modifié et complété.

Le ministère responsable retournera aussitôt un calendrier définitif au Secrétariat général du Gouvernement.

Ce calendrier ne devrait pas comporter d'échéance d'adoption des décrets supérieure à six mois. Ce délai paraît raisonnable compte tenu du fait que, disposant des avant-projets de décret dès le dépôt du projet de loi, vous aurez pu aisément améliorer et compléter leur rédaction pendant la discussion parlementaire. Dès lors, les organismes qui sont appelés à donner un avis sur les projets de décret devraient pouvoir être saisis dès la publication de la loi.

Pour les lois issues d'une proposition parlementaire, le ministère fournira un calendrier identique dès la publication de la loi.

3) Le Secrétaire général du Gouvernement est chargé du suivi de ce calendrier. Je lui demande de me rendre compte périodiquement de son exécution et, lorsqu'il détecte des retards, de provoquer les réunions interministérielles nécessaires.

Je vous prie de prendre toutes les dispositions pour que cette nouvelle procédure soit mise en œuvre dès maintenant.

Michel ROCARD

EXPÉRIENCES D'ÉVALUATION EN SUISSE (*)

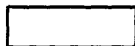
		"AVANT"	"APRES"
C O M P A R A I S O N S	Commune		
	Commune		
	Commune		



avec taxe, collectes sélectives et campagne d'information



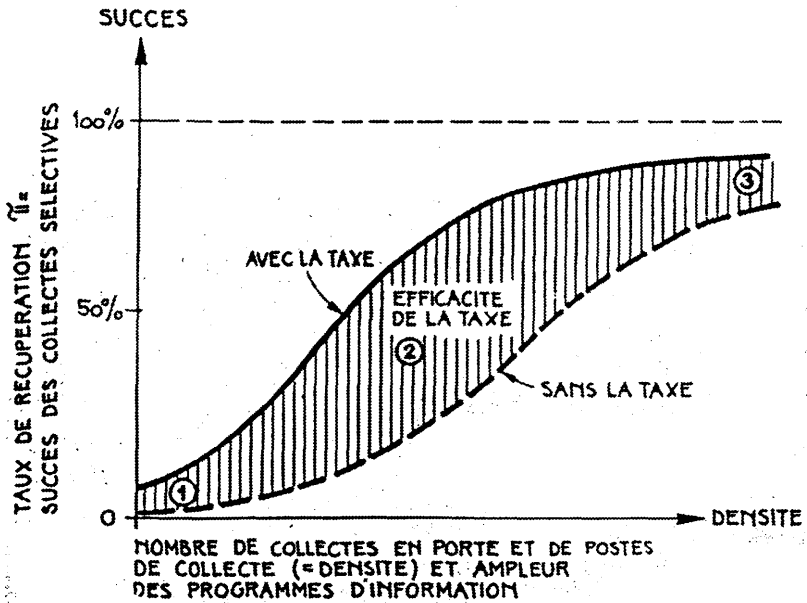
sans taxe, mais avec collectes sélectives et campagnes d'information



aucun des trois instruments

(*) Document établi par J.-D. Delley et Ch.-A. Morand, (Université de Genève).

Récapitulation des déductions et des conclusions de l'étude



Effets conjoints de la taxe sur les sacs, de la récupération et de l'information. Le taux de recyclage donne le pourcentage des matériaux récupérés :

- 1) Lorsque la densité des collectes sélectives et de l'information sont faibles, la taxe sur les sacs est à peine efficace.
- 2) L'effet incitatif de la taxe sur les sacs est le plus grand lorsque les collectes sélectives et l'information ont une densité moyenne.
- 3) Lorsque les efforts déployés pour la récupération et l'ampleur de l'information sont intenses, l'effet incitatif de la taxe et son importance diminuent.

MIEUX CONNAÎTRE LES EFFETS DE L'ACTION ÉTATIQUE : PROBLÈMES, POSSIBILITÉS, PROPOSITIONS

RÉSUMÉ DU RAPPORT FINAL DU GROUPE DE TRAVAIL
"ÉVALUATION LÉGISLATIVE" AU DÉPARTEMENT FÉDÉRAL
SUISSE DE JUSTICE ET POLICE,
octobre 1991

I - INSTITUTION ET MANDAT DU GROUPE DE TRAVAIL "ÉVALUATION LÉGISLATIVE"

Les lois sont adoptées en vue d'influencer le comportement des particuliers, des entreprises économiques et des organes administratifs, dans le but de résoudre les problèmes de la société. Mais atteignent-elles vraiment leur objectif ? Les lois et les autres mesures étatiques ont-elles réellement les effets qu'on en attend ? Sur quelles bases les autorités fondent-elles leurs hypothèses relatives aux effets prévisibles et de quelle façon contrôlent-elles les conséquences de leurs mesures ? Un groupe de travail institué par le Département fédéral de justice et police en automne 1987 (groupe de travail "Évaluation législative", AGEVAL) s'est occupé de ces questions au cours des quatre dernières années. Ce groupe de travail avait pour mandat de proposer les mesures nécessaires en vue de renforcer l'évaluation prospective et rétrospective des effets dans le domaine de la législation et d'en tester les possibilités de réalisation. Cela afin de contribuer à l'amélioration de la qualité matérielle de la législation.

Présidé par Christoph Steinlin, vice-directeur de l'Office fédéral de la justice, et composé de divers représentants de l'administration fédérale, d'un collaborateur des Services du Parlement, de représentants des cantons et de deux scientifiques (cf. annexe 1), l'AGEVAL a analysé en détail la situation actuelle, étudié les possibilités et limites de l'évaluation sur la base d'exemples concrets et présenté une série de mesures d'amélioration. Il a tenu compte à cet égard du fait que le contexte général dans le cadre duquel s'est déroulée son activité a connu de sensibles modifications ces dernières années, en particulier avec la création du service de Contrôle administratif du Conseil fédéral et de l'Organe parlementaire de contrôle de l'administration. L'AGEVAL a également pris en considération, dans la mesure où ils étaient déjà disponibles, les résultats du programme national de recherche 27 ("Effets des mesures étatiques").

II - ACTION DE L'ÉTAT FINALISÉE ET ORIENTÉE VERS LES EFFETS : LACUNES DE LA SITUATION ACTUELLE

L'action de l'État apparaît toujours plus orientée aujourd'hui vers des objectifs et des effets. Le caractère instrumental de la législation est clairement accentué. L'efficacité de l'action devient un critère central de l'évaluation, à côté de celui de la conformité à l'ordre juridique, et dans le même temps une condition essentielle de légitimité. Ainsi, des concepts comme ceux de "crise d'exécution", d'"absence d'effets", d'"effets pervers", font partie intégrante de la discussion politique sur les décisions de l'État et en particulier du législateur. On peut cependant se demander comment les effets des mesures étatiques sont appréhendés et analysés dans la pratique. Les bases et les instruments sur lesquels les autorités se fondent pour évaluer les effets potentiels dans la phase de préparation de leurs décisions et pour contrôler les effets réels dans la phase de mise en œuvre ont-ils été améliorés d'une façon qui corresponde à l'importance croissante du critère de l'efficacité ? A la suite de diverses études concrètes, d'une discussion avec de nombreux représentants de l'administration et sur la base des expériences de ses membres, l'AGEVAL parvient à ce propos à une conclusion clairement négative. Certes, nos connaissances relatives aux effets des mesures étatiques sont alimentées par un système complexe et diversifié d'informations en provenance de la vie quotidienne, de l'administration, de la politique, de l'opinion publique et des médias, etc... ; elles restent néanmoins, pour l'essentiel, intuitives et impressionnistes ; elles ont un caractère fragmentaire et dépendent de perceptions et de jugements en partie sélectifs et guidés par des intérêts sectoriels. Ce qui conduit à des "contre-prestations" législatives évitables et ralentit ou empêche les corrections nécessaires.

III - POUR UNE ÉVALUATION MÉTHODIQUE DES EFFETS

Pour cette raison, l'AGEVAL estime qu'il est important d'améliorer les mécanismes existants. Dans cette optique, il a examiné la contribution que l'évaluation peut fournir en vue d'améliorer la situation. Par évaluation, on entend la recherche et l'appréciation méthodiques des effets.

Ont un caractère méthodique les analyses et appréciations des effets qui :

- se fondent sur des réflexions et des affirmations reproductibles,
- reposent sur une procédure systématique qui vise à saisir de façon complète les effets considérés comme les plus significatifs,
- ont pour objectif d'acquérir les indications les plus objectives possible sur les systèmes d'effets,
- sont présentées sous une forme qui atteste de leur caractère méthodique.

Les évaluations peuvent porter aussi bien sur les effets réels des mesures étatiques déjà prises (évaluation rétrospective ou ex post) que sur les effets potentiels des mesures envisagées (évaluation prospective ou ex ante). Malgré les différences qui existent entre l'analyse ex ante et l'analyse ex post, l'AGEVAL n'estime pas judicieux de limiter le terme d'évaluation aux seules évaluations rétrospectives des effets, dans la mesure où il entend souligner particulièrement l'interdépendance qui existe entre ces deux perspectives : une évaluation complète des effets potentiels d'une mesure déterminée crée en effet des conditions sensiblement meilleures en vue du contrôle a posteriori de cette mesure ; inversement, une évaluation rétrospective offre non seulement les bases servant aux corrections ou aux adaptations appropriées ou nécessaires, mais aide aussi à établir les hypothèses quant aux effets des nouvelles mesures envisagées.

Dans le but de tester l'adéquation de l'évaluation en tant qu'instrument destiné à améliorer les connaissances sur les effets des mesures étatiques, l'AGEVAL a fait effectuer entre autres cinq évaluations concrètes, portant en particulier sur les effets de la prévoyance professionnelle sur le marché du travail, du système de décompte individuel des frais de chauffage et de l'encouragement des énergies renouvelables, des paiements directs à l'agriculture de montage et des taxes sur les sacs à déchets urbains (cf. annexe 2). Ces cinq études, fondées sur des concepts méthodologiques extrêmement diversifiés, ont mis en lumière les forces et les faiblesses, les possibilités et les limites de l'évaluation. Dans l'ensemble, elles ont contribué à une amélioration sensible des connaissances sur les effets des mesures étatiques examinées. Elles n'ont certes pas, dans la plupart des cas, apporté des résultats totalement nouveaux, mais elles ont permis de compléter et de nuancer utilement les connaissances existantes. Sur la base de ces expériences et au vu de la pratique de différents autres pays et des résultats d'une discussion avec des représentants de divers services administratifs et des chercheurs, l'AGEVAL considère que l'évaluation constitue un complément adéquat et nécessaire des mécanismes traditionnels de recherche et d'appréciation des effets. Malgré les limites incontestables que présente, sur le plan méthodologique, toute entreprise de recherche et d'analyse des effets et des causalités dans les systèmes sociaux complexes, l'évaluation est propre à favoriser les processus d'apprentissage au sein de l'administration et des organes de décision législatifs.

IV - L'ÉVALUATION DANS LA PRATIQUE

L'évaluation peut être utilisée dans la phase de préparation de la décision, dans la phase de mise en œuvre ou en tant qu'instrument de contrôle a posteriori. Les évaluations impliquent cependant, en règle générale, un investissement assez important. Elles requièrent du temps (d'une demi-année à 3 ans environ), des moyens financiers (pas moins de 50.000 F) et des ressources en personnel ; cela même lorsqu'elles sont effectuées par des organismes extérieurs à l'administration (universités, instituts de recherche, bureaux privés de recherche ou de conseil), dans la mesure où le temps nécessaire à la formulation du mandat, à l'accompagnement de la recherche et à la mise en valeur des résultats ne saurait être sous-évalué. Pour toutes ces raisons, un recours général et systématique à l'évaluation des mesures étatiques est pratiquement hors de discussion. Il ne serait d'ailleurs ni souhaitable, ni nécessaire aux yeux de l'AGEVAL. Celui-ci préfère au contraire une utilisation finalisée et sélective, mais sensiblement plus large que dans la situation actuelle, de l'évaluation au sein du processus de décision des mesures étatiques. La priorité devrait être placée avant tout sur les cas suivants :

- les mesures d'une grande incidence sur l'économie et la société,
- les mesures financièrement importantes,
- les mesures innovatrices, dont les effets ne peuvent que difficilement être appréciés à l'avance,
- les mesures qui sont contestées notamment dans l'optique de leurs effets,
- une révision périodique des mesures assez anciennes.

Utilisées de façon sélective, les évaluations contribuent à améliorer la qualité matérielle des décisions de l'État, en particulier du législateur, ce qui justifie l'investissement qu'elles requièrent.

V - LE CONCEPT DE L'AGEVAL

L'AGEVAL n'ignore pas que, ces dernières années, une attention nettement accrue a été portée à la problématique des effets des mesures étatiques et que le nombre des évaluations a augmenté. Dans l'ensemble, les activités d'évaluation des différentes institutions existantes demeurent cependant isolées et ont un caractère marginal. Les efforts qui ont été faits en matière d'évaluation ne résultent pas d'un mouvement concerté et coordonné. Les diverses institutions qui effectuent ou font exécuter aujourd'hui déjà des évaluations le font en règle générale de leur propre point de vue spécifique, déterminé par leur activité principale. Aussi, l'AGEVAL estime qu'il reste diverses lacunes importantes, en particulier :

- l'absence de concertation et de cohérence des efforts et des activités d'évaluation des différents organes,
- la sensibilisation insuffisante de l'appareil administratif en ce qui concerne la problématique des effets de son action,
- l'insuffisance des impulsions et des incitations à évaluer.

Le concept de l'AGEVAL en vue de développer et de renforcer les activités d'évaluation au sein du processus de décision se fonde dès lors sur les éléments suivants :

- la nécessité de construire sur l'acquis et sur la base des institutions existantes et de se fonder, en matière d'évaluation, sur un pluralisme des connaissances et des institutions ;
- l'encouragement et le renforcement de l'idée et de l'esprit de réseau des diverses institutions existantes, de manière à garantir un dialogue et une concertation permanents ainsi qu'une coordination réciproque de l'action ;
- la volonté de compléter le réseau des institutions existantes là où cela s'avère nécessaire.

L'AGEVAL met donc l'accent sur les objectifs et les priorités qui suivent :

- le développement du rôle des offices, ainsi que de leur sensibilisation et du soutien dont ils ont besoin ;
- l'amélioration de l'évaluation dans la phase de préparation des décisions ;
- l'encouragement des expériences et de l'apprentissage de l'administration ;
- l'amélioration des conditions-cadres ;
- le soutien de l'évaluation indépendante.

L'évaluation est en effet en priorité, aux yeux de l'AGEVAL, une tâche des offices matériellement compétents. Il est donc nécessaire de la développer avant tout au niveau opératif, c'est-à-dire au sein des offices eux-mêmes. Il importe à cet égard, à côté du renforcement de la sensibilisation des offices et des efforts de formation, de créer les impulsions nécessaires et d'assurer un soutien méthodologique en faveur des offices.

Après les progrès réalisés ces dernières années en ce qui concerne le contrôle rétrospectif des effets des mesures étatiques, il s'agit surtout d'améliorer aujourd'hui la phase de préparation des décisions. Il convient notamment de veiller au respect des exigences posées par l'article 43 al. 3 de la loi sur les rapports entre les conseils.

Les expériences de l'administration dans la préparation et dans la mise en œuvre des décisions étatiques constituent une base essentielle de la connaissance et de l'analyse méthodiques des effets. Le plus souvent, cette base n'est cependant pas exploitée de façon optimale, pour le motif que les expériences et connaissances de l'administration en matière d'effets ne sont pas rassemblées systématiquement et ne sont de ce fait en général pas disponibles de façon adéquate. De l'avis de l'AGEVAL, le potentiel d'apprentissage de l'administration peut à cet égard être augmenté.

La plupart des mesures de caractère procédural et organisationnel qui ont déjà été prises ces dernières années ou qui sont proposées aujourd'hui par l'AGEVAL ne porteront leurs fruits que si sont créées parallèlement les conditions générales appropriées. Il s'agit en particulier, à côté d'une sensibilisation accrue et de la formation de l'administration, d'un développement et d'une meilleure utilisation de la statistique et de la recherche du secteur public.

L'évaluation ne doit cependant pas intervenir sur mandat des autorités politiques et administratives. Il est très important de développer aussi la recherche évaluative indépendante, c'est l'évaluation qui n'a pas de destinataire précis et qui présente un caractère plus théorique et non directement orienté vers un problème spécifique. L'évaluation indépendante contribue en effet à garantir l'existence d'une distance critique, d'un potentiel de recherche et d'un jugement objectif de qualité. Il se justifie donc de la promouvoir notamment en lui facilitant l'accès aux informations et données de l'administration.

VI - LES PROPOSITIONS

1 - Création d'une Conférence fédérale de l'évaluation

L'AGEVAL propose l'institution d'une Conférence fédérale de l'évaluation, administrativement rattachée au Département fédéral de justice et police (DFJP), mais autonome dans l'exercice de ses fonctions.

Cette conférence est composée de 15 membres, nommés par le Conseil fédéral, sur proposition du DFJP. Les membres sont désignés ad personam et représentent les divers milieux intéressés : cantons (3 représentants), milieux scientifiques (3), Organe parlementaire de contrôle de l'administration (1), Service de contrôle administratif du Conseil fédéral (1), Administration fédérale des finances (1), Chancellerie fédérale (1), Office fédéral de la justice (1), Office fédéral de la statistique (1) et Office fédéral de l'éducation et de la science (1) ; 2 autres membres sont choisis librement.

La Conférence exerce des fonctions générales de relais et de coordination, de sensibilisation, de conseil et de soutien, et enfin d'incitation en matière d'évaluation.

Elle dispose d'un budget annuel de 250.000 F, lui permettant de décider elle-même certaines évaluations, à titre didactique et exemplaire.

Le secrétariat de la Conférence (3 à 4 postes) est administrativement rattaché à l'Office fédéral de la justice.

La Conférence doit être instituée par une ordonnance du Conseil fédéral, sur proposition du DFJP.

2 - Institution de délégué/e/s à l'évaluation dans les Offices

L'AGEVAL propose l'introduction au sein des unités administratives de l'administration fédérale (au sens de l'article 58 al. 1 lit. L LOA) d'une fonction de délégué/e à l'évaluation. Les départements et la Chancellerie fédérale peuvent instituer un/e délégué/e à l'évaluation.

Cette fonction doit être instituée le plus près possible de la direction des services considérés. Elle peut être cumulée avec d'autres fonctions, notamment celles de délégué/e à la recherche.

Les délégué/e/s exercent une fonction d'impulsion et de sensibilisation au sein de l'Office et une fonction de relais entre celui-ci et les milieux intéressés. Un cahier des charges type est défini par la Conférence.

L'institution d'une fonction de délégué/e à l'évaluation au sein des offices doit faire l'objet d'une décision du Conseil fédéral, sur proposition du DFJP.

3 - Renforcement des exigences découlant de l'article 43 al. 3 de la loi sur les rapports entre les conseils et du contrôle du respect de cette disposition (extension des tâches de l'Office fédéral de la justice)

L'AGEVAL propose que le *Schéma pour l'établissement de messages du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale*, établi par la Chancellerie fédérale, soit repris dans une directive du Conseil fédéral. Le champ d'application de cette directive doit être étendu aux projets normatifs de rang inférieur à la loi et aux projets de mesures qui n'ont pas un caractère normatif.

L'Office fédéral de la justice vérifie l'application des exigences découlant de l'article 43 al. 3 de la loi sur les rapports entre les conseils et de la (nouvelle) directive du Conseil fédéral en la matière. La dotation en personnel de l'Office de la justice est augmentée de 2 unités.

Une "Conférence des 3-offices", interne et informelle, composée d'un représentant de la Chancellerie fédérale, de l'Administration fédérale des finances et de l'office fédéral de la justice est instituée. Cette conférence est dépourvue de compétence de décision, mais elle assiste l'Office de la justice dans sa fonction de contrôle du respect de l'article 43 al. 3 de la loi sur les rapports entre les conseils.

L'Office fédéral de la statistique est consulté, dès le stade initial, lors de la préparation de tout projet normatif important (loi et arrêtés fédéraux de portée générale) et des autres projets pour lesquels la question des données statistiques se pose de manière spécifique. Dans les autres cas, la consultation de l'Office de la statistique intervient par l'intermédiaire de l'Office de la justice.

Les offices sont tenus d'annoncer à l'Office de la justice, dès le stade initial, les projets de mesures en cours.

Ces mesures doivent être décidées par le Conseil fédéral, sur proposition du DFJP.

4 - Développement des expériences en matière d'évaluation

L'AGEVAL recommande l'utilisation accrue, mais ciblée, des clauses d'évaluation.

Les différentes institutions existantes et à créer -délégué/e/s à l'évaluation et conférence-, qui assument des fonctions dans le domaine de l'évaluation, auront la tâche d'en proposer l'insertion, dans le cadre de leur sphère de compétence.

5 - Mise sur pied d'un système d'information sur les projets normatifs

L'AGEVAL propose la mise sur pied d'un système d'information sur les projets normatifs.

Cette mesure relève de la compétence de la Chancellerie fédérale. La dotation en personnel de cette dernière est augmentée de 2 unités.

La mise sur pied du système doit être décidée par le Conseil fédéral, sur proposition conjointe de la Chancellerie et du DFJP.

6 - Publication et valorisation des évaluations

L'AGEVAL propose le principe de la publication, sous réserve d'exceptions dûment motivées et commandées par la protection de la personnalité, pour toute évaluation effectuée sur mandat des pouvoirs publics, quelqu'en soient les résultats. Cette mesure doit faire l'objet d'une décision du Conseil fédéral, sur proposition du DFJP.

L'AGEVAL recommande qu'un résumé accompagne toute évaluation, afin d'en faciliter l'exploitation dans le processus de décision politique.

7 - Soutien de l'évaluation indépendante et libéralisation de l'accès aux informations

L'AGEVAL soutient les propositions visant à garantir une ouverture et une transparence plus grandes de l'administration, en particulier l'introduction du principe de la publicité des documents administratifs.

Il propose la libéralisation des conditions et modalités d'accès aux données, informations et documents de l'administration pour des motifs de recherche. Cette mesure doit faire l'objet d'une décision du Conseil fédéral sur proposition du DFJP (d'entente avec la Chancellerie fédérale).

ANNEXE 1

LES MEMBRES DU GROUPE DE TRAVAIL

Le groupe de travail est composé de la manière suivante (les fonctions indiquées sont celles qui étaient exercées au moment de l'entrée au sein de l'AGEVAL) :

- Christoph STEINLIN, Vice-directeur, Office fédéral de la justice (président)
- Jean-Daniel DELLEY, Chargé de recherche et d'enseignement, Université de Genève
- Rudolf DIETRICH, Vice-directeur, Administration fédérale des finances
- Dieter FREIBURGHaus, Professeur, IDHEAP, Lausanne
- Heinz GILOMON, Chef de division, Office fédéral de la statistique
- Margrith HANSELMANN (jusqu'au 29 mars 1988) / Hanna MURALT (depuis le 30 mars 1988, toutes deux : Chef du secrétariat de direction de la Chancellerie fédérale
- Denis LOERTSCHER, Office de la législation du Canton de Fribourg (jusqu'au 10 janvier 1990) / Danielle YERSIN, Professeur, Secrétariat général du Département des finances du Canton de Vaud (depuis le 11 janvier 1990)
- Philippe MASTRONARDI, Secrétaire des Commissions de gestion des Chambres fédérales
- Hans MÜHLEMANN, Secrétaire de direction, Office fédéral des questions conjoncturelles
- Anne NUGENT, Office fédéral de l'organisation / Secrétariat général du Département fédéral des finances (jusqu'au 20 février 1991) / Matthias KAUFMANN, Service de contrôle administratif du Conseil fédéral (depuis le 21 février 1991)
- Kurt NUSPLIGER, Chancelier d'État du Canton de Berne
- Christian RISCH (jusqu'au 28 novembre 1990) / Jakob LOCHER (depuis le 29 novembre 1990), tous deux : Chef du Service de planification, Office fédéral de l'éducation et de la science
- Hans-Jürg SCHÄR, Chancelier d'État du Canton d'Appenzell-Rhodes-Extérieures

SECRETARIAT

Le secrétariat de l'AGEVAL a été assumé par le Service de méthode, formation et évaluation législatives de l'Office fédéral de la justice (Luzius Mader Werner Bussmann, Pascal Mahon, Luc Mathhey-Doret).

TABLES GÉNÉRALES
DE L'ANNÉE 1994

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

-	Jean-François ABEILLE, Bioéthique - Faut-il légiférer ?	17
-	Anne ENSMINGER, Le droit privé en toute privauté : trois illustreurs du Code civil français	29
-	Bénédicte MOISSON de VAUX, Pour l'avènement d'une obligation accessoire de surveillance (Contribution à une meilleure qualification de dépôt)	47
-	Stéphane PIEDELIÈVRE, Les fruits et les revenus en droit patrimonial de la famille	75
-	Emmanuel PUTMAN, Retour sur "le droit de ne pas payer ses dettes" in <i>Mémoriam Georges Ripert</i>	109
-	Xavier AGOSTINELLI, Le concubinage homosexuel dans la loi D.M.O.S. du 17 janvier 1993 : le législateur a-t-il ouvert la boîte de Pandore ?	121
-	Antoine LECA, La genèse médicale et juridique de l'article 311 alinéa 1 du Code civil (Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972)	139
-	Édouard RICHARD, L'étendue de l'autonomie communale dans les statuts médiévaux de Bonifacio (XIIe - XIVe siècle)	151
-	Lakhdar BOUMAZA, La réforme de la procédure d'expulsion avec la loi du 24/08/1993 relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France	175
-	Pierre-Alexis FERAL, Aspects du droit communautaire des marchés publics de services	203
-	Otto PFERSMANN, Temporalité et conditionnalité des systèmes juridiques	221
-	L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation : Présentation par Alain SÉRIAUX	245
-	Denys de BÉCHILLON, Réflexions critiques	247
-	Michel TROPER, Réplique à Denys de Béchillon	267
-	Michel SÉGUILLON, Raymond TRÉMOLIÈRES, Ergonomie logicielle : la loi est-elle du côté des utilisateurs ?	275
-	Françoise THIBAUT, La Finlande. Se souvenir, au seuil de l'Europe	291
-	Emmanuel PUTMAN, La contrainte dans le droit de l'exécution	341
-	Maurice-Pierre ROY, La Cour de Justice de la République	355
-	Alain BOYER, L'article 75 de la Constitution du 4 octobre 1958 : .. une limite à la constitutionnalisation du statut civil de droit commun ?	387
-	Diane-Isabelle PHILIPPE-CAUHÉPÉ, Le principe d'égalité devant les charges publiques dans la jurisprudence constitutionnelle	401

- Marie-Hélène PLANCHON, Le principe de la confiance légitime devant la Cour de Justice des Communautés	447
- Patrice JEAN, La jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme en matière de terrorisme	509
- Louise LANGEVIN et Denise PRATTE, Du Code civil du Bas-Canada au Nouveau Code civil du Québec : l'influence de la codification française	535
- Patrice COLLAS, Le "dépeçage" de l'administration - Un nouveau pas : la tentative d'autonomiser la Banque de France	557
- Anne ENSMINGER, Balzac patrimoniographe : le contrat de mariage ou le prix de l'apprentissage juridique	599
- Paul DUBOUCHET, La théorie normative du droit et le langage du juge	657
- Pierre DAUCHY, Serment et quête de sens	691
- Geneviève KOUBI, La laïcité sans la tolérance	715
- Paul DUBOUCHET, Herméneutique et théorie normative du droit	735
- Eros Roberto GRAU, Notes sur les concepts juridiques	769
- Jean-François NIORT, La naissance du concept de droit social en France : une problématique de la liberté et de la solidarité	773
- Emmanuel PUTMAN, L'injonction d'exécuter une dette	795
- Elie Joseph LOKO-BALOSSA, L'octroi judiciaire d'un délai de grâce	807
- Bérengère LASSALLE, Les pourparlers	825
- Bérangère DALBIÈS, L'agrément dans les cessions de titres sociaux	865
- Olivier LALIGANT, Fragment d'un discours sur la notion d'œuvre de l'esprit : œuvre et réalisation	887
- Olivier LALIGANT, Fragment d'un discours sur la notion d'œuvre de l'esprit : œuvre et interprétation	897
- Odile de DAVID-BEAUREGARD-BERTHIER, L'intervention de l'État, fait justificatif en droit communautaire de la concurrence	905
- Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Les pouvoirs spéciaux conférés à la Commission par l'article 90, § 3 du Traité de Rome	923
- Pierre-Alexis FERAL, La participation aux Communautés et à l'Union européennes : les problématiques de l'adhésion de quatre nouveaux États ou de la possibilité d'une Union européenne à seize	945
- Éric SEIZELET, La Constitution sud-coréenne de 1987 et les libertés publiques	957
- Ouattara SAMBARÉ-NATCHABA, Les régimes constitutionnels provisoires en France	975
- Palouki MASSINA, De la souveraineté des conférences nationales africaines	993
- Viviana RAVASI, Naissance du fédéralisme helvétique	1017

-	Marceau LONG, Le Livre Blanc de la Défense nationale Conférence à l'Institut d'Études Politiques d'Aix-en-Provence (Vendredi 13 mai 1994).....	1031
-	Contrôle parlementaire et évaluation	
-	- René MONORY, Allocution d'ouverture.....	1077
-	- Jacques CHEVALLIER, Rapport introductif.....	1081
-	Geneviève PIGNARRE, L'effet pervers des lois	1097
-	Charles-Albert MORAND, L'évaluation législative ou l'irrésistible ascension d'un quatrième pouvoir	1141
-	Alain DELCAMP, Contrôle parlementaire d'évaluation Résumé des travaux de la Journée d'études du 7 avril 1994 (Paris, Palais du Luxembourg)	1163
-	Jean-Louis BERGEL, Appréciation méthodologique sur l'évaluation législative	1167
-	Alain DUPAS, Contrôle et évaluation à l'Assemblée nationale	1177
-	Catherine MAYNIAL, Contrôle de l'application des lois exercé par le Sénat	1181
-	Contrôle parlementaire et évaluation par le Conseil Économique et Social	1201
-	Pierre CLARET DE FLEURIEU, L'évaluation vue par l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques	1213
-	Jean LECA, Le Conseil scientifique de l'évaluation	1217
-	Nicole GOUEFFIC, Les travaux menés par le secrétariat général du Gouvernement	1223
-	Pierre JOXE, La Cour des Comptes et l'évaluation	1231
-	Michel DRAIN, Le cas particulier du contrôle de l'exécution de la loi de finances	1235
-	Jean-Yves CHÉROT, La consultation du Conseil de la concurrence sur les textes législatifs et réglementaires anti- concurrentiels	1251
-	Jean-Jacques ALEXANDRE, L'application de la méthode de l'évaluation législative à la loi du 31 décembre 1989 sur le surendettement (A propos du rapport Léron de novembre 1991)	1269
-	Sylvie CIMAMONTI, Les dix ans du travail d'intérêt général Brèves observations sur une nouvelle forme d'évaluation législative : la "commémoration évaluative"	1283
-	Jean-Jacques GALLI et Louis BOURGOIN, Évaluation et expérimentation législatives en matière de défense des intérêts de l'enfant	1295
-	Armin HÖLAND, L'évaluation législative en Allemagne	1309
-	Paul DELNOY, L'évaluation législative en Belgique	1317
-	Robert BERGERON, L'efficacité des lois au Canada	1329
-	Pierre-André CÔTÉ, L'évaluation législative au Canada et au Québec	1345
-	Eleanor CHELIMSKY, L'évaluation législative au Congrès des États-Unis	1347
-	Luzius MADER, L'évaluation législative en Suisse	1353

DOCUMENTS

- Évaluation législative - Analyse méthodique des effets des normes légales et des mesures étatiques basées sur ces normes 1363
- Loi n° 83-609 du 8 juillet 1983 portant création d'une délégation parlementaire dénommée Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques 1365
- Décret n° 90-82 du 22 janvier 1990 relatif à l'évaluation des politiques publiques 1367
- Organes de contrôle créés par l'Assemblée nationale et le Sénat 1371
- Fonctionnement et bilan de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques 1385
- Lettre du Premier Ministre Laurent Fabius aux ministres et secrétaires d'État du 23 novembre 1984 à propos du suivi des décrets d'application des lois..... 1397
- Lettre du Premier Ministre Michel Rocard aux ministres et secrétaires d'État du 1er juin 1990 à propos du suivi des décrets d'application des lois..... 1399
- Expériences d'évaluation en Suisse - Documents communiqués par J.-D. Delley et Ch.-A. Morand..... 1401
- Mieux connaître les effets de l'action étatique : problèmes, possibilités, propositions (Rapport Groupe de travail Département Fédéral Suisse de Justice et de Police, 1991)..... 1403

TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES

(LES CHIFFRES RENVOIENT AUX PAGES)

- ALLEMAGNE, 1309
BALZAC, 599
Banque de France, 557
BELGIQUE, 1317
Bioéthique, 17
CANADA, 535, 1345
Code civil, 29
Codification, 535
Communauté (régime de), 75
Commune, 152
Commission européenne, 923
Communauté économique européenne, 203, 945
Concubinage, 121
Concurrence, 905, 1251
Conseil constitutionnel, 401
Conseil de la concurrence, 905
Constitution, 387, 957, 975, 993, 1017
Contrat, 825
Contrôle parlementaire, 1077
CORÉE, 957
Cour de Justice des Communautés, 447
Cour des Comptes, 1231
Défense nationale, 1031
Délai de grâce, 109, 807
Dépôt, 47
Dettes, 109
Directives, 923
Droit (en général), 221, 773
Droit communautaire de la concurrence, 905
Droits de l'Homme, 509
Égalité (principe d'), 402
Enfance, 1295
Ergonomie, 275
ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, 1347
Étrangers, 175
Évaluation législative, 1073
Famille, 74
Filiation, 139
FINLANDE, 291
Fruits, 74
Herméneutique, 735
Immigration, 175
Informatique, 275
Interprétation, 245, 897
Laïcité, 715
Liberté religieuse, 715
Libertés publiques, 957
Logique juridique, 657
Lois, 1073
Marchés publics, 203
Méthodologie juridique, 1073
Normes, 221, 245, 657, 735
Œuvre de l'esprit, 887
Ordre juridique communautaire, 447
Philosophie du droit, 221, 245, 735, 769
Pourparlers, 825
Principe de la confiance légitime, 447
Procédures civiles d'exécution, 341, 795
Procédures collectives, 109
Propriété littéraire et artistique, 887
QUÉBEC, 535, 1345
Régimes matrimoniaux, 74
Revenus, 74
Rhétorique juridique, 657
Séparation de biens, 74
Serment, 691
Statut personnel, 387
SUISSE, 1017, 1353
Surendettement, 1269
Systèmes juridiques, 221
Terrorisme, 509
Titres sociaux, 865
Travail d'intérêt général, 1283

TABLE ANALYTIQUE DES AUTEURS

- ABELLE Jean-François, 17
AGOSTINELLI Xavier, 121
ALEXANDRE Jean-Jacques, 1269
BÉCHILLON Denys de, 247
BERGEL Jean-Louis, 1167
BERGERON Robert, 329
BOUMAZA Lakhdar, 175
BOURGOIN Louis, 1295
BOYER Alain, 387
CHELIMSKY Eleanor, 1347
CHÉROT Jean-Yves, 1251
CHEVALLIER Jacques, 1081
CIMAMONTI Sylvie, 1283
CLARET DE FLEURIEU Pierre, 1213
COLLAS Patrice, 557
CÔTÉ Pierre-André, 1345
DALBIÈS Bérengère, 865
DAUCHY Pierre, 691
DAVID-BEAUREGARD-BERTHIER
Odile de, 905
DELCAMP Alain, 1163
DELNOY Paul, 1317
DRAIN Michel, 1235
DUBOUCHET Paul, 657, 735
DUPAS Alain, 1177
ENSMINGER Anne, 29, 599
FERAL Pierre-Alexis, 203, 945
GALLI Jean-Jacques, 1295
GOUEFFIC Nicole, 1223
GRAU Eros Roberto, 769
HÖLAND Armin, 1309
JEAN Patrice, 509
JOXE Pierre, 1231
KOUBI Geneviève, 715
LALIGANT Olivier, 887, 897
LANGEVIN Louise, 535
LASSALLE Bérengère, 825
LECA Antoine, 139
LECA Jean, 1217
LOKO-BALOSSA Elie Joseph, 807
LONG Marceau, 1031
MADER Luzius, 1353
MASSINA Palouki, 993
MAYNIAL Catherine, 1201
MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand,
923
MOISSON de VAUX Bénédicte, 47
MONORY René, 1077
MORAND Charles-Albert, 1141
NIORT Jean-François, 773
PFERSMANN Otto, 221
PHILIPPE-CAUHÉPÉ Diane-Isabelle,
401
PIEDELIEVRE Stéphane, 75
PIGNARRE Geneviève, 1097
PLANCHON Marie-Hélène, 447
PRATTE Denise, 535
PUTMAN Emmanuel, 109, 341, 795
RAVASI Viviana, 1017
RICHARD Édouard, 151
ROY Maurice-Pierre, 55
SAMBARÉ-NATCHABA Ouattara, 975
SÉGUILLON Michel, 275
SEIZELET Éric, 957
THIBAUT Françoise, 291
TRÉMOLIÈRES Raymond, 275
TROPÉ Michel, 267

**BULLETIN D'ABONNEMENT à la
REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE**

- DROIT PROSPECTIF

1995

CAHIERS DE MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE

ABONNEMENT : 1 NUMÉRO PAR AN

PRIX : 110 FF

Demande à adresser aux

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE

3, Avenue Robert Schuman

13628 AIX-EN-PROVENCE - Cédex 1 (France)

Tél. 42.17.29.02 - Fax. 42.17.29.03

NOM et Prénom.....

Adresse (complète)

.....

.....

Souscrit uniquement à un Abonnement à la **Revue de la Recherche Juridique**
- **Cahiers de Méthodologie Juridique** pour l'année 1995
au tarif deFF.

Signature

Règlement :

- Chèque bancaire à l'ordre de

"M. le Régisseur des Presses Universitaires d'Aix-Marseille"

- C.C.P.- n° 940415 E Marseille

Association Internationale de Méthodologie Juridique

International Association of Legal Methodology

3, avenue Robert Schuman
13628 AIX-EN-PROVENCE - Cédex 1 (France)
Tél. 42.17.29.02 - Fax. 42.17.29.03

BULLETIN D'INSCRIPTION Application form

NOM de famille (Family name - surname).....

Prénom usuel (First name).....

Profession (Occupation).....

Nationalité (Nationality).....

Adresse postale (Mailing adress).....
.....
.....

Code postal (Postal code)..... Pays (Country).....

Numéro de téléphone (Telephone number).....

Règlement de la cotisation (Payment of the subscription)

Montant annuel personnes physiques 150 FF (or the equivalent in local currency)
Yearly amount natural persons

personnes morales 500 FF (or the equivalent in local currency)
artificial persons

Droit d'entrée pour les membres bienfaiteurs 1.000 FF (or the equivalent in local currency)
First fees for the benefactor members

Païement par chèque bancaire
Payment by cheque

par chèque postal
by postal order

par virement bancaire
by bank draft

A renvoyer au : Siège de l'Association ou au Vice-Président de l'Association dans votre pays.

Please send back the form with the payment to : The Vice-President of the Association in your own country or to the President of the Association, at the associations' adress.

BULLETIN D'ABONNEMENT
à la
REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE
DROIT PROSPECTIF
- 1995 -

ABONNEMENT : 4 NUMÉROS PAR AN

FRANCE : 400 FF

ÉTRANGER : 450 F

Demande à adresser aux :

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE
3, avenue Robert Schuman
13628 AIX-EN-PROVENCE - Cédex 1 (France)
Tél. 42.17.29.02 - Fax. 42.17.29.03

Nom et Prénom

Adresse (complète)

.....

.....

Souscrit à un **ABONNEMENT** à la **Revue de la Recherche Juridique - Droit Prospectif** pour l'année 1995 (du 1/1/1995 au 31/12/1995)
au tarif de FF.

Signature

Règlement :

- Chèque bancaire à l'ordre de

"M. le Régisseur des Presses Universitaires d'Aix-Marseille"

- C.C.P. n° 9404 15 E Marseille

DÉPÔT LÉGAL 1er Trimestre 1995

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS

I^{re} PARTIE : PROBLÉMATIQUE DE L'ÉVALUATION LÉGISLATIVE

- *Contrôle parlementaire et évaluation*
 - René MONORY, *Allocution d'ouverture*
 - Jacques CHEVALLIER, *Rapport introductif*
- Geneviève PIGNARRE, *L'effet pervers des lois*
- Charles-Albert MORAND, *L'évaluation législative ou l'irrésistible ascension d'un quatrième pouvoir*
- Alain DELCAMP, *Contrôle parlementaire d'évaluation*
Résumé des travaux de la Journée d'études du 7 avril 1994
(Paris, Palais du Luxembourg)
- Jean-Louis BERGEL, *Appréciation méthodologique sur l'évaluation législative*

II^e PARTIE : L'ÉVALUATION LÉGISLATIVE EN FRANCE

- Alain DUPAS, *Contrôle et évaluation à l'Assemblée nationale*
- Catherine MAYNIAL, *Contrôle de l'application des lois exercées par le Sénat*
- *Contrôle parlementaire et évaluation par le Conseil Économique et Social*
- Pierre CLARET de FLEURIEU, *L'évaluation vue par l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques*
- Jean LECA, *Le Conseil scientifique de l'évaluation*
- Nicole GOUÉFFIC, *Les travaux menés par le secrétariat général du Gouvernement*
- Pierre JOXE, *La Cour des Comptes et l'évaluation*
- Michel DRAIN, *Le cas particulier du contrôle de l'exécution de la loi de finances*
- Jean-Yves CHÉROT, *La consultation du Conseil de la concurrence sur les textes législatifs et réglementaires anti-concurrentiels*
- Jean-Jacques ALEXANDRE, *L'application de la méthode de l'évaluation législative à la loi du 31 décembre 1989 sur le surendettement (À propos du rapport Léron de novembre 1991)*
- Sylvie CIMAMONTI, *Les dix ans du travail d'intérêt général. Brèves observations sur une nouvelle forme d'évaluation législative : la « commémoration évaluative »*
- Jean-Jacques GALLI et Louis BOURGOIN, *Évaluation et expérimentation législatives en matière de défense des intérêts de l'enfant*

III^e PARTIE : L'ÉVALUATION LÉGISLATIVE À L'ÉTRANGER

- Armin HÖLAND, *L'évaluation législative en Allemagne*
- Paul DELNOY, *L'évaluation législative en Belgique*
- Robert BERGERON, *L'efficacité des lois au Canada*
- Pierre-André CÔTÉ, *L'évaluation législative au Canada et au Québec*
- Eleanor CHELIMSKY, *L'évaluation législative au Congrès des États-Unis*
- Luzius MADER, *L'évaluation législative en Suisse*

IV^e PARTIE : DOCUMENTS