

## @ ABUS DE DROIT

### ***Prise de vue***

La loi reconnaît des droits et accorde des prérogatives aux particuliers : droit de propriété, droit d'ester en justice, droit de concurrence... Leurs titulaires peuvent en user, en principe librement. Il leur est défendu d'en abuser. Telle est en première approche la signification, tirée du langage commun, du concept d'abus de droit (on parle également d'abus *du* droit, d'abus *d'un* droit, d'abus *des* droits).

L'abus a trait aux droits, et non à la règle de droit telle qu'elle s'exprime notamment dans la loi. Pour celle-ci, il ne peut être question que de *violation*, soit directe, par contravention à son précepte, soit indirecte, par le procédé d'une fraude visant à en éluder le dispositif alors que ses conditions d'application se trouvaient en fait réalisées (théorie dite de la *fraude à la loi*). Mais il n'y a pas place pour un abus de la règle elle-même, dont tout intéressé peut réclamer et obtenir application à son cas, sauf dans les systèmes de droit où le juge aurait reçu pouvoir d'adapter ou même d'écarter la règle lorsque son application en l'espèce paraîtrait contraire à l'équité.

L'abus de droit pose un problème spécifique, qui dérive précisément du fait qu'un droit avait été accordé par la loi. Quand la loi reconnaît un droit, n'en confère-t-elle pas, du même coup, le libre exercice, à l'abri du contrôle de toute autorité publique, sous la seule responsabilité morale du titulaire ? Celui-ci ne peut-il alléguer : j'ai agi selon mon droit légal ? Et si, d'aventure, l'exercice du droit entraîne pour autrui un dommage, ne pourrait-il se retrancher derrière son droit pour repousser l'action en réparation ?

Cependant, il est presque unanimement admis que tout exercice d'un droit n'est pas a priori licite, qu'il y a au contraire des modalités d'exercice qui, sans être à proprement parler illégales, méritent la qualification d'abusives. Il est vrai, on a prétendu démontrer que le concept d'abus de droit est contradictoire, « le droit cessant où l'abus commence », en sorte que l'acte dit abusif ne pourrait jamais être qu'un acte illégal. Mais l'objection ne tient pas compte du caractère distinctif de l'abus de droit par rapport à l'acte illégal.

L'abus de droit est un concept couramment reconnu par les lois et par la jurisprudence.

Dans maintes *codifications* modernes, l'abus de droit est condamné d'une manière expresse et pour tous les droits. Ainsi, le Code suisse de 1907 dispose, dans ses règles liminaires (art. 2, al. 2) : « L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. » De même, le Code civil allemand de 1896, art. 226 ; le Code civil soviétique de 1922, art. 1, puis les « Principes de la législation civile de l'U.R.S.S. » et le Code civil de 1964 de la R.S.F.S.R., art. 5, al. 1 ; le Code civil hellénique de 1946, art. 281. En revanche, le Code civil italien de 1942, art. 833, ne prohibe l'abus de droit qu'en ce qui concerne le droit de propriété. En dehors de ces textes de portée générale, on rencontre des textes visant l'abus de droits déterminés. Par exemple, le Code français du travail (Liv. I, Titre II, art. L. 122-13, 14) condamne la résiliation abusive par l'une des parties du contrat de louage de services conclu pour une durée indéterminée ; la loi française du 1<sup>er</sup> septembre 1948, art. 21, écarte le droit de reprise du bailleur de locaux à usage d'habitation ou professionnel, lorsque le droit est exercé non pour satisfaire à un intérêt légitime, mais dans l'intention de nuire au locataire ou à l'occupant ; la loi belge du 4 novembre 1969, art. 7, n'admet la validation du congé donné par le bailleur de bien rural que si les motifs invoqués sont sérieux et fondés.

Cependant, même en l'absence de texte légal, la *jurisprudence*, en beaucoup de pays (France, Belgique, États-Unis, etc.), censure l'abus de droit. Ne fait guère exception que l'Angleterre, dont la jurisprudence en la matière est d'ailleurs relativement ancienne et pourrait changer. Ainsi, la condamnation de l'abus de droit s'inscrit parmi les principes généraux qui, écrits ou non écrits, sous-tendent l'édifice du droit positif. Principe traditionnel, d'ailleurs, dont on découvre des traces en droit romain et dans l'ancien droit français et qui, de nos jours, a même débordé du domaine du droit privé pour s'introduire en droit international public, dans la sphère des rapports entre les États.

Toutefois, ce n'est qu'à une époque récente – lors des discussions suscitées en Allemagne et en France par la préparation du Code civil allemand de 1896 (à propos du texte figurant au paragraphe 226) – que la doctrine s'est mise à analyser de plus près le concept d'abus de droit et à en construire la théorie. En

effet, si l'idée paraît simple, dictée par une considération élémentaire d'équité, elle n'en soulève pas moins, sur le plan juridique, des problèmes qui ne sont pas tous résolus ni même tout à fait éclaircis.

Il faut donc d'abord délimiter le champ d'application du concept d'abus de droit, avant d'envisager le critère déterminateur de l'abus et sa différenciation par rapport à celui de la faute. Ensuite, après énumération de quelques applications marquantes de la théorie, on étudiera la sanction de l'abus de droit. Enfin, il sera question des droits discrétionnaires, soustraits à la règle de l'abus.

## 📍 1. Champ d'application du concept d'abus de droit

### Exclusion des « droits-fonction »

Ne sont tributaires de la notion d'abus que les droits mis à la disposition de leur titulaire, dont la fin normale est le service de celui-ci. Peu importe d'ailleurs la source, légale ou conventionnelle, de ces droits : le droit issu d'une convention est susceptible d'exercice, et par conséquent d'abus, au même titre que le droit issu de la loi.

Quant aux pouvoirs (ou compétences) attribués à des fonctionnaires ou à des agents publics non dans leur intérêt, mais pour le bien du service qu'ils ont à remplir, ils ne ressortissent pas au champ de l'abus de droit. Ou bien il s'agira de *détournement de pouvoir*, si le pouvoir a été exercé à des fins autres que celle à laquelle il était légalement destiné ; ou bien il s'agira de mauvaise exécution ou de carence dans l'exécution. De toute façon, et quel que soit le traitement, ils appartiennent à la sphère de l'illégalité.

Certes, on pourrait citer, en droit privé également, des droits à caractère fonctionnel. Ainsi, dans la famille, ceux des père et mère ou du tuteur, en tant qu'ils ont le droit – et la charge – d'éduquer le mineur et de gérer ses biens ; ou encore, en matière de sociétés ou d'associations, les droits des organes directeurs de ces groupements. Cependant, par un phénomène d'attraction de la division classique des branches juridiques en droit privé et droit public, on continue à qualifier d'abus

de droit toutes les formes de manquements à ces fonctions de droit privé. Il en est ainsi spécialement pour ce qui est en fait un détournement de pouvoir : l'exercice à des fins d'intérêt personnel de fonctions altruistes (« abus » de l'autorité parentale, « abus » de biens sociaux de la part d'administrateurs de société, etc.).

### @ Exclusion de l'hypothèse du dépassement de droit

Il ne faut pas confondre l'abus de droit avec le dépassement de droit. Dans l'affrontement des intérêts particuliers qui peuvent donner naissance à des droits, il appartient au législateur ou, s'il n'y a pas pourvu, à la jurisprudence des tribunaux, de fixer les limites des droits respectifs et, éventuellement, de marquer les priorités. Une fois dépassées ces limites, l'acte est dit *illégal*, même s'il a lieu au cours ou à l'occasion de l'exercice d'un droit. C'est, par exemple, le cas du propriétaire d'un terrain qui, volontairement ou non, empiète sur le terrain de son voisin ou, sur son propre fonds, ne respecte pas les distances légales prescrites pour certains ouvrages. C'est également le cas du patron qui, en dehors des causes justifiant un renvoi immédiat, licencie un ouvrier sans observer le délai-congé. En de tels cas, le titulaire du droit a outrepassé son droit et, par conséquent, violé la loi.

Dans l'abus de droit, au contraire, le titulaire n'est pas sorti des limites de son droit, mais l'usage qu'il en fait est critiquable.

Il arrive d'ailleurs très souvent que le droit n'ait été accordé que sous la condition, ou d'en faire un usage déterminé, ou de n'en pas faire certains usages. En ce cas aussi, la méconnaissance de la condition constituera une illégalité par dépassement des limites du droit. Il en est ainsi, par exemple, pour le droit de grève, dont la loi ne reconnaît l'existence qu'en vue de la défense d'intérêts professionnels.

### @ Droits ne requérant aucun acte d'exercice

Ne sont pas susceptibles d'abus, de par leur nature même, les droits qui n'impliquent pas exercice : tels sont les droits qui ont pour objet, soit la personne même du titulaire (droit à la vie ou droit à l'honneur), soit les qualités constitutives du statut des personnes (nationalité, famille, profession). De tels droits ne sont pas

susceptibles d'abus, car ils existent indépendamment de tout usage. Comment pourrait-on abuser du droit à la vie ou du droit à l'honneur, du droit à la qualité de Français ou d'époux ou de père, du droit de l'artiste à la paternité de son œuvre ? Mais ces droits, en quelque sorte statiques, sont souvent la source d'autres droits qui sont, eux, susceptibles d'usage et, par conséquent, d'abus : ainsi, les attributs de l'autorité parentale, le droit de visite des grands-parents, qui sont la conséquence du statut légal de père, mère, ou ascendant. Par définition, les actions en justice, quels que soient les droits, statiques ou dynamiques, qu'elles viennent protéger, impliquent exercice.

Pareillement, sont rebelles à l'abus les droits qui n'imposent au débiteur (*sensu lato*) qu'une abstention, à savoir les servitudes négatives et les obligations de ne pas faire. Certes, le propriétaire d'un terrain jouit de la servitude de ne pas bâtir qu'il a obtenue de son voisin ; le patron jouit de l'obligation de non-concurrence qu'il a fait souscrire à son employé au cas où, au terme de son contrat, celui-ci songerait à s'établir. Mais cette jouissance n'inclut aucun acte d'exercice de la part des bénéficiaires. Peut-être leur reprochera-t-on, au nom de l'équité, de ne pas faire l'abandon de tout ou partie de leur droit. Mais ce refus de renoncer à un droit ne rentre pas dans le concept de l'abus.

## @ Droits définis et libertés

Selon l'opinion commune, l'abus de droit n'est concevable que par rapport à des droits définis, et non à la *liberté en général*. Seuls les droits définis dans leur objet et leur contenu (droits du propriétaire, par exemple, du bailleur, de l'employeur, etc.) se prêtent à abus. Le prétendu abus de la liberté en général tombe nécessairement dans la catégorie de l'illégalité, soit au titre de la contravention à une loi, soit au titre de l'acte ou de l'abstention fautifs.

Quant aux *libertés particulières*, par exemple la liberté d'association ou la liberté de concurrence, elles constituent bien des *droits*, dont l'objet est précisément la liberté d'agir (ou de ne pas agir) dans un certain domaine et, en même temps, des droits *définis*, du fait de la détermination de leur objet particulier. Pourquoi la liberté de concurrence, qui comporte le droit de nuire à autrui, ne pourrait-elle, en dehors même des cas d'illégalité (concurrence illicite ou déloyale), être viciée dans son exercice, en certaines circonstances, par quelque abus ? Il en

est également ainsi pour la liberté de ne pas s'affilier à un groupement ou la liberté de ne pas contracter. Nul, dit-on, n'est obligé d'agir, sauf quand la loi l'ordonne. Mais le problème est de savoir s'il ne peut y avoir des abstentions *abusives*, comme il y a certainement des abstentions *fautives*, même en l'absence de loi ordonnant d'agir. La réponse dépendra du critère déterminateur de l'abus, du trait qui distingue celui-ci de l'acte illégal et de la faute.

## @ 2. Le critère déterminateur de l'abus de droit

Historiquement, le problème de l'abus de droit a pris naissance dans le cadre de la responsabilité civile : on se demandait si le dommage causé dans l'exercice d'un droit pouvait engendrer, au bénéfice de la victime, un droit à réparation. Abus de droit et dommage étaient ainsi liés. De là, le rôle de l'idée de *dommage* dans la détermination du critère de l'abus, bien que, en théorie, l'abus de droit soit concevable sans qu'un dommage en résulte.

Dans un premier temps, deux tendances se firent jour : l'une objective, recherchant l'abus dans l'exercice anormal du droit, l'autre subjective, s'attachant plutôt à l'intention de nuire qui aurait guidé l'agent dans l'usage de son droit.

En faveur du critère de l'*anormalité*, on pouvait précisément faire valoir son caractère objectif, qui dispensait d'investigations psychologiques toujours délicates. Est anormal, en effet, ce qui est contraire aux usages et habitudes d'un milieu social et d'une époque ; les usages et habitudes sont faits objectifs de constatation aisée. En même temps, le critère est souple : ce qui est anormal aujourd'hui pourra demain devenir normal ; ce qui est anormal en telle région peut être normal en telle autre. Maints arrêts et auteurs se fondent encore sur cette interprétation de l'abus pour assigner un fondement juridique à la responsabilité du propriétaire qui, dans l'usage de son droit, cause à son voisin, nonobstant toutes précautions prises pour l'éviter, un dommage excédant la somme des inconvénients normaux du voisinage (matière dite des troubles de voisinage) : le propriétaire, disent-ils, a abusé de son droit. On remarquera d'ailleurs le « glissement » : l'exercice du droit est tenu pour anormal du seul fait qu'il a créé un dommage anormal.

Cependant, l'autre tendance a prévalu, qui voit le critère de l'abus dans

*l'intention de nuire*, quel qu'en soit le mobile (vengeance, asocialité, xénophobie, etc.). Par hypothèse, l'intention de nuire s'est traduite par un dommage (matériel ou moral, à la personne ou aux biens). Mais peu importe, du moins en théorie, le caractère normal ou anormal du dommage. Seule compte l'intention de nuire. C'est la thèse adoptée par le Code civil allemand dans le § 226 (rappr. des § 242 et 826). Les titulaires d'un droit peuvent en faire l'usage qui leur semble bon, même si, comme il arrive souvent – ainsi, par définition, pour la liberté de concurrence – cet usage a pour résultat de nuire à autrui. Mais ils n'ont pas le droit d'en user exclusivement *dans le dessein* de nuire : tel serait le cas d'une concurrence inspirée d'un sentiment de méchanceté à l'égard d'un confrère, ou d'un refus de contracter dicté par une animosité injustifiée. Évidemment, la preuve de l'intention de nuire incombe au plaignant et le juge aura à dissiper les faux-semblants de justification que le défendeur ne manquera pas d'invoquer à sa décharge. À cet effet, argument pourra être tiré, à titre de présomptions ou d'indices, soit de l'absence d'intérêt, soit de l'usage anormal qui aurait été fait du droit. Encore faut-il qu'à une intention de nuire, même prouvée, ne se soit pas mêlée la poursuite de quelque avantage personnel, même minime. Sinon, le titulaire du droit riposterait qu'il était couvert par son droit et qu'il l'a exercé dans son intérêt, donc sans abus.

Actuellement, cette *conception trop restrictive* de l'abus de droit n'a plus cours ni en doctrine ni en jurisprudence. Sous couleur de définir l'abus de droit, c'est la philosophie même du droit subjectif qui est mise en question. Ainsi, pour Josserand (précédé dans cette voie par Raymond Saleilles), tous les droits quelconques ont une finalité et une fonction sociales : non seulement les droits fonctionnels (cf. *supra*), mais les droits les plus égoïstes, tels que le droit de propriété foncière ou le droit pour un créancier de poursuivre son débiteur et d'exiger son dû. Dans une société organisée, les prétendus droits subjectifs sont des droits fonctionnels : ils ne peuvent être exercés que dans l'esprit de l'institution. S'il s'agit de droits à fin égoïste, leur fin et l'esprit de l'institution sont évidemment le service le plus efficace de leur titulaire. Mais, du même coup, cette idée de service condamne non seulement l'usage du droit avec intention de nuire, mais son exercice sans profit et de façon préjudiciable à autrui ; ou encore, elle condamne le choix, parmi différents modes d'utilisation, de celui qui était de nature à léser des intérêts légitimes, ou même les fautes d'ordre technique dans la réalisation, dans la mise en œuvre de l'institution. Dans toutes ces éventualités, écrit Josserand, le motif de l'acte est illégitime et il y a abus de droit.

C'est de cette doctrine que s'inspirèrent les juristes *soviétiques* : d'abord dans le Code civil de la R.S.F.S.R. de 1922, qui prohibait l'exercice des droits civils « dans un sens contraire à leur destination économique et sociale » ; puis dans les Principes de la législation civile de 1961, repris dans les diverses républiques de l'Union et notamment dans le Code civil de la R.S.F.S.R. de 1964. L'art. 5, al. 1, des Principes ou du Code civil de la R.S.F.S.R. posait que « la loi protège les droits civils, sauf quand ils sont exercés en contradiction avec leur signification profonde, dans une société socialiste, pendant la période de l'édification du communisme ».

Prise dans son contexte général, cette philosophie des droits subjectifs finalisés par une destination économique et sociale, qui seule en légitimerait l'usage, n'est pas sans susciter des objections graves. D'abord, elle paraît contradictoire. Du moment que des droits subjectifs sont accordés, et sous réserve des limites et conditions imposées – autant de décisions qui auront été prises en considération du bien social général – quelle peut être, en dehors du service du titulaire et de son intérêt, la destination économique et sociale des droits privés ? Et cela même dans une société socialiste en période d'édification du communisme, puisque cette société socialiste a jugé opportun d'accorder des droits aux particuliers ? Comment concilier le service du titulaire avec la fonction sociale des droits ? En se servant soi-même, dit-on, le titulaire sert du même coup la société. Heureux optimisme, qui rejoint curieusement la vieille thèse libérale de la coïncidence de l'intérêt particulier et de l'intérêt général. Aussi bien, quelles sont les exigences de la destination économique et sociale des droits ? Tant que le législateur ne les aura pas définies, et pour chaque droit en particulier, la sécurité juridique sera en péril. Si la question est portée devant le juge, c'est à celui-ci qu'incombera la tâche difficile de décider quelle est la finalité des droits. Comment le fera-t-il, sinon d'après son sentiment personnel ou son idéologie ? La vérité est que, en vertu de sa finalité et de sa destination première, le droit subjectif suppose, au profit du titulaire, une liberté d'usage qui lui permette de faire en principe ce qu'il veut du droit, et du bien qui en est l'objet : en user pour lui-même selon ses besoins et désirs légitimes, ou en user pour les autres, par devoir ou par bienveillance. La liberté n'est donc pas synonyme d'égoïsme, ni exclusive d'altruisme. En reconnaissant des droits aux particuliers, le législateur leur fait confiance. En les mettant à la merci de contrôles, sous prétexte d'utilisation plus ou moins conforme à la destination économique et sociale desdits droits, il leur

retire en réalité le bénéfice de ce qu'il leur avait accordé. En fait, d'ailleurs, la disposition du Code de la R.S.F.S.R. resta à peu près lettre morte.

Quant à la *jurisprudence française*, pragmatique, elle ne s'est pas embarrassée de théories sur la finalité et la destination des droits. Simplement, elle condamne l'usage qui, aux yeux de l'honnête homme, paraît dépasser les bornes tolérables. Certes, par là même, elle condamne en premier lieu l'exercice du droit dans l'intention de nuire, dès lors que cette intention était le mobile déterminant de l'action, quand bien même s'y serait jointe la recherche de quelque intérêt personnel. Mais elle condamne en second lieu l'exercice inutile et sans profit d'un droit, ainsi que le choix, entre deux modalités d'usage également avantageuses, de celle qui doit nécessairement causer un dommage. La jurisprudence se montre plus hésitante dans l'hypothèse de l'exercice poussé à l'extrême d'un droit : par exemple, dans le cas du droit du propriétaire d'obtenir la démolition d'ouvrages empiétant sur son bien, alors que l'existence de ces ouvrages illicites n'entraînerait pour lui qu'un dommage insignifiant en comparaison des frais de démolition.

En définitive, la jurisprudence aboutit à des solutions à peu près identiques à celles que proposent les théoriciens attirés de l'abus de droit, mais allégées de la doctrine peu claire et peu cohérente de la relativité des droits. Sur un point important, toutefois, la concordance n'est pas parfaite. Tandis que Josserand englobait dans l'abus la faute d'ordre technique dans la réalisation du droit, la jurisprudence est plus prudente, n'admettant pas, semble-t-il, que la notion d'abus puisse être étendue jusqu'à l'exercice malhabile d'un droit.

### 📍 3. Abus de droit et faute

Pour la majorité des auteurs, il est vrai, l'abus de droit ne serait que la faute classique, avec cette connotation sans conséquence qu'elle a été commise dans l'exercice d'un droit. Or, dans cette perspective, le problème du critère de l'abus disparaît pour se fondre dans celui de la faute. Selon le schéma de la faute, on aura donc : d'une part, l'abus de droit par intention de nuire, correspondant à la faute intentionnelle (délit civil) ; et d'autre part, l'abus de droit sans intention de nuire (quasi-délit) correspondant, soit à la faute lourde, soit à la faute par imprudence ou négligence, même légère.

Mais cette interprétation va bien au-delà de la conception originelle de l'abus. Il en découle, en effet, que toute erreur d'appréciation dans l'exercice du droit, tout usage improductif ou antiéconomique dont se serait gardé un homme avisé, donnerait ouverture à une action en réparation. Si, par ailleurs, la théorie de l'abus de droit avait pour seul mérite, comme on le dit, d'affirmer l'application universelle de la notion de faute, y compris la faute commise dans l'exercice d'un droit, à quoi bon la catégorie de l'abus de droit ?

Cependant, la notion d'abus de droit conserve, à notre avis, une originalité qui n'est pas seulement historique et qui commande de la maintenir en tant que catégorie distincte de celle de la faute.

Rappelons-le d'abord : bien que l'abus de droit se présente le plus souvent dans le cadre de la responsabilité civile, en tant qu'élément générateur de réparation, la notion d'abus ressortit à la théorie générale des droits subjectifs. Qu'il ait ou non causé un dommage, l'abus de droit « n'est pas protégé par la loi » (*Rechtsschutz*), dit le Code civil suisse. Avant de l'analyser, il convient de souligner l'ampleur et la vigueur de la formule.

De toute manière, peut-on nier la spécificité du problème posé par l'abus de droit ? Si l'exercice abusif d'un droit ne peut protéger son titulaire de toute responsabilité, il reste cette circonstance – qui, sans constituer une excuse, doit néanmoins peser dans la balance – que le comportement critiqué a eu lieu au cours de l'exercice d'un droit. Que l'exercice méchant ou grossièrement maladroit d'un droit soit assimilé à une faute intentionnelle ou même à une faute lourde, cela est acceptable. Mais retenir, au titre de la faute non intentionnelle, la « faute technique dans la réalisation du droit », ou l'usage « antiéconomique » de celui-ci, n'est-ce pas niveler des situations différentes ? N'est-ce pas méconnaître cette particularité que le titulaire d'un droit requérant exercice est non seulement habilité, mais invité à l'action, avec la marge d'erreur que celle-ci peut comporter pour lui-même et, dans une certaine mesure, pour les autres ? En un mot, l'usage d'un droit ne doit-il pas assurer à son auteur, pour certaines fautes et en raison de leur liaison avec le droit, une immunité qui ne serait pas justifiée dans le champ vague de la liberté ? Ou encore, le vieil adage *Neminem laedit qui suo iure utitur* ne contient-il pas une part de vérité ? Il le semble bien, selon l'opinion de ceux qui, en

notre matière, ne se contentent pas d'une faute ordinaire, mais exigent une faute *caractérisée*.

Enfin, comme on va le voir, le droit positif connaît des droits discrétionnaires, soustraits à la règle de l'abus. Or, si l'abus n'était que la faute commise dans l'exercice d'un droit, comment expliquer que certains droits puissent échapper au principe général de la faute ?

Pour ces diverses raisons, certains auteurs, soucieux de sauvegarder le principe de la liberté dans l'utilisation des droits privés, ont recouru, pour dégager le critère de l'abus, à une autre méthode. Ils se réfèrent aux principes de la *morale sociale*, qui condamne tout usage abusif, c'est-à-dire immoral, des droits légaux (G. Ripert, J. Dabin, J. Carbonnier). Pour ces auteurs, les droits qui n'ont pas été assujettis par le législateur à des finalités sont en principe absolus, en ce sens que le titulaire peut en user à sa guise, à l'abri de tout contrôle et de toute responsabilité. Toutefois, l'exercice du droit donnerait lieu à responsabilité dans les cas où il aurait, en fait, contrevenu à la morale ou, mieux, aux bonnes mœurs, ou même, sans qu'il soit critiquable en soi, si les bonnes mœurs requéraient, en l'espèce, une indemnité compensatoire pour préjudice anormal. Pareil critère fait passer du plan de la légalité au plan de la moralité, d'une moralité qui vient même corriger le droit dans ce qu'il a de formel. Ainsi entendu, le principe de l'abus met certes barrage à l'exercice méchant des droits ou même à un exercice désinvolte et brutal, sans égard pour l'intérêt d'autrui. Mais il est sans rapport avec une doctrine de la relativité des droits qui, par le contrôle du bon exercice (au sens technique ou économique) des droits, donnerait aux tiers et au juge, sollicité par eux, le moyen d'exproprier le titulaire du droit de cette liberté d'exercice qui en est l'un des éléments essentiels.

## 📌 4. Quelques applications marquantes de la théorie de l'abus de droit

### Droits contractuels

En matière de contrats, l'abus de droit peut se rencontrer aux trois niveaux de la formation du contrat, de son exécution et de sa résiliation.

Nonobstant le principe de la liberté de contracter ou de ne pas contracter, certains *refus de contrat* seront tenus pour abusifs. Il n'en est pas ainsi s'ils visent à empêcher l'offrant d'exercer une faculté légitime – par exemple de s'affilier ou de ne pas s'affilier à un mouvement : ce serait un dépassement de droit. Mais ces refus sont taxés d'abusifs s'ils s'inspirent d'un mobile égoïste, antisocial : refus de donner à bail une habitation à un père de famille en temps de pénurie de logement ; refus de renouveler un contrat venu à expiration lorsque l'on avait, par des attitudes non équivoques, laissé entrevoir un renouvellement, etc.

Dans l'*exécution* du contrat, le débiteur pourra, par exemple, faire traîner les choses en longueur en abusant des délais qui lui avaient été consentis.

Enfin, si la *résiliation* unilatérale d'un contrat à durée indéterminée (louage de services, mandat, société...) peut en principe intervenir, sous réserve d'éventuels préavis, quand bon semble, elle devient abusive quand des circonstances externes ou les mobiles qui l'inspirent la rendent moralement blâmable.

## Ⓜ Droit de propriété foncière

Le droit de propriété foncière, en raison des querelles entre voisins, est le domaine d'élection de l'abus de droit. Indépendamment des deux cas de l'empiètement et du dommage anormal, le propriétaire ne peut user de son bien d'une manière qui, sans avantage pour lui-même, n'aurait d'autre but ou d'autre effet que de faire tort au voisin. Il ne peut, par exemple, construire un mur dans des conditions telles que l'immeuble voisin serait privé de lumière. Ainsi est tempérée et moralisée la règle juridique de la plénitude du droit du propriétaire sur sa chose.

## Ⓜ Voies de droit et mesures d'exécution

L'un des exemples les plus fréquents d'abus concerne les voies de droit. Si les actions en justice – soit en demande ou en défense, soit en première instance, en appel ou en cassation – sont ouvertes à tout intéressé, c'est à la condition qu'elles ne soient pas utilisées par pur esprit de chicane ou même à la légère, sans aucune chance de succès. Il en résulte condamnation des actions

téméraires et vexatoires, ou du recours à des moyens dilatoires à seule fin de retarder l'issue d'un procès. De là aussi la condamnation des excès dans l'exercice des voies d'exécution (saisie nonobstant une offre sérieuse de paiement, blocage du crédit du débiteur pour une créance minime...).

## @ 5. Sanction de l'abus de droit

Si l'abus de droit a entraîné un dommage, la victime aura droit à réparation. D'ordinaire, cette réparation se fera en argent. Mais, comme dans le cas de la faute, rien n'empêche que la réparation ait lieu sous une forme plus appropriée, ou même, s'il était possible de revenir sur l'abus ou de le faire cesser, que le retrait en soit ordonné. C'est toujours le principe de la réparation en nature. Telle sera, par exemple, l'annulation de la résiliation ou de la saisie abusives, la destruction de l'ouvrage abusif, le rejet de la demande ou de l'exception vexatoires, l'ordre de cessation de l'acte de concurrence abusif, avec, de surcroît, des dommages-intérêts pour le préjudice.

Mais, comme on l'a indiqué, le problème de l'abus peut se poser en dehors de toute question de réparation de dommage, si on l'envisage non plus du côté d'une éventuelle victime, mais du côté du *titulaire du droit*. Celui-ci pourrait-il obtenir du juge la consécration de l'abus, avec les conséquences qui s'ensuivent pour la partie adverse, d'ordinaire l'éventuelle victime ? Par exemple, le propriétaire abusif serait-il admis à contredire aux mesures de précaution, par hypothèse non illicites, que le voisin aurait mises en œuvre pour faire échec à l'abus ? Ou encore, le patron pourrait-il obtenir du juge le renvoi de l'ouvrier abusivement congédié ? La réponse ne peut être que négative. L'abus de droit « n'est pas protégé », dit le Code suisse. Qu'est-ce à dire, sinon que toute demande (ou défense) prenant appui sur l'exercice abusif d'un droit ne peut, après constatation de l'abus, qu'être rejetée comme irrecevable. De plus, le moyen doit être soulevé d'office (cf. Tunc, Enneccerus-Nipperdey).

## @ 6. Les droits discrétionnaires

Un certain nombre de droits, en soi susceptibles d'abus, sont, pour des raisons spéciales à chacun d'eux, soustraits, par la loi ou la jurisprudence, au régime de l'abus, de telle sorte qu'ils peuvent être exercés impunément, même de

façon abusive, fût-ce en vue de nuire à autrui. Tels sont, en particulier : le droit d'acquisition de la mitoyenneté d'un mur privatif ou le droit pour toute personne engagée dans une indivision involontaire de demander le partage (car la loi est favorable à la mitoyenneté, hostile à l'indivision) ; le droit de disposer par testament (car on ne saurait autoriser l'attaque, pour cause d'abus, d'un testament dont l'auteur n'est plus là pour se justifier) ; le droit de réponse en matière de presse (que la loi française de 1881, selon l'interprétation de la jurisprudence, estime devoir être absolu).

Cependant, le nombre des droits discrétionnaires tend à décroître. Notamment, quelques-uns des droits dépendant de l'autorité parentale, qui étaient jusqu'à il y a peu discrétionnaires, sont, en vertu de textes nouveaux, soumis au contrôle du juge, souvent spécialisé dans les affaires familiales : par exemple, le droit des père et mère de consentir au mariage de leur enfant mineur.

## 📌 ACTE JURIDIQUE

### ***Prise de vue***

Sous l'appellation « acte juridique », les juristes comprennent, le plus souvent, diverses institutions qui régissent les particuliers dans leurs rapports privés : mariage et vente, testament et constitution d'hypothèque, bail et reconnaissance d'enfant naturel. On peut avoir une idée assez précise des espèces sans pour autant pénétrer les principes qui ont fondé la constitution d'un genre à première vue hétéroclite ; il apparaît ainsi qu'au-delà d'un concept du contrat, dont la compréhension est vaguement familière à chacun, des spécialistes ont élaboré, par un effort d'abstraction plus soutenu, une catégorie plus large, et plus hermétique.

L'intérêt pratique n'en est pas incontestable. Quelques rares codes ont bien, à l'instar du code civil allemand, dévolu à l'acte juridique une rubrique qui prétend rassembler les règles devant s'appliquer à tous ses types. Et, sans doute, de nombreux auteurs se sont essayés à exposer pareille réglementation. Dégageant et énonçant règles ou solutions, ils s'adonnaient à cette activité pratique, axiologiquement tendue, qui constitue l'art juridique – mais à un niveau de généralité suffisant pour que l'apparence scientifique ne manquât point à leurs

travaux. Ces ambitions se soutiennent mal. L'hétérogénéité de l'ensemble est trop grande pour que les mêmes solutions puissent être apportées à des problèmes qui se posent en des termes différents. La généralité des règles est donc plus apparente que réelle, et la théorie générale de l'acte juridique échappe difficilement au risque de n'être qu'une théorie générale du contrat assortie d'autant d'exceptions qu'il y a de règles spéciales à chacun des autres actes juridiques.

Cette constatation n'est pas nécessairement une condamnation. La théorie de l'acte juridique n'est pas seulement un corps de règles, ou de solutions ; elle ne se propose pas seulement de résoudre des questions d'ordre législatif, d'apporter des réponses fermes, ou des orientations, au praticien ou à l'utilisateur du droit. Elle se pare plutôt de vertus scientifiques et entend proposer une certaine image du monde juridique. Par là, elle découvre une seconde face de l'activité du juriste. Celui-ci, en effet, dans le flot des phénomènes que la vie déroule devant ses yeux, démêle et sépare, puis rapproche et classe ; il porte son ordre au sein des choses et assigne à chacune sa place dans le système qu'il construit. Activité théorique, logiquement inspirée, dont on se plaît à songer qu'elle fait du droit une science. Un de ses produits les plus purs en est précisément la notion d'acte juridique. Pourtant, s'il est vrai que font défaut les principes communs qui commanderaient d'appliquer les mêmes règles à tous les actes juridiques, on peut se demander si la catégorie de l'acte juridique n'est pas issue d'une généralisation arbitraire et si, trop vaste pour avoir une compréhension appréciable, elle n'obscurcit pas en réalité la vision des objets que l'on veut faire entrer dans son extension : si elle n'est pas pure abstraction, *nudum nomen*.

L'acte juridique pose le problème des rapports du réel et des concepts dans le domaine juridique.

## 📍 La théorie de l'acte juridique

La théorie de l'acte juridique est absente de certains systèmes juridiques : la *Common Law*, par exemple, répugne profondément à sa réception. Si donc elle n'est pas imposée par l'observation du droit existant, il faut qu'elle soit

née des exigences d'une certaine forme de pensée juridique.

## **Genèse**

On ne peut dire de façon certaine chez quel auteur on trouve pour la première fois, avec suffisamment de netteté et d'ampleur, une formulation doctrinale de la catégorie de l'acte juridique. Mais peu importe au fond ; car il n'y a guère de doute sur l'époque où cette catégorie est éclos, et le mouvement de l'esprit qui l'a engendrée. Elle a été aperçue au XVIII<sup>e</sup> siècle comme un aspect de la philosophie juridique régnante.

La révolution spirituelle du XVII<sup>e</sup> siècle – que l'on peut, pour ce qui nous occupe, attribuer à Descartes – n'a atteint aux rivages du droit qu'une fois appauvrie, mutilée, laïcisée, rationalisée à l'extrême. Le droit, alors, a été conçu et ordonné en fonction de l'individu. Et cela, d'un double point de vue. D'un côté, logiquement, on a construit un ordre rationnel, le « système juridique », selon un schéma rigoureux, autour et à partir de l'homme, envisagé non point comme objet, simple point d'application des règles de droit, mais comme sujet, principe et fin des diverses situations qui lui étaient attribuées, et à quoi l'on réduisait la réalité juridique. D'un autre côté, idéologiquement, ce sujet a été pensé comme être conscient et libre, esprit, volonté raisonnable, laquelle constituait le fondement le plus satisfaisant de l'ordre social, donc juridique. L'acte juridique, défini comme l'émanation de cette volonté, productrice d'effets juridiques, paraissait devoir conquérir sans effort une place éminente dans le système, comme la source normale des situations juridiques, la forme naturelle de la présence du sujet au monde du droit.

Sa consécration s'est trouvée facilitée par un des éléments mêmes de la nouvelle conjoncture philosophico-juridique : le degré d'élaboration auquel, portée par le même courant, était parvenue la doctrine des contrats. Apportant une simplification quasi mathématique au problème complexe de l'efficacité des promesses, certains auteurs l'avaient posé (davantage peut-être sur le plan éthique que sur le plan juridique) en termes de volonté, et tranché en proclamant la valeur souveraine de cette volonté. Ainsi, la philosophie qui tendait à faire de l'individu la clé de voûte de l'édifice juridique trouvait une expression adéquate dans une conception des contrats comme actes de volonté. Mais elle n'avait pas

encore atteint son terme ultime, et elle devait – logiquement – s’accomplir en abstrayant la volonté des figures contractuelles concrètes où elle s’incarnait, pour la projeter, à l’état pur, dans la catégorie générique, plus large et plus haute, de l’acte juridique.

La théorie de l’acte juridique est donc apparue comme une réponse à l’un des problèmes fondamentaux que pose une doctrine du droit : celui du rapport dialectique entre le sujet et l’ordre juridique, de la coexistence entre les exigences de celui-ci et l’autonomie de celui-là. En réalité, elle ne faisait que poser ce problème en pleine lumière.

### **Problèmes**

Depuis lors, elle s’est – plus ou moins parfaitement – libérée des conceptions éthico-philosophiques dont elle était issue, et a fait subir un approfondissement incessant au problème. On peut préciser ce dernier en esquissant un parallèle entre l’acte illicite, source de responsabilité civile, et l’acte juridique. Dans l’acte illicite, la conduite (supposée volontaire) n’est que l’occasion de l’application d’une règle de droit – la sanction – qui, bien entendu, n’est aucunement recherchée pour elle-même. Dans l’acte juridique, non seulement la conduite (supposée également volontaire) est dirigée vers un certain résultat, mais encore elle paraît, par elle-même, atteindre ce résultat, opérer un certain aménagement de rapports juridiques particuliers, créer une situation qui s’insère dans l’ordre juridique et réagit sur lui – selon quel mécanisme ? Il y a ainsi, semble-t-il, au cœur de la problématique de l’acte juridique, un contraste net : l’acte juridique ne peut ni faire abstraction de l’ordre juridique pour trouver en lui-même son propre fondement, ni, à l’inverse, se réduire au simple fait de sa prévision par une règle générale reconnaissant sa valeur ; il s’affirme dans une relative indépendance par rapport à l’ordre juridique, mais l’ordre juridique doit en tenir compte.

Les explications doctrinales oscillent entre deux extrêmes. Il y a, schématiquement, une conception objective et une conception subjective de l’acte juridique. Des tentatives pour le caractériser du point de vue de l’ordre juridique, comme une espèce de fait auquel on ne peut attribuer de signification qu’à travers l’ordre juridique ; ou, au contraire, du point de vue du sujet, comme activité

autonome, créatrice de valeurs, qui se pose au-delà de l'ordre juridique. En d'autres termes, opposition entre une conception statique, identifiant l'acte, au sein des phénomènes juridiques, par une structure – volontaire – particulière ; et une conception dynamique, qui l'individualise par sa fonction – normative – propre.

Il est clair que ces spéculations sur l'essence de l'acte juridique traduisent en définitive la philosophie de chaque auteur et sa conception des rapports entre l'individu et l'État. Pour avoir une idée plus objective de l'acte juridique, il faut, semble-t-il, le considérer non plus comme catégorie logique, mais comme phénomène historique.

### @ L'expérience humaine de l'acte juridique

On soupçonne que le problème de l'acte juridique – tel qu'on l'a posé – n'a pu recevoir une solution identique dans toutes les expériences juridiques qu'a tentées l'humanité. À cet égard, l'enseignement de l'histoire et du droit comparé peut être recueilli à plusieurs niveaux.

D'abord, il ne semble pas qu'on ait fait l'économie totale de l'acte juridique comme mode de la vie de relation : si grandes soient les ambitions totalitaires de l'État, les citoyens se voient reconnaître, ou concéder, un certain pouvoir d'action. Ce qui est vrai, c'est que leur domaine d'activité (économique ou sociale) peut être extrêmement restreint, de même que leur liberté d'entrer ou non dans certains rapports et de les aménager. En revanche, un vouloir individuel qui s'épanouirait et réaliserait par lui-même un système juridique ne s'observe pas dans la réalité concrète du droit. En d'autres termes, si les exigences de l'ordre juridique peuvent s'appesantir jusqu'à menacer la possibilité d'une activité juridique privée, l'autonomie parfaite de l'individu n'existe pas. Le problème pratique de l'acte juridique est donc celui de la marge de la liberté du particulier dans le monde du droit ; plus techniquement, de la justification de l'acte de volonté de l'individu dans le monde du droit.

On découvre alors deux espèces de justification. Ou bien les particuliers peuvent user d'une série d'actes typiques, consacrés limitativement (même si le nombre en est élevé) par le droit : c'est la solution retenue par le droit musulman. Ou bien les individus peuvent aménager librement leurs rapports, en façonnant

eux-mêmes, s'il y a lieu, les instruments adéquats, sous réserve du respect de certaines exigences juridico-sociales : c'est la solution de la généralité des droits occidentaux.

Seulement, on aperçoit l'artifice de cette présentation, et que si la justification de la vente peut être du même ordre que celle du bail, il doit s'agir de tout autre chose à propos du mariage ou du testament : lors même qu'on entend reprendre pied dans le réel, on généralise les principes des contrats, on abstrait à outrance. L'acte juridique n'est donc pas un corps de règles, une institution caractérisée ; il n'est même pas un problème pratique général. Il n'est qu'une notion théorique, pièce d'une construction (scientifique), et, selon son tempérament, on y verra une conquête ou une aberration de l'esprit humain. En tout état de cause, la notion présenterait cet avantage de faire sentir à chacun non seulement qu'il vit constamment dans le droit, mais que, dans une certaine mesure, il fait le droit.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## 📌 ACTIONNAIRES

### ***Prise de vue***

La mise en commun, entre personnes qui se connaissent et se font confiance, des ressources nécessaires à une entreprise et le partage du profit éventuel sont un usage invétéré qui a joué un rôle essentiel dans le développement des premières formes du capitalisme, notamment dans le financement du commerce maritime au long cours à l'époque de la Renaissance. C'est toutefois l'apparition de la société anonyme par actions, lors de la révolution industrielle des XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles, qui lui a donné le cadre juridique adapté à sa pleine capacité d'expansion. Ce phénomène se poursuit sous nos yeux, en dépit des crises cycliques de l'économie et de la rivalité, de moins en moins forte, des formules étatiques et dirigistes de financement. En divisant le capital d'une entreprise, si important soit-il, en quotes-parts d'un montant unitaire modeste, représentées par un titre de négociation aisée, il devenait en effet possible de

s'adresser à la petite épargne aussi bien qu'au grand capitalisme, sans que les souscripteurs aient à se connaître (à condition de faire confiance aux fondateurs ou aux dirigeants). En outre, chacun d'eux n'était tenu que pour sa mise. Une fois versée sa contribution au capital, il était indéfiniment associé aux gains éventuels, mais ne courait aucun risque nouveau, même en cas de faillite.

Cette formule a connu un succès éclatant. La quasi-totalité des grandes entreprises industrielles, financières ou commerciales sont aujourd'hui des sociétés par actions (à l'exception éventuelle des services publics, notion plus ou moins étendue selon les régimes politiques). Elle a cependant beaucoup évolué avec le temps, en particulier sous la pression de l'internationalisation des marchés commerciaux, de la concurrence, des moyens de communication et de la diffusion de l'information.

## 📍 1. Contexte juridique et fonction de l'actionnaire

Une action, valeur mobilière, titre de propriété portant sur une quote-part du patrimoine d'une entreprise (société anonyme ou société en commandite par actions), représente les droits d'un copropriétaire. Il s'agit toutefois d'une copropriété d'un type particulier.

D'abord en raison de ses dimensions. Élément moteur du prodigieux développement du capitalisme, la société anonyme peut en effet regrouper une foule d'actionnaires dont les participations individuelles, mesurées par le nombre de titres qu'ils détiennent, sont très inégales (plus d'un milliard d'actions pour la grande entreprise américaine A.T.T., plus de 3 millions d'actionnaires en France pour Paribas). Ensuite, parce que, conséquence indirecte de leur nombre, ces actionnaires ne se connaissent généralement pas, comme le suggère l'expression même de « société anonyme ». Si les fondateurs de l'entreprise ont le plus souvent des relations personnelles entre eux, les actionnaires ultérieurs, intervenant par achat en Bourse ou à l'occasion d'une augmentation de capital, s'ignorent mutuellement.

Ces particularités ne peuvent manquer d'influer sur l'exercice des droits

traditionnels du propriétaire : le *fructus*, l'*usus* et l'*abusus*. Le *fructus*, c'est-à-dire le droit aux fruits, ou bénéfices, ne pose pas de problème grave. Les bénéfices étant établis en monnaie, il suffit de calculer la part qui en revient à une action. Il n'en va pas de même des deux autres droits. Il n'est pas concevable, en effet, qu'un actionnaire particulier prétende se mêler de la gestion quotidienne ou s'attribuer un élément déterminé de l'actif. Sa situation est donc différente de celle du copropriétaire immobilier, qui dispose librement de son appartement et n'est propriétaire indivis que des parties communes. Encore moins est-il admissible qu'on lui reconnaisse le droit d'abuser d'une partie du patrimoine social équivalant à sa quote-part. L'actionnaire est un propriétaire indivis, et tenu de rester dans l'indivision aussi longtemps qu'une décision collective n'y a pas mis fin. Il peut revendre ou donner son titre ; il ne peut pas disposer de la fraction d'actif qui lui correspond. Il convient donc d'assurer la représentation des actionnaires au sein de l'entité sociale, et d'organiser les délégations de pouvoir nécessaires à sa gestion, interne et externe.

Ces deux fonctions s'exercent dans le cadre défini par la loi et précisé par les statuts de chaque société. La loi fondamentale des sociétés par actions en France, loi du 23 juillet 1966, est à elle seule un véritable code. Elle compte plus de cinq cents articles et son principal décret d'application plus de quatre cents. Dans les limites générales, mais strictes, qu'elle trace, la société définit dans ses statuts les modalités particulières de son fonctionnement, notamment son objet, sa nationalité, sa dénomination, sa durée, le montant de son capital, la forme de ses actions, l'évaluation des apports en nature, les modalités de répartition de ses bénéfices, etc.

Pour précis que soient les textes de base qui régissent les sociétés par actions, l'évolution des usages en matière industrielle, commerciale et financière est si rapide dans les économies modernes que des problèmes d'interprétation et des besoins de novation surgissent en permanence. Le dispositif législatif ne cesse donc de s'étendre, complété par une jurisprudence abondante. En outre, dans le domaine particulier que constituent les sociétés cotées en Bourse, la mission de protection de l'épargne confiée à la C.O.B. (Commission des opérations de Bourse, instituée par l'ordonnance du 28 septembre 1967) a conduit à l'avènement d'un véritable droit boursier, souvent plus rigoureux que le droit des

sociétés.

Dans ce cadre, la représentation collective des actionnaires est assurée par leur assemblée générale. Il en existe de deux sortes, ordinaire ou extraordinaire. Elles reposent sur un principe démocratique : les décisions y sont prises à la majorité des voix, chaque action disposant d'une voix. Mais ce principe ne va pas sans aménagements et exceptions. En particulier, les actions peuvent recevoir un droit de vote double lorsqu'elles ont été conservées sans interruption sous la forme nominative (le propriétaire étant inscrit dans un registre tenu par la société) pendant un délai minimal de deux ans, que les statuts peuvent porter jusqu'à cinq ans. À l'inverse, d'autres actions peuvent être privées du droit de vote (actions d'autocontrôle détenues par la société elle-même, actions attribuées à des apporteurs en nature, qui ne peuvent voter lors de l'approbation de ces apports, actions acquises en violation des règles imposant la déclaration de certains seuils de détention dans les sociétés cotées, etc.). En outre, sauf dans des conditions exceptionnelles, les actionnaires négligent le plus souvent de participer en personne aux assemblées. Ils peuvent y voter par correspondance mais, dans la plupart des cas, ils ne se manifestent pas ou se contentent d'adresser leur pouvoir au président. La démocratie au sein des assemblées est donc plus théorique que réelle, et le pouvoir y appartient plus aux dirigeants appuyés par une minorité présente et agissante qu'à la majorité absente ou muette. Elle reste cependant un principe fondamental et, dans certains cas, un suprême recours. Pour limiter les risques d'abus, la loi impose d'ailleurs des règles de quorum, plus strictes pour les assemblées extraordinaires que pour les ordinaires.

Les assemblées générales sont convoquées par le conseil d'administration, qui doit en indiquer l'ordre du jour. Sauf à tenir compte des conséquences imprévues du débat en séance, aucune question non mentionnée à l'ordre du jour ne peut donner lieu à un vote. En cas de défaillance du conseil d'administration, le commissaire aux comptes, voire un actionnaire individuel, peut prendre l'initiative de la convocation.

L'assemblée ordinaire se tient annuellement, dans les six mois qui suivent la clôture de l'exercice social. Elle prend connaissance du rapport établi par le conseil et des comptes annuels, qui comportent le bilan, le compte de résultats et des

documents annexes, nécessaires à leur compréhension. Il lui appartient de les approuver. Elle décide de la répartition des bénéfices en déterminant – sur la proposition du conseil – le montant qui en sera distribué (le dividende) et celui qui sera conservé et porté en réserve pour renforcer les fonds propres de l'entreprise. Elle a compétence pour autoriser, le cas échéant, l'émission d'un emprunt obligataire.

L'assemblée procède enfin à la désignation ou au renouvellement du conseil d'administration, c'est-à-dire que, dans la plupart des cas, elle ratifie les nominations proposées et les cooptations déjà faites par le conseil lui-même. Ces votes s'exercent à la majorité simple (la moitié plus une des actions présentes ou représentées).

L'assemblée générale extraordinaire, qui ne se réunit qu'en cas de besoin, a seule compétence pour des problèmes d'une importance particulière : modification des statuts, augmentation du capital en espèces ou par incorporation de réserves, fusion avec une autre société, changement de nationalité, etc. Outre les conditions de quorum, les règles de majorité sont plus rigoureuses ; elles exigent les deux tiers des voix plus une et, comme il a déjà été dit, certaines actions peuvent être exclues du vote. On voit donc que des actionnaires, détenant ensemble le tiers du capital et agissant de concert, peuvent faire obstacle à l'approbation d'une résolution, d'où l'expression de minorité de blocage.

Malgré l'importance de leur rôle de représentation collégiale des actionnaires, les assemblées générales n'ont ni le droit ni le moyen de diriger l'entreprise. Il leur appartient de déléguer cette fonction à un organe qui agit pour leur compte et sous leur contrôle. C'est le conseil d'administration ou le directoire, dans les sociétés qui ont adopté la forme particulière de sociétés à directoire et conseil de surveillance, ou encore la gérance dans les sociétés en commandite par actions.

Sous réserve qu'il respecte les statuts et agisse dans l'intérêt de la société (exigence dont la justification est aussi évidente que son contenu est incertain), le conseil d'administration, ou son équivalent, dispose des plus larges pouvoirs de gestion. Il est censé agir collectivement, et ses décisions, même prises seulement à la majorité, engagent tous ses membres. En fait, son rôle effectif se trouve

restreint par la délégation qu'il consent lui-même à son président. Celui-ci, par une curieuse survivance d'un texte de 1940 inspiré du *Führer-Prinzip* allemand, cumule les fonctions de président du conseil et de directeur général, c'est-à-dire celles qui, dans une société américaine par exemple, seraient partagées entre le *chairman of the board* et le président, ou *chief executive officer*. Par voie de conséquence, le ou les directeurs généraux nommés par le conseil ne sont que des directeurs généraux adjoints. Il y a là une nouvelle illustration d'une conception particulière de la démocratie, encore que cette conception ne soit pas très éloignée de la formule retenue en matière politique avec la répartition constitutionnelle des fonctions entre président de la République et Premier ministre.

En contrepartie, théorique, de ce déséquilibre des pouvoirs, le président et les administrateurs sont révocables *ad nutum*, c'est-à-dire sans explication ni recours. Signalons à l'inverse que, dans les sociétés en commandite par actions, le ou les gérants sont inamovibles, sauf faute grave, mais qu'ils demeurent personnellement responsables sur tous leurs biens.

De ce qui précède, il ressort que les actionnaires, et notamment les actionnaires minoritaires lorsqu'il existe une majorité cohérente, ont peu de poids sur les dirigeants, ou organes sociaux, de l'entreprise. Même s'il est normal qu'on ne les laisse pas intervenir dans la gestion, il convient au moins de les protéger contre deux risques principaux : le manque d'information (ou l'information fallacieuse) et l'abus de pouvoir de la majorité.

Dans les sociétés non cotées en Bourse, cette protection n'est assurée que par la loi et les statuts. La loi précise la nature des communications et la modalité de leur diffusion. Mais, dans l'intervalle de deux assemblées générales et donc de deux rapports du conseil d'administration, l'actionnaire non administrateur n'a guère de moyens d'être informé de ce qui se passe dans la société. Contre l'abus de majorité – se traduisant par exemple par le refus persistant de distribuer un dividende malgré l'existence de résultats bénéficiaires –, son seul recours est généralement de s'adresser à la justice, avec les délais et les coûts que cela implique. Situation d'autant plus fâcheuse que, dans de telles sociétés, un actionnaire mécontent qui souhaite se défaire de ses titres risque de ne pas trouver de contrepartie, ou de ne la trouver qu'aux conditions imposées par les

majoritaires.

Nous avons déjà dit que l'actionnaire ne pouvait être tenu au-delà de sa contribution au capital. Mais la société peut avoir besoin de capitaux complémentaires, c'est même le cas général. En dehors des concours bancaires normaux, l'endettement à long terme (par exemple sous forme obligataire) doit avoir été autorisé par l'assemblée générale ordinaire. Mais seule l'assemblée générale extraordinaire peut autoriser une augmentation de capital. Pour mettre les actionnaires à l'abri de l'entrée d'un nouvel associé à des conditions qui pourraient être préférentielles, la loi leur reconnaît une faculté prioritaire de souscription, concrétisée par un droit négociable. Ils peuvent y renoncer en faveur d'un souscripteur désigné, mais par une décision collégiale et à des conditions de prix d'émission qui les protègent contre une éventuelle spoliation. Dans les sociétés qui font un appel public à l'épargne, c'est-à-dire toutes les sociétés cotées en Bourse et quelques autres suivant le degré de diffusion de leur capital, la C.O.B. veille à la qualité et à la fréquence des informations publiées par les entreprises. Bien que le visa ou l'approbation tacite de la C.O.B. ne garantisse pas le bien-fondé de cette information, il atteste au moins que l'annonceur s'est conformé aux usages ratifiés par elle et a répondu aux questions posées. En outre, la C.O.B. exige qu'un communiqué soit publié pour chaque événement social de nature à exercer une influence notoire sur le cours de l'action. Cette définition n'est pas toujours aisée à cerner, mais l'intention est claire : elle vise à écarter le risque de voir certains initiés bénéficier d'informations dont le public n'aurait pas connaissance.

Parmi les informations dont la publicité est obligatoire – et cette fois en vertu de la loi – figurent notamment celles qui concernent la composition du capital. Il est en effet essentiel pour des minoritaires de savoir comment se structure le capital de l'entreprise et à quels groupes importants ils se trouvent de fait associés. Tout actionnaire est donc tenu de rendre public le fait qu'il a franchi, dans le sens de la hausse ou de la baisse, l'un des seuils suivants : 5 p. 100, 10 p. 100, 20 p. 100, 33 p. 100 et 50 p. 100. Le calcul s'opère d'après le nombre des droits de vote et non des actions. Il inclut non seulement les titres acquis – ou vendus – par l'intéressé lui-même, mais aussi par des opérateurs agissant de concert avec lui. Autre mesure, d'inspiration un peu différente car elle vise plus à protéger les dirigeants

qu'à éclairer les actionnaires : nul ne peut acquérir, dans l'intervalle de deux assemblées générales, plus de 2 p. 100 du capital sans en informer la société.

Le seuil de 33 p. 100, au-delà duquel se constitue une minorité de blocage, est particulièrement critique. Quiconque le franchit, seul ou de concert avec d'autres, doit en effet émettre alors une O.P.A. (offre publique d'achat) destinée à porter sa participation, au minimum, aux deux tiers du capital. Cette disposition vise à donner aux autres actionnaires, si l'émergence d'un nouveau venu trop puissant ne leur convient pas, l'occasion de vendre leurs titres à un prix garanti, sans courir le risque du marché. Elle n'atteint que partiellement son objet, puisque, si l'offre ne porte pas sur la totalité du capital, elle donne lieu à une réduction proportionnelle des titres apportés en réponse.

Enfin, lorsque l'O.P.A. donne lieu à une bataille boursière où le prix est dépassé, cette surenchère doit être étendue à tous les actionnaires. Même en l'absence d'O.P.A., lorsqu'une négociation portant sur un bloc de titres change le contrôle du capital, le prix de la négociation doit être proposé à l'ensemble des actionnaires par la procédure du maintien de cours. En bref, les autorités boursières et la C.O.B. veillent à faire respecter le principe d'égalité de traitement entre tous les associés.

## 📌 2. Valeur patrimoniale de l'action

Représentant une fraction de l'actif net et de la capacité bénéficiaire d'une société, l'action a incontestablement une valeur patrimoniale. Mais comment l'évaluer ? Aucune méthode n'est pleinement satisfaisante. La valeur comptable n'a pas grande signification, étant donné les fluctuations de la monnaie ; sa revalorisation à partir de coefficients monétaires est sans portée économique. La capitalisation des revenus n'est qu'une extrapolation du passé et dépend de taux d'intérêt eux-mêmes fluctuants. À supposer qu'une expertise – coûteuse et difficile à imposer – aboutisse à un prix raisonnable, encore faut-il trouver un acheteur à ce prix. Nous avons vu que, dans une entreprise non cotée en Bourse, la solution dépend de la bonne volonté des majoritaires qui n'ont, a priori, aucun intérêt à acquérir des titres supplémentaires.

La Bourse apporte, en principe, une réponse à cette question. Elle est en

effet un marché secondaire (c'est-à-dire de titres déjà en circulation dans le public) des valeurs mobilières, ouvert à tous et soumis à des règles de fonctionnement qui visent à en assurer l'équité et la transparence.

Ce n'est pas à dire, cependant, que le cours de Bourse soit en toute circonstance le reflet fidèle d'une valeur réelle (à supposer que l'expression ait un sens) ni même de la valeur vénale de l'entreprise (qui n'a de sens qu'en cas de vente de la totalité du capital). D'une part, en effet, les transactions boursières ne portent chaque jour que sur une fraction marginale du capital (quelques millièmes), et le cours peut varier beaucoup suivant l'importance du bloc de titres à négocier. D'autre part, et surtout, la Bourse est soumise à des influences multiples et de tous ordres concernant soit une société déterminée, soit l'ensemble du marché. Évolution de la conjoncture économique, contexte politique, national ou international, fluctuation des taux d'intérêt et des cours du change, tensions inflationnistes, fiscalité, tous ces facteurs et bien d'autres se combinent pour former une opinion boursière moins soucieuse d'ailleurs de les refléter que d'en anticiper les développements. Comportement de masse, le marché traduit une psychologie particulière qui, en dépit de ses prétentions à l'analyse rationnelle, comporte une part de rêve ou d'anxiété, laquelle se traduit par des excès de hausse ou de baisse, ultérieurement corrigés par des excès en sens inverse.

Malgré ses imperfections, la Bourse n'en est pas moins la meilleure voie offerte à l'actionnaire qui souhaite retrouver la disponibilité de son épargne, sans dépendre de l'arbitraire des majoritaires et à des conditions qui s'établissent par le libre jeu de l'offre et de la demande sur un marché surveillé par les autorités de contrôle (Securities and Exchange Commission ou S.E.C. aux États-Unis, C.O.B. en France). L'ouverture récente de marchés boursiers dans des pays où l'économie a été trop longtemps soumise au dirigisme étatique prouve bien qu'il s'agit là d'un progrès et d'une étape nécessaire vers la liberté.

L'existence de marchés organisés a, entre autres avantages, celui d'améliorer l'information sur la diffusion de l'actionnariat. Les renseignements statistiques à cet égard sont en effet sommaires pour les entreprises non cotées, mais plus précis, au moins en ordre de grandeur, pour celles qui le sont. Certes, il ne s'agit que d'une minorité, mais elle est constituée de la plupart des principales

sociétés. La situation est très différente selon les pays.

On ne s'étonnera pas que l'actionnariat et l'activité boursière soient particulièrement développés dans les pays les plus libéraux, États-Unis et Grande-Bretagne, de même qu'au Japon qui, malgré ses spécificités économique-politiques, s'est largement inspiré en la matière de l'exemple américain.

Le cas de la France appelle quelques commentaires. Pour des raisons historiques (guerres de la Révolution et de l'Empire, protectionnisme d'inspiration rurale, perte de l'Alsace-Lorraine, destructions de la Première Guerre mondiale), l'industrialisation y a commencé plus tardivement et n'a pas connu le même développement qu'en Grande-Bretagne, puis aux États-Unis, en Allemagne et enfin au Japon. Une politique économique inspirée du colbertisme et marquée par l'intervention multiforme de l'État a freiné la création ou l'expansion des grandes entreprises privées. Bien que ce retard ait commencé de se combler au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, pendant les quelque trente années qualifiées de glorieuses (1945-1973), l'épargne des Français s'est plus volontiers investie dans les biens immobiliers que dans les valeurs mobilières. Entre 1962 et 1977, la Bourse de Paris a baissé de 50 p. 100 en indice, c'est-à-dire de 75 p. 100 en pouvoir d'achat. Les nationalisations opérées en 1982, en faisant disparaître – contre indemnisation – quelques-unes des valeurs vedettes de la cote, ont porté le découragement des actionnaires à son comble. Ils ne constituent plus à cette époque qu'une cohorte peu nombreuse (moins de 2 millions), vieillissante et qui ne se renouvelle pas.

Il faudra le changement radical de politique économique amorcé à partir de 1983 pour redonner du tonus à la Bourse. D'abord en termes de cours (l'indice va quadrupler en quatre ans) puis grâce à l'apparition de nouvelles valeurs à la cote (création du second marché entre autres) et au recrutement de nouvelles couches d'actionnaires. Les privatisations (dénationalisations d'entreprises) conduites en 1986-1987 donnent lieu à un spectaculaire bond en avant. En s'adressant directement à la petite épargne, par le moyen d'un strict plafonnement des souscriptions autorisées, elles atteignent des couches de clientèle entièrement nouvelles. On peut estimer qu'en 1987 le nombre d'actionnaires directs s'élevait à 6,2 millions (à quoi s'ajoutaient ceux des Sicav, Sociétés d'investissement à capital

variable).

Malheureusement, la grave crise boursière d'octobre 1987, une nouvelle secousse en octobre 1988, la guerre du Golfe (août 1990-février 1991), une réforme trop rapide et mal comprise des techniques du marché ainsi qu'un inflexissement de la conjoncture mondiale sont venus depuis lors peser sur les cours et réduire le volume des transactions. Nombre d'intermédiaires ont disparu, dans des conditions qui ont jeté une ombre excessive sur la réputation de la place. La confiance des épargnants, bien souvent néophytes en matière de Bourse, s'en est trouvée ébranlée. La C.O.B. estimait en 1991 que le nombre d'actionnaires était revenu à 5,5 millions. Le progrès n'en est pas moins remarquable depuis les basses eaux des années 1975, mais la marge reste importante entre la situation de l'actionnariat en France et celle, par exemple, de l'actionnariat aux États-Unis, ou au Japon. L'importance du secteur public ou nationalisé explique en partie ces divergences, mais elles tiennent aussi aux habitudes acquises de l'épargnant français et à son goût marqué pour l'investissement foncier, plus concret, mieux traité fiscalement et moins ébranlé par les secousses imprévisibles et périodiques de la Bourse. La seconde vague de privatisations, lancée en 1993, devait à son tour voir se succéder enthousiasmes et désenchantements chez les petits porteurs.

Qui sont les actionnaires des sociétés françaises ? La rapidité et l'ampleur des mouvements de flux et de reflux enregistrés depuis quelques années ne permettent pas une analyse précise et à jour de la structure de l'actionnariat. À partir d'un sondage à large échantillon opéré par la Banque de France à la fin de 1990, il semble qu'on puisse au moins identifier comme suit les grandes masses en actions françaises cotées, compte non tenu des actions de Sicav : 25,4 p. 100 pour les sociétés de toute nature, y compris les sociétés d'assurance et les établissements de crédit, 31,4 p. 100 pour les ménages, 31,4 p. 100 pour les non-résidents et 11,8 p. 100 pour les organismes de gestion collective.

Il est frappant de constater que les ménages français ne détiennent alors qu'environ le tiers de l'échantillon, à peu près à égalité avec les détenteurs non résidents. L'intérêt manifesté par ces derniers pour l'économie française est encourageant mais ne va pas sans risques, car sa permanence n'est pas assurée

et le reflux de leurs participations ferait peser une menace sur les cours de Bourse, mais aussi sur le cours de la monnaie nationale sur le marché des changes.

Aucune analyse socio-professionnelle fiable n'est disponible quant à la structure des ménages actionnaires. On peut tenir pour certain que le succès initial des privatisations en a abaissé la classe d'âge et le niveau moyen de fortune et de revenu. L'enquête précitée de la Banque de France évalue d'ailleurs le portefeuille moyen des actions des ménages au montant modeste de 50 000 francs (à quoi s'ajoutent 95 000 francs d'actions de Sicav ou parts de Fonds communs de placement, F.C.P., ce qui doit correspondre à environ 10 000 francs d'actions françaises indirectement détenues). Il est donc clair que, malgré une diffusion élargie, les actions restent concentrées dans les portefeuilles les plus importants, dont les propriétaires sont plus familiarisés avec la spécificité de ce genre de placements. Au total, on peut considérer que les Français, en tant que particuliers, sont encore bien loin d'être, selon le vœu de certains dirigeants politiques, propriétaires de leur industrie, alors qu'ils le sont largement devenus de leurs logements.

### @ 3. L'actionnariat collectif

Étant donné la multiplicité des facteurs qui peuvent influencer la Bourse, la gestion d'un portefeuille d'actions requiert une compétence et une disponibilité qu'un épargnant individuel possède rarement. Il peut certes s'entourer de conseils, ou donner mandat à un professionnel de gérer pour son compte. Il peut aussi s'associer à un organisme de placement collectif en valeurs mobilières (O.P.C.V.M.), qui regroupe une épargne collectée auprès de ses membres et la gère globalement, comme un portefeuille unique dont chaque associé détient une part proportionnelle à sa contribution à l'ensemble. Il en existe de deux types : les Sicav et les F.C.P. Les premières sont des sociétés par actions, les secondes une sorte d'indivision organisée. Elles sont l'équivalent de ce que sont aux États-Unis les Mutual Funds et les Investment Trusts. Bien que les différences entre les deux formes soient purement juridiques, on ne traitera ici que des Sicav, qui sont les seules à posséder un actionnariat.

L'actionnariat collectif avait connu aux États-Unis un vif succès dans les années 1920. Durement atteintes par la crise boursière de 1929 – aggravée par

des imprudences de gestion –, les Mutual Funds n'ont retrouvé qu'à partir de 1950 un dynamisme qui ne s'est plus démenti depuis. Le souvenir des désastres de 1929 a longtemps été invoqué pour différer l'introduction en France d'instruments de cette nature : une loi de 1957, autorisant la création de Sicav, n'a reçu qu'en 1963 son décret d'application.

Comme leur nom l'indique, les Sicav sont des sociétés dont le capital varie constamment, en fonction des souscriptions nouvelles qu'elles reçoivent ou des remboursements d'actions qu'elles doivent satisfaire. On dit qu'elles sont du type « ouvert » (*open ended*) pour les distinguer des sociétés d'investissement fermées (*closed ended*) à capital fixe. Elles sont tenues en effet d'émettre ou de rembourser en permanence leurs propres actions, sur simple demande des porteurs, et à un prix égal à leur valeur liquidative (sous réserve d'éventuelles commissions d'émission ou de rachat). Cette valeur liquidative est calculée chaque jour en divisant le montant des actifs sociaux, évalués au cours de la Bourse, par le nombre d'actions en circulation. Elles n'ont donc pas à être cotées en Bourse (bien qu'elles puissent l'être accessoirement), et le prix de l'action ne dépend pas du jeu de l'offre et de la demande. Cette sécurité, très appréciée de la clientèle, n'est cependant pas absolue. En cas de demande massive de remboursement d'actions, une Sicav pourrait être contrainte de vendre rapidement une partie importante de son portefeuille, à des cours en forte baisse. Cette éventualité, fatale pour beaucoup de Mutual Funds en 1929, ne s'est pas renouvelée lors des crises boursières plus récentes, notamment en octobre 1987.

La loi française (règlement 89-02 relatif aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières), en application des directives européennes, impose, pour la protection des actionnaires, des mesures de prudence dans la composition des actifs. Les Sicav ne peuvent détenir que des valeurs mobilières, à l'exclusion de biens tels que l'or ou les immeubles, des règles strictes concernent la division des actifs, de façon à limiter les risques de concentration sur un trop faible nombre d'émetteurs. Tous les avoirs doivent être confiés à un dépositaire, le plus souvent une banque, responsable de leur conservation et de leur restitution, et qui doit en outre s'assurer que la gestion est conforme à la loi. Une Sicav ne peut détenir de liquidités qu'à titre « accessoire ». Elle ne peut emprunter d'argent ou prêter des titres que dans des conditions bien délimitées.

Comme toute société par actions, une Sicav possède un conseil d'administration et des organes sociaux. Elle tient une assemblée générale annuelle, qui approuve le bilan et les comptes. Elle peut décider de capitaliser ses revenus ou, au contraire, de distribuer un dividende. Elle n'est pas soumise à l'impôt sur les sociétés ; ses actionnaires sont traités selon le principe de transparence fiscale : ils sont considérés comme s'ils étaient personnellement propriétaires de leur quote-part des actifs. Ils payent l'impôt sur le revenu au titre du dividende éventuellement perçu par eux, mais la Sicav leur transfère la quote-part des avoirs fiscaux ou des crédits d'impôt attachés aux dividendes encaissés par elle. Les Sicav peuvent se spécialiser dans un type d'investissement déterminé (actions, obligations, valeurs étrangères, titres du marché monétaire, actions d'un pays ou d'un secteur industriel donné, etc.) ou constituer un portefeuille diversifié, à condition d'en informer à l'avance leurs souscripteurs. La comparaison de leurs performances respectives n'a donc de sens qu'à l'intérieur de chaque catégorie. Encore faut-il tenir compte des risques, et notamment de la volatilité, attachés à chaque nature de placement. En outre, bien que les gestionnaires soient des spécialistes, ils peuvent commettre des erreurs ou des irrégularités. En cas de violation des textes législatifs ou réglementaires, ou de la déontologie propre à leur fonction, ils peuvent être traduits devant un conseil de discipline, sans préjudice des poursuites pénales ou civiles et des retraits d'agrément, qui sont du ressort de la C.O.B.

Ce n'est que très progressivement que les Sicav ont connu le succès. Elles se sont heurtées d'abord à l'incompréhension et à l'individualisme de la clientèle boursière, à l'hostilité des agents de change qui redoutaient la constitution de portefeuilles inactifs, à un environnement boursier défavorable de 1962 à 1977, et au souci de prudence des pouvoirs publics, lesquels ont alourdi les contraintes en matière de division des actifs. En 1977, treize ans après leur création, il existait une centaine de sociétés, mais leurs avoirs ne dépassaient pas 27 milliards, soit 5 p. 100 de la capitalisation totale de la Bourse de Paris.

Les encouragements fiscaux accordés à l'investissement en actions (loi Monory de juillet 1978), l'assouplissement de la politique économique à partir de 1983, la possibilité d'accès à de nouveaux instruments d'épargne (titres de créance négociables) ont entraîné une croissance exponentielle des Sicav..

On voit que la France occupe une place enviable parmi ses concurrents. En Europe communautaire, notamment, si l'on ajoute aux Sicav les Fonds communs de placement, dont l'objet est le même, elle représente à elle seule près de la moitié des actifs gérés par des O.P.C.V.M. Ce remarquable succès doit néanmoins être nuancé. À l'examen des portefeuilles d'O.P.C.V.M., on constate en effet une présence faible, presque marginale, d'actions : environ 10 p. 100, dont un tiers en actions étrangères. Le reste est composé d'obligations et de titres de créance négociables (bons du Trésor, certificats de dépôt des banques, billets de trésorerie émis par de grandes entreprises industrielles). Ces Sicav ont des actionnaires, mais ceux-ci jouent surtout le rôle économique de prêteur. Il est donc clair que la clientèle a été attirée par le haut niveau des taux d'intérêt et la possibilité de capitaliser ce revenu. Le rôle pédagogique qu'on pouvait attendre des Sicav en matière d'actions n'a été que partiellement rempli. À moins de nouveaux encouragements fiscaux, il ne le sera probablement qu'à la faveur d'un réveil de la Bourse.

#### @ 4. Nouveaux titres, nouveaux porteurs

Les institutions vivent et évoluent. La société par actions, instrument juridique essentiel de l'économie moderne, n'échappe pas à la règle. La description qui en a été faite ici se modifie peu à peu.

La société anonyme mérite de moins en moins ce nom. Soucieuses de se protéger contre les O.P.A. et l'intrusion de partenaires non désirés, les sociétés ont désormais le droit d'obtenir, auprès des dépositaires de titres, le nom de leurs actionnaires. Leur démarche a été favorisée par la dématérialisation des titres. Les titres au porteur ne sont plus représentés par une vignette, transmissible manuellement, mais par une inscription dans un compte tenu soit par la société elle-même, soit par un intermédiaire de Bourse. La négociation sur le marché en a été facilitée, mais le fisc et les dirigeants d'entreprise y ont trouvé intérêt. Le droit de vote, arme essentielle de la démocratie dans les assemblées générales, a subi de multiples atteintes. Aux exemples déjà cités, il faut ajouter :

– les actions à dividende prioritaire sans droit de vote. En contrepartie d'un dividende garanti et plus élevé que le dividende ordinaire, l'actionnaire n'a pas de voix aux assemblées ;

– les certificats d'investissement, qui représentent comme les actions une quote-part du capital, mais dont les porteurs n'ont pas le droit de vote. Ce type d'émission a été surtout utilisé par des sociétés nationalisées qui souhaitent augmenter leur capital, mais n'avaient pas le droit de vendre ou d'émettre des actions.

En outre, la distinction classique entre droits de propriété (actions) et droits de créance (obligations) s'est atténuée du fait de la création de titres mixtes associant ou faisant alterner les deux caractéristiques. On peut citer : les obligations échangeables ou convertibles en actions, les obligations remboursables en actions à leur échéance et les obligations assorties de bons de souscription, ou *warrants*, permettant d'acheter les actions à un prix et à une date convenus.

Ces exemples n'épuisent pas la liste, pratiquement illimitée, des titres nouveaux offerts à l'épargnant. Les innovations constantes ont accru la liberté de choix des émetteurs et des porteurs, non sans entraîner des risques de confusion. Elles expliquent en partie le succès des O.P.C.V.M., qui dispensent les porteurs de l'embarras d'un choix personnel. Elles ont l'inconvénient de détruire peu à peu ce qui constituait naguère le ciment d'une société anonyme, l'*affectio societatis*, qu'on pourrait traduire par l'attachement personnel à l'entreprise. Les sociétés ne sont plus assurées de la fidélité de leur actionnariat.

L'évolution des techniques boursières a poussé dans le même sens. La cotation des valeurs en continu, l'éclat médiatique des O.P.A., la multiplication des marchés d'options sur valeurs ou sur indices, l'irruption des marchés dérivés tels que le M.A.T.I.F. (marché à terme international de France), tous ces facteurs ont contribué à faire prévaloir les objectifs de placement à court terme. Théoriquement placement de longue durée, l'action est devenue un moyen parmi d'autres de « jouer la tendance » du marché, pour des périodes de plus en plus brèves. Les « bons pères de famille », armée permanente et obscure de la Bourse, sont en passe de devenir des corps de mercenaires gagnés par l'esprit de spéculation. À la première occasion, ils quittent le champ de bataille pour chercher fortune ailleurs, et les actionnaires du jour se retrouvent porteurs de titres de créance négociables.

L'évolution, certes, n'est pas achevée, mais elle est nette. Les inconvénients qu'elle présente pour l'avenir des entreprises risquent de l'emporter sur les avantages qu'elles ont cru trouver dans une gamme plus ouverte de produits et de marchés financiers.

## @ 5. L'actionnariat populaire

On n'entendra pas ici par actionnariat populaire la diffusion progressive de l'actionnariat dans des couches de plus en plus modestes de la population, à la faveur de l'enrichissement général des nations industrielles et de l'extension de la classe moyenne, mais un effort conscient entrepris de longue date pour essayer de surmonter la méfiance, voire l'hostilité foncière du monde du travail salarié à l'égard des privilèges que le capitalisme assure aux propriétaires des entreprises, et donc aux actionnaires et à leurs mandataires. Faire d'un ouvrier, serait-ce accessoirement, un actionnaire de sa propre société paraît en effet, au moins en théorie, un moyen de le faire évoluer d'une attitude de conflit à une mentalité d'associé. Il s'agit, tout le moins, d'une méthode pédagogique qui peut l'aider à mieux comprendre les rôles respectifs du travail et du capital.

Il est sans grand intérêt – autre qu'historique – de passer en revue les nombreuses procédures utilisées à cette fin car elles ont pratiquement toutes échoué ; on peut, en gros, distinguer celles qui visaient à constituer un actionnariat individuel et celles qui visaient à constituer un actionnariat collectif.

Dans le premier cas, le salarié recevait, en complément de traitement ou à titre de participation à un bénéfice, des actions qui lui étaient distribuées gratuitement ou qu'il pouvait souscrire à un prix préférentiel. Bien accueillie aux États-Unis, dans les années d'euphorie boursière, cette forme d'actionnariat n'a pas résisté à la grande crise de 1929-1933. Au lendemain de la guerre, l'expérience a repris, sans entraîner un véritable engouement. Dans les autres pays industriels, et notamment en France, où la contestation à l'égard du capitalisme était plus vive, les résultats ont été négligeables.

Il fallait beaucoup d'optimisme, il est vrai, pour imaginer que la détention de quelques actions pût changer sensiblement le sort et la psychologie du « prolétariat ». Au moins eût-il été nécessaire de jouer loyalement le jeu et de

donner aux salariés-actionnaires un certain accès au pouvoir. Les majoritaires et les conseils d'administration s'en sont bien gardés. Là où la cogestion a été mise en œuvre, par exemple dans la constitution des conseils d'administration en Allemagne, c'est par la volonté du législateur et sans référence à la propriété des actions.

L'actionnariat collectif pouvait paraître, a priori, mieux adapté à l'objectif poursuivi. Le regroupement des salariés dans un organisme capable de les représenter tous ensemble leur donnait un poids sans commune mesure avec celui de leurs interventions dispersées. En confiant, par exemple, cette fonction aux syndicats, on offrait à ces derniers l'occasion d'élargir leur rôle de défense et de promotion de la condition ouvrière.

Comme on pouvait s'y attendre, c'est aux États-Unis que la formule a eu le plus d'écho. Jouissant souvent d'une véritable puissance financière et n'ayant pas à l'égard du capital les mêmes réserves et les mêmes complexes que leurs homologues européens, ils sont effectivement devenus des actionnaires importants, mais, par souci de bonne gestion et pour éviter de trop dépendre de leur employeur, ils ont diversifié leurs placements, au détriment du rôle qu'ils auraient pu jouer auprès de lui. Les syndicats allemands ont suivi une voie parallèle.

En France, l'inspiration marxiste qui a longtemps dominé l'action syndicale a fait obstacle à cette forme de collaboration de classes, considérée comme une trahison de la classe ouvrière et comme un piège tendu par le patronat. L'échec a été patent.

Le résultat n'a pas été plus heureux avec l'expérience, cependant originale, des sociétés à participation ouvrière (loi du 26 avril 1917). Dans de telles sociétés, les salariés, groupés dans une coopérative de main-d'œuvre, recevaient gratuitement une partie du capital, sous forme d'actions de plein exercice, comportant tous les droits juridiques et patrimoniaux de ces titres (droit de vote, participation éventuelle au conseil d'administration, dividende, etc.). Fort peu mise à profit, l'institution est rapidement tombée en désuétude.

L'exemple contrasté des États-Unis et de la France illustre bien les limites d'une pensée politique pourtant généreuse. Pour des salariés bien payés et peu soucieux de bouleversements sociaux, être actionnaires peut apporter un complément de dignité et un bon emploi de leur épargne. Ces arguments sont de peu de poids aux yeux d'un « prolétariat » qui se juge exploité et qui rêve de révolution. Loin d'apaiser les conflits sociaux, l'actionnariat ouvrier leur a donné trop souvent un domaine supplémentaire d'expression.

On ne peut cependant tenir pour clos ce chapitre de l'histoire des relations sociales. Les progrès tangibles de la condition ouvrière, l'affaiblissement relatif de la main-d'œuvre industrielle dans une économie de services et le déclin de l'utopie révolutionnaire ainsi que du paradigme soviétique offrent depuis peu une nouvelle chance à l'idée gaullienne d'intéressement et de participation.

L'ordonnance du 17 août 1967, rendant obligatoire dans les entreprises de plus de cent salariés une participation aux fruits de l'entreprise, a été remise à jour par l'ordonnance du 21 octobre 1986. Cette dernière accorde aux salariés la propriété d'une « réserve de participation » dont le calcul est assez complexe : à la moitié du bénéfice net (après impôt, rémunération des fonds propres au taux de 5 p. 100 et déduction de la provision pour investissement) on applique un coefficient égal au rapport du montant des salaires dans le total de la valeur ajoutée. Cette réserve est distribuée aux ayants droit proportionnellement à leur rémunération (avec un maximum individuel égal à la moitié du plafond de la Sécurité sociale). Le produit de la distribution reste bloqué pendant cinq ans.

La remise gratuite d'actions de l'entreprise n'est qu'une des modalités prévues pour cette distribution. L'hostilité des syndicats a plutôt orienté les bénéficiaires, dans un premier temps, vers la formule de comptes courants rémunérés. Les raisons déjà évoquées et surtout le redressement spectaculaire de la Bourse de 1983 à 1987 ont ranimé, au moins provisoirement, un certain intérêt pour l'option de l'actionnariat. À la fin de 1989, la C.O.B. recensait environ 30 milliards de francs investis en actions par le biais de F.C.P. dits « d'entreprise ».

Le début des années 1990 a donc vu se produire une véritable mutation, ou plutôt un véritable réveil. Les textes ici rappelés définissent et délimitent une

obligation minimale. L'État encourage les entreprises à aller au-delà, et les initiatives se multiplient. L'une des plus intéressantes est la souscription volontaire des salariés à un plan d'épargne d'entreprise, qui bénéficie d'un abondement de l'employeur. On peut également souligner, sans référence à la participation, les possibilités offertes au personnel de bénéficier d'options d'achat ou de souscription d'actions (lois des 31 décembre 1970 et 9 juillet 1984), les émissions ou achats en Bourse réservés aux salariés (loi du 27 décembre 1973), la distribution gratuite d'actions (loi du 24 octobre 1980).

Il ne serait ni raisonnable ni sain de compter sur l'actionnariat populaire pour combler les lacunes ci-dessus mentionnées en matière de diffusion générale de l'actionnariat. Cela étant, son développement au travers de multiples formules d'épargne salariale, encouragé à l'échelle européenne par les rapports Pepper I (1991) et Pepper II (1997), pourrait conduire à un meilleur partage des profits et des risques entre entreprises et salariés.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## AMENDEMENT

Au sens juridique du terme, un amendement est une tentative de modification d'un texte par une assemblée délibérante. On retrouve donc dans le vocabulaire juridique le sens de correction, d'amélioration, que le mot revêt dans la langue courante. La notion juridique a un contenu précis et n'est utilisée que dans des circonstances déterminées : il faut tout d'abord qu'il y ait discussion devant une assemblée délibérante (on parle d'un amendement à un projet de loi mais jamais d'amendement à un décret ou à un arrêté) ; en second lieu, l'amendement ne peut porter que sur un texte en discussion qui n'a pas été définitivement voté ; il faut, en troisième lieu, qu'il y ait tentative de modification d'un texte préexistant. On doit distinguer l'amendement de la proposition ou du projet de loi qu'il tente de modifier. Par contre, la nature du texte en discussion importe peu ; on parlera aussi bien d'un amendement à un texte législatif (cas le plus courant) qu'à un texte constitutionnel, à la condition que le projet de constitution soit discuté par une assemblée délibérante. Ainsi, aux États-Unis, le terme « amendement »

s'emploie-t-il pour qualifier une révision de la Constitution de 1787 ; on parlera du XVI<sup>e</sup> amendement, en date du 30 mars 1870, interdisant de refuser le droit de suffrage pour des raisons tenant à la race ou à la couleur, ou du XXV<sup>e</sup> amendement, en date du 11 février 1967, organisant la suppléance du président par le vice-président au cas d'empêchement de celui-là. On ne parle pas d'amendement au cas où est proposé un nouveau texte, mais de contre-projet ; celui-ci porte sur l'ensemble des dispositions du texte initial, ne s'incorpore pas au corps du projet initial, mais constitue lui-même un nouveau projet entièrement distinct de celui-ci.

Les amendements aboutissent, s'ils sont définitivement votés par l'autorité législative, à substituer à un ou à plusieurs articles du projet initial un ou plusieurs articles de texte au moins partiellement différents ; s'ils sont rejetés, les articles sur lesquels ils portaient sont maintenus dans leur teneur primitive et deviendront règles législatives si l'ensemble du projet est voté. Le droit d'amendement, c'est-à-dire le droit de proposer, pour qu'elle soit soumise au vote, une modification au texte initialement présenté, constitue une variété du droit d'initiative législative ; c'est une initiative incidente, se greffant pour ainsi dire sur l'initiative première et directe, au cours de la discussion et du vote sur celle-ci. La question majeure du règlement du droit d'amendement est évidemment celle de la reconnaissance ou du refus de ce droit aux membres des assemblées parlementaires. Le refus va de pair avec le refus du droit d'initiative législative directe à ces mêmes parlementaires, autrement dit avec la reconnaissance du monopole de l'initiative du gouvernement. Cette solution, qui est fréquente dans les constitutions de monarchie limitée et de quasi-dictature de l'exécutif (Consulat et Premier Empire français), signifie que la participation du Parlement à la législation se limite au seul pouvoir de dire « oui » ou « non » aux projets de loi gouvernementaux.

Dans les constitutions libérales et, à plus forte raison, dans les constitutions démocratiques, les parlementaires ont le droit d'initiative législative sous les formes « principale » et « incidente », donc le droit d'amendement ; pour ces constitutions, la question qui peut être posée est celle de savoir si ce même droit doit être reconnu au gouvernement ; certaines ont cru devoir ne pas le lui attribuer, par crainte qu'il n'accapare en fait cette initiative (par exemple, les

constitutions françaises de l'époque révolutionnaire et la Constitution des États-Unis, comme règle générale) ; en pratique, lorsque l'exécutif s'est vu exclu de l'initiative législative, il a presque toujours tourné cette exclusion en faisant proposer par des parlementaires les textes de loi qu'il a préparés et désire voir adopter. Le régime du droit d'initiative concurrente des parlementaires et du gouvernement est la solution de beaucoup le plus fréquemment adoptée. Dans les régimes parlementaires eux-mêmes et, depuis une cinquantaine d'années, aux États-Unis aussi, le gouvernement a le monopole de l'initiative principale en ce qui concerne le budget ; c'est lui qui présente le projet de budget au Parlement ; les parlementaires ont en principe le droit d'amendement à l'égard de ce projet. Certaines constitutions, méfiantes envers le Parlement (Constitution française de 1958, art. 40), limitent ce droit, par exemple, en déclarant irrecevables, c'est-à-dire exclus a priori de la discussion, les propositions et amendements législatifs qui auraient pour conséquence « soit une diminution des ressources publiques, soit la création ou l'aggravation d'une charge publique ».

L'aménagement de la procédure de mise en œuvre du droit d'amendement pose une question importante du point de vue de l'équilibre des pouvoirs : dans les systèmes constitutionnels où les projets de loi émanant du gouvernement ne sont pas plus que les propositions de loi de parlementaires soumis directement aux Chambres du Parlement, mais en premier lieu à l'examen de commissions, celles-ci, permanentes ou spéciales, sont formées de membres de ces Chambres, qui votent sur l'admission ou le rejet ; en cas d'adoption d'amendement, elles déterminent si l'assemblée plénière sera saisie du texte originel ou, au contraire, du texte amendé par les votes de la commission (dans le second cas, le gouvernement peut présenter son texte initial sous forme d'amendement) ; le choix entre les deux solutions traduit la volonté de consacrer une certaine primauté soit du gouvernement, soit au contraire des parlementaires. Un second problème est de savoir si chaque parlementaire peut exercer individuellement le droit d'initiative et notamment d'amendement, ou si les propositions de loi ou d'amendement ne peuvent être introduites qu'avec la signature, c'est-à-dire l'adhésion, soit d'un nombre minimum de membres de l'Assemblée considérée, soit d'un groupe parlementaire stable. Il est à noter à ce sujet que, par la procédure du vote bloqué (art. 44), la Constitution française de 1958 permet au gouvernement de demander à l'assemblée de se prononcer par un seul vote sur un texte et donc d'arrêter la discussion du texte. Cette possibilité

ouverte au gouvernement peut rendre très théorique l'exercice par les parlementaires de leur droit d'amendement. Enfin, la Constitution de 1958 a reconnu aux membres du gouvernement le droit de déposer des amendements (art. 44), remettant ainsi en cause le monopole traditionnel des parlementaires.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## @ ARBITRAGE

### ***Prise de vue***

Au lieu de porter leurs contestations devant les tribunaux, il arrive fréquemment que les particuliers s'adressent à d'autres personnes en vue d'*arbitrer* un différend.

L'institution de l'arbitrage est de tous les temps. Il est permis de penser qu'elle a, dans l'histoire, précédé l'époque où la justice a été prise en charge et organisée par l'État. La justice romaine de l'époque archaïque, et même de l'époque classique, présente bien des traits qui évoquent son origine arbitrale. D'une manière générale, on peut constater que l'arbitrage prospère dans les époques où l'État est faible, incapable souvent d'imposer le recours à ses tribunaux ou le respect de leurs décisions : la juridiction des seigneurs féodaux, celle de l'Église reposent dans une large mesure sur la convention de parties qui ont préféré recourir à ces puissances plutôt qu'à une justice royale hors d'état de faire exécuter ses jugements. L'arbitrage a été utilisé aussi par les minorités, ethniques ou religieuses, qui ne voulaient pas voir régler les procès par les tribunaux établis et conformément à un droit dont elles ne reconnaissaient pas le bien-fondé et la justice : ainsi les premiers chrétiens se sont abstenus de saisir les juridictions de l'État.

Au XIX<sup>e</sup> siècle, l'arbitrage semblait, en Europe, avoir fait son temps. Il était alors réservé à certains procès civils de nature particulière : procès opposant les membres d'une même famille, des propriétaires voisins, les membres d'une même société commerciale ou association. En dehors de ces cas, où il était

souvent déclaré obligatoire, l'arbitrage n'occupait plus, dans les codes de procédure, qu'une place restreinte. Mal distingué de la conciliation, il apparaissait comme simplement toléré par l'État à la condition qu'un contrôle efficace des sentences arbitrales demeurât effectué par les tribunaux.

L'arbitrage a connu après la Seconde Guerre mondiale un renouveau spectaculaire et s'est manifesté sous des formes ignorées du XIX<sup>e</sup> siècle. Il est devenu le mode favori de solution des conflits entre commerçants, spécialement dans le domaine international ; le recours à l'arbitrage est pareillement préconisé en de nombreux pays pour résoudre les conflits collectifs du travail ; les contestations entre entreprises nationalisées furent, dans les pays socialistes, réglées par des organismes d'« arbitrage public » ; le droit international public lui fait également une grande place pour le règlement des conflits entre États [cf. ARBITRAGE INTERNATIONAL].

## 📍 1. Les différents types d'arbitrage

Si, à l'exclusion de l'arbitrage en droit international public, nous ne considérons que l'arbitrage entre particuliers, entreprises ou sociétés, des différences importantes apparaissent entre l'arbitrage du XIX<sup>e</sup> siècle et l'arbitrage contemporain.

L'arbitrage du XIX<sup>e</sup> siècle visait avant tout à éviter les lenteurs, la publicité, les frais du procès, et à ménager le rétablissement de bons rapports avec l'adversaire. Ces considérations ont conservé leur poids dans les arbitrages du type traditionnel, mais ce ne sont pas elles qui expliquent le développement nouveau de l'arbitrage. Pour comprendre le sens de celui-ci, il convient d'envisager successivement l'arbitrage privé auquel on a recours dans les pays à régime libéral, l'arbitrage public qui a fonctionné dans les pays à régime socialiste et l'arbitrage dans les rapports du commerce international.

### 📍 L'arbitrage en régime libéral

La raison majeure qui explique le recours à l'arbitrage, dans les pays à

régime libéral, est l'inaptitude des tribunaux à trancher certaines catégories de litiges, très fréquents, qui se rapportent à des questions essentiellement techniques, telles que la qualité des marchandises livrées ou celle des travaux effectués. Pour trancher de telles contestations, plutôt que de s'adresser aux juges, qui devraient avoir recours à des experts, on s'adresse directement à ces experts pour leur demander non seulement d'exprimer leur opinion, mais aussi de résoudre la contestation en fonction de cette opinion. L'arbitrage est fréquemment administré, en pareil cas, par les soins d'associations professionnelles, qui proposent aux intéressés, membres ou non de leur groupement, des arbitres particulièrement qualifiés. De tels arbitrages, dénommés « arbitrages de qualité », constituent l'immense majorité des cas ; les juges, qui seraient amenés dans de tels cas à recourir à des experts, ne peuvent en prendre ombrage, et les juristes doivent reconnaître que le recours à l'arbitrage est nécessaire.

Une seconde raison qui peut expliquer le succès de l'arbitrage est l'état du droit, qui souvent est inapte à résoudre les problèmes du commerce ; celui-ci recourt en pareil cas à l'arbitrage, non pour apporter un complément au droit, mais pour substituer à celui-ci une réglementation fondée sur ses usages et correspondant à ses besoins. Ce recours a pour objet de modifier, sinon d'éliminer, le droit étatique afin de faire prévaloir, en dehors du droit civil, un « droit commercial » autonome.

### @ L'arbitrage en régime socialiste

L'arbitrage public, tel qu'il fut en usage dans les pays socialistes, s'explique d'une autre manière. Il ne pouvait s'agir, dans ces pays, d'apporter par ce moyen des retouches au droit étatique. Si l'arbitrage s'est développé, c'est simplement parce que l'État lui-même a jugé opportun de soumettre à des organismes autres que les juridictions ordinaires la solution des litiges qui se produisent entre les entreprises étatiques. Ces entreprises dépendaient les unes et les autres de l'État ; elles étaient liées les unes aux autres par leur participation à une tâche commune : l'exécution du plan ; leurs intérêts ne s'opposaient pas de la même manière que ceux des entreprises qui, dans les pays à régime libéral, sont mues essentiellement par la recherche du profit. Les tribunaux, faits pour résoudre les conflits entre des adversaires indépendants l'un de l'autre, n'ont pas paru être les organismes aptes à résoudre des conflits entre des parties qui, l'une et l'autre,

appartenait à une même organisation d'ensemble et concouraient à la réalisation d'une tâche commune. Plutôt que de s'adresser aux tribunaux, il a paru opportun, en de tels cas, d'établir la compétence d'organismes distincts d'une nature mi-juridictionnelle, mi-administrative : les organismes de l'arbitrage public. Dès le début des années 1960, le caractère juridictionnel de ces organismes fut accentué ; cela fut particulièrement évident en Yougoslavie, où le mot même d'arbitrage public a très tôt disparu et où les organismes qui en étaient chargés ont été remplacés par des tribunaux économiques.

### @ L'arbitrage dans le commerce international

Indépendamment de la structure économique, socialiste ou non, planifiée ou non, des divers États, l'arbitrage a trouvé un champ d'expansion particulier dans les rapports du commerce international. L'état de la société internationale explique cette situation. Il n'existe en effet, à notre époque, aucune entente universelle sur le tribunal compétent pour connaître des contestations qui s'élèvent dans les rapports du commerce international ; il n'existe pas non plus de certitude sur le droit national qui sera appliqué éventuellement par le tribunal saisi pour résoudre de telles contestations ; les règles des droits nationaux, faites avant tout pour le commerce interne, sont par ailleurs souvent mal appropriées pour résoudre les contestations du commerce international. On a pu le constater en particulier lorsque les règles de conflit de lois, utilisées par le tribunal saisi, lui commandaient d'appliquer le droit d'un pays socialiste. Le droit interne des pays socialistes, qui interdisait le commerce entre particuliers, ne comportait en général aucune réglementation appropriée aux rapports du commerce international ; une exception, significative, fut constituée par la république socialiste de Tchécoslovaquie où, pour combler cette lacune, on a mis en vigueur, en 1964, un Code spécial du commerce international, entièrement distinct du Code civil et du Code économique en vigueur dans cet État.

L'arbitrage est donc utilisé pour remédier à tous ces défauts de l'ordre international. La convention des parties désigne par ce moyen une juridiction, dont l'une et l'autre acceptent la compétence. L'arbitre ou les arbitres peuvent, par ailleurs, appliquer au litige un « droit commercial international » adapté aux besoins du commerce international, et qui ne sera pas nécessairement tel ou tel droit national plus ou moins arbitrairement choisi.

La clause compromissoire, par laquelle on stipule que toutes les contestations auxquelles donnera lieu éventuellement un contrat seront tranchées par des arbitres, est ainsi devenue une clause de style dans tous les contrats du commerce international. Les parties s'en remettent par cette clause soit à l'arbitrage de personnes par elles désignées (arbitrage *ad hoc*), soit à celui d'une institution permanente d'arbitrage, par les soins de laquelle les arbitres seront désignés et la procédure d'arbitrage organisée. Le développement de ces institutions permanentes d'arbitrage, dans un cadre national ou international, dans le cadre d'une profession déterminée ou dans celui du commerce en général, est l'un des traits marquants de l'arbitrage du XX<sup>e</sup> siècle.

## 📍 2. Réglementation de l'arbitrage

### Droits nationaux

Réserve faite de l'arbitrage public tel qu'il fut pratiqué dans les pays socialistes, l'arbitrage de l'époque contemporaine se situe très généralement en dehors du droit, en ce sens que les litiges sont réglés par lui en dehors de toute intervention des autorités publiques et des tribunaux. Les juristes, qui connaissent seulement des cas où la justice vient à être saisie, ont une vue déformée de l'arbitrage ; en fait, les parties, qui sont convenues de soumettre leur litige à des arbitres, exécutent le plus souvent de bon gré, le moment venu, cette convention ; elles exécutent aussi de bon gré la sentence qui est rendue par les arbitres. Leur intérêt même et le souci de leur réputation commerciale poussent, en bien des cas, les parties à exécuter leurs engagements et à se soumettre à la décision des arbitres ; il en est ainsi notamment dans le cas de l'arbitrage administré par les soins d'un groupement professionnel. Le succès de l'arbitrage ne peut s'expliquer que par là.

Même s'il repose en principe sur une base purement volontaire, l'arbitrage verra son efficacité accrue si les autorités étatiques sont disposées à lui venir en aide. Les commerçants ont cherché à obtenir cet appui. Ils l'ont fait dans le cadre de chaque nation, s'efforçant en particulier de faire reconnaître la validité de la clause compromissoire (effectivement reconnue en France depuis un décret de 1980), de limiter les recours possibles contre les sentences arbitrales, et de faire respecter l'exécution de ces sentences. Ils ont porté leurs efforts, avant tout,

sur une amélioration du régime de l'arbitrage commercial international, domaine où étaient le plus à craindre pour l'institution des entraves tenant aux préjugés nationaux ; or c'était là, précisément, que l'arbitrage était plus particulièrement nécessaire.

### @ Conventions internationales : quelques exemples

Deux conventions internationales concernant l'arbitrage ont été conclues sous l'égide de la Société des Nations : le protocole de 1923 reconnaissant la validité de la clause compromissoire, la convention de 1927 relative à l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Ces deux conventions ont été reprises, et le régime de l'arbitrage commercial international a été considérablement amélioré par une nouvelle convention conclue à New York, sous l'égide des Nations unies en 1958. Une convention européenne sur l'arbitrage conclue à Genève, en 1961, sous l'égide de la Commission économique pour l'Europe des Nations unies, a réalisé depuis lors, sur le plan des relations entre pays de l'Europe continentale (pays d'économie libérale et anciens pays d'économie socialiste), de nouveaux progrès. Les conditions générales de livraison des marchandises, convenues en 1958 entre les pays membres de l'ancien Conseil pour l'aide économique mutuelle, prévoyaient que tous les litiges provenant de contrats passés entre les organismes du commerce extérieur de ces pays seraient résolus par l'arbitrage. En ce qui concerne les rapports avec les pays en voie de développement, la Banque internationale pour la reconstruction et le développement a également élaboré une convention destinée à favoriser la solution arbitrale des litiges relatifs aux investissements, entre États et nationaux d'autres États ; cette convention est entrée en vigueur en 1966. Le Conseil de l'Europe a ouvert à la signature de ses membres, dès 1966, une loi modèle sur l'arbitrage. De nombreux traités bilatéraux, enfin, ont trait à l'arbitrage ou comportent des dispositions relatives à l'arbitrage, lorsque celui-ci intervient à l'occasion de relations commerciales qui intéressent les ressortissants de leurs États [cf. ARBITRAGE INTERNATIONAL].

### @ Avenir de l'arbitrage

Le problème posé par l'arbitrage présente un double aspect. Il s'agit, d'une part, de savoir dans quelle mesure la société doit être régie par un droit strict, administré par les tribunaux ; ne convient-il pas, en de nombreuses situations, de préférer à ce système aux arêtes trop rigides un système plus

souple, orienté vers l'avenir plutôt que tourné vers le passé, visant à restaurer l'harmonie plutôt qu'à attribuer « à chacun son dû » ? L'arbitrage, institution de paix, apparentée à la conciliation, paraît avoir un rôle à jouer dans tous les cas où il y a lieu de régler une contestation née dans les rapports entre parties qui sont appelées à vivre ensemble (conflits entre époux, conflits à l'intérieur d'une entreprise, conflits entre États) ; c'est le mode de règlement qu'appelle la « coexistence pacifique », le droit n'y étant pas à sa place.

Dans d'autres hypothèses, l'arbitrage ne se pose pas en rival des autres techniques du droit, mais comme un remède à ses insuffisances et comme un moyen de son développement. Tel est le cas lorsque l'on envisage l'arbitrage commercial, principalement dans les rapports internationaux. La situation appelle ici l'application du droit ; il s'agit d'attribuer à chacun son dû. Mais l'état de la société internationale est tel qu'on ne peut guère attendre des tribunaux établis des solutions satisfaisantes. Les tribunaux des divers États ne connaissent en effet que des droits nationaux, alors que les rapports du commerce international appellent l'application d'un droit authentiquement international. Le commerce international demande à l'arbitrage d'élaborer ce droit et d'en appliquer les principes.

Ainsi saisit-on mieux le malaise que les juristes éprouvent à l'égard de cette institution. Prôner l'arbitrage, c'est revendiquer deux choses : que soient reconnues l'incapacité du droit tel que le conçoivent les juristes à résoudre toutes les espèces de contestations, et la nécessité d'appliquer aux rapports internationaux un droit autre que celui qui est constitué par les différents droits nationaux. Ces propositions sont toutes deux hérétiques aux yeux des juristes formés selon la tradition du XIX<sup>e</sup> siècle.

Envisagé dans son second aspect – celui de la création d'un droit international nouveau –, l'arbitrage n'accomplira sa tâche que si deux progrès essentiels sont réalisés. Il convient en premier lieu que les institutions arbitrales deviennent, dans leur composition même, de véritables juridictions internationales. Il convient d'autre part qu'elles fonctionnent au plein jour, en abandonnant un voile de discrétion, qui est justifié dans le cas de l'arbitrage institution de paix, mais qui ne l'est pas dans celui de l'arbitrage de type nouveau. La mise en œuvre de ces

principes, plus que des réformes d'ordre technique, servira à dissiper les réticences, parfois justifiées, qui compromettent trop souvent l'efficacité de l'arbitrage.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## @ AUTONOMIE FINANCIÈRE

Dans la possibilité de décentralisation administrative qu'elle permet, l'autonomie financière trouve sa signification profonde. Cette notion est essentielle pour mesurer le degré réel de la décentralisation territoriale ou par service mais elle demeure imprécise et n'a jamais fait l'objet d'une définition par un texte constitutionnel ou législatif de portée générale.

Dans une approche simplifiée, on peut dire qu'elle consiste dans le fait que les organismes qui en disposent, qu'il s'agisse de collectivités territoriales ou d'établissements publics, sont dotés d'un budget propre, non incorporé à celui de la collectivité dont ils dépendent, qu'ils peuvent déterminer librement leurs ressources et leurs dépenses et qu'ils ne sont soumis qu'à un contrôle de tutelle.

En pratique, l'autonomie financière des organismes décentralisés de l'État est variable de l'un à l'autre. Elle peut revêtir des aspects multiples qui sont autant de degrés dans l'affranchissement des règles tutélaires du droit budgétaire et de la comptabilité publique.

À l'origine, l'autonomie financière est apparue comme l'attribut essentiel des collectivités personnalisées et décentralisées et revêtait, de ce point de vue, un aspect organique. Mais on s'est rendu compte qu'elle pouvait également présenter un aspect purement technique et qu'elle constituait, ainsi envisagée, un procédé juridique pouvant être utilisé pour la gestion de certains services publics indépendamment de toute décentralisation et de l'absence même de personnalisation juridique.

L'autonomie financière organique des collectivités publiques

décentralisées présente des caractères spécifiques. Elle ne vise que des collectivités qui ont des prérogatives propres, exercées par des autorités distinctes des autorités centrales. Par définition, tout service décentralisé sera autonome administrativement et financièrement. Sur le plan financier, le pouvoir central lui a conféré ou reconnu un pouvoir propre de décision financière. Cela implique que cette collectivité se suffise financièrement à elle-même, au moyen de ses ressources propres, et sans intervention du pouvoir central. Cela suppose également que cet organisme puisse librement disposer de ses ressources. Enfin, pour sa gestion financière, il doit pouvoir exercer un pouvoir normatif. L'autonomie financière organique peut s'analyser comme une autonomie spéciale à chaque collectivité décentralisée, résidant dans l'évidence d'un pouvoir propre à cette collectivité, opposable au pouvoir central et exercé au nom de cette collectivité, échappant au pouvoir hiérarchique et simplement soumis aux limites résultant du pouvoir de tutelle. Les organes de la collectivité décentralisée dotée de l'autonomie financière agissent sur mandat de l'État qui l'a reconnue ou créée, mais ils exercent les prérogatives propres de cette collectivité. En principe, l'autonomie financière organique s'accompagne de la personnalité morale, car cette dernière constitue le moyen le plus rationnel et le plus simple de réaliser l'autonomie organique qui caractérise le service décentralisé. Cependant, la personnalité juridique ne peut être le critère déterminant de l'autonomie organique, car il arrive parfois qu'un service public non personnalisé bénéficie d'une véritable autonomie organique. Ces cas sont rares, ils constituent des anomalies ou des monstruosité juridiques, mais on doit cependant reconnaître leur existence. Enfin, l'autonomie financière organique est généralement accompagnée de l'autonomie technique qui lui donne sa signification exacte.

L'autonomie financière technique des services publics centralisés réside simplement dans la faculté qu'a le pouvoir central de recourir à des procédés de gestion autres que ceux qui s'imposent normalement à la généralité des services publics. En principe, les services publics sont soumis à certaines règles administratives, budgétaires et comptables qui sont les mêmes pour tous. Cependant, l'État peut y déroger et recourir à des formes de gestion et de comptabilité industrielles et commerciales et se soustraire à certaines règles de contrôle. Tel est le cas des services publics centralisés, ou apparemment décentralisés, comme la plupart des établissements publics qui demeurent soumis aux règles de la comptabilité publique. Dans ces conditions, l'autonomie n'existe

pas par rapport aux pouvoirs publics créateurs, mais uniquement par comparaison avec les règles de gestion de l'ensemble des services publics. Elle ne réside plus dans l'octroi à des autorités, possédant vis-à-vis du pouvoir central une certaine indépendance, des pouvoirs propres de gérer le service public et de prendre toute décision à cet effet, mais elle consiste, plus simplement, à donner à l'administration centrale l'autorisation de gérer le service dans des formes et par des procédés dérogatoires au droit commun. Cette autonomie financière présente un caractère purement technique qui a, certes, des points de contacts avec l'autonomie organique, mais dont elle se différencie par d'autres caractères qui lui sont propres.

Si l'on dépasse l'analyse purement juridique de cette notion pour adopter un point de vue sociologique, on constate qu'en dépit des textes, l'autonomie financière fait défaut à une multiplicité d'organismes publics pourtant dotés de la personnalité morale et financière, car seules les collectivités disposant d'un véritable support social qui leur donne une capacité de résistance aux atteintes que l'État porte continuellement à leurs pouvoirs peuvent disposer d'une certaine autonomie financière, qui n'est jamais une situation stable et définitive mais, au contraire, le résultat d'une tension permanente.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## @ COMITÉ D'ENTREPRISE

### ***Prise de vue***

Les comités d'entreprise ont été créés en France en 1945 dans le but d'associer les travailleurs à la gestion des entreprises. L'institution a vu le jour au sein d'une société profondément marquée par la guerre et sous l'influence d'expériences menées à l'étranger. C'est l'ordonnance du 22 février 1945 qui l'a rendue obligatoire et l'a organisée. Ce texte de base a été remanié et complété à plusieurs reprises, notamment par la loi du 28 octobre 1982. L'évolution s'est faite dans le sens d'un élargissement du champ d'application de l'institution, d'un renforcement de ses moyens d'action et d'une diversification de ses attributions.

Cependant, le rôle du comité d'entreprise en France demeure pour une très large part consultatif : le pouvoir de décision ne lui appartient qu'exceptionnellement. L'institution française se distingue ainsi très nettement d'autres formes d'association des salariés à la vie de l'entreprise que sont la cogestion et l'autogestion.

Un exemple de cogestion avancée nous est fourni par l'Allemagne. La participation des salariés à la gestion des entreprises s'y présente sous deux aspects : une représentation salariale au conseil de surveillance et un réel pouvoir de contrôle des conseils d'entreprise, homologues de nos comités. Le premier de ces deux dispositifs date de 1952. L'Allemagne mettait alors en place dans certaines de ses entreprises minières et sidérurgiques une représentation paritaire des salariés et des actionnaires au conseil de surveillance. Dans les autres entreprises, un tiers seulement des membres du conseil de surveillance représentaient les salariés. Les entreprises minières et sidérurgiques allemandes ont conservé leur régime spécifique. Les autres secteurs de l'économie sont régis par une loi de 1976 qui a mis en place une formule intermédiaire de cogestion applicable aux entreprises d'une certaine importance : le conseil de surveillance y est composé paritairement de représentants des salariés et de représentants des actionnaires, mais la représentation salariale comporte obligatoirement un cadre supérieur, et, en cas de conflit, l'opinion des actionnaires l'emporte. Les conseils d'entreprise sont encore plus anciens puisqu'ils ont été créés en Allemagne en 1920. Ils sont régis par une loi de 1972 portant « constitution sociale de l'entreprise », fondée sur l'idée d'une collaboration entre l'employeur et le conseil d'entreprise. La plupart des entreprises sont concernées, cinq salariés étant le seuil d'application. Le conseil d'entreprise allemand est consulté sur toutes les décisions qui peuvent avoir des incidences sur la situation du personnel. Ce rôle consultatif est assorti dans certains cas d'un pouvoir de veto. Dans d'autres domaines (hygiène, sécurité, conditions de travail, règlement intérieur, etc.), le conseil dispose d'un véritable pouvoir de codécision, garanti par la nullité de la mesure que l'employeur aurait prise seul. En contrepartie de ces responsabilités étendues, le conseil d'entreprise allemand doit rendre compte de son action à l'assemblée générale du personnel, ses membres peuvent être révoqués et le conseil dissous par le tribunal du travail.

D'autres pays connaissent des régimes de représentation salariale proches de celui de l'Allemagne. C'est le cas des Pays-Bas où le conseil d'entreprise a aussi un pouvoir de codécision sur certaines questions et où il peut s'opposer à la nomination des membres du conseil de surveillance de la société.

Ailleurs, les attributions du comité d'entreprise restent souvent purement techniques. Il en est ainsi des *committees* anglais, imités au Canada et aux États-Unis, et l'institution reste, dans les pays anglo-saxons, le plus souvent facultative.

Le système soviétique, où l'organisation de l'entreprise repose sur l'autorité d'un chef qui est une émanation de l'État, était incompatible avec une représentation salariale dotée de certains pouvoirs. La Yougoslavie, cependant, s'en est distinguée, qui, à partir de 1950, a développé le rôle des travailleurs dans la gestion en plaçant, aux côtés des directeurs désignés par l'État, des conseils ouvriers aux importants pouvoirs, instituant ainsi une organisation de l'entreprise largement autogestionnaire.

Le système juridique français, quant à lui, a toujours privilégié plus volontiers une autre forme de participation des salariés qui n'affecte en rien l'organisation traditionnelle des pouvoirs dans l'entreprise, la participation des salariés à la prospérité. Il faut toutefois faire état d'une ordonnance du 21 octobre 1986 ouvrant la voie à une participation des salariés à la gestion des sociétés anonymes : l'assemblée extraordinaire des actionnaires peut insérer dans les statuts une clause précisant que des salariés, restant toutefois minoritaires, siégeront avec voix délibérative au conseil d'administration ou de surveillance. S'agissant d'un régime facultatif assez nouveau, il est difficile de savoir quel accueil lui réservera la pratique.

Association, timide en France, des salariés à la gestion de l'entreprise, le comité d'entreprise doit être soigneusement distingué des institutions représentatives voisines que sont les délégués du personnel et les délégués syndicaux. La confusion est en effet fréquente, favorisée par les cumuls de mandats. Institués par une loi de 1936, remaniée en 1946, les délégués du personnel sont, comme les membres du comité d'entreprise, des représentants

élus des salariés, mais leurs attributions sont différentes : représentant le personnel auprès du chef d'entreprise, leur mission consiste essentiellement à présenter à l'employeur les réclamations des salariés. Ce n'est qu'exceptionnellement, en l'absence de comité d'entreprise, qu'ils sont amenés à exercer certaines des attributions dévolues à celui-ci. Issus d'une loi de 1968 reconnaissant l'exercice du droit syndical dans l'entreprise, les délégués syndicaux sont, eux, chargés par le syndicat qui les a désignés de le représenter auprès de l'employeur, et ils ont pour mission de défendre les intérêts professionnels des travailleurs, ce qui les conduit notamment à présenter des réclamations, à formuler des revendications et à participer à la négociation d'accords.

À l'origine, le comité d'entreprise avait, en France, des fonctions essentiellement sociales. Cet aspect de son rôle a fait ses preuves et n'a jamais été remis en cause. La mission économique du comité s'est, en revanche, notablement transformée sous l'influence de divers facteurs parmi lesquels, dans un contexte social troublé, la nécessité de plus en plus pressante d'une association des salariés à la prise de décisions pouvant avoir des répercussions sur l'emploi. La loi du 28 octobre 1982 s'est voulue à cet égard capitale. Une constatation s'impose toutefois : dans le domaine économique, le chef d'entreprise n'a jamais été amené à concéder au comité la moindre parcelle de son pouvoir de décision. Pourtant, le poids du comité dans la vie économique de l'entreprise est sans commune mesure avec ce qu'il était autrefois, le comité est devenu une institution avec laquelle le chef d'entreprise doit compter. Plutôt que d'une transformation de sa nature profonde et de son rôle, l'évolution résulte en fait et avant tout d'un singulier accroissement de ses moyens. Les subventions qui lui sont aujourd'hui assurées, l'autonomie financière qui est désormais la sienne, les capacités d'investigation qui lui sont garanties, les initiatives qui lui sont permises, la diversification de ses domaines d'intervention font du comité d'entreprise un organe puissant et influent, apte à servir l'objectif qui lui a été assigné par la loi : assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise, à l'organisation du travail, à la formation professionnelle et aux techniques de production.

## 📍 1. Mise en place du comité d'entreprise

### Champ d'application

Sont concernés par la législation sur les comités d'entreprise toutes les entreprises du secteur privé quelle que soit leur forme, les entreprises nationales, les entreprises et organismes professionnels agricoles et certains établissements publics. Parmi ces entreprises, seules celles qui comptent au moins 50 salariés doivent obligatoirement se doter d'un comité d'entreprise. Dans les autres, l'institution est facultative.

La plupart des pays européens ont retenu le même seuil d'institution obligatoire. On relève cependant des exceptions (Allemagne : 5 salariés ; Pays-Bas : 100 salariés).

### 📍 Cadre de la constitution

La taille comme la structure des entreprises étant fort diverses, il a fallu adapter l'institution du comité d'entreprise à cette diversité.

Trait commun aux différents comités ou conseils d'entreprise européens, la structure de base est l'établissement : lorsqu'une entreprise comporte plusieurs unités d'au moins 50 salariés, il doit être créé des *comités d'établissement* et un *comité central d'entreprise*, le comité central exerçant les attributions économiques concernant la marche générale de l'entreprise.

D'origine jurisprudentielle, la notion d'« unité économique et sociale » a par ailleurs permis d'imposer la constitution d'un *comité d'entreprise commun à des entreprises juridiquement distinctes*, parfois artificiellement maintenues en dessous du seuil de 50 salariés.

Le *comité interentreprises* a été conçu pour aider plusieurs entreprises à créer des institutions sociales communes. Il a les mêmes attributions que les comités d'entreprise eux-mêmes dans la mesure nécessaire à l'organisation et au fonctionnement de ces institutions communes.

Quant au *comité de groupe*, il a été créé par la loi du 28 octobre 1982, en réponse à une ancienne revendication syndicale et à un besoin né de l'évolution des structures économiques. Le comité de groupe, qui ne se substitue pas aux institutions de base, est avant tout une instance permettant l'information des salariés sur la situation du groupe et les décisions prises au plus haut niveau. Un comité de groupe doit être mis en place dans tout ensemble constitué par une société dite dominante, ses filiales directes et indirectes, et, à certaines conditions, les sociétés ayant avec la société dominante des relations de participation. Ne sont toutefois concernées que les sociétés dont le siège social est situé sur le territoire français. Quant à celles dont le siège est situé à l'étranger, si elles ne sont pas tenues d'avoir un comité de groupe, elles doivent néanmoins doter d'un comité d'entreprise leurs unités d'au moins 50 salariés situées sur le territoire français.

## 👤 Composition

Quelle que soit la forme de comité considérée, la composition du comité d'entreprise, en France, est toujours bipartite : il se compose du chef d'entreprise qui en est membre de droit et président, et d'une délégation élue du personnel. Un examen comparatif des comités d'entreprise européens révèle que ce trait n'est pas universel, certains comités étant composés exclusivement de représentants des travailleurs (Allemagne, Italie, Autriche). Encore faut-il mentionner que le comité d'entreprise français est, sur certaines questions, consulté en tant que délégation du personnel, le chef d'entreprise devant alors s'abstenir de participer au vote.

La délégation du personnel est élue, tous les deux ans, par le personnel de l'entreprise. Son importance est fonction du nombre de salariés : de 6 membres dans une entreprise de 50 à 75 salariés, elle atteindra 30 membres dans une entreprise de plus de 10 000 personnes. Les conditions d'électorat sont souples : l'âge requis est fixé à seize ans et l'ancienneté à trois mois. Quant aux candidats aux fonctions, ils doivent avoir dix-huit ans et une ancienneté d'un an. Un second tour est organisé lorsqu'au premier tour le nombre des votants est resté inférieur à la moitié des électeurs inscrits. Les sièges sont attribués à la représentation proportionnelle, les sièges restants étant distribués sur la base de la plus forte moyenne.

## @ 2. Fonctionnement et moyens d'action

### Règles de fonctionnement

C'est le comité lui-même qui détermine, dans un règlement intérieur, les modalités de son fonctionnement, certaines règles étant toutefois imposées par la loi : présidence par le chef d'entreprise ; désignation d'un secrétaire ; fréquence des réunions ; prise des décisions à la majorité des membres présents.

Le rôle du chef d'entreprise dans le fonctionnement du comité d'entreprise est ambivalent : il en est membre à part entière et néanmoins exclu en certaines occasions, lorsque le comité est amené à exprimer le point de vue des travailleurs face au pouvoir patronal.

### @ Rôle des syndicats

Les syndicats jouent un rôle non négligeable dans la mise en place et dans le fonctionnement du comité d'entreprise français. Ceux qui sont représentatifs dans l'entreprise ont notamment la possibilité de désigner un représentant au comité, qui assiste aux séances avec voix consultative, et disposent, au premier tour de scrutin, d'un monopole de présentation des candidats. L'impact réel des syndicats sur le fonctionnement des comités d'entreprise varie d'une entreprise à l'autre, mais cet impact apparaît, dans les faits, comme déterminant du rôle joué par le comité sur le plan économique.

L'influence syndicale sur les comités et conseils d'entreprise est très inégale en Europe : inexistante en Allemagne, en Autriche, au Luxembourg, où les candidats sont présentés par les salariés eux-mêmes, elle est importante en Belgique où les listes sont, comme en France, présentées par les syndicats, tandis qu'en Grande-Bretagne et dans les pays scandinaves les syndicats jouent un rôle capital, lié à la négociation qui préside le plus souvent à la mise en place des comités.

### @ Les moyens du comité d'entreprise

Le comité d'entreprise dispose de *moyens en personnes* renforcés par le statut protecteur et les facilités reconnus à ses membres : leur licenciement est

soumis à autorisation administrative ; un crédit d'heures rémunérées leur est accordé, qu'ils peuvent consacrer à l'exercice de leurs fonctions ; certaines libertés de déplacement leur sont assurées ; leur formation économique est prévue.

À ces moyens en personnes s'ajoutent des *moyens en matériel* : le chef d'entreprise est tenu de mettre à la disposition du comité un local et le matériel nécessaire à l'exercice de ses fonctions.

Au chapitre des moyens, il faut faire état de la possibilité qu'a le comité d'entreprise de constituer des *commissions* ouvertes à des membres de l'entreprise n'appartenant pas au comité pour l'examen de problèmes particuliers. Certaines commissions sont d'ailleurs obligatoires dans les entreprises d'une certaine taille.

Les *moyens financiers* ont pris une importance de tout premier ordre avec la réforme de 1982, qui a ajouté à la subvention de l'employeur destinée aux activités sociales et culturelles une subvention dite de fonctionnement, d'un montant égal à 0,2 p. 100 de la masse salariale brute. Cette subvention confère au comité d'entreprise une large autonomie financière.

Lié pour partie à l'accroissement des moyens financiers, le recours élargi aux *experts* apparaît comme un autre moyen d'efficacité de l'action des comités d'entreprise. Tous, désormais, peuvent recourir aux services d'un expert comptable rémunéré par l'entreprise, notamment lors de l'examen annuel des comptes ou en cas de licenciement économique. Dans les entreprises de 300 salariés, le comité d'entreprise peut avoir recours à un expert également rémunéré par l'entreprise à l'occasion de tout projet important d'introduction de nouvelles technologies (automatisation, informatique, etc.). Enfin, grâce à ses moyens financiers, le comité d'entreprise peut, en assumant sa rémunération, se faire assister d'un expert chaque fois qu'il l'estime utile pour la préparation de ses travaux.

Autre élément essentiel : la somme considérable d'*informations* dont le comité d'entreprise est le destinataire obligatoire ou qu'il est habilité à se procurer.

Parmi les informations qui lui sont dues, on signalera :

– la documentation sur l'entreprise, sa forme juridique, son organisation, sa situation économique et financière qui doit être fournie au comité nouvellement élu ;

– le rapport d'ensemble que le chef d'entreprise doit présenter chaque année au comité et qui comporte à la fois des renseignements économiques et financiers et des renseignements d'ordre social ;

– le rapport qui doit plusieurs fois par an le tenir informé notamment de l'évolution des commandes, de la situation financière et de l'évolution des conditions de travail et d'emploi ;

– le bilan social que le chef d'une entreprise d'au moins 300 salariés établit et soumet chaque année au comité d'entreprise.

On notera encore que, dans les sociétés commerciales, les membres du comité d'entreprise ont droit aux mêmes documents et aux mêmes communications que les actionnaires ou associés ; que, dans les entreprises d'une certaine importance, le comité reçoit communication des documents prévisionnels.

Mais le comité d'entreprise ne se contente pas de recevoir l'information qui lui est due. Certaines initiatives lui sont aussi permises dans la recherche de l'information. Il peut, en particulier, lorsqu'il a connaissance de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise, demander à l'employeur de lui fournir des explications. Il a encore accès aux documents détenus par les administrations publiques et peut entreprendre les études et recherches nécessaires à sa mission...

### @ 3. Attributions

#### Comité et gestion économique de l'entreprise

Parce qu'elles reposent sur une information effective, les attributions du comité d'entreprise dans le domaine économique et financier, bien que

traditionnellement consultatives, pèsent néanmoins d'un poids important sur la gestion de l'entreprise. Le non-respect par l'employeur du rôle imparti au comité par la loi est pénalement sanctionné. Il peut aussi mettre en jeu sa responsabilité civile et entraîner des sanctions fiscales. Il ne donne lieu, toutefois, que très rarement à l'annulation des décisions prises.

Contrastant avec le caractère très souvent informel des pouvoirs des comités anglo-saxons par exemple, le droit français fournit la liste des très nombreuses questions à propos desquelles le chef d'entreprise est tenu d'informer et de consulter le comité d'entreprise avant de prendre sa décision. Ces questions concernent : l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, et notamment les mesures qui sont de nature à affecter le volume et la structure des effectifs, la durée du travail, les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle du personnel, les opérations de restructuration de l'entreprise, le comité devant être informé non seulement de l'opération projetée, mais aussi de ses motifs, de ses modalités financières et des mesures envisagées à l'égard des salariés. La compétence du comité d'entreprise a ici une portée tout à fait générale.

Importante aussi est sa participation aux décisions en matière de développement technologique : le comité d'entreprise, en effet, doit être consulté chaque année sur la politique de recherche et de développement technologique de l'entreprise. Il doit en outre être informé et consulté préalablement à tout projet important d'introduction de nouvelles technologies.

Capitales sont encore les initiatives que le comité est habilité à prendre et que la loi a sensiblement étendues. Il peut formuler des observations sur la situation économique et sociale de l'entreprise. Il peut convoquer les commissaires aux comptes pour recevoir des explications sur sa situation financière. Il est habilité à demander en justice la désignation d'un expert chargé de présenter un rapport sur une opération de gestion. Il peut encore demander la récusation d'un commissaire aux comptes. Lorsqu'il a connaissance de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise, il est admis à exiger des explications du chef d'entreprise et à saisir les organes d'administration ou à informer les associés. Enfin, la loi du 25 janvier 1985 sur le redressement et

la liquidation judiciaire des entreprises a confié au comité une responsabilité essentielle puisqu'elle a non seulement organisé son étroite association au déroulement de la procédure, mais lui a encore reconnu le droit de déclencher la procédure collective en communiquant aux autorités judiciaires tout fait révélant la cessation des paiements.

Il faut, enfin, dans le domaine économique, faire état de la place occupée par le comité d'entreprise dans les conseils d'administration ou de surveillance des sociétés : deux ou quatre représentants du comité assistent aux séances du conseil et reçoivent communication des mêmes documents que les membres de celui-ci. Ils n'ont que voix consultative mais peuvent soumettre aux organes d'administration ou de surveillance les vœux du comité qui donneront obligatoirement lieu à un avis motivé.

### 👤 Comité d'entreprise et gestion du personnel

La gestion du personnel est un aspect de la vie de l'entreprise auquel le comité est étroitement associé. Multiples sont les décisions du chef d'entreprise qui doivent donner lieu à information et consultation préalable : conditions de travail, d'emploi et de vie dans l'entreprise, hygiène et sécurité, durée et aménagement du travail, formation professionnelle, etc.

Les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs sont un autre domaine d'intervention important du comité. En matière de licenciement économique, il est saisi des projets, puis informé, réuni, consulté et associé à la procédure.

De façon plus ponctuelle, il intervient encore lors de l'introduction ou d'une modification du règlement intérieur ; il est informé et consulté sur les problèmes généraux des qualifications et des modes de rémunération, joue un rôle essentiel en matière d'intéressement et de participation, veille au respect de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, étudie les problèmes propres à l'emploi des jeunes, aide à la réinsertion de certains salariés ; il est consulté sur l'affectation de la contribution sur les salaires au titre de l'effort de construction ; son avis est requis avant toute prise de mesure à caractère dérogatoire (dérogation à la durée maximale de travail, au repos hebdomadaire

dominical, aménagements d'horaire, congés particuliers, etc.).

## 🏢 Comité d'entreprise et activités socioculturelles

En matière sociale et culturelle, les salariés ont accédé très tôt à l'exercice du pouvoir. Tirant parti d'initiatives patronales spontanées dont il a d'abord voulu assurer la pérennité, le législateur d'après guerre a confié au comité d'entreprise des compétences étendues en la matière. Actuellement, le comité assure ou contrôle la gestion de toutes les activités sociales et culturelles établies dans l'entreprise au bénéfice des salariés et de leurs familles, ou participe à cette gestion.

L'activité socioculturelle du comité est celle qui a pour but d'améliorer les conditions collectives d'emploi, de travail et de vie du personnel de l'entreprise. Répondent à cette préoccupation, par exemple, des institutions sociales de prévoyance et d'entraide, des initiatives telles que la création de cantines, crèches, colonies de vacances, des actions dans le domaine des loisirs et du sport, des institutions professionnelles ou éducatives tels un centre de formation ou d'enseignement, une bibliothèque, des services sociaux et médicaux, etc. Un large rayon d'action est ici offert au comité d'entreprise. Cette action, toutefois, doit s'exercer principalement au bénéfice du personnel de l'entreprise, des anciens salariés et de leurs familles, et elle ne doit jamais se départir de la neutralité nécessaire (neutralité idéologique, absence de discriminations).

La gestion des activités socioculturelles par le comité d'entreprise se fait soit directement, soit par l'entremise d'une commission spéciale, soit par l'intermédiaire de personnes ou organismes recevant délégation à cet effet. Certaines activités, cependant, ne peuvent être gérées directement par le comité. C'est le cas de celles qui sont constituées sous forme de coopératives, d'associations, de sociétés, de fondations, etc. Le comité, alors, participe à leur gestion ou, au moins, la contrôle.

L'ampleur de l'activité d'un comité d'entreprise dans le domaine socioculturel est étroitement liée à l'importance de ses ressources. Or celles-ci sont très variables d'une entreprise à une autre. Un texte ancien détermine en effet le montant de la contribution patronale par référence aux dépenses sociales qui

étaient celles de l'entreprise avant que le comité ne les prenne en charge. Ce texte, qui, à l'origine, visait avant tout à garantir le maintien d'initiatives spontanées en faveur des œuvres sociales, a survécu aux réformes, et il continue de présider au calcul de la subvention patronale obligatoire. Il en résulte d'énormes disparités pouvant aller, à la faveur d'une lacune de la réglementation, jusqu'à l'absence totale de contribution patronale dans les entreprises récemment créées ou dans celles dont les salariés n'ont jamais bénéficié de générosités de l'employeur.

La détermination du montant de la contribution patronale fait en réalité intervenir deux minimums, l'un en valeur, par référence aux dépenses sociales de l'entreprise avant leur prise en charge par le comité, l'autre par référence aux salaires, le rapport de la contribution patronale au montant global des salaires payés devant au moins demeurer constant.

L'évolution des comités d'entreprise s'inscrit dans un mouvement plus général de transformation des rapports entre employeurs et salariés. En donnant à ses comités les moyens d'exercer efficacement des attributions qui, dans le domaine économique et financier, demeurent consultatives, plutôt qu'en leur accordant des prérogatives véritablement nouvelles, la France a opté pour un élargissement de leur influence qui respecte l'autorité et la responsabilité du chef d'entreprise, mais qui peut déboucher soit sur une coopération constructive, soit sur un affrontement permanent. Son succès dépend donc de l'esprit dans lequel est abordé le fonctionnement de l'institution, notamment de l'acceptation réciproque des prérogatives de chaque partie et d'une rencontre au niveau des objectifs : la défense d'un intérêt commun, celui de l'entreprise.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## @ RIO (CONFÉRENCE DE), 1992

### ***Prise de vue***

La Conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement (C.N.U.E.D.), qui s'est tenue à Rio de Janeiro du 3 au 14 juin

1992, a réuni les représentants de 178 pays (dont 117 chefs d'État) et plus de 20 000 participants. Ce « Sommet planète Terre » ou « Sommet de la Terre », préparé par deux ans de travaux préliminaires, reste un événement historique. Il a mis en évidence le caractère indissociable de la protection de l'environnement et du processus de développement ; fait prendre conscience de la nécessité d'un partenariat à l'échelon mondial et d'un engagement politique au plus haut niveau. Il a installé au niveau international le concept de « développement durable » (*sustainable development*), mode de développement qui répond aux besoins du présent tout en permettant aux générations futures de répondre aux leurs, et qui intègre les composantes environnementales, économiques et sociales.

Pour mesurer les progrès de mise en œuvre des résolutions, promouvoir le partenariat international et encourager de nouvelles activités, une Commission du développement durable (C.D.D.) a été constituée. Composée de plus de 50 pays membres, elle se réunit chaque année pour faire le point sur un certain nombre de questions. Pour que la C.N.U.E.D. ne soit pas simplement le plus important sommet mondial qui ait jamais eu lieu, les programmes nationaux et les arrangements internationaux devaient donner des résultats décisifs, et amener des changements significatifs. De fait un certain nombre d'avancées effectives sont nées de la conférence de Rio.

## @ 1. L'avant Rio

### Les avancées antérieures à Rio

La C.N.U.E.D. s'est déroulée à l'occasion du vingtième anniversaire de la Conférence de Stockholm de 1972. Ce premier sommet mondial avait pour objet exclusif la protection de l'environnement de l'homme. En pratique, il a essentiellement suscité la création du Programme des Nations unies pour l'environnement (P.N.U.E.).

En 1983, l'O.N.U. crée la Commission mondiale de l'environnement et du développement ; elle publie, en 1987, le rapport Brundtland, du nom de son animatrice norvégienne Gro Harlem Brundtland, intitulé *Notre Avenir commun*. Ce

rapport attire l'attention des responsables politiques des divers pays du monde, industrialisés ou en voie de développement, sur le lien univoque existant entre la protection de la biosphère et le développement durable de l'humanité. La même année, le Protocole de Montréal (signé le 16 août 1987 et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1989) vise à protéger la « couche » d'ozone stratosphérique qui protège la Terre des rayons ultraviolets nocifs pour toute existence biologique. Ses signataires se sont engagés à réduire, voire à éliminer, les émissions de divers gaz à effet de serre, notamment les chlorofluorocarbures (CFC.), qui détruisent la couche d'ozone. Celle-ci semble aujourd'hui stabilisée, ce qui constitue la première réalisation internationale concrète en termes de préservation de l'environnement global naturel.

À son ouverture, la C.N.U.E.D. s'appuyait donc sur un cadre de réflexions et de mise en œuvre déjà bien construit. Les scientifiques – au-delà des controverses suscitées par l'événement – apportaient, par les progrès de leurs travaux et de leurs modélisations, une meilleure connaissance des processus, tout en posant les problèmes cruciaux : les pluies acides, l'élimination des déchets toxiques ou radioactifs, le défrichement abusif, l'accroissement de l'effet de serre, etc. Ils avaient en outre mis en lumière le caractère nécessairement global et planétaire d'une lutte efficace pour la préservation de l'environnement.

### @ Un contexte géopolitique marqué par l'affrontement Nord-Sud

Les gouvernements des pays occidentaux se voyaient sans cesse aiguillonnés par la forte montée en puissance des mouvements écologiques et des organisations non gouvernementales (O.N.G.), tandis que le Tiers Monde percevait l'écologie comme un luxe réservé aux pays riches. Le cadre géopolitique dans lequel s'inscrivait la C.N.U.E.D. devait donc s'affranchir d'une confrontation Nord-Sud en faisant prévaloir l'idée que le développement durable relevait d'un intérêt commun. Les conférences préparatoires écartèrent ainsi les sujets majeurs d'affrontements. Ce fut notamment le cas pour la démographie.

## @ 2. Les accords conclus à Rio

### La Charte de la Terre

La Déclaration de Rio, ou Charte de la Terre, contenait 27 principes sur la bonne gestion des ressources de la Terre, appuyés sur le concept de « développement durable ». Après le premier principe – « les êtres humains ont droit à une vie saine et productive en harmonie avec la nature » –, suivent plutôt des recommandations à l'usage des États telles que : « Les États ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources », tout en ayant le devoir de veiller à ce que ces activités « ne portent pas atteinte à l'environnement d'autres États... » (principe 2) ; le droit au développement doit tenir compte de l'environnement et des besoins des générations présentes et futures (principe 3) ; le développement durable doit être renforcé « par des échanges de connaissances scientifiques et techniques » (principe 9) ; il convient de développer « le droit international concernant la responsabilité et l'indemnisation, en cas d'effets néfastes, de dommages causés à l'environnement » en dehors des limites des États (principe 13) ; « L'absence de certitude absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard » la protection de l'environnement (principe 15) ; les États doivent promouvoir l'internationalisation du principe « pollueur-payeur » sans fausser le jeu du commerce international et de l'investissement (principe 16). La mise en œuvre de ces 27 principes n'est cependant pas contraignante, mais laissée à la bonne volonté des pays signataires – ce qui a pu entacher la Déclaration d'une certaine inefficacité.

Quatre autres documents ont été adoptés à Rio : la Convention sur le changement climatique, la Déclaration sur la protection des forêts, la Convention pour la protection des espèces, et l'Agenda 21.

## 🌐 La Convention sur le changement climatique

La Convention sur le changement climatique se limita à une convention-cadre, non contraignante, par laquelle 150 pays se sont engagés à limiter leurs émissions de gaz à effet de serre pour la fin du XX<sup>e</sup> siècle. En prise directe avec les choix énergétiques des nations, et se heurtant notamment à une résistance de la part des États-Unis inquiets pour leur industrie, elle fut adoptée dans le flou le plus complet. Ce d'autant plus que les dissonances étaient encore nombreuses parmi les scientifiques quant aux causes réelles du réchauffement climatique observé.

## @ La Déclaration sur la protection des forêts

La question de la protection des forêts fit l'objet de vifs débats entre les pays du Nord et ceux du Sud, les premiers s'attachant à défendre les grandes forêts équatoriales de façon à préserver leur rôle écologique (comme régulateur climatique et comme patrimoine mondial de la biodiversité), les seconds cherchant avant tout à exploiter ces biens nationaux. L'Inde, le Brésil, l'Indonésie et la Malaisie s'opposèrent aux textes proposés par les pays industrialisés, les réduisant à une simple « déclaration » de 17 principes.

## @ La Convention pour la protection des espèces

La convention sur la biodiversité porte sur la protection de la faune, de la flore et des espaces naturels. Le texte signé à Rio par 154 pays – sans les États-Unis – constitue l'amorce d'un accord sur un partage équitable des ressources biologiques de la planète entre les pays du Nord et ceux du Sud. Contre des compensations financières versées aux pays du Sud, les pays du Nord se sont vu officiellement accorder le droit d'exploiter les espèces biologiques – l'homme constituant la seule exception – et les micro-organismes présents dans les pays du Sud et de breveter toutes ces espèces ainsi que leurs dérivés génétiques.

## @ L'Agenda 21

L'Agenda 21 (le chiffre 21 signifiant « pour le XXI<sup>e</sup> siècle »), ordonné en quarante chapitres, était une liste d'une centaine d'initiatives à prendre pour concilier les exigences du développement économique et de la protection de notre environnement naturel. Les pays riches ayant cependant refusé d'en financer directement la réalisation, ce document constituait essentiellement un texte d'orientation général, faisant le pendant, sur le mode concret, aux principes énoncés dans la Déclaration de Rio.

## @ 3. L'après-Rio

### Les apports financiers

L'examen de la question du financement est un préalable à toute considération sur la réalisation des objectifs fixés à Rio. En 1992, le secrétariat du

Sommet de la Terre avait évalué à plus de 600 milliards de dollars par an, jusqu'à l'an 2000 inclus, le montant nécessaire aux pays en développement pour exécuter les activités énumérées dans l'Agenda 21. La plupart des pays donateurs s'étant engagés à affecter en moyenne 0,7 p. 100 de leur produit intérieur brut (P.I.B.) à cette opération – l'ensemble équivalent au montant de l'Aide publique au développement (A.P.D.), soit approximativement à 125 milliards de dollars –, on en vint à admettre que cette somme suffirait.

En fait, l'A.P.D. est tombée en moyenne à 0,33 p. 100 du P.I.B. des donateurs en 1992 et à 0,27 p. 100 en 1996, à l'amère déception des pays en développement. Dans le même moment, l'investissement privé étranger à destination de ces pays a presque triplé, atteignant environ 250 milliards de dollars en 1996 – ce qui donna naissance à l'idée que les flux des capitaux privés avaient à l'avenir un rôle décisif à jouer dans le financement du développement durable. Notons cependant que, selon un rapport de la Banque mondiale (« Faire progresser le développement durable », 1997), les trois quarts des flux d'investissements privés transfrontières à destination du monde en développement profiteraient seulement à 12 pays.

Enfin, le Fonds pour l'environnement mondial (F.E.M.), créé après Rio dans le cadre de la Banque mondiale, a reçu environ 2,8 milliards de dollars en six années pour des projets visant à protéger la biodiversité, le milieu marin ou l'équilibre climatique.

## @ Les avancées significatives

Pourtant, le suivi des accords conclus à la C.N.U.E.D., le lancement de nouveaux programmes et des mises en œuvre réelles montrent bien que l'esprit de Rio souffle toujours. Nous citerons ici les avancées les plus significatives.

### **La lutte contre la désertification**

Une convention, ayant pour vocation de lutter contre la désertification et d'atténuer les effets de la sécheresse, a été établie en juin 1994 et est entrée en vigueur en décembre 1996. Elle favorise toutes les actions faisant intervenir une démarche de coopération internationale et de partenariat : amélioration de la

productivité des cultures, régénération des sols, conservation et gestion durable des ressources hydriques et terrestres, etc. Plusieurs projets ont d'ores et déjà été entrepris, notamment en Égypte, en Algérie, au Burkina Faso, en Israël ou en Syrie.

### **L'accord sur la pêche hauturière**

En décembre 1995, a été conclu un accord sur la pêche hauturière contraignant les pays signataires à préserver et à gérer de manière durable les stocks naturels de poissons, ainsi qu'à régler pacifiquement tout différend, en particulier pour ce qui concerne les populations de poissons qui « chevauchent » les frontières des zones économiques exclusives (Z.E.E.) de 200 milles marins des différents pays, comme c'est le cas pour la morue, le thon ou l'espadon. Toutefois, parmi les États qui n'ont pas encore signé l'accord figurent certains des pays qui pratiquent le plus la pêche, dont le Chili, le Mexique, le Pérou, la Pologne, la Thaïlande et le Vietnam.

### **La gestion des produits chimiques**

Le développement économique et social ne peut se faire sans les produits chimiques. Cependant, l'utilisation de substances comme le D.D.T., la dioxine, l'acide sulfurique, le chlordane, le mercure, le plomb, l'arsenic, etc., peut faire courir des risques importants à la santé humaine et à l'environnement. Le Sommet de la Terre, au travers de l'Agenda 21 (chapitres XX et XXI), proposait déjà des normes fondamentales de gestion des déchets dangereux au niveau national et un contrôle des mouvements transfrontières des déchets, invitant en fait à ratifier la Convention de Bâle (entrée en vigueur en mai 1992).

Depuis Rio, deux nouvelles entités internationales ont été formées. Créé en avril 1994, le Forum intergouvernemental de la prévention des risques chimiques (I.F.C.S.) est destiné à renforcer la coopération entre les gouvernements, les organisations intergouvernementales et les O.N.G. en matière d'évaluation des risques chimiques et de gestion écologiquement saine des produits chimiques. Créé en 1995, le Programme interorganisations de gestion écologiquement rationnelle des produits chimiques (I.O.M.C.) coordonne les efforts de six grandes organisations internationales en matière d'évaluation et de gestion

des produits chimiques. Ces deux organes internationaux ont d'ores et déjà à leur actif plusieurs réalisations, dont, par exemple, l'établissement de normes internationales concernant les additifs alimentaires et les résidus de pesticides dans les aliments.

### **La protection des espèces**

La Conférence des parties à la Convention sur la biodiversité se déroule chaque année pour assurer le suivi et le développement des mesures prises à Rio. En 1995 (II<sup>e</sup> Conférence, Jakarta), était élaboré un programme pour la prévention des risques biotechnologiques. Par ailleurs, les aires protégées (réserves naturelles, parcs nationaux, sites du patrimoine mondial, etc.), dont l'Union internationale pour la conservation de la nature (U.I.C.N.) estimait, en 1998, le nombre à 12 754 réparties dans le monde, couvrent une surface cumulée de 1 204 millions d'hectares.

### **La lutte contre le réchauffement climatique**

Depuis la Convention sur les changements climatiques de 1992, beaucoup a été fait pour endiguer la composante anthropique du réchauffement de la planète. Le Comité intergouvernemental qui avait rédigé cette convention à Rio a été dissous à l'issue de sa onzième session en février 1995 qui instituait la Conférence des parties comme autorité suprême en la matière. Celle-ci a tenu sa première réunion à Berlin en mars-avril 1995, adoptant le Mandat de Berlin qui devait mettre au point « un protocole ou un autre instrument juridique », à adopter en 1997 à la troisième session de la Conférence des parties, sur la lutte contre le réchauffement climatique. Celle-ci s'est tenue à Kyoto en décembre 1997 et a effectivement abouti à un accord chiffré sur la réduction des gaz à effet de serre – 5,2 p. 100 par rapport au niveau de 1990 d'ici à 2012 – constituant une première historique. Il reste les décisions les plus difficiles à prendre, c'est-à-dire la mise en œuvre concrète du Protocole de Kyoto, les divergences entre les pays en développement, les États-Unis et l'Union européenne étant encore nombreuses. La quatrième session (Buenos Aires, novembre 1998) fut un échec en cela et la cinquième session prévue tenue à Bonn en octobre 1999 n'a pas suffi à gommer les mésententes.

La C.N.U.E.D. a eu un mérite essentiel : faire sortir les préoccupations environnementales de leur ghetto et engager un immense chantier de préservation de l'environnement global. Faut-il s'étonner de la lenteur des prises de décisions communes et surtout de leurs mises en œuvre ? Une lecture des différents textes de la Charte de la Terre montre qu'il s'agit ni plus ni moins de vouloir établir un nouvel ordre économique et social, au profit de notre environnement global. Il y a un grand espoir pour l'humanité dans la prise de conscience réelle des dangers qui menacent la planète, dont l'homme est en grande partie responsable. Alors, s'il faut du temps pour arriver à un développement durable, espérons qu'il nous en reste assez avant que ne surviennent des bouleversements catastrophiques irréversibles.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## @ CONSTITUTIONS POLITIQUES

### ***Prise de vue***

Dès lors qu'il dépasse le stade de l'attroupement temporaire, tout groupement a une constitution. Elle s'extériorise dans la structure de la collectivité et dans l'agencement des rapports qui s'y établissent en fonction de la fin qui est la sienne. Il y a ainsi une constitution de la famille, de l'entreprise, de l'Église. Au point de vue politique, la constitution du groupe est formée des pratiques ou des règles relatives au fondement et à l'exercice du pouvoir.

### @ 1. Constitution sociale et constitution politique

La constitution politique peut apparaître comme une superstructure par rapport à la constitution sociale qui forme l'armature du groupe. En effet, toute société a son originalité, son génie propre, ses aptitudes, l'énergie ou l'apathie natives de ses membres, ses dispositions ou ses incapacités d'où résultent sa manière d'être et le type de relations qui unissent les individus qui la composent. La constitution sociale s'enracine plus profondément dans le groupe que la

constitution politique. Elle peut même lui survivre lorsque la collectivité a perdu son indépendance politique. Elle présente en outre un caractère de spontanéité que n'atteint pas la constitution politique, souvent artificielle et volontaire par quelques côtés. De ces traits, on a parfois prétendu tirer argument en faveur de la supériorité de la constitution sociale d'un pays sur sa constitution politique. C'est notamment la théorie de Proudhon, dont paradoxalement on retrouve l'écho dans toute la pensée libérale du XIX<sup>e</sup> siècle. « Je distingue, écrivait Proudhon (*Confessions d'un révolutionnaire*), en toute société, deux espèces de constitutions : l'une que j'appelle la constitution sociale, l'autre qui est la constitution politique ; la première, intime à l'humanité, libérale, nécessaire [...] et dont le développement consiste surtout à affaiblir et à écarter peu à peu la seconde, essentiellement factice, mécanique, restrictive. » D'où la nécessité de résorber le système politique dans la constitution sociale, « faire périr le gouvernement par la société ». Ce propos pouvait être tenu à une époque où une conception optimiste du dynamisme social incitait à penser que le jeu spontané des forces collectives assurerait le progrès du groupe. Mais dès lors que l'on admet que la politique est l'activité par laquelle la société prend en charge son propre destin, il n'est plus possible de voir dans la constitution politique une armature factice.

Le vrai c'est que, si entre constitution sociale et constitution politique il existe d'indéniables et constantes relations puisque le pouvoir que la constitution politique aménage est un produit du groupe, il ne saurait y avoir entre elles d'ordre hiérarchique, car elles n'ont ni le même objet ni la même nature. La constitution sociale se dégage de la manière d'être – entendue dans sa totalité – de la société ; la constitution politique ne concerne que l'État. Et tandis que la première est une donnée sur laquelle la volonté des hommes n'a que peu de prise, la seconde apparaît de plus en plus comme le résultat de leur détermination réfléchie.

## 📍 2. La constitution, acte de volonté du souverain

Ce caractère d'acte de volonté qui s'attache aujourd'hui à la notion de constitution n'est pas apparu d'emblée. Pendant longtemps, l'organisation politique des États était régie par des usages, des coutumes ou des traditions auxquels on accordait autorité sans s'interroger sur leur légitimité. Ainsi en était-il en France de ce qu'on appelait les lois fondamentales du royaume, dont le contenu était

imprécis, mais dont il était admis qu'elles liaient le monarque lui-même (cf. A. Lemaire, *Les Lois fondamentales de la monarchie française*). Cependant, au fur et à mesure que s'est dégagée l'idée que l'autorité n'était pas extérieure au peuple auquel elle s'imposait mais procédait de son consentement, celui-ci a fait valoir son droit à contrôler la manière dont cette autorité était exercée. Cette prétention a trouvé son expression dans la théorie du *pactum subjectionis*, contrat de sujétion par lequel, en échange des services que le prince s'engageait à lui rendre, la collectivité reconnaissait son droit au commandement. La Grande Charte d'Angleterre (1215), issue des tractations entre Jean sans Terre et les barons anglais révoltés contre l'arbitraire royal, est l'exemple le plus marquant de cette volonté d'affranchir la notion de constitution de la simple description d'un état de fait. Mais la pensée politique ne s'est pas arrêtée là. Lorsque le concept de souveraineté nationale se fut définitivement affirmé, il apparut que la souveraineté du peuple ne pouvait être satisfaite par un simple accord entre gouvernés et gouvernants sur les conditions dans lesquelles ceux-ci exerceraient leur prérogative. Elle impliquait que l'ordre politique tout entier fût remis en cause et que, sur une table rase, le peuple établisse à la fois le fondement et les modalités d'exercice du pouvoir. Expressément formulée par les colonies américaines lors de leur indépendance, reprise par les constituants de Philadelphie en 1787 dans le préambule de la Charte qu'ils venaient d'élaborer (« Nous, le peuple des États-Unis [...] nous décrétons et nous établissons cette constitution pour les États-Unis d'Amérique »), cette conception fut consacrée en France par la Révolution, le jour où les États généraux, réunis au mieux pour amender l'ordre politique ancien, se proclamèrent Assemblée constituante, libre, comme la nation elle-même, de fixer les bases de l'ordre nouveau.

Désormais, il était clair que la constitution n'est pas la description de pratiques plus ou moins séculaires, ce n'est même pas un ensemble d'institutions auxquelles un consentement tacite du peuple conférait une valeur présumée, ce n'est pas davantage la traduction en règles juridiques d'un état de fait ancien ; c'est un acte volontaire et réfléchi par lequel le souverain définit le pouvoir qui s'inscrit dans l'institution étatique, fonde de ce fait l'État et la puissance qui s'exercera en son nom et détermine les conditions dans lesquelles les gouvernements seront habilités à user de cette puissance et les gouvernés tenus de s'y soumettre. Et c'est pour que cet acte soit entouré de plus de solennité et que son contenu soit exempt de toute équivoque que la pratique s'est introduite de

rédiger les constitutions. Sans doute existe-t-il une exception notable à la rédaction : la Constitution britannique étant, pour une bonne part de ses dispositions, demeurée coutumière. Mais cette forme, qui pourrait passer pour archaïque, ne doit pas faire illusion. Ce n'est pas en tant que pratiques datant de l'âge des Stuarts ou des Tudors que s'imposent les règles constitutionnelles ; c'est en tant qu'elles sont valorisées par l'opinion très actuelle du peuple anglais. C'est elle qui définit la portée des « conventions de la Constitution » qui, pour être non écrites, n'en délimitent pas moins de façon précise ce que peuvent faire les gouvernants et ce qui leur est interdit (cf. Jennings, *The Law and the Constitution*).

En dépit des critiques de l'école traditionaliste (Burke, J. de Maistre, de Bonald), raillant la prétention des hommes à « faire une constitution comme un horloger fait une montre », le mouvement de rédaction des constitutions s'est développé dans l'Europe entière au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, et de là, en Amérique latine. Accompagnant le renversement des monarchies absolues, il s'est exprimé dans le constitutionnalisme, c'est-à-dire dans les régimes politiques où l'autorité est limitée par des règles préétablies, ce dont rend compte l'expression « monarchie constitutionnelle ». Et ce n'est pas par hasard que ce mouvement a coïncidé avec l'expansion des idées libérales. C'est parce que la constitution, par le fait même qu'elle est le statut du pouvoir, est nécessairement un instrument de liberté. Les Polonais ne s'y trompaient pas qui faisaient la révolution pour avoir une constitution.

### @ 3. Le statut du pouvoir

Si, de prime abord, toute constitution apparaît comme une description des mécanismes gouvernementaux, ce serait une erreur de considérer que sa raison d'être se borne à un agencement d'organes et de compétences. En réalité, la constitution a une portée beaucoup plus profonde : elle situe le pouvoir sur un plan tel que les gouvernants en ont l'exercice, mais non pas la propriété. Ils en sont les instruments, non les maîtres. Mais où est le siège de ce pouvoir que les gouvernants ne font que mettre en œuvre ? Dans l'État.

La constitution a donc implicitement pour objet d'écarter le régime du pouvoir individualisé (celui où les chefs réunissent en leur personne, en raison de qualités qui leur sont propres, toutes les prérogatives du pouvoir) et de lui substituer le

régime du pouvoir institutionnalisé où le pouvoir a pour titulaire l'institution étatique. Cette dissociation que réalise la constitution entre la propriété du pouvoir et son exercice ne présente pas qu'un intérêt théorique. Concrètement, elle a pour conséquence de subordonner les gouvernants au respect de leur statut constitutionnel, c'est-à-dire de les assujettir à la loi de leur fonction. Leur situation juridique procède de l'idée qu'ils commandent, non en vertu d'une vocation ou d'une qualité inhérente à leur personne, mais en raison d'un titre dont ils ont été investis conformément à la constitution.

Il suit de là, d'une part, que nul ne peut prétendre exercer le pouvoir, quelle que soit la puissance dont, en fait, le prétendant dispose, s'il n'y est appelé selon la procédure constitutionnelle d'investiture ; d'autre part, que les gouvernants n'ont aucun droit subjectif à l'exercice de l'autorité. Ils ont reçu compétence pour accomplir certains actes. Or qui dit compétence sous-entend le but en vue duquel elle doit être utilisée et il va de soi que ce but ne peut être qu'un intérêt collectif et non une satisfaction personnelle de ceux qui gouvernent. Enfin, dès lors qu'ils ne sont que les agents d'une puissance que leur délègue la constitution, leur volonté n'a comme telle aucune valeur juridique. Elle n'est juridiquement obligatoire que dans la mesure où elle peut être imputée à l'État lui-même, c'est-à-dire lorsqu'elle s'est manifestée dans les conditions prévues par la règle constitutionnelle. Toutes ces conséquences, logiquement impliquées par l'existence d'une constitution, font qu'elle a toujours été considérée comme la condition de l'État de droit, c'est-à-dire d'un système politique d'où est exclu l'arbitraire des personnalités dirigeantes.

#### 🌐 4. Établissement et révision des constitutions

Étant donné d'une part l'importance politique des dispositions constitutionnelles qui définissent la structure du régime, d'autre part leur place dans la hiérarchie des règles du droit qui en fait le fondement de la totalité de l'ordre juridique en vigueur dans l'État, il est admis que la constitution ne peut qu'être l'œuvre d'un pouvoir doté de l'autorité suprême : le pouvoir constituant. Ce pouvoir peut apparaître de deux façons, soit à titre originaire, soit aménagé par la constitution elle-même.

Le pouvoir constituant *originaire* intervient lorsqu'il n'y a pas ou qu'il n'y a plus de constitution en vigueur, c'est-à-dire lorsqu'il y a lieu de donner une constitution

à un État nouveau (hypothèse fréquente lors de la décolonisation) ou lorsqu'il s'agit d'établir les institutions d'un État dont la Constitution a été révolutionnairement emportée. La question de savoir à qui appartient ce pouvoir originaire peut être indéfiniment débattue sur le plan théorique, puisque, ne pouvant par hypothèse être résolue par référence aux règles constitutives de l'ordre juridique établi, elle est tributaire des préférences idéologiques de chacun. Historiquement toutefois, l'hésitation n'est pas de mise : le pouvoir constituant appartient à la force politique capable d'imposer à la collectivité le type d'organisation politico-sociale qui lui paraît désirable. Comme il est aujourd'hui improbable qu'une telle organisation soit viable sans l'adhésion résignée ou enthousiaste du groupe, on attribue au peuple souverain la maîtrise du pouvoir constituant. Il l'exerce soit en ratifiant par référendum un texte élaboré par un gouvernement de fait provisoire, soit en élisant ses représentants à une convention constituante.

Le pouvoir constituant apparaît également sous la forme juridiquement organisée que lui donne la constitution en déterminant l'organe compétent pour l'exercer et les modalités de son fonctionnement. Il s'agit alors de ce que les textes appellent le pouvoir de révision. C'est un pouvoir *institué*, en ce sens qu'à la différence du pouvoir originaire il fait partie de l'organisation étatique. Et c'est précisément parce qu'il est mis en œuvre par un organe du système que la question se pose de savoir s'il est compétent pour élaborer une constitution entièrement nouvelle ou s'il ne doit pas se limiter à des modifications partielles. Le droit comparé comporte des réponses contradictoires, car certaines constitutions, celle de la Confédération helvétique, par exemple, envisagent formellement la possibilité d'une révision, soit totale, soit partielle. Il semble néanmoins qu'il y aurait abus de pouvoir, de la part de l'organe de révision, à adopter un nouveau texte d'un esprit totalement différent de celui dont s'inspirait la constitution qu'il est appelé à remplacer. Pour à la fois écarter ce grief et éviter une rupture de la continuité constitutionnelle, un procédé est parfois utilisé qui consiste à modifier seulement les règles relatives à la révision : à l'organe anciennement prévu se substitue un organe nouveau qui sera chargé de faire la constitution. C'est ce qui s'est passé en France au mois de juin 1958 lorsque le Parlement, organe de révision d'après la Constitution de 1946, a transféré sa compétence à un organe constituant nouveau : le gouvernement présidé par le général de Gaulle.

Quant aux procédures de révision, elles sont extrêmement variées. Tantôt la constitution peut être modifiée comme une loi ordinaire, on dit qu'il y a alors une constitution souple, tantôt il y a lieu à mise en œuvre d'une procédure spéciale : il y a constitution rigide. Mais cette rigidité comporte des degrés différents. Très souvent c'est au Parlement qu'il incombe de procéder à la révision, mais il devra, ou bien avoir été préalablement renouvelé par des élections (Belgique, États scandinaves), ou bien adopter le texte à une majorité renforcée. Il est fréquent aussi que les modifications constitutionnelles élaborées par le législateur ordinaire ne deviennent définitives qu'après leur adoption par référendum. C'est le cas en France, dans la mesure du moins où le président de la République en décide ainsi. Parfois il faut avoir recours à une assemblée spécialement élue pour faire œuvre constituante. C'est le procédé de la convention utilisé dans certains États de l'Union américaine. Il arrive même que le peuple puisse procéder seul à la réforme. C'est le cas en Suisse où, pour les révisions partielles, le peuple, disposant de l'initiative, rédige un projet qui sera directement soumis au suffrage de l'ensemble des citoyens.

## 📍 5. La suprématie de la constitution et sa sanction

Si, très généralement, le droit constitutionnel prescrit des procédures plus difficiles pour modifier la constitution que pour édicter ou abroger les lois ordinaires, c'est parce que celle-là est située au sommet de la pyramide des règles juridiques dont celles-ci ne sont qu'un degré. La suprématie de la constitution tient ainsi au fait que, définissant l'autorité légale et organisant des compétences, elle est nécessairement supérieure aux gouvernants qui en sont investis. Ils ne peuvent aller à l'encontre de ses dispositions sans se dépouiller du même coup de leur titre juridique. S'agissant de savoir si le prince ou une assemblée pourraient modifier les lois fondamentales de l'État, Vattel répondait déjà : « C'est de la constitution que ces législateurs tiennent leurs pouvoirs. Comment pourraient-ils la changer sans détruire le fondement de leur autorité ? »

Mais la suprématie de la constitution n'est pas commandée seulement par la logique juridique. Elle s'impose aussi parce que le souverain a inscrit, soit dans le texte de la Constitution, soit dans la Déclaration des droits ou le préambule qui la précède, les principes selon lesquels il entend que s'exerce l'activité politique. Les constitutions démocratiques notamment énoncent les droits et libertés auxquels les

gouvernants ne peuvent porter atteinte. Le problème est alors de garantir l'intangibilité de la loi fondamentale à l'encontre des entreprises du pouvoir. Sa solution implique l'aménagement d'un contrôle de la constitutionnalité des actes des différents organes de l'État. Théoriquement, ce contrôle ne soulève aucune difficulté : la constitution étant la règle supérieure, les décisions de toutes les autorités publiques doivent la respecter sous peine de nullité. Politiquement cependant, il arrive que la susceptibilité des assemblées législatives qui se réclament de la volonté du peuple qui les a élues, les conduise à se refuser à tout examen de la constitutionnalité des lois qu'elles ont adoptées. C'est ainsi qu'en France le principe selon lequel la loi est l'expression de la volonté générale a fait obstacle à tout contrôle jusqu'en 1946 où, pour la première fois, il fut introduit, de façon d'ailleurs tout à fait anodine, dans les institutions françaises.

D'autre part, une fois admis le principe du contrôle, il reste à savoir par qui il sera exercé. Le confier à un organe politique, c'est risquer de voir celui-ci se prononcer davantage en raison de ses préférences idéologiques que pour faire prévaloir la règle supérieure. Faire appel aux juges, c'est ériger le pouvoir judiciaire en instance maîtresse de toute l'activité politique dans l'État. C'est cependant ce dernier procédé qui est généralement adopté. La délicatesse de son fonctionnement explique toutefois que, si les États où il est institué sont nombreux, rares sont ceux où, pratiquement, il remplit correctement sa fonction. En fait il n'y a guère qu'aux États-Unis, en Allemagne, et dans une mesure moindre (en raison des controverses politiques qu'il soulève) en Italie et en France, que le contrôle de la constitutionnalité oppose un obstacle sérieux à l'hégémonie du législateur et aux activités inconstitutionnelles des autorités étatiques. Ce n'est pas dire, d'ailleurs, que cette tutelle juridictionnelle soit toujours supportée sans impatience. Il est inévitable, en effet, qu'ayant à apprécier la conformité d'une décision à la constitution, le juge fasse prévaloir son interprétation subjective de la philosophie générale dont celle-ci s'inspire. Ainsi, aux États-Unis, la Cour suprême a tenté d'opposer à la politique interventionniste du New Deal le libéralisme économique qui allait de soi au moment où fut élaborée la Constitution fédérale. En Allemagne, la Cour constitutionnelle de Karlsruhe s'est instaurée en garante de la démocratie pluraliste et libérale de type occidental où la Charte de Bonn a puisé son inspiration. Décider que telle ou telle mesure est ou non en accord avec des principes de ce genre ne va pas sans qu'interviennent les convictions politiques et sociales du juge.

C'est pourquoi celui qui est appelé à se prononcer n'est pas le juge ordinaire, mais une juridiction spéciale dont le recrutement offre le maximum de garanties d'objectivité (Allemagne, France, Italie). Ou bien, si les tribunaux sont autorisés à statuer, comme c'est le cas aux États-Unis, du moins ne pourront-ils être saisis que par voie d'exception, ce qui les amènera, non pas à annuler la loi, mais simplement à ne pas l'appliquer en l'espèce s'ils l'estiment inconstitutionnelle. En outre, leurs jugements seront tributaires de l'appréciation d'une instance supérieure (aux États-Unis, la Cour suprême) qui sera en définitive l'unique interprète de la constitution. Bien entendu, l'efficacité du contrôle dépend de l'ampleur de son ouverture. Aux États-Unis, tout individu auquel on prétend appliquer la loi peut exciper de son inconstitutionnalité devant le juge saisi de l'infraction. En France, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le président de la République, le Premier ministre ou les présidents des assemblées législatives et, depuis 1974, par soixante parlementaires. En Allemagne, la qualité pour former le recours devant le Tribunal constitutionnel dépend de l'objet de la requête.

Quelle que soit la valeur des sanctions organisées pour assurer le respect de la constitution, l'ultime garantie de celle-ci dépend de l'attachement que lui portent les citoyens. Or force est de reconnaître que l'abus des constitutions a terni leur prestige. Lorsqu'elles deviennent des publications périodiques, les individus sont peu portés à y voir, comme le voulaient les hommes de la Révolution, le tabernacle de leurs droits. Leur autorité ne survit pas à l'instabilité politique qu'elles ont pour objet de prévenir. Si les États-Unis peuvent se flatter d'avoir la doyenne des constitutions actuellement en vigueur (elle date de 1787), c'est parce qu'elle est davantage un symbole de l'unité américaine qu'un recueil de prescriptions impératives. Ses dispositions sont suffisamment larges et imprécises pour s'être accommodées d'un système de gouvernement que ses auteurs n'avaient certainement ni prévu, ni voulu. D'autre part, une pratique inaugurée après la Première Guerre mondiale et considérablement développée depuis lors, surtout dans les jeunes États, tend à faire des constitutions un programme d'action social et économique. Sous le nom de droits sociaux, on y trouve énoncés des principes dont la situation financière et culturelle du pays ne permet pas la réalisation. D'où l'impatience des gouvernés déçus par des promesses non tenues, et d'où aussi la tentation pour les gouvernants de suspendre la constitution qui leur paraît une invitation à la résistance. Enfin et surtout, on doit considérer que la valeur des constitutions ne fut jamais aussi incontestée que lorsqu'on pouvait y voir une

garantie contre l'arbitraire ou la fantaisie des gouvernants. Par elles, le peuple assurait ses droits et libertés contre un pouvoir qui lui était extérieur. Mais à partir du moment où la souveraineté populaire est interprétée comme impliquant la primauté de la volonté des masses sur toute règle préétablie, la constitution ne peut apparaître au mieux que comme un règlement précaire et révocable du fonctionnement des institutions. La constitution est un statut que le souverain impose aux agents d'exercice du pouvoir. Lorsque le souverain gouverne lui-même ou lorsque les maîtres qu'il accepte sont assez habiles pour le persuader que c'est lui qui commande par leur entremise, on ne voit pas comment, dans une telle confusion, une règle de droit pourrait prévaloir contre des exigences politiques. Aussi doit-on constater que les constitutions ne sont vraiment appliquées que dans les moments où elles sont le moins utiles.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## DIVORCE

### ***Prise de vue***

Le divorce est la rupture, consacrée par le droit, de l'union conjugale. Ce caractère le distingue nettement de la séparation de corps qui ne rompt pas le lien matrimonial, mais fait seulement disparaître l'obligation de cohabitation, et de la séparation de fait, qui laisse juridiquement le mariage intact, mais qui est un phénomène sociologique se traduisant par une division matérielle et volontaire de l'habitation. La question du divorce, a-t-on dit, divise une nation : c'est que les données sociales y sont fondamentales ; une fois admis le principe que, dans un État laïc, le mariage n'est pas indissoluble, on peut se montrer plus ou moins favorable au divorce, soit par le moyen de l'admission d'un nombre réduit ou élevé de causes de dissolution, soit par la création d'une procédure simple et rapide, ou lente et onéreuse. Dans ce débat, les pires arguments se mêlent aux meilleurs, tant est difficile l'évacuation des préjugés : il n'est guère raisonnable d'user de l'argument nataliste pour combattre le divorce – les conséquences démographiques n'ont jamais été démontrées – ni de l'argument hédoniste pour l'encourager : le droit ne peut avoir pour objectif majeur le bonheur des individus,

dont il n'est d'ailleurs pas prouvé qu'il puisse être atteint par la constatation de l'échec. Il est plus convaincant d'invoquer l'effet d'incitation à la dissolution de la famille qui résulte de l'existence d'un divorce facilité : les brouilles, d'ordre parfois mineur, s'exacerbent si peut être invoquée la menace du divorce, puis le passage à l'acte ; il est aussi a priori plus judicieux de rechercher l'intérêt des enfants mineurs nés du mariage, mais, à cet égard, la nuance s'impose : si de nombreux jeunes seront traumatisés par cet éclatement de la cellule familiale, le maintien d'un mariage où tout est objet de querelles est souvent pour eux source de graves déséquilibres ; le souci de ne pas en faire des victimes ne peut à lui seul guider la solution ; si le divorce est prononcé, c'est selon leur intérêt que sera attribuée la garde ; dans la très grande majorité des cas, elle l'est au bénéfice de la mère, ce qui ne manque pas de soulever les protestations légitimes des pères divorcés. De tout cela résulte, en termes de politique législative, la nécessité d'un compromis.

## @ 1. Histoire du divorce

L'histoire du divorce a subi l'influence des positions religieuses ; l'examen de celles-ci doit précéder un survol historique d'une institution aux contours variables.

### @ Les positions religieuses

La Bible apporte de précieux enseignements, le premier étant celui d'un principe, assorti de certaines réserves : si le droit mosaïque a admis le divorce-répudiation, ce ne fut pas sans quelques nuances, voire même condamnations (Malachie, II, 14) et la règle se renverse avec les Évangiles dans lesquels il est nettement considéré que le mariage est indissoluble, sauf dans saint Matthieu (V, 32 et XIX, 9) en cas d'adultère, exception dont la portée fut minimisée au point de disparaître lors du concile de Trente (1563). La théologie catholique enseigne le principe de l'indissolubilité : si des nullités du mariage sont admises – notamment dans le cas de non-consommation –, le divorce est toujours condamné ; le mariage est en effet un sacrement ; qu'importe qu'une théologie moderne s'efforce de réduire subtilement l'impossibilité de se délier, le principe de condamnation du divorce demeure total, même si une attitude humaniste depuis le deuxième concile du Vatican s'efforce d'être moins sévère et plus accueillante aux

divorcés remariés ; la théologie protestante diffère de la théologie catholique par le fait qu'elle ne considère pas le mariage comme un sacrement : elle n'en déduit pas toutefois qu'il soit librement dissoluble, mais les exceptions au principe sont plus nombreuses ; le divorce est admis en cas d'adultère, en cas d'abandon, en cas d'aliénation mentale, peut-être même, selon certains, en cas d'impossibilité d'aimer. L'influence de la théologie a été plus ou moins marquée selon les époques.

### 📍 Du droit romain à la loi française du 11 juillet 1975

Le droit romain a connu et beaucoup pratiqué le divorce : les deux formes admises étaient celles du divorce par consentement mutuel et du divorce-répudiation ; dans le premier cas, il est perçu comme une fin normale du mariage où le consentement mutuel défait ce qu'il a fait ; dans le second, il est la conséquence du pouvoir marital : à sens unique, il permet au mari de répudier sa femme. Le droit romain n'a pas seulement utilisé le divorce, il en a abusé. Le christianisme fut sur ce point une réaction contre ces abus, et le concile de Trente interdit le divorce, d'ailleurs aussi par réplique aux idées de la Réforme ; mais l'indissolubilité de l'union matrimoniale n'est pas absolue dans l'ancien droit. La séparation de corps dite *divortium quoad torum et mensam*, de lit et de table, est admise mais non celle de lien ; la théorie des nullités de mariage est largement appliquée. Ce régime de l'ancien droit prit fin avec la loi du 20 septembre 1792 ; si elle crée en France le divorce, c'est historiquement la résultante d'un grand mouvement d'idées : les philosophes y étaient favorables ; Montesquieu parce qu'il pensait que le maintien artificiel du mariage était de nature à nuire à la natalité, Voltaire parce que les règles de l'Église lui paraissaient contraires à la nature et au bon sens, Diderot et Rousseau parce qu'ils songeaient, primordialement, à l'intérêt des enfants. C'est aussi juridiquement une conséquence du parti qui a été pris à l'égard du mariage ; celui-ci n'est qu'un contrat aux yeux de la loi civile, il doit pouvoir être rompu librement par l'accord de deux parties, conformément au principe que la liberté individuelle ne peut jamais être aliénée d'une manière indissoluble par aucune convention ; cette conception entraîne une ouverture large des cas de divorce : consentement mutuel et répudiation unilatérale du fait d'incompatibilité d'humeur y ont leur place ; son corollaire est la disparition de la séparation de corps ; l'excès de facilité est notable : dès l'an VII, un mariage sur trois sera dissous par le divorce. Mais les rédacteurs du Code civil vont sentir la

nécessité de réagir contre ces abus ; sans revenir à un principe d'interdiction du divorce, leur action sera – comme en de nombreux autres domaines du droit privé – une œuvre de compromis, la voie suivie sera une « via média » : au divorce-faillite issu de l'esprit révolutionnaire va répliquer le divorce-sanction ; Bonaparte y joua un rôle considérable ; sans être hostile au divorce, institution d'ailleurs qui semblait pouvoir lui être utile personnellement, il fit adopter un système où le principe est celui de l'admission pour causes déterminées, qui sont des fautes invoquées par le conjoint innocent ; le divorce pour incompatibilité d'humeur est supprimé et le divorce par consentement mutuel est maintenu, mais ne peut aboutir qu'au terme d'une procédure si complexe qu'il devient un cas exceptionnel ; la statistique est révélatrice, on n'enregistrera plus qu'une cinquantaine d'exemples par an.

Mais le catholicisme redevient religion d'État en 1816 : la loi du 8 mai, dite loi Bonald, enregistre la conséquence du retour des Bourbons ; socialement, le divorce est considéré comme un « poison révolutionnaire » ; religieusement, l'indissolubilité du mariage est une règle de l'État ; la suppression de l'institution s'impose. La réforme, par principe essentielle, n'eut d'ailleurs qu'une portée limitée, le divorce n'ayant jamais été pratiqué à l'époque qu'en milieu urbain ; elle fut accueillie avec indifférence. Le divorce ne sera rétabli qu'en 1884 avec la célèbre loi Naquet ; son promoteur a repris l'idée du mariage-contrat : comme tout accord de volontés dans le but de créer des effets de droit, le mariage doit pouvoir être résilié soit d'un commun accord, soit par la volonté de l'une des parties si l'autre n'a pas rempli les conditions du contrat. Ce n'est toutefois pas le retour au système du Code civil, le divorce y est en effet conçu comme la sanction d'une faute, plus ou moins grave d'ailleurs, formant soit une cause péremptoire, tels l'adultère ou la condamnation à une peine afflictive et infamante – le juge est alors, si les faits sont prouvés, obligé de prononcer le divorce –, soit une cause facultative, tels les excès, sévices ou injures – le juge peut apprécier si la gravité des faits est suffisante pour motiver le divorce – ; quant à la procédure, elle est simple : une requête est présentée, suivie d'une tentative de conciliation ; le juge peut soit ajourner sa décision, soit délivrer un permis de citer devant le tribunal. Celui-ci pourra prononcer le divorce, soit aux torts exclusifs de l'un des époux, soit aux torts partagés. Quant aux effets, ils s'inspirent de l'idée de sanction : seul l'époux innocent peut prétendre à une pension pour lui-même ; une autre pension est accordée pour la garde des enfants, confiée en principe à celui qui a obtenu le

divorce à son profit ; des dommages-intérêts peuvent enfin être attribués au conjoint innocent en réparation du préjudice matériel ou moral causé par la dissolution du mariage. La loi du 27 juillet 1884 devait régir le divorce en France pendant presque cent ans : en effet les modifications que subit ensuite cette institution sont d'importance mineure ; la procédure est allégée en 1886, le divorce est prohibé dans les trois premières années du mariage en 1941 – mais l'essentiel de cette loi sera supprimé par l'ordonnance du 12 août 1945 ; l'histoire du divorce restera ensuite immobile jusqu'à la préparation de la loi du 11 juillet 1975.

Pourquoi une nouvelle réforme d'une institution à éclipses ? Outre le fait que la modification du droit du divorce s'inscrit dans un mouvement de renouveau du droit de la famille (droit de l'autorité parentale par la loi du 4 juin 1970, droit de la filiation par la loi du 3 janvier 1972, droit des incapables mineurs par les lois du 14 décembre 1964 et du 5 juillet 1974), le système du divorce tel qu'il résultait de la loi Naquet était essentiellement critiqué parce qu'il était entièrement fondé sur l'idée de faute, ce qui entraînait les époux soit à dramatiser leur conflit afin de noircir le plus possible l'adversaire – ce qui à l'évidence était regrettable pour eux et surtout pour les enfants –, soit à créer de toutes pièces ce conflit grâce à une comédie judiciaire, où l'écriture des lettres d'insultes plus ou moins dictées par les avocats n'était pas la moindre péripétie. Dédramatiser une situation hélas courante, éviter à la justice le ridicule de se faire la complice de fausses preuves, tels furent les objectifs majeurs de la réforme. Celle-ci ne pouvait se réaliser que si l'institution cessait d'avoir un visage unique : la complexité des situations à laquelle répond une complexité de demandes exigeait a priori l'admission d'une vision pluraliste de la désunion juridique. Mais, avant de cerner exactement les contours des nouveaux divorces, le législateur, opportunément, se devait d'être éclairé par des recherches entreprises du côté des sciences auxiliaires du droit.

## @ 2. Divorce et sciences auxiliaires du droit

### Sociologie, démographie

C'est tout d'abord la sociologie et la démographie qui ont apporté de précieux enseignements. La sociologie a été souvent utilisée, depuis les réflexions de Montesquieu dans *L'Esprit des lois* (XVI, 15) et celles de Durkheim (Textes 2, Religion, Morale, Anomie) jusqu'aux études menées par le ministère de la Justice en 1970 dont les résultats sont donnés dans le livre *Le Divorce en France* ; les recherches sociologiques étant très liées en la matière aux études

démographiques, l'Institut national d'études démographiques et le laboratoire de sociologie juridique de l'Université de Paris ont collaboré : deux enquêtes par sondage ont été effectuées, l'une auprès de plus de 2 000 personnes afin de cerner les attitudes des Français face au divorce, l'autre auprès de 900 divorcés afin de comprendre les réactions face à l'expérience vécue, et notamment dans le but de mesurer l'importance du remariage des divorcés. Le législateur a pu en tirer de précieux enseignements : tout d'abord, il est apparu que le divorce ne devait pas avoir un seul visage ; d'une part, des sensibilités particulières postulent des types différents de divorce ; d'autre part, celui-ci n'est pas perçu de la même manière du côté du grand public et du côté des divorcés ; ensuite, il a été démontré que trois attitudes pouvaient s'observer dans la population : deux extrêmes, l'une très favorable, l'autre très hostile à toute réforme et prêchant l'immobilisme, une plus nuancée, correspondant à l'opinion majoritaire, considérant que le divorce doit rester exceptionnel mais qu'il convient tout de même de le libéraliser. Enfin, il a été prouvé que nombre d'idées reçues devaient être remises en cause ; il n'est plus admis, de manière systématique, que la femme est toujours la victime du divorce ; on ne pense plus sans nuances que le divorce est toujours un malheur pour les enfants ; mais, par ailleurs, certaines opinions très traditionnelles subsistent, notamment la préférence de la garde des enfants de moins de dix ans à la mère ou l'obligation pour l'homme, lorsque le divorce est prononcé à ses torts, de verser à sa femme, même si le couple n'a pas d'enfants, une pension alimentaire. Le plus frappant est sans doute l'attachement du public à l'idée de faute comme fondement principal du divorce ; on a pu en déduire que si des formes modernes de divorce-remèdes pouvaient être créés, il n'était pas question de supprimer le divorce-sanction. Comme l'a dit J. Carbonnier, la leçon la plus globale que l'on a pu tirer de ces remarquables études a été une mise en garde contre toute solution absolue et monolithique en la matière.

L'analyse statistique du divorce est aussi intéressante, mais ses résultats doivent être maniés avec précaution, car ils doivent être relativisés en fonction de variables telles que les données religieuses, socio-professionnelles, géographiques ou judiciaires, par exemple. La variation du nombre des divorces a été étudiée par référence à diverses autres données, telles que le nombre des mariages ou l'âge des divorcés par exemple. Les chiffres démontrent une augmentation constante du nombre des divorces : 6 577 en 1890, 14 261 en 1910, 37 732 en 1966, 60 694 en 1974, il y avait eu 394 000 mariages cette même

année. Depuis la réforme, on a compté 74 000 divorces pour 355 000 mariages en 1978 et 106 527 pour 265 177 en 1987, année charnière puisque, depuis lors, on observe une reprise des mariages et une stabilisation du nombre des divorces (105 813 pour 288 000 mariages en 1990). Le divorce reste moins utilisé en France qu'il ne l'est dans certains pays étrangers : aux États-Unis, en 1989, il y a eu 1 163 000 divorces pour 2 404 000 mariages.

## @ Droit comparé

La réforme française de 1975 a été aussi précédée d'une étude approfondie de droit comparé, spécialement dans les pays d'Europe occidentale.

Si le divorce est enfin presque universellement admis – il ne demeure interdit que dans divers pays d'Amérique latine attachés au principe de l'indissolubilité du mariage –, ses traits caractéristiques sont l'objet d'importantes variations selon les pays ; l'examen des législations étrangères est d'autant plus fructueux que beaucoup de pays ont assez récemment modifié leur régime juridique en la matière, soit avant notre propre réforme (Angleterre en 1969, Italie en 1970, Pays-Bas en 1971, Belgique en 1974), soit depuis la loi française (Allemagne en 1976), étant observé que, sauf le cas de quelques pays nordiques (Danemark, Norvège, Islande, Suède) où on se satisfait d'une déclaration à l'autorité administrative, le divorce a toujours un caractère judiciaire.

Certains pays font prévaloir un système unitaire : le seul divorce est fondé sur l'idée de faillite de l'union conjugale (Angleterre, Italie, Pays-Bas, Allemagne) ; d'autres, un système pluraliste (Belgique, Suisse, France depuis 1975) où à côté du divorce-remède subsiste le divorce-sanction. Mais, au-delà de ces apparences tranchées, la réalité est parfois plus subtile : dans certains pays où la seule cause retenue est la désunion patente d'un ménage (tels les Pays-Bas ou l'Angleterre), on observe une réintroduction, par des dispositions secondaires, d'autres causes déterminées ; le droit néerlandais tient compte dans une certaine mesure du consentement mutuel des époux et même du concept de culpabilité ; le droit anglais cite, parmi les cinq cas établissant la faillite de l'union, la séparation de fait, soit pendant deux ans, si le défendeur consent au divorce, soit, dans le cas contraire, pendant cinq ans.

La dominante qui ressort nettement de l'examen comparatif est aussi la tendance à la libéralisation : ce mouvement irrésistible est cependant, pour certains esprits, assez préoccupant, car la transposition de modèles étrangers n'est pas toujours sans risque : J. Carbonnier (*Droit civil, la famille*, coll. Thémis, § 105, p. 167) fait à cet égard observer que les modèles permissifs viennent de pays sociologiquement protestants où ils ne se sont développés que « parce qu'ils rencontraient le contrepoids de psychologie collective ou individuelle qui rend supportables les hautes fréquences de divortialité » ; on peut dès lors rester perplexe sur la « transplantation de ces modèles dans des pays restés sociologiquement catholiques ».

### @ 3. Divorce et droit civil

Les traits caractéristiques de la nouvelle législation française peuvent être dégagés avant de tenter, de manière précise, la description du dispositif légal.

#### @ Traits caractéristiques

Le divorce, tel qu'il résulte de la loi du 11 juillet 1975, présente un premier trait : celui de pluralisme. À l'unité de cause existant avant la réforme – la faute de l'un des époux – répond la multiplicité des ouvertures ; la faute est maintenue, mais d'autres possibilités sont offertes pour répondre concrètement à une série de situations diverses, celle où les époux n'ayant rien à se reprocher veulent cependant cesser de vivre ensemble, celle où l'un des époux a abandonné l'autre depuis un laps de temps si long que tout retour semble désormais exclu. Ce pluralisme se retrouve dans plusieurs institutions du droit civil : l'exemple le plus frappant est celui des régimes matrimoniaux, où un nombre – variable selon les époques – de modèles légaux a toujours coexisté avec une liberté plus poussée puisqu'elle va jusqu'à la permission de créer son propre régime matrimonial. Le pluralisme des cadres légaux est la conséquence du pluralisme des sensibilités.

La libéralisation est le second trait caractéristique : rendre le divorce plus facile ne signifie pas, pour le législateur, qu'il y soit favorable ; mais l'évolution des mentalités qui y voit, moins qu'autrefois, une situation anormale devait logiquement entraîner un bouleversement de la législation ; la loi doit suivre, parfois avec un certain retard, l'évolution des mœurs, faute de quoi elle se trouverait détournée ou

même pire, en quelque sorte, abrogée par désuétude ; empêcher le divorce de celui qui ne veut plus, à aucun prix, du mariage ne fait que multiplier les séparations, puis les concubinages adultérins et entraver toute régularisation de la situation des enfants. Mais la libéralisation présente le risque, selon certains, de faire perdre le sens des devoirs et des responsabilités ; il ne convient pas d'exagérer ce danger, car ouvrir plus largement les portes du divorce ne constitue pas un encouragement à en franchir l'accès ; c'est plutôt d'une délégalisation qu'il s'agit, et c'est là le troisième trait caractéristique.

Délégaliser signifie tout d'abord que le droit se retire des normes appelées à régir une situation ; la volonté du législateur est que la règle juridique ne soit plus dominante en la matière ; en ce domaine, où l'on se heurte aisément à l'intimité de la vie privée, il apparaît normal de reporter sur d'autres normes – morales, religieuses – la solution des conflits ; tout au plus le droit doit-il offrir un cadre dans lequel les intéressés doivent pouvoir se mouvoir avec leur sens intime des responsabilités, mais en définitive en résolvant eux-mêmes leurs difficultés conjugales ; délégaliser signifie aussi que la loi, pourtant source essentielle du droit, ne se reconnaît qu'un rôle secondaire face au rôle principal du juge qui se voit conférer un pouvoir modérateur : la loi pose certes des règles, mais le juge a un pouvoir correcteur de la loi dans des cas individuels, en vertu de l'équité ; ainsi, dans le divorce pour rupture de la vie commune, la demande peut être repoussée s'il est établi que le divorce aurait, soit pour le défendeur, soit pour les enfants, des conséquences d'une exceptionnelle dureté ; la loi ne définit pas cette dureté, c'est au magistrat d'apprécier, selon sa propre sensibilité, si le divorce lui paraît ou non admissible. Ce report du choix de la décision, de la loi vers la jurisprudence, doit être approuvé ; il est une voie moyenne entre l'extrémisme de la règle légale rigide où l'automatisme l'emporte, parce que le magistrat n'a aucune possibilité d'appréciation, et celui de l'absence totale de loi où l'aléa prédomine, le juge étant réduit à créer la règle dans chaque cas, avec le risque de casuistique que cela comporte nécessairement. La complémentarité du rôle créateur des sources – loi et jurisprudence – contribue ainsi à la création d'un droit flexible, selon l'heureuse expression de J. Carbonnier ; cet objectif est atteint par la création d'une règle légale qui demande nécessairement une interprétation judiciaire, ce qui contribue à une meilleure adaptation à des situations particulières ; mais, là encore, la « délégalisation » n'est pas du goût de tous les esprits : certains y voient le risque que la loi perde sa prévisibilité et que le

contentieux s'en trouve alourdi ; c'est, en tout cas, la rançon à payer pour que le droit s'en trouve mieux humanisé. Enfin – et sur ce point l'approbation de l'intention est sans réserves –, la loi du 11 juillet 1975 a entendu dédramatiser le divorce ; pour ce faire, la faute passe au second plan dans le catalogue des causes : elle n'est plus nécessaire pour que le divorce aboutisse ; lorsqu'elle existe, elle n'apparaîtra plus nécessairement dans le jugement ; la procédure nouvelle se veut moins conflictuelle ; lorsque cela est possible, le souhait du législateur a été que les époux règlent eux-mêmes toutes les mesures qu'il convient de prendre pendant l'instance et aussi leur « après-divorce » ; le souhait charitable est que les ex-époux soient, moins qu'autrefois, des ennemis lorsque leur divorce est prononcé ; pour cela, il convient que le contentieux de l'après-divorce soit le plus réduit possible : répond à cette idée la création de la prestation compensatoire, remplaçant dans de nombreux cas l'ancienne pension alimentaire, qui a un caractère forfaitaire, doit être si possible versée en capital et ne peut en principe être révisée ; l'idéalisme de la solution nouvelle est ici flagrant, mais si l'idée généreuse du législateur ne peut être mise en doute, il est permis de demeurer sceptique sur la réussite de cette institution et plus généralement sur la suppression du drame familial ; peut-être est-il un peu vain de supposer que les époux, dont le conflit a été à ce point aigu qu'il aboutit à une désunion définitive, seront désormais animés des meilleures intentions l'un à l'égard de l'autre, de telle sorte qu'il n'y ait plus d'après-divorces douloureux ; le paradoxe est sans doute que la population des divorcés aspire, dans une large majorité, à fuir son passé, mais ne se comporte pas de telle façon que ce passé ne puisse resurgir.

## 📌 Le droit français du divorce depuis la loi du 11 juillet 1975

Depuis la loi de 1975, il existe non plus un type, mais quatre types de divorce ; celui qui est dit par consentement mutuel, qui recouvre deux variétés ayant une autonomie réelle : le divorce sur requête conjointe, le divorce demandé par l'un des époux et accepté par l'autre ; le divorce dit pour rupture de la vie commune ; enfin, le divorce pour faute, qui existait seul dans l'ancienne législation et dont les contours ont été un peu modifiés. Si chaque divorce a sa spécificité, ce qui oblige à décrire séparément chaque cas, il y a aussi des points communs à tous les divorces qu'il est possible de regrouper.

## **Le divorce sur requête conjointe**

C'est l'un des deux cas de divorces voulus, dits aussi divorces gracieux, car il n'y a pas de litige entre les époux, mais accord pour divorcer. Dans ce premier type, les époux désirant divorcer doivent seulement, selon l'article 230 du Code civil, soumettre à l'approbation du juge un projet de convention qui en règle les conséquences ; mais ils n'ont pas à faire connaître la cause de leur demande, qui restera secrète et ne sera pas l'objet d'un contrôle. Le souci de la dédramatisation est ici évident : on a pu dire qu'il s'agit d'un divorce discret et digne. Cependant, il convient que soit au moins vérifiée par le juge la réalité de l'accord des époux, que soit contrôlée la liberté de consentement afin qu'il soit certain que l'un des conjoints n'a pas exercé un chantage ou une pression sur l'autre dans le but de l'amener à consentir au divorce ; le juge doit donc avoir la conviction que la volonté des époux est réelle et que chacun a donné librement son accord.

Le projet de convention qui doit, de manière indispensable, régler toutes les conséquences du divorce a une importance capitale ; les époux sont chargés de fixer eux-mêmes les effets nécessaires de leur désunion : au plan patrimonial, ils doivent donc prévoir les modalités de liquidation de leur régime matrimonial, les prestations ou pensions que l'un versera à l'autre, le sort des libéralités qu'ils s'étaient consenties ; au plan extra-patrimonial, les modalités de garde des enfants, le nom de la femme divorcée ; le juge n'établit pas ce projet de convention, il lui est présenté et il le contrôle, pouvant refuser de l'homologuer s'il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux. L'intervention judiciaire se limite donc à ce contrôle destiné à assurer le caractère sérieux du divorce ; mais la loi, au plan de la procédure, exige que la requête initiale soit réitérée après un délai de réflexion, et par ailleurs, au plan du fond, qu'elle ne soit pas admissible dans les six premiers mois du mariage ; ainsi se trouveront évités des divorces insuffisamment réfléchis ou prématurés. La procédure se déroule en deux phases : les époux doivent présenter une requête initiale signée par eux et leur avocat, en y joignant une convention temporaire afin de régler la situation durant la procédure, et le projet de convention réglant les effets de l'après-divorce. Le juge fixe une date de comparution des conjoints ; il a la faculté, non l'obligation, de tenter de les concilier ; il homologue la convention temporaire après l'avoir au besoin modifiée,

examine le projet de convention définitive et demande aux époux de réitérer leur requête dans les six mois suivant l'expiration du délai de réflexion ; faute de réitération, la demande deviendrait caduque ; avec la réitération s'ouvre le deuxième temps de la procédure. La seconde requête comprend un compte rendu d'exécution de la convention temporaire et la convention définitive réglant tous les effets du divorce. À la suite d'une nouvelle convocation devant le juge, celui-ci peut soit homologuer la convention et prononcer le divorce, soit ajourner sa décision pour faire modifier la convention dans un sens plus protecteur des intérêts de chaque époux ou des enfants, soit rejeter le divorce si, par exemple, il lui apparaît que le consentement n'a pas été donné librement ; dans ce dernier cas seulement, un appel contre la décision du juge est possible ; ce juge devant lequel toute la procédure se déroule donc est le juge aux affaires matrimoniales.

Le consentement des deux époux au divorce n'est pas toujours obtenu en même temps ; le législateur a prévu l'hypothèse où l'initiative appartiendrait seulement à l'un des époux, l'accord de l'autre pour divorcer n'étant donné que plus tard : c'est le divorce demandé par un époux et accepté par l'autre.

### **Le divorce demandé par un époux et accepté par l'autre**

Dans ce deuxième type de divorce par consentement mutuel, c'est l'un des époux qui présente la requête ; il doit y joindre un mémoire dans lequel il expose un ensemble de faits, procédant de l'un et de l'autre des époux, qui rendent intolérable le maintien de la vie commune (art. 233 du Code civil). Selon le Code de procédure civile (art. 1130), il doit s'efforcer de décrire objectivement la situation conjugale, sans chercher à qualifier les faits ni à les imputer à l'un ou à l'autre conjoint : cette précision démontre qu'est évitée, dans ce type de divorce, toute référence à une faute quelconque – il est question de faits, non de faute ; il ne s'agit pas d'accuser l'autre époux, il s'agit de décrire l'échec du couple ; il ne s'agit pas d'examiner des torts, mais de constater une faillite. À ce souci de bien distinguer ce divorce du divorce pour faute se joint ici encore le souhait de dédramatiser la situation : la description neutre de celle-ci a un but d'apaisement. Le mémoire est communiqué à l'autre époux qui peut soit le rejeter, expressément ou tacitement en s'abstenant de répondre dans le mois, ce qui frappe la procédure de caducité, soit l'accepter, ce qui va permettre à la procédure de se poursuivre ; le consentement au divorce est donc obtenu en deux temps : celui qui n'avait pas

voulu former la requête accepte de se laisser divorcer ; il a été souvent souligné qu'il y avait acceptation-résignation ; il y a consentement mutuel, mais imparfait ; la loi en attend, de manière un peu utopiste, une possibilité de réconciliation : de ce double effort pour décrire la vie conjugale avec ses causes d'échec, le législateur a espéré un effet de libération psychologique où la prise de conscience pourrait amener à renouer ce qui a été brisé. Le juge convoque les époux et les invite à confirmer leur mémoire ; il peut tenter de les concilier, il statue sur les mesures provisoires ; une deuxième phase s'ouvre alors, non plus devant le juge mais devant le tribunal, comme dans tout divorce contentieux ; le jugement ne fera pas connaître la cause qui est acquise et résulte du consentement mutuel ; il se borne à fixer les effets du divorce, déterminés comme en cas de divorce aux torts partagés : apparaît ici la grande différence avec le divorce par requête conjointe ; c'est la juridiction, non les époux, qui détermine les conséquences du divorce, ce qui suppose que les conjoints, parvenus à un accord tardif sur le principe même de leur séparation, ne l'étaient pas sur ses effets ; divorce dit sur double aveu, il paraît avoir l'avantage, aux yeux de la pratique, lorsque les intérêts pécuniaires en jeu ne sont pas considérables, de permettre d'obtenir plus rapidement la décision judiciaire ; il laisse l'esprit insatisfait quant à sa nature, qui demeure indécise ; son caractère volontaire est moins marqué, son caractère gracieux est moins net que lorsqu'il y a requête conjointe.

### **Le divorce pour rupture de la vie commune**

Dernier type nouveau de divorce dans la loi de 1975, c'est le plus contesté ; le divorce pour rupture de la vie commune peut être demandé dans deux cas : soit lorsque les époux vivent séparés depuis six ans (art. 237), soit lorsque les facultés mentales du conjoint se trouvent, depuis six ans, si gravement altérées qu'aucune communauté de vie ne subsiste plus entre les époux et qu'il n'y a pas d'espoir d'amélioration.

La séparation de fait suppose que les deux époux vivent séparément dans des résidences distinctes, que cette conséquence matérielle a été voulue, et qu'il n'y a eu, entre eux, durant cette période, aucune réconciliation ; elle doit avoir duré au moins six ans, ce qui donne à penser que l'espoir de retour à la vie conjugale doit être abandonné. Le cas le plus courant est celui où le demandeur du divorce a lui-même quitté le domicile conjugal et se prévaut, au bout de

plusieurs années, de son départ ; mais rien n'interdit que le demandeur soit celui qui y est resté et préfère cette voie plutôt que celle du divorce pour faute.

L'altération des facultés mentales suppose la disparition de toute communauté de vie, tant physique qu'affective ou spirituelle, ce durant plus de six ans, et sans possibilité d'amélioration ; mais la loi n'exige pas que les époux aient vécu séparés de fait depuis six ans, faute de quoi l'époux qui a abandonné son conjoint malade aurait pu plus facilement obtenir le divorce que celui qui, charitablement, est resté à ses côtés ; c'est donc la maladie mentale grave qui doit avoir été établie médicalement et avoir eu une certaine durée ; le législateur, avec peut-être quelques regrets, a considéré qu'on ne pouvait imposer l'héroïsme au conjoint d'un dément et que, plutôt que de favoriser des unions libres, il était préférable de permettre à un époux de « refaire sa vie ». Les deux cas ont ceci en commun, ce qui les a fait considérer avec réticence tant par l'opinion publique que par le Parlement, qu'ils s'apparentent à une répudiation ; or celle-ci, ainsi que J. Carbonnier l'a bien dit, demeure une tragédie pour l'époux et un sujet d'horreur dans nos sociétés occidentales : afin de ménager le sentiment populaire et la conscience du législateur, a été introduite, comme un frein nécessaire, la clause de dureté ; en cas de séparation de fait depuis plus de six ans, la demande sera repoussée si le défendeur établit que le divorce aurait, soit pour lui, compte tenu de son âge et de la durée du mariage, soit pour les enfants, des conséquences matérielles ou morales d'une exceptionnelle dureté ; le juge peut même invoquer d'office cette clause dans le cas de l'aliénation ; bien que la pratique actuellement dominante de la jurisprudence se montre peu accueillante à ce moyen de défense – retenu seulement si le divorce peut entraîner survenance ou aggravation d'une maladie, ou si la situation qui en résulterait serait pécuniairement désastreuse pour le conjoint contraint d'abandonner son logement –, on peut souhaiter une interprétation plus compréhensive et plus humaine de la clause de dureté qui permette au juge de refuser le divorce s'il est moralement injuste, pour le conjoint abandonné, de le prononcer ; mais il n'est pas possible d'aller jusqu'à souhaiter une appréciation de la faute du demandeur pour le sanctionner par un refus de sa demande : ce type de divorce exclut aussi toute appréciation des torts.

La procédure est, dans une large part, identique à celle du divorce pour faute (cf. *infra*), mais repose sur l'idée que le demandeur assume toutes les

charges de ce divorce : aussi bien la requête initiale doit-elle comporter un exposé détaillé des moyens par lesquels le demandeur assurera son devoir de secours, ainsi que des garanties qu'il peut offrir ; en cas d'altération des facultés mentales, la situation doit être établie médicalement par une expertise faite par trois médecins assermentés, attestant la gravité du mal et ses conséquences sur la vie commune, précisant au besoin – ce qui ferait repousser la demande – que le divorce aurait des conséquences trop graves sur la maladie du conjoint ; la spécificité apparaît surtout au niveau des effets : si la liberté voulue est accordée, il en faut payer le prix ; l'époux qui a pris l'initiative du divorce restera entièrement tenu du devoir de secours, donc du devoir d'entretenir son conjoint dans la mesure de ses besoins : la pension alimentaire, révisable, sera fixée en fonction des besoins du créancier et des ressources du débiteur ; le demandeur perd de plein droit les donations et avantages matrimoniaux que son conjoint lui avait consentis, alors que le défendeur les conserve ; de même ce dernier pourra obtenir que le logement lui soit concédé à bail ; la femme pourra conserver l'usage du nom du mari ; enfin le demandeur, en faisant une demande reconventionnelle en divorce pour faute, pourra obtenir des dommages-intérêts ; c'est là une passerelle vers ce qui demeure, malgré l'évolution de la loi et des mœurs, le modèle dominant : le divorce dans lequel il y a un coupable et un innocent ou deux demi-coupables, le prononcé du divorce se faisant aux torts exclusifs de l'un des époux ou aux torts partagés.

### **Le divorce pour faute**

Seul existant avant 1975, le divorce pour faute a été maintenu dans la nouvelle législation pluraliste ; mais alors que les fautes dont pouvait se prévaloir le conjoint innocent étaient limitativement énumérées et définies – deux étaient causes péremptoires, obligeant le juge à prononcer le divorce : adultère et condamnation à une peine afflictive et infamante ; une était cause facultative, laissant au juge sa liberté d'apprécier : excès, sévices, injures graves – le législateur a préféré opérer un regroupement, en supprimant la distinction des causes automatiques et de la cause à apprécier pour laisser dans tous les cas au juge son pouvoir de décision, tout en disposant que le divorce peut être demandé par un époux pour des faits imputables à l'autre lorsque ces faits constituent une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage et rendent intolérable le maintien de la vie commune (art. 242 du Code civil). La

condamnation à une peine prévue par l'article 7 du Code pénal en matière criminelle demeure visée spécialement par l'article 243. Ainsi, la faute demeure bien le fondement de ce divorce, puisqu'il est question de fait imputable. La gravité des faits n'est prise en considération que si ces faits ont été accomplis volontairement, procédant d'une volonté consciente et libre ; ces faits – sauf la condamnation à une peine – doivent constituer une violation des devoirs et obligations du mariage, tels qu'ils sont définis par les articles 212 et suivants du Code civil : fidélité, secours, assistance, communauté de vie ; mais, sur le plan patrimonial, une mauvaise gestion volontaire des biens ou, au plan extrapatrimonial, de graves défaillances dans l'éducation des enfants pourraient aussi être considérées comme fautives. Ces faits doivent être graves ou renouvelés ; un fait unique peut suffire s'il est grave, des faits relativement bénins peuvent être suffisants s'ils sont devenus coutumiers ; la liberté d'appréciation du juge se trouve renforcée par l'emploi de ces deux qualificatifs. Enfin, les faits doivent rendre intolérable le maintien de la vie commune, mais il s'agit là d'une fautive condition, car elle résulte du fait même que le divorce a été demandé. Les fautes doivent être prouvées : à cet égard, tous moyens de preuve sont admissibles, y compris l'aveu, dont l'éviction ne se justifiait que lorsque le divorce par consentement mutuel était prohibé, y compris les lettres missives, y compris les témoignages, sauf ceux des descendants ou alliés en ligne descendante, y compris les constats d'huissier.

Celui à qui sont reprochées des fautes peut se défendre, tout d'abord en opposant une fin de non recevoir tirée de la réconciliation, qui suppose la reprise de la communauté de vie, lorsque celle-ci est dictée par le pardon des offenses subies ; il peut aussi opposer la réciprocité des torts qui n'empêchera pas d'examiner la demande, mais qui peut aboutir indirectement à son rejet s'il résulte de l'examen des faits que les fautes du demandeur font perdre à celles du défendeur leur caractère de gravité (art. 245, § 1) ; dans le cas contraire, si les torts réciproques sont prouvés et sont suffisamment graves, le divorce sera prononcé aux torts partagés ; mais il est préférable, si on souhaite la dissolution de l'union, de faire une demande reconventionnelle fondée sur les torts du demandeur : si les deux demandes sont accueillies, le divorce sera prononcé aux torts partagés.

La procédure répond à la caractéristique d'un divorce contentieux : elle est divisée en deux phases. La première se déroule devant le juge aux affaires matrimoniales, à qui est présentée la requête ; le juge fixe la date de la tentative de conciliation, peut statuer sur des mesures urgentes ; en cas – le plus fréquent – de non-conciliation, il rend une ordonnance statuant sur des mesures provisoires et autorise le demandeur à assigner son conjoint ; s'ouvre alors la deuxième phase devant le tribunal qui statue sur le bien-fondé de la demande et sur les conséquences tant personnelles que pécuniaires du divorce. Le jugement, motivé, n'énoncera pas nécessairement les griefs retenus. Quant aux effets, si le divorce est prononcé aux torts exclusifs d'un époux, celui-ci n'a pas droit à une prestation compensatoire ; il perd les donations et avantages consentis par son conjoint ; il peut être condamné à des dommages-intérêts ; s'il est prononcé aux torts partagés, chacun peut révoquer les donations et avantages consentis à l'autre, une prestation compensatoire peut être accordée à l'un des époux, quoique fautif, pour compenser la disparité des conditions de vie qui résultera du divorce ; les dommages-intérêts sont exclus ; par ces divers caractères, ce dernier cas se rapproche de la cause objective et la volonté du législateur a été, ici encore, de dédramatiser le conflit. Quant aux enfants, l'évacuation de l'idée de faute est aussi très nette puisque leur garde obéit à un seul critère, celui de leur intérêt, indépendant de toute considération de l'attitude du conjoint qui se verra décerner le titre de gardien.

### 📍 Points communs à tous les divorces

Relativement à la procédure, l'action est exclusivement personnelle : ni les héritiers ni a fortiori les créanciers ne peuvent agir ; la mort de l'un des époux constitue une fin de non-recevoir ; la compétence d'attribution est celle exclusivement du tribunal de grande instance, mais, au sein de celui-ci, le juge délégué aux affaires matrimoniales a des compétences particulières selon les types de divorce ; la compétence territoriale est attribuée soit au tribunal du lieu de la résidence familiale si les époux résident ensemble, soit au tribunal du lieu de la résidence de l'époux avec lequel résident les enfants mineurs, soit, dans tous les autres cas, au tribunal du lieu où réside le défendeur. En cas de requête conjointe, la compétence est attribuée par le choix des époux au tribunal du lieu de résidence de l'un ou de l'autre.

Le jugement dissout le mariage ; il peut être l'objet de recours : appel, pourvoi en cassation, révision ; le délai et l'exercice d'une voie de recours suspendent l'exécution du jugement, sauf en ce qui concerne la garde des enfants, et les prestations ou pensions ; le jugement devenu définitif doit être publié en marge des actes de naissance des époux et au registre du commerce si l'un des époux est commerçant. Relativement aux effets, les deux points majeurs sont ceux des règlements pécuniaires et de la situation des enfants ; sur le plan patrimonial, la principale innovation de la loi du 11 juillet 1975 a été de remplacer la pension alimentaire qui pouvait être due par le conjoint coupable à l'époux innocent, en exécution du devoir de secours, par une prestation compensatoire.

La pension alimentaire présentait en effet le double inconvénient de ne pouvoir être obtenue que par le conjoint innocent, ce qui entraînait un acharnement pour avoir le bénéfice du divorce, et d'être la cause d'un lourd contentieux après divorce quant à son paiement, souvent tardif, souvent partiel, voire même inexistant : elle fut qualifiée de misère juridique. La prestation compensatoire répond au louable souci d'écarter tous ces écueils : elle est le modèle dans tous les cas de divorce, sauf dans le divorce pour rupture de la vie commune où subsiste le devoir de secours sous la forme de l'ancienne pension alimentaire ; elle peut être accordée dans tous les cas, sauf dans le divorce pour faute lorsqu'il est prononcé aux torts exclusifs d'un époux : la loi n'a pu ici aller contre le sentiment populaire qui n'aurait pas toléré que le coupable puisse obtenir paiement de la part de l'autre ; mais la prestation peut être due en cas de torts partagés, c'est bien la preuve qu'elle se détache, au moins partiellement, de l'idée de faute ; son esprit est également nouveau puisqu'il s'agit, selon les termes de l'article 270, de compenser autant qu'il est possible la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives ; enfin, pour écarter le plus possible le contentieux de l'après-divorce, cette prestation a un caractère forfaitaire : elle ne peut être révisée même en cas de remariage du créancier ou du débiteur ; elle doit être versée en capital et seulement à défaut de celui-ci en revenus. Son caractère invariable en principe, sauf si l'absence de révision avait des conséquences d'une exceptionnelle gravité, oblige le juge à la fixer en tenant compte de nombreux éléments, dont par exemple l'âge et l'état de santé des époux, ou leur possibilité d'exercer une activité professionnelle (art. 272). L'innovation n'a toutefois pas la portée qu'on pourrait souhaiter, en raison du fait que les biens des époux ne sont pas, le plus souvent, suffisants pour permettre le

paiement en capital qui seul permet d'éviter de nouveaux conflits à l'avenir ; de même demeure trop théorique la possible utilisation, renforcée depuis 1973 et 1975, de moyens de contrainte pour obtenir le paiement de la prestation : saisie-arrêt des salaires, paiement direct par l'employeur du débiteur, recouvrement public par le percepteur des sommes dues avec pénalités de retard. Le législateur s'est aussi préoccupé du sort du logement familial après divorce : si l'immeuble est un bien commun, l'attribution préférentielle à l'un des époux peut être ordonnée judiciairement ; s'il est un bien propre à l'un des époux, l'autre époux peut obtenir qu'il lui soit concédé à bail s'il a la garde des enfants, ou s'il est défendeur dans le divorce pour rupture de la vie commune.

Sur le plan extrapatrimonial, bien que le divorce laisse subsister les droits et devoirs des père et mère à l'égard de leurs enfants, en vertu de l'article 286 du Code civil, l'exercice de l'autorité parentale se trouve affecté par le divorce : la garde doit être confiée à l'un des époux ; elle l'est en fonction du seul critère de l'intérêt de l'enfant, hors de toute appréciation des fautes éventuelles ; le juge, pour la fixer, peut tenir compte des accords passés entre les époux, des résultats des enquêtes sociales et éventuellement des sentiments exprimés par les enfants. L'autre époux conserve un droit de visite et de surveillance. Cette attribution est toujours provisoire et peut être d'ailleurs modifiée selon l'intérêt des mineurs ; celui qui n'a pas la garde doit verser à l'autre une pension alimentaire pour l'entretien de l'enfant ; la pratique, d'ailleurs à l'heure actuelle contestée, est d'attribuer, dans la très grande majorité des cas, la garde à la mère, ce qui est sans doute excessif ; la garde alternée serait une solution à envisager, si, psychologiquement, elle ne présentait pas d'inconvénients pour les enfants.

Les données enregistrées par le répertoire général civil pour les années quatre-vingt révélaient, en contraste avec la situation immédiatement postérieure à la réforme, la perte de prépondérance de la faute comme cause de rupture (pour 1990, 44,8 p. 100 des cas contre 53,7 p. 100 par consentement mutuel et seulement 1,4 p. 100 pour rupture de la vie commune).

## 📌 ADMINISTRATIF (DROIT)

### ***Prise de vue***

Il est tentant de donner du droit administratif, en partant d'une observation évidente, une définition concrète à laquelle sa simplicité même conférerait une quasi-universalité. Tous les États modernes ont des organes administratifs, dont les statuts et les compétences sont nécessairement fixés par des textes juridiques. L'ensemble de ces textes ne donne-t-il pas à chaque État un droit administratif ?

La notion ne s'accommode malheureusement pas de cette définition passe-partout. Les grands systèmes juridiques entre lesquels se répartissent les États donnent, en effet, au droit administratif un sens et un contenu très différents. Dans les États continentaux, dont la France est, sur ce point, le prototype, il ne se réduit pas à la juxtaposition des règles décrivant les institutions administratives. Il se présente comme une discipline juridique cohérente et organisée, fondée sur quelques principes dont elle déduit les conséquences, au même titre que les autres grandes branches du droit. Ce n'est pas le cas partout. De plus, il n'existe pas d'unanimité entre les États touchant ceux des organes publics qu'il convient de ranger dans la catégorie administrative et dont le régime, dès lors, donnerait son contenu au droit administratif.

Il faut donc écarter toute définition simplifiée, et prendre le problème de plus loin.

L'existence d'un droit administratif suppose, d'abord, que soit acquise la distinction, au sein de l'appareil complexe que constitue le pouvoir d'État organisé, entre deux niveaux d'action, et deux catégories d'organes : d'une part, l'action des organes politiques, encadrée, du point de vue juridique, par le droit constitutionnel, et, d'autre part, l'action administrative. Si la distinction est aujourd'hui assez généralement admise, elle est loin d'avoir partout le même sens et le même contenu. De plus, la frontière qu'elle entend tracer n'est pas nette : dans la plupart des États, les organes gouvernementaux – essentiellement politiques par leur statut, leur origine, et leurs compétences – sont en même temps placés à la tête de l'administration.

## 📍 1. Administration et droit administratif

La spécificité de l'action administrative et de ses organes supposée acquise, il reste que ses rapports avec le droit peuvent revêtir les formes les plus diverses.

### 📍 L'administration sans règles

La première, et la plus naturelle, est l'ignorance. L'administration peut n'être pas soumise au droit. C'est même sa pente naturelle, du fait tant de son origine que de son objet.

Par son *origine*, l'administration – du moins l'administration publique, la seule que vise le droit administratif – est une forme du pouvoir. Elle participe naturellement de son caractère autoritaire, et de sa transcendance par rapport aux particuliers. Elle commande, et s'impose, en cas de résistance, par la force organisée dont l'État détient le monopole. L'obliger, dès lors, à se plier à des règles dont l'administré puisse exiger le respect, c'est aller contre sa nature profonde.

Par son *objet*, d'autre part, l'administration publique – qui rejoint sur ce point l'administration privée – est essentiellement tournée vers le concret. La gestion des activités qui lui incombent suppose la prise en considération, lors de chaque décision, des données propres au cas considéré, condition nécessaire pour que la décision soit adéquate à la situation qu'elle doit régir. Il y a une contradiction apparemment évidente entre la nature de la règle de droit, générale et abstraite, et les impératifs de l'action administrative.

Ce divorce entre l'administration et le droit n'a pas seulement été une étape historique, aujourd'hui dépassée, dans tous les États. Dans la mesure où il reflète une partie de la nature des choses, il a laissé des traces dans le droit positif. Nulle part, la règle de droit ne lie intégralement la décision administrative. Elle en fixe certains éléments, mais laisse à l'autorité compétente une marge de libre appréciation, variable selon les pays, et, dans chaque pays, selon les matières. C'est la distinction entre le domaine du droit et celui de l'opportunité.

Très rares sont les décisions pour lesquelles la compétence de l'autorité est entièrement liée par le droit. Le plus souvent, celui-ci limite ses exigences, réservant ainsi une sphère plus ou moins large au *pouvoir discrétionnaire*, c'est-à-dire à la liberté d'appréciation de l'autorité qui doit statuer.

### @ L'administration sans règle de droit

L'incompatibilité d'humeur entre l'administration et la règle n'est pourtant pas absolue. À partir du moment où l'ampleur de la tâche administrative exige la multiplication des agents chargés de l'assumer, il n'est plus possible, sous peine d'aboutir à un vaste chaos, de laisser chaque administrateur libre d'agir et de décider comme il l'entend. L'efficacité de l'action ne se conçoit pas dans le désordre, et l'ordre appelle la règle, grâce à laquelle les dirigeants assurent la conformité des comportements de leurs subordonnés à leurs vues propres.

Mais la soumission à la règle n'entraîne pas nécessairement la soumission au droit. Il y a, en effet, d'autres règles que la règle juridique, notamment celles que le supérieur impose aux agents subalternes : elles les lie vis-à-vis de lui, en vertu de l'autorité hiérarchique dont il est détenteur, mais non vis-à-vis des administrés, qui ne sauraient en exiger le respect. Elles ne sont pas, en effet, faites pour eux et pour leur procurer des garanties, mais bien pour assurer l'efficacité de l'action administrative. La règle, purement intérieure au cercle des rapports hiérarchiques, ne lie pas celui qui l'a prise, et qui peut toujours s'en affranchir dans un cas donné, ni même le subalterne, son destinataire normal, qui peut justifier auprès du supérieur les libertés qu'il a osé prendre par des circonstances de fait. Cette réglementation intérieure est la première forme prise par la soumission de l'administration à une règle. Le terme de *Polizeistaat* désigne classiquement l'État dont l'administration est régie, non par le droit, mais par une « police », c'est-à-dire par une règle non juridique.

Là encore, il ne s'agit pas entièrement d'un stade dépassé : dans toutes les administrations, à côté de la règle juridique, la règle intérieure, qui prend la forme de la circulaire ou de l'instruction de service, garde un large domaine. Si elle s'impose aux agents, en vertu de l'autorité du supérieur dont elle émane – au point d'éclipser parfois à leurs yeux la règle juridique, la loi ou le règlement – elle n'est pas susceptible, en principe, d'être invoquée par les administrés, qui peuvent

d'ailleurs fort bien, faute de publicité obligatoire, en ignorer l'existence et le contenu. La règle intérieure se présente ainsi comme un des éléments essentiels de la structure bureaucratique, non comme une modalité de la soumission de l'administration au droit.

### @ L'administration soumise au droit

Pour que cette soumission apparaisse, il n'a rien fallu de moins qu'une révolution dans la nature et la conception du pouvoir, c'est-à-dire l'avènement, par des voies et sous des formes diverses selon les États, de la démocratie libérale.

Il a fallu d'abord que, parmi les organes qui détiennent le pouvoir, une certaine distinction s'établisse entre le législateur, dont la mission essentielle est de statuer par voie générale, et les organes du gouvernement et de l'administration. Il a fallu surtout que fût reconnue la primauté du premier. Un mot résume la transformation, qui, repris de Montesquieu, apparaît à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle dans la Constitution des États-Unis comme dans la Constitution française de 1791 : qualifier d'« exécutif » l'ensemble des organes du gouvernement et de l'administration, c'est donner, comme base à leur action, l'exécution de la loi, donc reconnaître le caractère subordonné et limité de cette action.

Mais le développement de l'idée démocratique a eu des conséquences plus profondes : elle tend à transformer la relation de l'homme avec le pouvoir, et ce, dans tous les domaines. L'homme, non pas instrument de l'action du pouvoir, mais fin de cette action, l'homme, non plus sujet, mais citoyen : ces deux postulats impliquent que l'action de l'administration ne peut s'exercer sans limites et sans garanties. Par-delà la soumission à la *loi*, œuvre du corps chargé de légiférer, fondée sur la primauté de ce corps dans la hiérarchie des organes du pouvoir, la démocratie a donc imposé l'idée d'une soumission de l'administration au *droit*, quelles que soient les sources dont celui-ci procède.

Dans cette perspective, tout change : l'administration n'exerce plus des *pouvoirs*, mais des *compétences*, fondées sur un titre et limitées par lui ; elle n'impose plus aux particuliers des sujétions appuyées par la force, mais des obligations, ayant un contenu défini et une sanction juridique. Qu'elle sorte du

champ qui lui est ainsi ouvert, et son pouvoir s'anéantit : l'administré peut, comme à l'égard de toute activité régie par le droit, se retrancher derrière la violation du droit pour s'exonérer de l'obligation. En sens inverse, il peut exiger comme un dû ce que la loi impose à l'administration de lui accorder, et qui n'est plus, de ce fait, faveur, mais droit.

Tout cela semble naturel au citoyen moderne. Tout cela est pourtant d'acquisition récente, et demeure encore, dans certains pays, plus théorique que réel.

### @ Apparition du droit administratif

La soumission de l'administration au droit, lentement conquise au long du XIX<sup>e</sup> siècle et de la première moitié du XX<sup>e</sup>, n'emporte pas nécessairement existence d'un droit *administratif*, c'est-à-dire d'un droit différent de celui qui régit les relations entre particuliers. On peut fort bien concevoir que la soumission de l'administration au droit, poussant à la limite le principe dont elle procède, dépouille celle-ci de ses prérogatives, ne lui offre que les possibilités d'action que le droit confère aux particuliers. Une telle solution semble paradoxale aux esprits continentaux : elle n'en a pas moins défini, jusqu'à une période récente, mais avec de sérieux correctifs, le régime administratif du monde anglo-saxon. Elle en est encore la base. Là même où elle n'est pas reçue en principe, elle n'est pas totalement écartée : ceux des États occidentaux qui se sont constitués, dans l'ordre économique, un secteur public, soumettent les entreprises industrielles et commerciales qui le composent au droit commun civil et commercial.

Le droit administratif, en tant que discipline originale, apparaît donc comme un compromis : l'administration sera soumise au droit, certes, mais non au même droit que les personnes privées entre elles. Le droit qui la régira ne la privera pas de ses pouvoirs : il leur assignera un cadre et des limites. Il ne prétendra pas établir entre elle et les administrés l'égalité qui est à la base des rapports privés, mais bâtir, à partir de l'essentielle inégalité qu'appelle la sauvegarde de l'intérêt public dont l'administration a la charge, un système original de pouvoirs et d'obligations, qui assure, à la fois, l'efficacité de l'action administrative et la protection des particuliers contre l'arbitraire.

## 📌 Caractères du droit administratif

Les observations qui précèdent expliquent les caractères essentiels du droit administratif : sa relative *jeunesse*, son *absence d'universalité*, son *originalité*.

### **Jeunesse**

Les conditions qui rendaient concevable l'apparition d'un droit administratif – différenciation de l'administration au sein des organes du pouvoir, subordination de celle-ci au droit, souci de la protection des particuliers contre l'arbitraire – ne se sont trouvées réalisées qu'à un stade récent de l'évolution des sociétés : l'avènement de l'État libéral. Certes, il n'en constitue pas une pièce nécessaire, puisque le monde anglo-saxon, berceau de l'État libéral, lui a préféré, on l'a vu, la soumission de l'administration au droit commun. Mais il ne pouvait naître hors de ce cadre d'idées et d'institutions. C'est pourquoi le droit administratif n'a pas d'ancêtres. L'expression naît en France, dans les premières années du XIX<sup>e</sup> siècle, et la matière naît avec elle. La référence au droit romain, chère aux juristes, est ici privée de signification. Rien de comparable, pour la nouvelle discipline, à l'élaboration multiséculaire qui a abouti à la *common law* britannique ou au Code civil français.

### **Diversité**

Lié à une certaine civilisation, le droit administratif ne saurait prétendre à l'universalité. Son développement suppose d'abord que soit acquise la distinction entre l'intérêt personnel de l'administrateur et l'intérêt public qui lui est confié. Acquisition difficile, qui, en Europe même, a mis des siècles à s'imposer. D'autre part, là où les principes de l'État libéral sont écartés, comme dans les États socialistes, le sens et le contenu du droit administratif changent. Même dans le groupe des États qui se rattachent au libéralisme, l'absence de référence à un fonds commun de concepts et d'institutions, que la tradition romaine fournit au droit privé, et la liaison nécessaire entre le droit administratif et les institutions du pouvoir, qui varient d'un État à l'autre, selon les données de l'histoire et de la politique, expliquent l'extrême variété des règles et des structures.

Il ne faut pourtant pas exagérer cette diversité. Trois facteurs l'atténuent. Dans le groupe des États continentaux, les schémas administratifs exportés par

Napoléon, puis l'élaboration doctrinale et jurisprudentielle du XIX<sup>e</sup> siècle ont permis au droit administratif français de jouer un certain rôle d'harmonisation. C'est après avoir étudié le modèle français, et en s'inspirant de lui, qu'Otto Mayer, en 1895, entreprend la première systématisation du droit administratif allemand.

De plus, le droit administratif, parce qu'il était un droit, ne pouvait pas, dans les pays continentaux – pour lesquels le vocabulaire du droit et ses concepts essentiels venaient de Rome – ne pas emprunter à l'héritage romain, et à ses catégories fondamentales. Contrats, responsabilité, pour ne citer que deux exemples, ont pu être remodelés par le droit administratif, mais ils l'ont été à partir des concepts communs, hérités de Rome à travers le droit privé.

Enfin – et ceci vaut non plus seulement pour les États continentaux, mais pour l'ensemble des États modernes – la similitude des tâches concrètes qu'assument toutes les administrations – quels que soient les régimes et les idéologies – dans les sociétés contemporaines, tend à rapprocher les solutions juridiques qui permettent de mener ces tâches à bien.

### **Originalité par rapport au droit privé**

Dernier trait : là où le droit administratif s'est constitué en discipline autonome, c'est-à-dire en dehors du monde anglo-saxon, il se distingue profondément du droit privé, non seulement parce que – ceci est l'évidence – les institutions dont il fixe le statut n'ont pas d'homologues dans le domaine des institutions privées, mais encore et surtout parce que, là où se nouent, entre administration et particuliers, des relations juridiques apparemment analogues à celles qui se forment dans les relations privées, la règle qui les régira sera différente de celle qui s'impose aux particuliers entre eux. Le principe selon lequel l'action administrative a pour unique but *l'intérêt général*, tel qu'il est défini par les autorités politiques, est ici prédominant. Il conduit à reconnaître à l'administration les *prérogatives* nécessaires pour vaincre la résistance des intérêts privés. À l'inverse, il conduit à lui imposer des *limitations* plus étroites que celles dont s'accommodent les relations privées, afin de l'empêcher de s'écarter de la fin qui justifie son action et ses prérogatives.

Cette double originalité du droit administratif culmine sans doute en

France. Prendre une vue schématique du droit administratif français, c'est donc la façon la plus sûre de parvenir à l'essence de cette discipline. On classera ensuite, à partir de ce prototype, et selon qu'ils en divergent plus ou moins profondément, les principaux systèmes contemporains de droit administratif.

## @ 2. Le droit administratif français

### Formation historique

L'essor du droit administratif, en France, s'explique par la rencontre d'une *tradition* et d'une *idéologie*.

La tradition : celle d'un appareil administratif auquel les deux derniers siècles de la monarchie avaient donné une cohérence et une tendance centralisatrice que le Consulat et l'Empire allaient porter à l'extrême. La Révolution, cependant, avait repris, au bénéfice de son administration, les efforts de l'administration royale pour échapper au contrôle des parlements, hostiles à la centralisation : en interdisant aux corps judiciaires de connaître des procès dans lesquels l'administration était en cause, elle soustrayait pratiquement celle-ci à l'emprise du droit commun, que les juges ordinaires lui auraient normalement appliqué. Le triomphe de la tradition ne pouvait cependant affranchir l'administration de toute règle de droit : l'idéologie ne le permettait pas, qui imposait la subordination de l'exécutif à la loi. Le terrain était donc préparé pour le compromis auquel on a fait allusion : une administration soumise au droit, mais à un droit respectueux de sa puissance et de ses traditionnelles prérogatives, taillé sur mesure, distinct du droit privé.

Pourtant, l'élaboration se fit lentement. Trait essentiel : le législateur y eut relativement peu de part. Le Conseil d'État, résurgence en l'an VIII de l'ancien Conseil du roi, d'abord conseiller du chef de l'État lorsque celui-ci statuait sur les litiges – soustraits aux tribunaux judiciaires – mettant en cause l'administration, puis, après 1872, juge de ces litiges, dut, au fur et à mesure que ceux-ci faisaient surgir devant lui des questions auxquelles le droit écrit n'apportait aucune réponse, poser, au fil de ses décisions, les principes de solution. Cette jurisprudence, dont l'âge d'or s'annonce dès la seconde moitié du siècle, a élaboré l'essentiel des règles qui demeurent à la base du droit administratif. Elles furent organisées et

systematisées par une doctrine abondante et constructive, que dominent les noms de Laferrière, d'Hauriou, de Duguit et de Jèze. Entre 1890 et 1914, le droit administratif atteint son plein épanouissement, et les nombreuses remises en question de la période contemporaine n'en ont pas encore altéré les traits essentiels.

## @ Caractères dominants

### **Les sources : prééminence de la jurisprudence**

L'originalité du droit administratif s'affirme d'abord dans ses *sources*. On l'a vu, c'est la jurisprudence qui est ici prédominante. Le trait peut surprendre, dans un pays où le prestige de la règle écrite domine l'ensemble des disciplines juridiques, du fait notamment des grandes codifications napoléoniennes. Mais précisément, au début du XIX<sup>e</sup> siècle, la matière était trop neuve pour se prêter à l'élaboration d'un code. Le législateur s'en est donc tenu à une attitude pragmatique : les textes qui se sont succédé ont fixé le statut des divers organes administratifs, réglé certaines procédures, ils n'ont jamais posé de principes généraux, ni donné, de l'ensemble des rapports nés de l'action administrative, une vue synthétique.

Ces principes, c'est le juge qui a dû les élaborer. On a déjà souligné le lien étroit qui existe, en France, entre l'existence d'une juridiction administrative distincte, dont le Conseil d'État est l'organe essentiel, et celle d'un droit administratif original : si le juge judiciaire avait dû trancher les litiges administratifs, il aurait tout naturellement recouru au droit commun, qui lui était familier, pour combler les lacunes de la législation administrative. Un juge spécialisé, habitué aux réalités de l'administration, a rejeté, à l'inverse, le droit civil, et élaboré des règles propres.

Cette prééminence de la jurisprudence ne se retrouve dans aucune autre branche du droit français. Elle est moins marquée dans les droits administratifs des États qui se rapprochent du système français. Paradoxalement, elle évoque plutôt le droit anglo-saxon, et le caractère jurisprudentiel de la *common law*. Il ne faut pourtant pas l'exagérer. Au fur et à mesure que l'action administrative s'intensifiait et se diversifiait, lois, et surtout règlements, se sont

multipliés. Parfois, les solutions jurisprudentielles ont permis une systématisation législative, par exemple en matière de droit de la fonction publique. La part du droit administratif écrit a donc tendance à s'accroître. Mais les principales théories juridiques – autorité de la décision administrative, responsabilité, contrats – demeurent jurisprudentielles. Certains voient, dans ce caractère, l'une des vertus majeures du droit administratif – souplesse, possibilité d'adaptation sans rupture au mouvement du temps. D'autres dénoncent, dans cette souplesse même, et dans les difficultés qu'offre toujours la connaissance d'une règle qu'il faut dégager de la masse des arrêts, un risque pour la sécurité juridique des administrés.

### **Son esprit**

Il découle directement de son caractère jurisprudentiel. Une directive revient fréquemment dans les arrêts du Conseil d'État, celle de la *conciliation* entre les prérogatives de la puissance publique et les droits des particuliers. Intégré par son statut à l'administration, participant à ses décisions à titre consultatif, familier de ses impératifs, le Conseil d'État n'entend pas entraver son action. Mais, heureusement dominé par la tradition libérale, il sait que l'arbitraire n'est pas le compagnon nécessaire de l'autorité. Optimiste, il croit possible de garder les deux bouts de la chaîne – efficacité de l'action administrative, sécurité juridique du particulier – et de trouver, entre ces deux impératifs, un terrain d'entente. S'agit-il de la responsabilité de la puissance publique ? Elle ne saurait être, comme celle des particuliers, « générale et absolue », elle doit « concilier » les besoins du service avec les droits privés, affirme le fameux arrêt Blanco (tribunal des Conflits, 8 février 1873). S'agit-il des pouvoirs de l'autorité de police ? Elle doit « concilier les nécessités du maintien de l'ordre avec le respect de la liberté » (cf. par ex. C. E., 14 mai 1933, Benjamin). Dans toutes les grandes théories du droit administratif, on retrouve ce souci d'imposer à la liberté de l'administration les limitations nécessaires à la sécurité juridique des particuliers, mais celles-là seulement.

Cet équilibre est-il réalisé ? On en peut discuter. Certains font valoir l'extrême audace des initiatives du juge ; les exemples en sont nombreux. D'autres évoquent, au contraire, les ménagements dont il use envers l'administration. Les deux jugements sont également fondés, et également contestables, dans la mesure où le propre de toute recherche d'équilibre est de ne satisfaire pleinement

aucun des deux intérêts entre lesquels il s'établit.

### **Son caractère imparfait**

Un autre trait concerne autant la *technique du droit administratif* que son esprit : c'est un droit *imparfait*, et qui ne peut être autre, car, à la différence du droit privé – que le pouvoir impose aux particuliers, et au respect duquel il les contraint en cas de violation – le pouvoir se l'impose à lui-même, par un phénomène d'autolimitation qui, bien que suscité par l'opinion publique, n'en demeure pas moins volontaire. La soumission de l'administration au droit administratif ne repose donc pas, en définitive, sur la contrainte.

C'est l'exécutif qui détient, dans l'État, le monopole des moyens de coercition : qui pourrait, s'il désobéit à la loi et à la condamnation du juge, les mettre en œuvre pour l'obliger à se soumettre ? Dès lors, la sanction, du moins à son égard, demeure, en droit administratif, imparfaite. La soumission de l'administration au droit est une soumission volontaire, qui repose, en définitive, sur la conscience des agents publics, et sur le respect, par eux, de la règle et du juge.

### **@ Les grands chapitres du droit administratif**

Il est nécessaire, pour prendre de la discipline une vue générale, d'en délimiter les contours et d'en indiquer les articulations principales.

### **Statut des personnes publiques**

Admettre que les pouvoirs de l'administration sont des compétences, que leur exercice crée, entre elle et les administrés, des droits et des obligations, implique que soit reconnue, de son côté comme du leur, l'existence de titulaires de ces droits et obligations, c'est-à-dire de personnes juridiques, qui ne peuvent être, en ce qui concerne l'administration, que des *personnes morales* : car il est trop évident que ce n'est pas pour leur propre compte qu'agissent les hommes par lesquels l'administration prend corps.

Déterminer, au sein de l'appareil administratif, les ensembles ainsi investis de la personnalité, en décrire les organes, tel est le premier objet du droit administratif.

Deux grands types de solutions sont concevables. La première tend à ne reconnaître qu'un seul centre juridique pour toutes les activités administratives qui s'exercent sur l'ensemble du territoire national : l'État lui-même. C'est la *centralisation*, dans laquelle toute décision juridique est prise au nom et pour le compte de l'État, et produit ses effets au profit ou à l'encontre de cette unique personne

La tendance inverse suppose, en revanche, la multiplication des personnes morales investies de compétences administratives propres, dotées, comme l'État, de biens et de ressources leur constituant un patrimoine distinct, d'organes de décision susceptibles, comme les siens, de s'engager, de s'obliger, bref, jouissant à son égard d'une certaine autonomie : c'est la *décentralisation*, qui s'exerce, en fait, dans deux directions.

La première, la plus classique, accorde la personnalité juridique aux collectivités territoriales réparties sur l'ensemble du sol national, centres traditionnels d'une vie qui leur est propre, dont la logique démocratique semble exiger qu'elles gèrent elles-mêmes leurs propres affaires, par des organes représentant l'ensemble des intéressés. La commune, le département, la région sont ainsi dotés de la personnalité.

La seconde application de la décentralisation concerne, au sein de l'appareil administratif, des services assez nettement individualisés du point de vue de leur mission et de leurs moyens pour qu'il ait paru souhaitable de les ériger en centres d'une vie juridique distincte, dégagés de la subordination hiérarchique qui est la loi commune des services non personnalisés. Ce sont les *établissements publics*, dont les plus traditionnels correspondent à des services ayant soit une finalité sociale ou charitable – hospices, hôpitaux – soit une finalité intellectuelle et culturelle – facultés, universités – dont les plus importants correspondent aux activités économiques de l'État et jouissent, du fait de leur but industriel et commercial, d'un régime particulièrement souple. Encore faut-il signaler la multiplication récente d'établissements publics qui s'écartent de ces applications classiques et répondent aux formes nouvelles de l'action administrative.

Le droit administratif décrit le statut de toutes les personnes publiques

qu'on vient d'énumérer, les organes qui agissent en leur nom, les compétences qu'elles exercent, et aussi, dans le cas des personnes décentralisées, les contrôles que l'État se réserve sur leurs activités. Il le fait, d'une part, de façon synthétique, en proposant une systématisation des concepts de personne morale publique, de centralisation, de décentralisation et de contrôle administratif ; d'autre part, de façon analytique, en présentant les règles propres à chacune des grandes catégories de personnes publiques (communes, départements, régions, établissements publics).

## **Les actes administratifs**

Les personnes administratives ainsi recensées et décrites, il faut analyser les moyens juridiques par lesquels leur action peut s'exercer. C'est la théorie des *actes administratifs*, qui repose sur la distinction fondamentale des *actes unilatéraux* et des *contrats*.

Aucune théorie ne reflète mieux que celle de l'*acte administratif unilatéral* l'essentielle originalité du droit administratif par rapport au droit privé, et l'inégalité qui est à sa base. Par sa seule volonté, l'autorité administrative compétente peut en effet produire, au profit et surtout au détriment des administrés, un effet juridique, en modifiant leur situation sans que leur consentement soit requis. Bien plus, la décision ainsi prise est présumée légale, ce qui autorise l'administration à procéder à son exécution, même – tout au moins dans certaines circonstances que le juge a précisées – en utilisant la contrainte. À cette catégorie appartiennent, d'une part, les actes réglementaires, c'est-à-dire toutes les mesures à portée générale émanant d'une autorité incluse dans le pouvoir exécutif, d'autre part, les actes individuels, qui visent nommément une personne déterminée.

Le droit administratif fixe les règles relatives à la création de ces actes (compétence, formes, procédure), à leur validité, à leurs effets.

Dans le *contrat administratif*, l'inégalité fondamentale entre administration et particulier, que manifeste l'acte unilatéral, s'atténue : comme tout contrat, celui-ci suppose l'accord des deux parties, et le cocontractant de l'administration n'est lié à elle que parce qu'il l'a voulu. L'administration, dans

certain cas, peut passer les contrats civils ou commerciaux, régis par le droit privé, relevant de la compétence du juge de droit commun. C'est la règle générale en ce qui concerne les services industriels et commerciaux. Mais, le plus souvent, le contrat conclu par l'administration met en échec l'égalité essentielle qui est à la base des contrats de droit privé. Le régime des contrats administratifs reconnaît, à la personne publique, des prérogatives à tous les stades de l'opération contractuelle. Elle seule détermine les clauses du contrat, que le particulier ne peut qu'accepter ou refuser en bloc. Elle peut contrôler, voire diriger les opérations d'exécution, et sanctionner les défaillances du cocontractant sans que le juge les ait au préalable constatées. Dans certains cas et certaines limites, elle peut modifier par sa seule décision l'étendue des obligations initialement acceptées, et même mettre fin au contrat. Mais ces pouvoirs exorbitants appellent, au profit du cocontractant, des contreparties qui ne dérogent pas moins au droit commun : sur le terrain financier, sa rémunération doit, au-delà du prix initialement convenu, tenir compte, non seulement des charges nouvelles que son cocontractant lui a imposées, mais encore des aléas imprévisibles qui compromettraient l'équilibre prévu entre ses charges et ses recettes.

Ces principes généraux s'appliquent de façon différente selon le type de contrat administratif en cause, marché de travaux ou de fournitures, concession de service public, pour s'en tenir aux plus classiques. Mais, indépendamment de leur originalité juridique, il faut souligner leur importance dans la vie économique du pays, fonction du volume considérable des contrats passés par les personnes publiques.

### **Les moyens de l'action administrative**

L'action administrative ne requiert pas seulement les compétences qui aboutissent aux actes juridiques. Comme toute action, elle met en œuvre des *moyens*, dont l'ampleur est à la mesure de ses tâches.

*Moyens en personnel* d'abord. Si certains des agents par lesquels l'action administrative s'exerce, notamment dans le secteur public industriel et commercial, sont soumis au droit du travail comme les salariés des entreprises privées, la plupart d'entre eux voient leurs rapports avec la personne publique qui les emploie régis par les règles du droit administratif. Le droit de la fonction

publique en est la partie la plus importante et la plus caractéristique.

Moyens *matériels* ensuite. Traditionnellement, les règles applicables aux plus essentiels, les deniers publics, sont considérées comme relevant d'une discipline autonome, la législation financière, et non du droit administratif. Mais celui-ci reprend son empire en ce qui concerne la masse des biens de toute nature, notamment des biens immobiliers, dont l'administration a besoin. S'agit-il de leur acquisition ? Si elle ne peut se réaliser à l'amiable, par voie contractuelle, des procédures autoritaires – *expropriation pour cause d'utilité publique*, en matière de propriété des immeubles, ou *réquisition* – permettent, moyennant indemnisation, de passer outre au refus des propriétaires. S'agit-il de leur régime ? Si ceux d'entre eux que les personnes publiques utilisent essentiellement, comme les particuliers, pour en tirer un revenu, constituent leur *domaine privé*, et sont, pour l'essentiel, soumis au droit commun de la propriété, en revanche, tous ceux qui sont affectés à l'usage direct du public, comme les routes, ou à des services publics en vue desquels ils ont été spécialement aménagés, relèvent du régime original de la *domanialité publique* : une protection spéciale les garantit, tant contre les particuliers que contre l'administration elle-même.

Enfin, les constructions et aménagements qu'appelle cet énorme patrimoine immobilier sont effectués sous un régime qui multiplie les garanties au profit de l'administration, celui des *travaux publics*.

### **Les formes de l'action administrative**

La conception traditionnelle – reflet de la séparation, consacrée par l'État libéral, entre activités privées et activités publiques – distingue deux formes dans l'action administrative : tantôt l'administration se borne à contenir le libre exercice des activités privées dans les limites qu'exige le maintien de l'ordre public, en prévenant par la réglementation, la décision particulière, voire les moyens matériels, toutes les atteintes qui pourraient compromettre la tranquillité, la salubrité, la sécurité, éléments essentiels de cet ordre ; à cette forme d'action, on donne le nom de *police administrative* ; tantôt l'administration prend elle-même en charge la satisfaction d'un besoin public, auquel l'initiative privée ne suffit pas à pourvoir, et c'est le procédé du *service public*.

Décrire les divers régimes selon lesquels sont aménagés les services publics constitue une des tâches essentielles du droit administratif. Ces régimes sont multiples, ce qui s'explique par l'extrême variété des objets assignés aux services. Gestion par l'administration elle-même, le service étant, ou non, doté de la personnalité ; gestion confiée à une personne privée – notamment par un contrat de concession – mais étroitement contrôlée par l'administration ; gestion entièrement soumise au droit administratif, ou, dans le cas des services industriels et commerciaux, faisant largement appel au droit privé : ce ne sont que les principales des modalités que le droit administratif recense. Si diverses qu'elles soient, pourtant, elles laissent subsister un minimum de règles communes à tous les services : une certaine continuité, l'égalité de tous devant eux, la possibilité d'en modifier le statut si l'intérêt général l'exige.

Police et service public, aujourd'hui, ne sont plus les seules formes de l'action administrative. À l'ancienne séparation du privé et du public, que reflètent ces procédés classiques, se substitue un système de relations beaucoup plus complexes : l'État ne se borne plus, soit, par la police, à assujettir la liberté au respect de l'ordre public, soit, par le service public, à substituer ou à juxtaposer son action à celle des particuliers. Dans le domaine économique et social, notamment, et sous des formes multiples, les deux actions, privée et publique, se conjuguent et s'imbriquent : octroi d'avantages assortis de contrôles, orientations, incitations, allant parfois jusqu'à l'association dans le cadre de l'économie mixte, autant de formes d'action nouvelles que l'aménagement du territoire et la planification ne cessent de développer et dont le droit administratif moderne s'efforce de préciser les contours.

### **Les limites de l'action administrative**

On s'est placé, jusqu'ici, dans la perspective de l'administration. Si l'on s'en tenait là, le droit qui la régit pourrait apparaître comme une sorte d'arsenal dans lequel elle puiserait les armes et les formes de sa puissance. Il est cela, certes. Mais, parce qu'il est un droit, la puissance qu'il consacre est limitée. Il faut donc maintenant passer du côté de l'administré et analyser d'abord les limites que le droit administratif impose en sa faveur à l'action des personnes publiques.

Deux limites essentielles enserrant l'action administrative : le respect de

la *légalité*, et l'obligation de réparer les dommages qu'elle cause injustement, c'est-à-dire la *responsabilité*. Le juge est le gardien de l'une et de l'autre. La légalité, on l'a vu, n'est pas définie par la loi seule. Toutes les règles générales posées par une autorité compétente, depuis la Constitution jusqu'à l'ensemble hiérarchisé des règlements pris par des autorités administratives, en sont des éléments. Ce ne sont pas les seuls : des règles créées de toutes pièces par le juge tiennent, dans cet ensemble, une place essentielle. Dans ces règles jurisprudentielles, un groupe prend un relief particulier : celui des *principes généraux du droit public français*, que le Conseil d'État définit à partir de la philosophie traditionnelle de l'État libéral – égalité devant la loi, non-rétroactivité de la règle de droit, par exemple – ou d'une certaine éthique sociale – continuité du service public, exclusion de tout but étranger à l'intérêt général. Il oblige toutes les autorités exécutives, si haut qu'elles soient placées dans la hiérarchie, à les respecter.

La légalité, ainsi définie, s'impose à tous les actes de l'administration. Aucun n'est entièrement discrétionnaire, c'est-à-dire soustrait à toute règle juridique. Bien entendu, les exigences du droit, selon l'acte considéré, sont variables. Au minimum, le droit désigne l'autorité compétente pour prendre l'acte, lui impose comme but l'intérêt général, lui interdit de donner comme motif à sa décision des faits matériellement inexacts. L'exigence maximale définit à l'avance toutes les conditions auxquelles la décision est suspendue, l'administration n'ayant plus que le pouvoir de vérifier si ces conditions sont remplies. Entre ces deux limites, se déploie une gamme très étendue d'exigences de légalité : règles de procédure et de forme, règles relatives au but, aux motifs, au contenu de la décision. L'acte qui enfreint l'une de ces règles est entaché d'illégalité : il perd, de ce fait, sa force juridique.

L'obligation de réparer les dommages qu'elle cause injustement pèse sur l'administration comme sur les particuliers. Là encore, on mesure mal, aujourd'hui, la révolution que représente la reconnaissance de la responsabilité administrative. Jusqu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, l'idée survit que le propre de la souveraineté est de s'imposer sans compensation : liée à l'idée de faute, la responsabilité paraît attentatoire au respect dû au pouvoir, qui, par définition, ne peut faillir. Dès 1873, pourtant, l'arrêt Blanco consacre l'abandon de ces postulats :

si la responsabilité de l'État n'est « ni générale, ni absolue », si elle a « ses règles propres », du moins son principe se trouve-t-il formellement affirmé. Sur cette base, la jurisprudence détermine progressivement ces « règles propres ». Elle fixe les contours de la *faute de service*, dont l'existence fonde l'obligation de réparer le dommage. Allant plus loin, elle admet l'existence d'une *responsabilité sans faute*, sur la base du risque auquel l'administration a dû exposer les administrés, ou sur celle de l'atteinte à l'égalité que l'intérêt général l'a obligée à infliger à quelques-uns. Ce droit de la responsabilité, presque totalement jurisprudentiel, n'a cessé de se perfectionner, dans un sens libéral. Au stade actuel de l'évolution, les « règles propres » se sont rapprochées – quant aux satisfactions qu'elles procurent aux victimes – de celles du droit commun, sans perdre pour autant leur spécificité.

### **Le contrôle de l'administration par le juge**

Les règles ne valent que par l'efficacité de la sanction dont elles sont assorties. La garantie essentielle de l'administré réside dans la possibilité qui lui est largement offerte de provoquer, par son recours, *l'intervention du juge*.

On a souligné le rôle capital du juge administratif. Il n'est pourtant pas le seul, malgré le principe de la séparation des pouvoirs, à assurer la soumission de l'administration au droit. Le juge judiciaire conserve, à son égard, une large sphère de compétence, soit que l'administration ait choisi d'agir selon les procédés du droit commun, ce qui entraîne l'intervention du juge chargé de l'appliquer, soit que son acte, attentatoire à une liberté fondamentale ou à la propriété, se trouve dénaturé par une illégalité si évidente et si grossière qu'elle le transforme en une *voie de fait*, soit, enfin, qu'un texte particulier ait mis en échec le principe général de la compétence du juge administratif. Ces chefs de compétence judiciaire à l'égard de l'administration sont nombreux, et le développement des services industriels et commerciaux en a largement étendu le champ. Pourtant, le principe demeure : c'est le juge administratif qui a qualité pour statuer sur le contentieux né de l'action administrative. D'où l'importance de l'exacte délimitation de la frontière entre les deux ordres.

Une juridiction spéciale, composée à parité de représentants de l'un et de l'autre, le *tribunal des Conflits*, a pour mission essentielle de procéder à cette

délimitation. Elle n'en reste pas moins incertaine et complexe. La préciser, la systématiser, a été longtemps l'essentielle préoccupation des maîtres du droit administratif. C'est sous l'angle de la recherche d'un critère de la compétence contentieuse qu'ont été élaborées nombre de ses théories essentielles. Cette hypertrophie des perspectives contentieuses et des questions de compétence est un des traits caractéristiques du droit administratif français. Ce n'est sans doute pas le plus heureux. Encore tant d'efforts et de subtilités n'ont-ils pas abouti à permettre au plaideur de déterminer en toute sécurité, dans nombre de cas, le juge qu'il doit saisir.

La complexité des problèmes de compétence est le prix dont le justiciable français doit payer l'existence d'une juridiction administrative à côté de la juridiction ordinaire. Peut-être le prix n'est-il pas trop élevé, au regard de la protection qu'il doit à cette existence, sur les deux terrains de la légalité et de la responsabilité.

La sanction du principe de légalité, sans laquelle il aurait toute chance de demeurer théorique, c'est le droit, reconnu à tout intéressé, de demander au juge, par le *recours pour excès de pouvoir*, d'annuler l'acte dont il aura constaté l'illégalité. À ce contrôle de légalité, aucun acte administratif n'est soustrait, quel qu'en soit l'auteur, quelle qu'en soit la nature, réglementaire ou individuelle, à l'exception, quantitativement négligeable, des actes dits « de gouvernement », qui intéressent soit les rapports de l'État avec une puissance étrangère, soit les relations du gouvernement avec le Parlement. Le recours pour excès de pouvoir, création du juge lui-même, est peut-être le plus révélateur de ce souci d'équilibre qui domine l'œuvre du Conseil d'État. Il respecte les prérogatives de l'administration et les nécessités de son action : non suspensif, il n'entrave pas l'exécution de l'acte attaqué ; il est enfermé dans un délai bref pour éviter que ne se prolonge l'incertitude ; enfin, le juge s'interdit toute décision autre que l'annulation pure et simple de l'acte : il se refuse à le rectifier, ou à le remplacer. Mais ces ménagements n'empêchent pas le juge d'affirmer avec énergie la soumission de l'administration au droit : l'annulation fait disparaître l'acte, à l'égard de tous, avec tous ses effets.

À côté du recours pour excès de pouvoir, le *recours dit de plein*

*contentieux* est celui par lequel est mise en œuvre la responsabilité de l'administration. En relève également l'ensemble du contentieux des contrats administratifs.

L'organisation de la juridiction administrative, la formation de ses membres, leur statut, l'autorité morale dont jouit le Conseil d'État – qui en reste, malgré l'importance prise par les tribunaux administratifs de première instance et les cours administratives d'appel, non seulement l'organe suprême, mais encore l'inspirateur – rendent effectives les garanties juridictionnelles dont bénéficie l'administré.

### @ 3. Les grands systèmes de droit administratif

Le droit administratif français fait figure de prototype par son ancienneté, son degré d'élaboration, et surtout par l'ampleur du domaine auquel il impose des règles propres, différentes de celles du droit privé.

À partir de ce prototype, on peut, sans trop d'arbitraire, classer en trois grands groupes les droits administratifs nationaux. Le premier, si vaste et si hétérogène géographiquement qu'il est difficile à qualifier, a pour berceau la partie occidentale de l'Europe continentale : il réunit des droits qui, s'ils s'écartent sur de nombreux points du système français, reposent sur les mêmes principes et adoptent des catégories identiques, ou au moins comparables.

Le second groupe est celui des États anglo-saxons. Si les postulats idéologiques y sont les mêmes que dans le groupe précédent – ceux de l'État libéral – la position du problème est, du point de vue juridique, si radicalement différente, que les solutions, longtemps opposées, commencent seulement à se rapprocher de celles des États continentaux.

Enfin, avant qu'on assiste à son complet éclatement, le groupe des États d'obédience marxiste s'inspirait de l'idéologie qui lui était propre. Mais, paradoxalement, les techniques et les modes de raisonnement étaient peut-être moins éloignés de ceux de l'Europe continentale que ne le sont les systèmes anglo-saxons.

## 🌐 Droits administratifs de l'Occident européen continental

### **L'Europe continentale**

Dans ce premier groupe, l'influence française s'est fait sentir de façon directe, soit à travers la domination napoléonienne, qui a imposé des schémas administratifs qui lui ont souvent survécu, soit, au long du XIX<sup>e</sup> siècle, par la vertu de l'exemple, lié à l'ancienneté, si relative qu'elle fût.

Le droit administratif, en effet, pouvait difficilement s'implanter dans des États où l'absolutisme monarchique et les survivances du système féodal n'avaient pas été éliminés. De plus, le cadre des petites principautés était trop étroit pour permettre son essor. C'est seulement après que l'Allemagne et l'Italie eurent accédé à l'unité qu'elles purent développer leur droit administratif.

L'unité du groupe est certaine : l'administration y est soumise au droit, mais le droit consacre ses prérogatives et établit sur une base d'inégalité ses rapports avec les administrés.

Les divergences portent d'abord sur le degré de cette soumission au droit. Là où s'est maintenue plus longtemps la tradition autoritaire, des étapes déjà dépassées en France restent à franchir. L'acte réglementaire, en Allemagne, en Espagne, n'est pas assimilé, quant au contrôle de légalité, à l'acte individuel. En Espagne encore, la responsabilité de l'État est récente et encore partielle.

Mais les divergences essentielles entre les États continentaux portent sur l'existence et le rôle de la juridiction administrative. Très rares, en effet, sont ceux qui ont donné, à leur juridiction administrative, le statut et surtout le rôle très vaste qui sont les siens en France.

Les plus proches du modèle français sont la Grèce et la Turquie, dont les Conseils d'État s'inspirent très directement du prototype français.

L'analogie est un peu moins accusée dans le cas de la Belgique. Celle-ci, lorsqu'elle parvint à l'indépendance, entendit écarter la dualité de juridictions dont elle avait fait l'expérience sous les dominations française et

hollandaise, et qui, en 1830, encourait la suspicion des libéraux en raison de son origine napoléonienne. Le système anglais, qui excluait toute juridiction administrative, semblait alors le plus favorable à la protection des citoyens contre l'arbitraire de l'administration. L'expérience belge démentit cet a priori : la timidité du juge judiciaire, face à la puissance de l'exécutif, amena la Belgique à se doter, en 1946, d'un Conseil d'État calqué sur le modèle français. Mais sa compétence se borne au contrôle de la légalité des actes par la voie du recours pour excès de pouvoir. En matière de responsabilité de la puissance publique, il n'a qu'un champ d'action très limité, l'essentiel de la matière, ainsi que celle des contrats, relevant des tribunaux judiciaires, ce qui atténue considérablement, quant au fond, le particularisme des solutions adoptées.

Le Conseil d'État italien connaît, lui aussi, une limitation de compétence analogue.

L'Allemagne fédérale possède une juridiction administrative. Mais celle-ci apparaît, par son statut, comme une branche du pouvoir judiciaire : elle n'entretient pas avec l'administration les liens étroits qui caractérisent le système français. Surtout, sa compétence, là encore, porte essentiellement sur le contrôle de légalité des décisions individuelles.

Dans les pays scandinaves, enfin, l'influence anglaise tend à exclure la juridiction administrative. Mais la Suède, qui a, en matière d'administration, une tradition originale et ancienne, possède, depuis 1809, un système de contrôle non juridictionnel de l'administration : l'*ombudsman*, personnage élu par le Parlement, dispose à l'égard de celle-ci de très larges pouvoirs d'investigation, qu'il peut exercer de sa propre initiative. L'institution a gagné récemment les autres pays scandinaves. L'Angleterre même – après la Nouvelle-Zélande – l'a adoptée, non sans de sérieuses modifications.

### **Prolongements extra-européens**

Le système administratif continental déborde largement le cadre européen. Il est, en effet, plus facile à acclimater dans des États nouveaux que le modèle anglo-saxon.

Si les États d'Amérique latine ont puisé aux États-Unis leur inspiration constitutionnelle, s'ils ont, par voie de conséquence, écarté de façon générale l'existence d'une juridiction administrative distincte, en matière administrative, en revanche, l'héritage espagnol et l'influence française les ont conduits à des solutions très proches de celles de l'Europe continentale.

De même, l'influence française est prédominante, soit en vertu d'un libre choix dans le cas de l'Égypte, soit à la suite de la période coloniale, en Syrie, au Liban, dans tous les États francophones d'Afrique, à Madagascar. Si les solutions écartent – heureusement – certaines complexités peu compatibles avec les possibilités et les besoins de pays en voie de développement, notamment en matière contentieuse, les principes, les techniques, les catégories demeurent les mêmes.

## **Institutions internationales**

Les facilités d'adaptation que donne au droit administratif de type continental son caractère rationnel expliquent qu'on doive inclure, dans ce groupe, ce qu'il faut bien appeler les droits administratifs des *communautés internationales*.

C'est évident – et naturel – dans le cas des institutions de la C.E.E. Le droit administratif communautaire reflète les concepts communs aux États membres, et le recours français pour excès de pouvoir, comme, plus récemment, le principe de la responsabilité pour faute de service, ont largement inspiré la jurisprudence de la Cour européenne de Justice.

Les institutions administratives des Nations unies font naturellement une place plus large à l'influence anglo-saxonne. Pourtant, celle du droit continental y demeure vive, et la jurisprudence du Tribunal administratif des Nations unies en offre maintes preuves.

## **@ Droits administratifs anglo-saxons**

### **Existence**

La première question qui se pose, à propos du droit administratif dans le groupe anglo-saxon, est celle de son existence. Le temps est encore proche où les

juristes britanniques la résolvait par la négative, et opposaient au système français leur solution, considérée comme seule conforme à l'idéal libéral : l'unité du droit, la *common law* régissant également les rapports privés et les relations administratives, et l'unité du juge, investi des mêmes compétences et des mêmes pouvoirs vis-à-vis de l'administration que vis-à-vis des particuliers.

La solution, paradoxale pour les esprits continentaux, s'expliquait par la structure de l'administration anglaise. Rien de semblable à la centralisation continentale : l'essentiel des tâches administratives incombait aux collectivités locales, qui ne pouvaient invoquer la souveraineté pour échapper au droit commun et à l'autorité du juge. Quant à l'action administrative de la Couronne, son caractère étroitement limité permettait de la soustraire à tout contrôle juridictionnel : le principe selon lequel « le roi ne peut mal faire » excluait toute responsabilité de l'État.

La situation s'est modifiée et l'existence d'un droit administratif n'est contestée aujourd'hui ni en Grande-Bretagne, ni aux États-Unis. Le développement d'une administration d'État – ou aux États-Unis de l'administration fédérale – s'est traduit par des textes qui l'ont munie des pouvoirs nécessaires dans les domaines où elle était appelée à s'exercer. La responsabilité de la puissance publique a été reconnue dans les deux pays par le législateur après la Seconde Guerre mondiale. On a vu se multiplier des organismes de type juridictionnel pour statuer sur certaines catégories de litiges administratifs.

## **Caractères**

Pourtant, ces rapprochements ne sauraient faire perdre de vue les différences fondamentales qui subsistent entre les deux groupes.

On peut tenir pour superficielles celles qui portent sur le contenu respectif du « droit administratif » et de l'*administrative law* : que le régime du *local government*, c'est-à-dire le statut des collectivités locales, ne soit pas intégré à celui-ci, mais fasse l'objet d'une discipline distincte n'ôte rien au particularisme de ce statut.

Ce qui demeure essentiel, c'est l'opposition des principes : la soumission

de l'action administrative à la *common law* demeure la règle, et seuls les textes peuvent apporter à cette règle des dérogations, alors que la solution française pose le principe inverse. Il en résulte que le droit administratif anglo-saxon se présente, non comme une discipline autonome, distincte du droit commun, mais comme un ensemble de dérogations à ce droit commun. Il en résulte aussi que l'étude du droit administratif français suffit à donner une vue d'ensemble des cadres juridiques de l'action administrative, en revanche, l'*administrative law* ne couvre que certains aspects de cette action, en général les plus récents, le reste continuant à relever de la *common law*. Rapprochements et comparaisons entre les deux systèmes requièrent donc une grande prudence.

### **La protection des administrés contre l'arbitraire**

Il est certain – les faits en témoignent – que l'efficacité de l'action administrative n'est nullement entravée, dans le monde anglo-saxon, par ces données juridiques. La protection des administrés contre l'arbitraire s'y trouve-t-elle mieux assurée que sur le Continent ? Certes, le juge dispose, à l'égard de l'administration, des mêmes pouvoirs qu'à l'égard des administrés : il peut, lorsqu'il en est sollicité, mettre en œuvre contre elle la vieille procédure des *orders*, et, si la décision qu'elle a prise est *ultra vires*, c'est-à-dire contraire au droit, lui enjoindre, soit de libérer celui qu'elle détient irrégulièrement (*habeas corpus*), soit de s'abstenir (*prohibition*), soit d'agir (*mandamus*), la désobéissance de l'administrateur étant sanctionnée par les peines redoutables, du *contempt of Court*. Mais si ces procédures – qui relèvent de la *common law* – sont efficaces à l'égard des autorités locales, elles ne s'appliquent pas uniformément à l'administration de l'État. Bien plus, les gouvernements britanniques, forts de leur assise parlementaire, ont pu, à mainte reprise, se faire reconnaître par le Parlement, ou se donner à eux-mêmes dans le cadre de la « législation déléguée » – qui échappe, contrairement au pouvoir réglementaire français, à toute censure – des compétences formulées en termes propres à écarter tout contrôle du juge sur leur exercice. Celui-ci, en effet, plus timide que le Conseil d'État français, se borne à vérifier que les conditions auxquelles la loi a subordonné expressément l'acte qui lui est soumis sont remplies : il suffit que la loi réduise ces conditions à la seule affirmation de la nécessité de l'acte, par celui qui a le pouvoir de le prendre, pour que l'action du juge se trouve bloquée.

Cet état de choses, que certains n'ont pas hésité à critiquer, se trouve heureusement corrigé, non seulement par la vigueur de la tradition libérale, qui oppose à l'arbitraire une barrière plus forte que ne l'est en d'autres pays celle des lois, mais encore le développement des garanties préalables à la décision. Alors que la tradition française met l'accent sur le contrôle a posteriori exercé par le juge, et tend à minimiser, de ce fait, les procédures qui permettent à l'intéressé de faire valoir son point de vue avant que soit prise la décision administrative, la règle *audi alteram partem*, aux États-Unis notamment, reçoit de larges applications au stade de la préparation de l'acte.

Le même souci de garanties pour l'administré a conduit la Grande-Bretagne à soumettre au contrôle du juge les décisions prises par les *administrative tribunals*, qui s'étaient multipliés sans que leur statut et leur procédure donnassent toujours les garanties qu'implique normalement l'activité juridictionnelle. Enfin, on a déjà signalé la transplantation, en Grande-Bretagne, du contrôle non juridictionnel exercé en Suède par l'*ombudsman*, qui prend ici le nom de commissaire parlementaire, mais avec des pouvoirs limités pour n'empiéter ni sur les prérogatives du Parlement, ni sur celles du juge.

## @ Droits administratifs des États marxistes

L'analyse qui suit, eu égard aux bouleversements idéologiques qu'ont connus la quasi-totalité de ces États dans les années quatre-vingt, n'a plus qu'une valeur historique.

### **Postulats et caractères généraux**

La séparation des pouvoirs, la soumission de l'exécutif à la loi, la défiance envers celui-ci, assises du droit administratif continental, faisait ici défaut. De même, le souci de protéger le citoyen contre le pouvoir n'avait théoriquement pas de place dans les régimes où celui-ci, émanation d'une société sans classes, était considéré comme l'instrument de la marche vers le communisme et la libération totale de l'homme, et non comme un oppresseur toujours possible. Enfin, l'ampleur des problèmes posés par la gestion d'une économie intégralement socialiste et soumise à une planification autoritaire appelait des solutions radicalement différentes de celles que consacrent, en matière de services

économiques, les États de l'Ouest, dont le secteur public, si développé qu'il soit, baigne dans un milieu juridico-économique marqué par le capitalisme.

Dès lors, il n'y avait pas de correspondance entre les deux groupes quant aux matières qui relèvent du droit administratif. La structure des institutions locales n'était qu'une partie de la théorie générale de l'État. Le droit économique avait sa spécificité, et englobait une très large part de l'action de l'administration.

Pourtant, malgré la différence des postulats et des catégories, certains problèmes essentiels se retrouvaient dans les deux systèmes.

La « légalité socialiste » est, tant par son contenu que par ses sources, bien différente du « principe de légalité » des États bourgeois : moins formelle, tout orientée vers la construction de la société communiste. Encore faut-il qu'elle soit respectée par tous les responsables, telle qu'elle a été définie par les instances suprêmes de l'État, et, à travers elles, par le Parti communiste. Or le degré de formation socialiste n'a jamais été assez élevé chez tous les agents pour que des atteintes à cette légalité ne fussent pas à craindre.

On a donc rejoint concrètement le problème de la soumission au droit de l'ensemble des organes – conseils et agents individuels – subordonnés aux autorités suprêmes de l'État.

Mais la différence des idéologies s'est traduite dans celle des solutions adoptées. Le procédé du contrôle a posteriori par le juge, individualiste dans son principe puisqu'il repose tout entier sur l'exercice du recours par l'administré qui s'estime lésé par l'action illégale de l'administration, n'a pas de place dans un pays socialiste. La principale technique de contrôle reposait sur l'action de la *Procurature*. Il s'agissait d'une institution, fortement structurée et hiérarchisée, ayant à son sommet le procureur général de l'U.R.S.S., élu pour sept ans par le Soviet suprême, et dont les membres, juxtaposés aux autorités administratives à tous les échelons, étaient chargés de contrôler préventivement leurs actes du point de vue de la légalité socialiste. La *protestation* adressée par le procureur à l'auteur de l'acte en suspendait l'exécution. Mais celui-ci restait libre de maintenir son point de vue. Le conflit pouvait être alors porté par le procureur à l'échelon

supérieur, le dernier mot appartenant toutefois à l'autorité administrative suprême.

À côté de ce contrôle juridiquement organisé, il faut signaler l'importance des contrôles internes qui s'exerçaient dans le cadre de la hiérarchie administrative, et surtout la surveillance qu'assurait à la base les groupements de masse, et, à travers eux ou directement, le Parti communiste.

### **Les démocraties populaires**

Aux indications précédentes il faudrait apporter, en ce qui concerne les diverses démocraties populaires, d'appréciables nuances. Certes, toutes ont, dans une première phase, suivi de très près le modèle offert par l'U.R.S.S. Mais la survie des traditions juridiques propres à chacune d'elles, du fait de leur longue participation antérieure au système administratif occidental, ou l'originalité de la voie qu'elles avaient choisie vers le socialisme – notamment dans le cas de la Yougoslavie – se répercutèrent sur l'évolution de leur droit administratif. En ce qui concerne la protection des administrés contre l'arbitraire, l'absence de contrôle juridictionnel conduisit au développement des procédures préalables à la décision. Elles firent, dans la plupart des démocraties populaires, l'objet de codifications développées. La Pologne y ajouta même une réglementation législative très poussée de l'exécution des décisions administratives.

Ces réformes – à l'élaboration desquelles furent plus étroitement associés qu'en U.R.S.S. des juristes professionnels, familiarisés avec les droits administratifs continentaux – faisaient appel à des catégories et à des techniques proches de celles que ces droits connaissent. Bien plus, le contrôle juridictionnel de l'administration ne fut plus considéré comme incompatible avec les principes marxistes. Son rétablissement, dans les États qui en avaient fait l'expérience – souvent avec bonheur – entre les deux guerres, fit l'objet non seulement de débats, mais encore de projets.

Ainsi tendait à se créer, entre le système continental de l'Ouest et le système soviétique, une zone qui empruntait à l'un et à l'autre et dont l'existence atténuait l'apparente opposition les séparant.

## **@ 4. Vue prospective**

Un certain nombre de menaces semblent peser sur l'avenir du droit administratif. Reflet, dans la plus large mesure, de l'idéologie libérale, il ne saurait survivre au souci de protéger l'administré contre l'arbitraire administratif. Or les tendances technocratiques, qui prétendent faire de la décision administrative la conclusion d'un processus scientifique, conduisent logiquement à attacher à celle-ci une valeur objective excluant toute contestation.

D'autre part, l'heureux développement de la science administrative, qui peut être, pour le droit, une source d'enrichissement en donnant pour base à ses règles une meilleure connaissance du phénomène administratif dans toute sa complexité, peut aussi inciter certains esprits à ne voir dans celles-ci qu'un sous-produit de la science et à en mésestimer l'efficacité.

Aux inquiétudes qui peuvent naître de ces constatations on peut opposer de solides motifs d'optimisme. Le souci de la sécurité juridique de l'administré est trop profondément lié non seulement à la démocratie libérale, mais encore à tout système qui se veut, à la fois, respectueux de la personne et efficace – car l'efficacité ne s'accommode pas de l'insécurité liée à l'arbitraire – pour que sa disparition paraisse probable. L'exemple des États de l'ancien bloc socialiste et de leur évolution est, sur ce point, très significatif.

Dans une société où le rôle de l'administration ne cesse de croître, tant à l'intérieur de chaque État qu'au niveau international, il serait paradoxal que l'on assistât à un dépérissement corrélatif du droit sans lequel cette croissance serait vouée au désordre et à l'arbitraire. Certes, le droit administratif, tel qu'il s'est développé notamment dans l'Europe continentale du XIX<sup>e</sup> siècle, est appelé à de profonds renouvellements, nettement perceptibles dans le cas de la France. Mais on ne saurait confondre la transformation d'un droit – surtout lorsqu'il est, autant que celui-ci, lié aux structures, aux idées, aux techniques, aux impératifs de l'action – avec le déclin du droit.

## **Prise de vue**

Le budget, terme actuellement abandonné par le droit positif français qui lui préfère l'expression « loi de finances de l'année », est défini à l'article 2 de l'Ordonnance du 2 janvier 1959 portant « loi organique relative aux lois de finances » : « La loi de finances de l'année prévoit et autorise, pour chaque année civile, l'ensemble des ressources et des charges de l'État. » Cette définition, qui comporte quelques lacunes, ne laisse pas percevoir l'évolution profonde qui s'est produite en matière budgétaire depuis le XIX<sup>e</sup> siècle.

Le XIX<sup>e</sup> siècle, dominé par la philosophie libérale, prônait la neutralité des finances publiques. Non seulement le budget ne devait pas avoir d'effets économiques perturbateurs des « équilibres naturels », mais il ne s'inscrivait pas dans la ligne d'une quelconque planification économique et financière alors inexistante. Le droit budgétaire de l'époque avait pour objectif essentiel de permettre au Parlement un contrôle efficace sur le gouvernement, aussi bien dans le domaine financier proprement dit que dans les autres secteurs politiques pour lesquels il accordait ou refusait des crédits.

À l'heure actuelle, ce premier objectif subsiste bien, mais il n'est plus le seul. Dans les principaux pays occidentaux, sous l'effet des crises et des guerres, comme dans les pays socialistes en raison de l'idéologie dominante, le budget n'est plus indifférent à l'économie. Au contraire, il s'insère dans l'évolution économique et il met en œuvre une politique financière à impacts économiques.

L'insertion du budget dans l'économie est normale dans les pays socialistes. Mais elle se rencontre aussi dans les démocraties occidentales, comme en témoignent les documents économiques qui accompagnent le projet de budget. En France, un fascicule spécial présente un *Rapport économique et financier* qui dresse le bilan de l'année écoulée, formule des perspectives d'avenir et situe les nouvelles dispositions budgétaires proposées dans le cadre de ces perspectives. En Angleterre, l'*Economic Survey* et surtout le *budget speech* prononcé au début de la discussion budgétaire jouent un rôle semblable. Aux États-Unis, la situation économique est décrite dans le *Rapport économique du président*, et les conséquences sur le plan financier en sont tirées dans le

« message budgétaire » que le président fait lire devant le Congrès en janvier.

Le droit budgétaire a été obligé de tenter une difficile conciliation entre l'indispensable survie du contrôle parlementaire et les nouvelles exigences de la planification financière. Il a fallu l'adapter, mais il ne s'est pas complètement transformé et il conserve encore « comme le souvenir de son ancienne signification libérale ». Parfois ses règles ont subi des mutations profondes : ainsi en témoigne le partage actuel des compétences entre législatif et exécutif dans l'établissement du budget. D'autres fois, ses règles ont survécu, plus ou moins difficilement, en façade, mais elles sont minées de l'intérieur par de multiples exceptions, comme le montre l'examen des grands principes qui décident de la présentation et du contenu du budget.

## @ 1. Les nouvelles missions du budget et l'évolution du partage des compétences entre exécutif et législatif

Tant que les règles du droit budgétaire tendaient simplement à permettre un contrôle méticuleux du législatif, le budget était un document « souple », aisément malléable, et la part du législatif dans son établissement était assez grande. En revanche, à partir du moment où le budget recherche une action économique précise, il devient « rigide » parce qu'il doit rester cohérent. Le rôle principal dans son établissement est alors assuré par l'exécutif, et le Parlement, à la limite, pourrait ne conserver que le droit de l'accepter ou de le refuser. Ainsi les nouvelles missions budgétaires provoquent un changement dans la répartition des compétences au profit de l'exécutif et au détriment du législatif, avec cependant de sensibles nuances selon que le pays pratique un régime présidentiel ou un régime parlementaire.

En régime présidentiel, la ligne de partage a beaucoup moins changé sous l'effet des nouvelles missions du budget qu'en régime parlementaire. Certes, on relève bien une évolution favorable à l'exécutif comme en témoigne le changement survenu aux États-Unis dans la préparation du budget. Avant 1921, les commissions du Congrès élaboraient elles-mêmes la proposition du budget à partir des renseignements fournis par l'Administration. Il en résultait d'ailleurs un

document assez incohérent et ce système n'a pu survivre que grâce à un excédent annuel de recettes. Mais dès que les problèmes de l'équilibre budgétaire et de l'action économique du budget se sont posés, il a fallu abandonner cette compétence législative. La loi du 10 juin 1921 a confié au président, assisté du Bureau du budget, le soin de préparer le projet du budget. De même, les pouvoirs du Congrès ont été coutumièrement limités en ce qui concerne le droit d'amendement des projets de dépenses : la Chambre des représentants ne peut que proposer des réductions de dépenses et le Sénat ne vote pas de rétablissements de crédits supérieurs aux chiffres initialement prévus par le président. Mais, au total, en régime présidentiel, l'accroissement des pouvoirs de l'exécutif en matière budgétaire demeure limité, car il se heurte à la séparation des pouvoirs. Le respect de ce principe organisateur du régime accorde une très large liberté d'action au Congrès. Il suffit pour s'en rendre compte de mentionner ses conséquences au niveau de la discussion parlementaire. Contrairement à ce qui se passe en régime parlementaire où le gouvernement intervient à chaque instant pour défendre son projet, les liaisons indispensables en régime présidentiel ne peuvent s'effectuer que par le « message budgétaire » du président et l'audition des secrétaires d'État par les commissions des Chambres. Mais cette procédure ne permet pas une défense très efficace du projet, qui est parfois très profondément amendé par le législatif comme en témoignent les coupures faites ces dernières années, aux États-Unis, dans les projets présidentiels de dépenses d'aide à l'étranger.

En régime parlementaire, la situation est très différente en raison de la collaboration des pouvoirs, qui peut s'établir à des niveaux différents. C'est dans ces régimes que le partage des compétences entre législatif et exécutif a subi des changements en profondeur et qu'à l'époque actuelle la collaboration de ces pouvoirs s'établit selon de nouvelles modalités défavorables au législatif. Ce mouvement est surtout visible dans les constitutions récentes ; à cet égard, si les choses sont sans doute plus avancées en France que dans d'autres pays, le changement est perceptible partout.

@ Le rôle actuel de l'exécutif en matière budgétaire dans un régime parlementaire

**La préparation du budget**

L'exécutif est tout d'abord chargé de la préparation du budget. Historiquement, il n'en a d'ailleurs pas toujours été ainsi. En France, la Constitution de 1791 confiait exclusivement la préparation du budget au législatif, et celle de l'an III réservait au Conseil des Cinq-Cents l'initiative des mesures budgétaires. Mais à l'heure actuelle, la situation est complètement renversée, soit que la Constitution ou la loi décident expressément le monopole gouvernemental en la matière comme en Italie ou aux États-Unis, soit dans le silence des textes constitutionnels comme en France ou dans la république fédérale d'Allemagne, soit en raison de la coutume comme en Angleterre. Ce monopole gouvernemental tient d'ailleurs autant à des raisons pratiques que théoriques. L'établissement d'un projet de budget exige un travail de spécialistes et la synthèse de renseignements dont ne disposent pas les parlementaires. En outre, comme il est impossible de satisfaire toutes les demandes de crédits des administrations, il faut recourir à des arbitrages qui sont naturellement l'œuvre du gouvernement. Enfin, un projet de budget n'est pas une simple juxtaposition de recettes et de dépenses, mais constitue un ensemble cohérent poursuivant des buts précis ; et il est normal que le gouvernement, chargé de déterminer la politique de la nation, définisse les moyens financiers nécessaires à la mise en œuvre de cette politique.

L'exécutif, en régime parlementaire, est ensuite chargé de suivre les débats budgétaires devant les Chambres. Il doit présenter et défendre son projet, éventuellement poser la question de confiance pour obtenir le rejet d'amendements qui le défigureraient.

### **L'exécution du budget**

Enfin, l'exécutif est chargé de mettre en application le budget, et c'est une mission qui, dans certains pays, revêt une grande importance. Pour ce faire, le gouvernement agit de deux manières : après le vote du budget, il peut être amené à procéder à la répartition des crédits votés par le Parlement et, en cours d'année, il lui appartient de proposer les modifications imposées par les événements et même parfois de les mettre en application de sa propre autorité.

Le problème de la répartition des crédits votés par le Parlement se pose différemment selon le degré de précision de l'autorisation législative et, à cet égard, l'exemple de la France est typique. Sous la III<sup>e</sup> République, la loi du

16 septembre 1871 prévoyait le vote des dépenses par chapitres, c'est-à-dire par masses relativement petites. L'autorisation législative était donc donnée avec beaucoup de précision et la liberté d'action gouvernementale était très faible. Mais, en la matière, l'évolution constante a consisté à demander au Parlement de se prononcer sur des masses de crédits de plus en plus grandes, en s'inspirant de l'Angleterre où ne sont pas remis en cause, chaque année, les crédits du « fonds consolidé ». On en est arrivé à demander au législateur de se prononcer en une seule fois sur les « services votés », c'est-à-dire sur l'ensemble des dépenses dont le principe a été adopté les années précédentes et qui constituent la plus grande part des dépenses publiques. En ce qui concerne les « autorisations nouvelles », la même évolution a conduit le Parlement à les voter par titre et par ministère. La répartition de ces masses devient une prérogative gouvernementale importante, bien que le gouvernement ne soit pas libre d'y procéder comme il l'entend, mais soit obligé de respecter le projet de répartition qu'il a soumis au Parlement, pour information, pendant la discussion budgétaire.

Plus important est le rôle de l'exécutif dans les modifications qu'il faut apporter au budget pendant son exécution. Naturellement, il est impossible, au moment de son élaboration, de prévoir avec exactitude tous les problèmes qui surgiront pendant l'année de son application. Des retouches pourront s'avérer nécessaires pour faire face à des situations imprévisibles et urgentes. C'est au gouvernement qu'appartient l'initiative de ces retouches. Mais, pour respecter la procédure normale, il doit demander au Parlement de voter les modifications nécessaires par une « loi de finances rectificative ». Dans certains cas, l'urgence l'autorise cependant à prendre lui-même les décisions, quitte à demander ultérieurement une ratification au Parlement. Cette dernière procédure augmente considérablement sa liberté d'action. Il suffit qu'il interprète largement la notion d'urgence pour pouvoir agir seul, et la ratification parlementaire, pour peu qu'elle tarde, devient une simple formalité : les crédits ouverts ayant effectivement été engagés, on voit mal comment le législatif pourrait la refuser ou quels seraient les effets juridiques ou politiques utiles d'un refus de ratification.

## @ Le rôle actuel du législatif en matière budgétaire dans un régime parlementaire

Traditionnellement, le Parlement dispose du droit de discuter le budget,

de l'amender, de le refuser et de contrôler son exécution. À l'heure actuelle, à l'exception du droit de le refuser, qui reste entier, les autres droits du Parlement en matière budgétaire subsistent mais sont de plus en plus limités dans certains pays et, de ce point de vue, la Constitution française du 4 octobre 1958 est celle qui adopte les solutions les plus restrictives.

## **La discussion du budget**

Le droit de discuter le budget est évidemment le droit minimum dont doit disposer un Parlement. Son principe n'est pas contestable, mais des difficultés risquent de se produire si la discussion s'éternise et si le budget n'est pas voté au début de l'année de son application. La question consiste à savoir si l'on doit laisser le Parlement le discuter aussi longtemps qu'il le souhaite ou si la discussion parlementaire doit être enfermée dans des délais. Les solutions adoptées divergent d'un pays à l'autre.

En Angleterre, la durée de la discussion budgétaire n'est limitée coutumièrement qu'en ce qui concerne le vote des dépenses. Les discussions sur la politique budgétaire et les recettes ne sont enfermées dans aucun délai. Mais le Parlement n'abuse pas de sa liberté. En outre, un certain nombre de mécanismes viennent résoudre les problèmes que soulève le débordement de la discussion budgétaire sur l'année d'exécution du budget. Dès que le *budget speech* est prononcé et le *financial statement* déposé, les projets de modification fiscale sont immédiatement rendus exécutoires par un vote de la Chambre, conformément au *Provisional Collection of Taxes Act* de 1913, pour éviter qu'ils ne donnent naissance à des spéculations. Pour les dépenses, les administrations reçoivent des crédits provisoires, par le *vote on account*, qui leur permettent de fonctionner jusqu'au vote définitif du budget. En Allemagne et en Italie, la durée de la discussion budgétaire n'est pas limitée. Il a donc été nécessaire de prévoir des palliatifs au cas où le budget ne serait pas voté le premier jour de l'année de son application. Ces palliatifs concernent les dépenses, et l'article 3 de la Constitution allemande du 23 mai 1949 donne une liste des dépenses qui peuvent continuer à être payées. L'article 81 de la Constitution italienne du 27 décembre 1947 prévoit la possibilité de budgets partiels et provisoires d'un maximum de quatre mois en cas de retard dans le vote du budget. En France, sous les III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> Républiques, les retards étaient très fréquents dans le vote du budget : ainsi, le budget de 1955

ne fut adopté qu'au mois d'août de l'année de son application ! Il fallait donc voter des « douzièmes provisoires » dont le contenu a parfois varié, mais qui, pour l'essentiel, reconduisaient la perception des impôts existants et accordaient aux administrations un ou plusieurs douzièmes du total des crédits dont elles avaient bénéficié l'année précédente. C'était un procédé à la fois dispendieux et désorganisateur, que l'on ne pratique plus à l'heure actuelle en raison des réformes apportées par la Constitution du 4 octobre 1958. Cette dernière a prévu deux dispositifs : l'un est destiné à limiter la durée de la discussion budgétaire, l'autre édicte les dispositions à prendre lorsque le budget n'est pas voté le 1<sup>er</sup> janvier de l'année de son application. D'après les dispositions constitutionnelles, la discussion budgétaire est enfermée dans un délai global de 70 jours, décomposé en délais partiels. L'absence de vote définitif à l'issue du délai de 70 jours a une conséquence radicale : le gouvernement peut mettre en vigueur le projet de budget par « ordonnances ». Le second dispositif de la Constitution du 4 octobre 1958 vise le cas où le délai de 70 jours n'est pas expiré le 1<sup>er</sup> janvier de l'année d'application du budget. Cela peut se produire, et s'est déjà produit, lorsque le gouvernement dépose le projet de budget en retard. Alors, deux procédures d'urgence sont prévues ; l'une et l'autre accordent au gouvernement le droit de percevoir les impôts et d'ouvrir par décrets les crédits se rapportant aux « services votés ». En revanche, pour les crédits relatifs aux « autorisations nouvelles », il faudra attendre l'expiration du délai de 70 jours, c'est-à-dire que le budget soit voté ou qu'il soit mis en vigueur par ordonnance.

### **Les modifications du budget**

Le législatif disposait traditionnellement du droit d'amendement en matière budgétaire. C'est pourtant un droit qui lui a été progressivement contesté, à la fois parce que son libre exercice pourrait introduire des incohérences et des contradictions dans un document qui est conçu pour faire face à une situation économique donnée, et en raison du comportement des parlementaires qui, pour plaire à leurs électeurs, sont assez portés à augmenter les dépenses et à réduire les impôts. C'est pourquoi sont apparues certaines limitations du droit d'amendement pendant la discussion budgétaire. Ainsi, en Angleterre, d'après le règlement intérieur de la Chambre des communes, les députés n'ont pas l'initiative de l'augmentation des dépenses, mais ils peuvent les réduire. En matière de recettes fiscales, leur droit d'amendement est théoriquement intact, mais les seuls

amendements qui passent dans le droit positif sont ceux qu'accepte le gouvernement. Les autres sont toujours soit retirés, soit rejetés, compte tenu de la solidité de la majorité gouvernementale. En France, ici encore, on est allé beaucoup plus loin en plusieurs étapes. L'article 40 de la Constitution du 4 octobre 1958 marque le point ultime de cette évolution en interdisant totalement les initiatives parlementaires tendant à augmenter les dépenses ou à diminuer les ressources. Cette interdiction est absolue : elle vise tous les membres du Parlement, joue en tout temps, frappe toutes les formes de l'initiative parlementaire, s'applique non seulement aux finances de l'État, mais aussi à celles des collectivités locales. Enfin et surtout, il est difficile de la tourner. Le Parlement ne peut plus utiliser une procédure ancienne, qui consistait à suspendre l'examen d'un chapitre litigieux jusqu'à ce que le gouvernement présente une « lettre rectificative » augmentant la dotation du chapitre en cause, puisque la discussion et le vote du budget sont enfermés dans des délais à l'expiration desquels le gouvernement peut mettre le projet en vigueur par ordonnances. Il semble d'ailleurs qu'on soit allé trop loin et que les limites posées à l'initiative financière mettent en cause l'initiative législative elle-même, car ce n'est qu'exceptionnellement que des propositions de lois n'auront pas de répercussions financières et pourront être mises en application sans entraîner un surcroît de dépenses publiques.

### **Le contrôle de l'exécution du budget**

Le législatif dispose enfin du droit de contrôler l'exécution du budget faite par le gouvernement. C'est là théoriquement une tâche fondamentale, indispensable pour donner sa véritable portée à l'autorisation parlementaire. Si ce contrôle n'existait pas, le gouvernement pourrait exécuter un budget différent du budget voté par le Parlement, de sorte que l'autorisation parlementaire deviendrait une formalité sans conséquences. Dans un certain nombre de pays, ce contrôle est mené en deux temps. Les comptes budgétaires sont d'abord vérifiés par un organisme spécialisé dans la comptabilité publique, indépendant du gouvernement, qui prépare le travail des parlementaires. En Angleterre, c'est l'œuvre des services du *Comptroller and Auditor General* ; en France et en Allemagne fédérale, c'est à une Cour des comptes qu'est confiée cette mission. Ultérieurement intervient un contrôle politique, mené par le législatif et destiné à donner quitus au gouvernement. La procédure anglaise fait intervenir un comité de

la Chambre des communes, le *Public Accounts Committee*, et si un désaccord apparaît entre ce comité et la Trésorerie, c'est à la Chambre entière qu'il appartient de le trancher. La Constitution française, dans son article 44, et celle de la république fédérale d'Allemagne, dans son article 114, prévoient qu'un projet de « loi de règlement » est soumis au vote du législatif. Néanmoins, si on saisit parfaitement l'objet de la loi de règlement, ses modalités sont difficiles à organiser, car on se trouve pris entre deux exigences contradictoires : d'une part, il faut laisser s'écouler suffisamment de temps après l'exécution du budget pour présenter des comptes en ordre, d'autre part, il faut présenter le projet de loi de règlement le plus rapidement possible pour que son examen par le Parlement présente quelque intérêt. À cet égard, l'expérience française est caractéristique. Pendant fort longtemps, les projets de loi de règlement ont été déposés avec des retards excédant parfois dix ans. Il est bien évident qu'ils ne servaient plus à rien. Le Parlement s'en désintéressait, car il pouvait être d'une composition humaine et politique très différente de celui qui avait voté le budget qu'il s'agissait de régler et, de toute façon, les irrégularités commises dans l'exécution de ce budget échappaient à toute sanction politique ou juridique. Pour éviter de telles situations, la Constitution allemande fixe un délai pour présenter le projet de loi de règlement et, en France, l'article 38 de l'ordonnance du 2 janvier 1959 prévoit qu'il doit être déposé et distribué au plus tard à la fin de l'année qui suit celle de l'exécution du budget. On doit d'ailleurs remarquer que, malgré une diminution sensible des délais de présentation, cette disposition n'a pas été respectée jusqu'à présent.

L'étude comparative des droits du Parlement et du gouvernement en matière budgétaire fait apparaître de notables décalages selon les régimes politiques et les pays considérés. En régime présidentiel, le Parlement conserve encore un pouvoir de décision étendu. En régime parlementaire, les règles du droit budgétaire ont évolué, de sorte que le Parlement dispose plus d'un « pouvoir de persuasion » que d'un pouvoir de décision. C'est particulièrement exact pour l'Angleterre, compte tenu des conditions de fonctionnement du régime de ce pays. C'est aussi valable pour la France, avec cette réserve que le Parlement peut toujours refuser de voter un budget et que, ce faisant, il conserve un ultime pouvoir de décision.

De même, toujours sous la pression des nouvelles missions

économiques du budget, les grands principes qui présidaient à sa présentation et à son contenu ont profondément évolué.

## @ 2. Les nouvelles missions du budget et l'évolution des principes du droit budgétaire

Les quatre grands principes du droit budgétaire forgés au XIX<sup>e</sup> siècle ne répondaient pas tous au même objectif. Les principes de l'universalité, de l'unité et de l'annualité étaient destinés à garantir au Parlement qu'il voterait chaque année un document clair et complet. Leur existence est réaffirmée à notre époque, puisque l'autorisation parlementaire en matière budgétaire subsiste elle-même. Mais ces trois principes ont, à des degrés divers, perdu leur caractère absolu et ils ont tous subi des atteintes sous la pression des nouvelles missions économiques du budget. Néanmoins, le principe de l'universalité, qui signifie que toutes les charges et toutes les ressources de l'État doivent figurer dans le budget, et le principe de l'unité, qui exige que ces ressources et ces charges soient inscrites dans un seul document budgétaire, sont les moins contestés par la doctrine moderne, et ce sont ceux qui se concilient le plus facilement avec ces nouvelles missions économiques et qui résistent le mieux, après une période de désordres dus à la Seconde Guerre mondiale. En revanche, le principe de l'annualité budgétaire, selon lequel le budget est voté chaque année pour un an, est de plus en plus discuté.

Le dernier de ces principes, celui de l'équilibre budgétaire, avait initialement un objectif différent des autres. Il était censé préserver la neutralité des finances publiques. Il a pratiquement succombé à notre époque sous la pression du dirigisme économique et avec la mise en œuvre d'une politique budgétaire interventionniste.

### @ Les atteintes au principe de l'annualité budgétaire

La règle selon laquelle le budget est voté chaque année pour un an reste inscrite aussi bien dans le droit positif français que dans celui des pays étrangers. Elle est couramment pratiquée en Grande-Bretagne, prévue dans la loi fondamentale allemande et la Constitution italienne. L'année budgétaire ne coïncide pas obligatoirement avec l'année civile. S'il en va ainsi en France, l'année

budgétaire commence le 1<sup>er</sup> avril en Grande-Bretagne et le 1<sup>er</sup> juillet aux États-Unis.

L'existence du principe de l'annualité budgétaire a tenu d'abord à une raison politique. L'autorisation budgétaire n'étant donnée que pour un an, le législatif avait l'assurance qu'il serait convoqué au moins une fois chaque année en session budgétaire. Au fur et à mesure que les régimes politiques se sont démocratisés, ce principe a progressivement perdu son rôle politique pour acquérir une raison d'être technique. À l'époque actuelle, il est surtout destiné à assurer la sincérité du contenu du budget et à permettre au législateur de prendre une décision sur un document qui aura quelques chances de s'appliquer effectivement. Il est déjà difficile de prévoir avec une exactitude relative l'évolution des recettes et des dépenses pendant l'année suivante lorsqu'on prépare le projet de budget, à plus forte raison ces prévisions risqueraient de se révéler totalement inexactes si l'on dépassait le cadre annuel.

Pourtant, le principe de l'annualité ne va pas sans soulever des problèmes de plus en plus aigus au fur et à mesure que l'État intervient dans l'économie. Il se heurte à deux difficultés majeures : comment réaliser en un an des investissements publics de plus en plus complexes, et comment concilier un budget annuel avec un plan pluriannuel, du moins dans les pays qui pratiquent la planification.

### **« Autorisation de programme » et « crédits de paiement »**

La complexité croissante des investissements publics, qui se manifeste aussi bien pour des opérations en capital que pour l'achat de certains matériels civils ou militaires, a progressivement obligé les textes budgétaires modernes à dépasser le cadre annuel. Ainsi, l'article 110 de la loi fondamentale de la république fédérale d'Allemagne prévoit que « dans certains cas particuliers, elles (les dépenses) peuvent être autorisées pour une période plus longue ». De même aux États-Unis, plusieurs procédures ont été mises au point pour résoudre ce problème. Tout d'abord, l'annualité des crédits de paiement n'est pas toujours obligatoire. Le Congrès, à la demande du gouvernement, peut décider qu'un crédit aura une validité supérieure à un an, ce qui explique les reports très considérables effectués d'une année sur l'autre. De plus, certaines autorisations de dépenses ont

une durée illimitée, mais ne donnent pas lieu à une ouverture immédiate de la totalité des crédits de paiement qui seront nécessaires pour les financer. Cette dernière formule n'est d'ailleurs guère employée par le Congrès. En France, on retrouve ces deux possibilités, mais l'importance de leur utilisation est inversée par rapport aux États-Unis. On s'est efforcé de conserver le principe de l'annualité pour les crédits de paiement tout en autorisant certains reports d'une année sur l'autre. Mais ces reports demeurent des exceptions et sont plus ou moins considérés comme le signe d'une mauvaise gestion de la part de l'administration qui les pratique. La technique des « autorisations de programme », qui élargit le cadre annuel, est couramment utilisée contrairement à ce qui se passe aux États-Unis. Elle permet au gouvernement de proposer – et au Parlement d'autoriser – l'engagement de l'ensemble des dépenses nécessaires à la mise en œuvre d'un programme dont la réalisation durera plusieurs années, étant entendu que les crédits de paiement ne sont pas tous ouverts en bloc et dès le début des travaux dont l'engagement a été autorisé. Chaque budget ne comporte que les crédits de paiement nécessaires au règlement de la fraction de programme réalisée pendant l'année budgétaire. La solution française aboutit donc à un compromis qui dissocie les diverses phases de l'opération de dépenses publiques. L'autorisation de programme, d'une durée illimitée, permet l'engagement complet de toutes les dépenses nécessaires pour mener à bien une opération en capital, mais les crédits de paiement demeurent soumis au principe de l'annualité.

### **L'insertion du budget dans les mécanismes de la planification**

La seconde grande difficulté à laquelle se heurte le principe de l'annualité réside dans l'existence d'un plan pluriannuel. Les finances publiques sont le levier essentiel de la réalisation du plan, qu'il soit obligatoire, comme dans les pays socialistes, ou qu'il s'agisse d'une planification souple, comme en France. À première vue, une liaison idéale entre le plan et le budget exigerait qu'ils aient la même durée. Le plan fixerait les objectifs et évaluerait les moyens nécessaires pour les atteindre. Le budget accorderait, pour la même période, l'ensemble des autorisations. Malheureusement, un tel schéma n'est ni idéal ni réaliste. À supposer que les objectifs du plan ne subissent aucune variation pendant sa période d'application, les prévisions budgétaires faites quatre ou cinq ans à l'avance perdraient toute rigueur, pour différents motifs et notamment en raison

des fluctuations monétaires. Deux solutions seraient alors possibles : ou l'autorisation budgétaire conserverait son caractère limitatif et le plan ne pourrait être entièrement réalisé ; ou elle prendrait un caractère évaluatif, ce qui permettrait de mener à bien le plan, mais elle perdrait toute portée puisque le chiffre voté par le législateur serait susceptible d'être modifié. Il y a encore plus grave. Le plan n'est pas un texte rigide. Il est susceptible d'adaptations ou de modifications, ce qui rend sa liaison avec le budget encore plus difficile. On retrouve toujours le même problème si l'on veut réaliser complètement le plan : ou le gouvernement peut adapter le budget aux objectifs révisés du plan et il n'y a plus de budget proprement dit, ou on demande au législateur de le modifier et mieux vaut encore garder un budget annuel. C'est ce que font les pays socialistes chez lesquels le plan a cependant un contenu obligatoire. C'est aussi la formule française dans laquelle il n'a pas de valeur budgétaire. Les prévisions qu'il établit ne permettent d'engager de dépenses que dans la mesure où elles sont reprises dans des « autorisations de programme » inscrites dans un budget et ne donnent lieu à paiement que dans la mesure où un budget annuel ouvre des « crédits de paiement sur opérations en capital ».

Au total, le principe de l'annualité connaît de nombreuses exceptions, mais il survit, autant d'ailleurs pour des raisons pratiques que pour des raisons politiques. Il n'en va pas de même pour le principe de l'équilibre.

### @ Le déclin du principe de l'équilibre budgétaire

Le principe de l'équilibre systématique, d'un équilibre recherché pour lui-même, indépendamment du contexte économique, a presque disparu à l'époque actuelle. S'il n'a pas complètement disparu, c'est qu'il demeure encore psychologiquement payant : les citoyens transposent aux finances de l'État leurs principes d'économie privée selon lesquels on ne peut rester très longtemps en déficit sans encourir de catastrophes financières. Plusieurs expériences budgétaires françaises fondées sur les mérites de l'équilibre peuvent être mentionnées. Ainsi l'expérience Laval de 1935 s'analysait comme un effort désespéré pour équilibrer le budget dans une économie déflationniste, ce qui ne pouvait qu'empirer la situation. Plus près de nous, le budget de 1965 ayant été voté et exécuté en équilibre, il avait été question d'inscrire dans une loi organique l'obligation de présenter un budget en équilibre. On a sagement renoncé à ce

principe quelque peu rétrograde et surtout peu susceptible de résister aux fluctuations économiques qui exigent une action corrective de la part des finances publiques. On doit cependant signaler que cette recherche systématique de l'équilibre figure dans la Constitution allemande. C'est une exigence qui pourrait parfois obliger à certaines hypocrisies : on présenterait et on voterait un budget en équilibre, quitte à l'exécuter de manière déficitaire.

Dans la plupart des pays européens, les budgets au lendemain de la guerre ont été déséquilibrés, non seulement pour faire face aux nécessités de la reconstruction, mais aussi pour provoquer une relance économique. La reconstruction étant maintenant achevée, les déficits que l'on rencontre ont un objectif principalement économique. Ainsi, le budget français de 1966 s'est soldé, après exécution, par un déficit de 4,64 milliards de francs, le budget néerlandais pour 1968 est présenté avec un déficit de 3,8 milliards de florins et l'exécution du budget des États-Unis pour l'exercice 1967 a fait apparaître un déficit de près de 10 milliards de dollars.

Cela ne veut cependant pas dire qu'à l'heure actuelle les budgets doivent être systématiquement en déséquilibre, comme le laisseraient supposer certaines théories, entre autres celle de l'« impasse systématique ». Il subsiste des budgets présentés et exécutés en équilibre. Mais l'équilibre actuel n'a rien à voir avec celui du XIX<sup>e</sup> siècle : ce n'est plus un équilibre « en soi et pour soi », mais un équilibre destiné à agir pendant une courte période, sur une situation économique donnée. Ainsi, en France, dans le cadre du plan de stabilisation de 1963 destiné à lutter contre l'inflation, les déficits ont tout d'abord été réduits, puis le budget a été présenté en équilibre et même exécuté ainsi pendant une année. Inversement, lorsque le besoin d'une relance économique s'est fait sentir, l'exécution des budgets a fait de nouveau apparaître un déficit. L'exemple des fluctuations de la fiscalité directe aux États-Unis est aussi caractéristique. Cette politique, connue sous le nom de « flexibilité fiscale », consiste à faire varier le niveau du prélèvement fiscal opéré par l'impôt direct pour corriger les mouvements de la conjoncture économique. Ainsi, bien que le budget des États-Unis soit en déficit depuis une dizaine d'années, les présidents ont fait voter par le Congrès en 1962 un « crédit d'impôt » sur les investissements, et en 1964 un allègement substantiel des impôts sur le revenu. Ces mesures étaient destinées à relancer l'économie,

quitte à déséquilibrer un peu plus le budget à court terme. Inversement, la « surtaxe d'impôt » proposée en 1967 n'avait pas pour objet essentiel de résorber le déficit budgétaire, mais de juguler l'inflation. Ces exemples prouvent que l'équilibre budgétaire n'est plus qu'un instrument de la politique économique : atteint avec plus ou moins de difficultés lorsqu'il peut servir cette politique, il est abandonné aussitôt qu'il s'avère perturbateur.

### @ 3. Budget et politique financière

Dans la pluralité des perspectives administratives, juridiques, sociologiques, économiques et politiques qui caractérisent le budget, l'approche économique privilégie l'activité organisationnelle de la puissance publique qui coordonne ressources et emplois afin de satisfaire les besoins publics. L'activité de la puissance publique est à l'évidence celle d'un centre de décision établissant son programme (ou son plan) de comportement dans la perspective d'un horizon significatif de la vie économique. En ce sens, le budget est un programme (ou un plan) que la spécificité de son objet, les modalités particulières de son institutionnalisation, tout autant que l'expérience historique de son développement, conduisent traditionnellement à qualifier de *programme financier de la puissance publique*. Expression économique et financière des options du pouvoir, le budget est *l'instrument de la stratégie financière de la puissance publique*.

#### @ Le budget, programme financier de la puissance publique

L'élaboration du budget suppose un ensemble ordonné d'opérations que s'assigne le centre de décision budgétaire dans une perspective temporelle – généralement annuelle – ; le budget-programme financier tend d'ailleurs, de nos jours et dans de nombreux pays, à s'articuler à des programmes plus généraux d'activité économique nationale : budget économique ou plan.

#### **Le centre de décision budgétaire**

L'analyse du centre de décision budgétaire implique, en un premier temps, catégorisation de l'agent qui établit le budget ; en un second temps, elle permet de faire apparaître les détenteurs effectifs du pouvoir de décision budgétaire.

La catégorisation de l'agent qui établit le budget permet de définir en termes économiques la notion juridico-administrative de personne publique, unité centrale de l'analyse habituelle des finances publiques. L'approche financière traditionnelle retient surtout de la personne publique – essentiellement l'État – qu'elle est l'utilisatrice de procédés de contrainte spécialement établis en vue d'assurer le financement de charges publiques qu'il y a lieu de couvrir. L'approche économique oppose, en termes de comptes nationaux, les administrations aux autres agents. L'agent « administrations », unité « non marchande », regroupe en effet l'ensemble des organismes dont les ressources ne sont pas constituées par le produit de ventes sur un marché. Les administrations publiques, selon l'approche économique de la notion de personne publique, sont : l'État (administration centrale et services extérieurs), les collectivités locales, les organismes semi-publics d'action économique et les organismes de Sécurité sociale. Mais, bien évidemment, toutes les branches « marchandes » appartenant à ces organismes (par exemple, le service des postes, télégraphes et téléphones) ne sont pas regroupées sous l'expression « administrations publiques », puisque le calcul économique de ces unités est fondé sur la logique du marché.

Les détenteurs effectifs du pouvoir de décision budgétaire apparaissent au grand jour ; il est alors permis de préciser en termes économiquement significatifs le principe de souveraineté financière qui appartient aux représentants du peuple. Pour le budget de l'État, spécialement dans les pays de démocratie pluraliste, ce principe qui fait du pouvoir législatif le centre de décision souverain en matière financière est un simple aboutissement de l'histoire constitutionnelle. Mais cette souveraineté est aujourd'hui largement atténuée par les prérogatives reconnues au pouvoir exécutif dans ces mêmes pays. C'est qu'en effet, si l'acte budgétaire suppose *autorisation*, il implique aussi au préalable *prévision*. Or cette prévision est affaire complexe et technique ; elle s'insère dans une politique économique et financière plus générale : seul l'exécutif a les moyens de préparer le budget-programme financier qui engage l'État dans ses options politico-économiques essentielles ; de même, seul l'exécutif peut assurer effectivement l'exécution de ce budget. En fait, et c'est là la situation générale dans la plupart des pays, le rôle du pouvoir législatif tend à se réduire, au travers de procédures parlementaires diverses (en France, la reconduction des « services votés » et l'usage systématique du « vote bloqué »), à un vote d'autorisation budgétaire plus ou moins différencié, symbole de l'adhésion de la majorité aux

options du gouvernement traduites en termes de programme financier. À ce rôle d'autorisation s'ajoute un rôle de contrôle d'exécution, en fait généralement trop tardif pour avoir une efficacité réelle. En définitive, c'est à un glissement du centre de décision budgétaire de l'État, du législatif vers l'exécutif, que l'on assiste. Pour les budgets des autres organismes constitutifs de l'agent économique « administrations publiques », la détermination du centre de décision budgétaire est étroitement fonction du degré de décentralisation juridique, administrative et politique existant dans l'économie étudiée. En règle générale, dans les États centralisés, comme la France, l'assujettissement de ces organismes à la tutelle de l'appareil étatique limite considérablement leur autonomie et leur souveraineté budgétaire ; dans les États décentralisés, comme la république fédérale d'Allemagne et les États-Unis d'Amérique, l'indépendance budgétaire à l'égard du pouvoir central est beaucoup plus grande. Il est néanmoins certain que les exigences de politique générale de la puissance publique tendent *de facto* à déplacer vers l'autorité centrale ou fédérale le pouvoir de décision budgétaire de ces organismes décentralisés ou fédérés.

### **Les opérations budgétaires**

Le centre de décision qui programme les opérations budgétaires coordonne un ensemble de ressources et d'emplois en vue de satisfaire les besoins publics pour une période donnée ; c'est cet ensemble qui exige d'être précisé, tant dans son contenu que dans son ordonnancement.

Le contenu des opérations budgétaires dépend étroitement de l'objectif final que s'assigne le programme financier de la puissance publique : la satisfaction de besoins publics en est l'expression la plus schématique. Il faut entendre par besoins publics « les besoins collectifs dont la satisfaction correspond à une utilité collective résultant d'une estimation faite par l'État au nom du groupe qui, présumant qu'elle est appréciée par tous, en met la réalisation à la charge de la collectivité » (A. Barrère). À l'évidence, la détermination de ces besoins publics relève d'un choix politique : c'est celui qu'effectue la puissance publique en définissant les grandes options de son budget. La détermination des moyens de satisfaction de ces besoins relève pour sa part d'un choix économique : c'est celui qu'effectue la puissance publique en précisant les emplois et ressources constitutifs de son programme budgétaire.

Ces choix s'opèrent généralement dans le cadre de l'année budgétaire, et ce principe d'annualité se justifie sur le plan politique comme sur le plan technique. Politiquement, le budget est dans une certaine mesure un blanc-seing donné au gouvernement ; il faut donc que l'autorisation budgétaire soit limitée dans le temps, afin que les représentants du peuple puissent exercer leur contrôle. Techniquement, le budget exige une prévision « fine » ; or il est souvent apparu difficile de programmer dans le détail l'ensemble des opérations budgétaires au-delà d'une période annuelle, surtout lorsque les techniques de prévision étaient quasi inexistantes, retard méthodologique qui cadrerait d'ailleurs parfaitement avec le « laissez-faire » qui inspirait la politique économique. En fait, le respect de cette norme d'annualité que l'on rencontre encore dans la quasi-totalité des procédures budgétaires est largement contredite par l'insertion du budget de la puissance publique dans les programmes, souvent pluriannuels, de l'activité économique nationale. Nonobstant cette tendance à l'allongement de la perspective temporelle, l'ensemble des ressources et emplois qui définissent le contenu du programme financier de l'État recouvre les recettes et dépenses publiques que ce dernier est disposé à opérer dans l'horizon qu'il se fixe. Les dépenses publiques ou prestations aboutissent à la mise à la disposition des agents constitutifs de l'économie nationale de moyens susceptibles d'assurer la satisfaction des besoins publics relevant de cette économie et reconnus comme tels par l'État. Les recettes publiques ou prélèvements permettent à la puissance publique de se procurer, par voie de contrainte ou de spontanéité auprès des agents constitutifs de l'économie nationale, des moyens de financement qui permettent la réalisation effective des opérations de dépense.

L'ordonnancement des opérations budgétaires, schématisé en différents types de présentation des recettes et dépenses publiques, permet de préciser la signification effective de ces dernières au regard des critères qui sous-tendent ces présentations.

Les critères administratifs d'opérations budgétaires s'inscrivent généralement dans une double norme dite d'unité et d'universalité. Le principe d'unité (ou de synthèse), essentiellement motivé par la volonté de permettre aux détenteurs de la souveraineté financière une vision unitaire et complète des prévisions de recettes et dépenses publiques, implique que toutes ces recettes et

dépenses figurent en un compte unique. Le principe d'universalité (ou d'analyse), inspiré par la volonté de présenter une analyse exhaustive du budget, implique que toutes les recettes et toutes les dépenses soient rassemblées au sein des documents budgétaires dans leur intégralité, c'est-à-dire sans compensation comptable. En fait, cette double norme, autrefois scrupuleusement respectée, est devenue aujourd'hui un simple guide de présentation, souffrant de nombreuses exceptions. L'exemple français est à cet égard significatif puisque la pratique administrative actuelle distingue : d'une part, les opérations à caractère définitif, comprenant les recettes et les dépenses du budget général, des budgets annexes et de la plupart des comptes d'affectation spéciale ; d'autre part, les opérations à caractère temporaire, comprenant en dépenses les prêts et avances accordés par l'État, et en recettes les remboursements effectués par les bénéficiaires.

Les critères économiques d'opérations budgétaires ne posent guère de problèmes pour les recettes : analystes et praticiens s'accordent à distinguer nettement recettes à titre définitif (impôts et recettes diverses) et recettes à titre temporaire (emprunts) ; la catégorie « impôt » est d'ailleurs ventilée suivant le phénomène économique atteint par le fait fiscal (revenu, dépense ou fortune). En revanche, pour les dépenses publiques, de nombreuses schématisations ont pu être proposées. La distinction entre dépenses effectives et dépenses de transfert permet d'opposer les dépenses résultant de la rémunération par l'État de services productifs achetés par l'Administration (dépenses de fonctionnement et dépenses d'investissement dites « effectives ») et les dépenses réalisant des transferts de revenus entre unités économiques (dépenses de transferts). La distinction entre dépenses courantes et dépenses en capital, d'usage constant dans les présentations budgétaires en termes de comptes nationaux, permet de classer les dépenses suivant leur type de participation à la formation de la valeur ajoutée et à l'accumulation du capital dans une économie. La distinction entre dépenses improductives et dépenses productives, au-delà de son contenu mythologique, ne prend véritablement de sens que dans une schématisation opposant dépenses de consommation et dépenses contribuant à l'accroissement du potentiel économique ; mais cette optique recoupe alors largement la classification précédente. La distinction entre dépenses définitives et dépenses temporaires permet d'opposer les dépenses ayant un effet immédiat sur les circuits de financement (les dépenses temporaires s'analysent en prêts et avances qui contribuent à accroître l'offre de fonds susceptibles d'être prêtés) et les dépenses

ayant un effet médiat sur ces mêmes circuits (influence de la variation du pouvoir d'achat liée à la réalisation des dépenses définitives).

À côté de ces diverses distinctions d'usage courant dans les pratiques budgétaires contemporaines, on notera l'existence de plusieurs propositions théoriques de présentations types, qui soulignent l'économicité de la dépense publique. On se bornera à insister ici sur la classification dite fonctionnelle. Cette dernière vise à définir les objectifs-dépenses de la puissance publique en grandes fonctions d'activité : administration générale, défense nationale, action économique, action sociale, etc. ; ainsi pourrait-on mieux apprécier la portée et la signification économique du programme gouvernemental. Cette classification fonctionnelle fait aujourd'hui l'objet de diverses applications parcellaires, notamment en France et aux Pays-Bas ; on est cependant forcé de reconnaître que cette présentation, spécialement en France, est malheureusement « noyée » dans une schématisation administrative qui dénature l'essentiel de sa signification économique.

### **Budget financier, budget économique et plan**

Le développement des modèles de politique économique, lié notamment aux progrès des travaux des comptes nationaux, tend à doter tous les pays industriels de programmes d'activité nationale schématisés en budgets économiques-programmes à court terme et plans-programmes à moyen et long terme : c'est dans ce type de programmes généraux qu'il convient désormais d'insérer le budget-programme financier de la puissance publique.

L'insertion du budget financier dans le budget économique s'opère aisément dans toute économie dotée d'un système de comptabilité nationale. Lors de la confection des comptes nationaux, les centres de décision budgétaire précédemment évoqués se combinent en effet pour constituer le sous-agent « administration publique » (partie du compte « administrations ») : tenir le compte de cette unité économique signifie donc, sous réserve d'écritures comptables spécifiques, retracer les opérations budgétaires de l'État et autres centres de décision budgétaire.

Lors de la projection à court terme des comptes nationaux, base

d'élaboration des budgets économiques, les prévisions faites sur l'activité de l'agent État – et donc sur le budget – sont directement intégrées par le comptable national dans son modèle spécifique de projection. De fait, compte tenu de l'importance du compte de cet agent et des interrelations entre décisions budgétaires et décisions économiques des autres agents, la pratique des budgets économiques conduit généralement à distinguer les esquisses exploratoires (avant connaissance du budget financier de l'année pour laquelle on établit le budget économique) des esquisses prévisionnelles plus approfondies, fondées notamment sur l'insertion du budget financier dans le budget économique.

L'insertion du budget financier dans les plans-programmes à moyen et long terme est quasi automatique dans les économies socialistes : le programme financier de l'État, qui traduit les interventions directes de la puissance publique, est une pièce maîtresse du plan économique annuel, étape et cheminement fondamental de réalisation du plan à long terme. Dans les économies programmées de type occidental, l'articulation budget-plan présente des lacunes considérables. L'économie française, prototype d'expérience de planification souple, dispose d'un plan – quinquennal depuis le V<sup>e</sup> plan – fondé sur une projection pour une année dite terminale, sans précision de cheminements conjoncturels (sous réserve de mesures discrétionnaires qui pourraient être prises sur le vu d'indicateurs d'alerte). Il y a donc un hiatus entre la décision budgétaire publique annuelle et la décision de politique économique qui intervient tous les cinq ans : aussi est-il fréquent que des décisions inspirées de motivations à court terme viennent compromettre la réalisation d'objectifs à moyen terme. Pour pallier ces insuffisances et tenir compte du caractère pluriannuel des dépenses budgétaires, une procédure dite des autorisations de programme a été mise sur pied depuis quelques années : elle permet l'engagement de dépenses sans limitation de durée (sauf annulation par un vote du Parlement). Mais le visa du contrôleur financier s'avère nécessaire pour tout engagement, et des crédits de paiement doivent être dégagés annuellement : il y a là tout un système de « freins et contrepoids » qui ne permet pas véritablement d'assurer l'articulation entre opérations budgétaires à court terme et exigences d'opérations publiques à moyen terme.

L'économie des États-Unis, qui cependant ne dispose pas d'un plan à

moyen terme, s'interroge pour sa part sur l'insertion du budget annuel dans une perspective temporelle plus ample. Cette interrogation ressortit d'abord à des réflexions sur la notion de budget fonctionnel proposée par une commission Hoover en 1949-1950 et reprise par divers analystes. Cette notion est beaucoup plus systématique que la simple présentation fonctionnelle de dépenses précédemment évoquée. Elle implique que chaque échelon administratif formule son programme d'action, précise les moyens à mettre en œuvre pour l'exécuter, propose un calendrier de réalisation et des procédures de contrôle généralement fondées sur un calcul d'efficacité en termes de gains et coûts. À partir de là s'élabore une procédure dite *Planning, Programming, Budgeting System* (P.P.B.S.), qui rendrait possible une articulation budget-plan. Cette procédure repose en effet sur trois séries d'opérations : chaque unité administrative précise quantitativement le choix des objectifs afférents à son action à moyen et long terme (*planning*) ; elle détermine ensuite les moyens alternatifs permettant d'atteindre les objectifs et les moyens retenus font alors l'objet d'un programme intertemporel assorti d'un calendrier financier (*programming*) ; l'ensemble des moyens évalués en termes de coûts monétaires fait l'objet d'une décision budgétaire séquentielle (*budgeting*). Cette procédure, qui se généralise aux États-Unis depuis 1965 et fait l'objet d'études approfondies chez les praticiens et analystes de tous les pays occidentaux, s'avère fructueuse.

## @ Le budget, instrument de stratégie financière

Expression des choix de la puissance publique, le budget, par la politique qu'il contribue à promouvoir, est une variable de première importance dans l'action économique du pouvoir : les politiques des composantes et soldes budgétaires sont deux éléments essentiels de stratégies budgétaires globales, inscrites dans les stratégies d'un développement harmonisé de l'économie.

### **La politique des composantes budgétaires**

La politique des composantes budgétaires porte sur l'ensemble des opérations constitutives du programme financier de la puissance publique : c'est dire qu'elle est conjointement politique de dépenses et de recettes publiques.

La politique des dépenses publiques s'assigne un double objectif :

sélection optimale des dépenses, réallocation des ressources par l'action correctrice de ces dépenses. La sélection optimale des dépenses publiques a donné lieu à de nombreuses recherches analytiques, généralement inspirées des théories marginalistes de l'optimum de gestion. Dans cette optique, la politique optimale de dépense publique est celle qui égalise, pour une unité économique donnée, l'utilité marginale retirée de la dépense privée réalisée par cette même unité. Ce principe d'égalisation des utilités marginales est reconnu valable, tant pour la fixation du montant global de la dépense publique que pour le choix entre diverses dépenses publiques. De fait, malgré d'importants travaux théoriques récents, ce critère demeure très largement inopérant, de sorte que les études d'optimisation du choix de dépense publique restent entièrement subordonnées aux efforts d'« objectivation » de l'utilité collective.

La réallocation des ressources par l'action correctrice des dépenses publiques porte essentiellement sur la répartition du revenu des unités économiques. Motivée par des considérations sociales (égalité des revenus, ou des chances) et par des considérations économiques (diminution de l'excès d'épargne), cette action correctrice se heurte à des difficultés importantes : certains types de répartition de revenu ne permettent guère une redistribution efficace (cas d'une répartition peu dispersée) ; l'affaiblissement d'un stimulant économique peut engendrer un tassement de productivité ; la redistribution risque, dans certaines conjonctures, d'aviver les tensions inflationnistes. Il n'est donc pas surprenant que cette action de la puissance publique, qu'on voulait essentielle au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, soit aujourd'hui en large déclin dans la plupart des pays occidentaux.

La politique des recettes publiques s'assigne, elle aussi, un double objectif : sélection optimale des recettes, amélioration des conditions d'efficacité économique par l'action de ces recettes. La sélection optimale des recettes a donné lieu à des travaux théoriques d'inspiration identique à celle des travaux qui ont été menés pour l'optimisation de la dépense publique : le principe d'égalisation des utilités marginales se retrouve dans la détermination de la recette fiscale optimale et permet même de préciser dans l'optique théorique marginaliste le caractère préférentiel à donner à l'impôt direct sur l'impôt indirect. Mais, indépendamment du fait qu'elles ne fournissent aucun guide pour le choix des

recettes non fiscales (et surtout des recettes par voie d'emprunt), ces recherches, comme celles relatives à la théorie de la dépense publique, demeurent encore largement inopérantes : le choix optimal des recettes publiques ressortit en fait aux procédures opératoires susceptibles de fournir des indications sur la capacité contributive de l'économie. L'amélioration des conditions d'efficacité économique par l'action des recettes publiques porte essentiellement sur la différenciation des impôts en fonction des variables motrices de l'activité économique. Sur ce point, l'évolution des systèmes fiscaux dans la plupart des pays industrialisés est très significative : les systèmes fiscaux centrés sur l'impôt sur le revenu se sont imposés avec le développement économique ; en généralisant l'impôt sur le chiffre d'affaires ou la production, on s'est efforcé, entre les deux guerres, de concilier une double exigence de justice et de rendement fiscal ; à l'heure actuelle, l'extension d'impôts tels que la taxe sur la valeur ajoutée tend à assurer la non-taxation de l'investissement, élément moteur de l'activité économique.

### **La politique des soldes budgétaires**

La politique des soldes budgétaires ne peut être entièrement séparée de celle des composantes budgétaires, puisque tout solde n'est que la résultante d'un classement particulier de recettes et dépenses et que ses effets restent limités par rapport à ceux des éléments qui le font apparaître. Le caractère émotionnel de la problématique qui concerne les soldes budgétaires exige cependant que l'on s'arrête sur ce problème, aussi bien dans une perspective politique que dans une perspective méthodologique.

Sous l'angle politique, la pensée financière classique a toujours professé à l'égard du solde budgétaire des principes catégoriques. Le budget ne doit pas présenter de solde : dépenses et recettes publiques perçues à titre définitif doivent être strictement égales. C'est la fameuse règle d'équilibre budgétaire que motivent des raisons économiques (défense de la stabilité monétaire, clé de voûte de l'équilibre économique) et politiques (limitation de l'activité budgétaire au profit de l'initiative privée). En fait, ce principe, qui inspire la politique budgétaire, ne repose sur aucune rationalité économique ; il cache une préférence doctrinale pour la non-intervention de l'État dans l'activité économique. Dès l'entre-deux-guerres, ce principe a d'ailleurs été dépassé avec la notion de budget cyclique ; l'équilibre

budgetaire prenait alors son sens en longue période par référence à l'alternance d'excédents et de déficits liés à une succession de prospérités et dépressions. L'impact des idées keynésiennes a d'autre part montré que l'obtention de l'équilibre économique d'ensemble pouvait exiger un déficit systématique susceptible de soutenir une demande globale déficiente ; la théorie de la finance fonctionnelle, généralisant cette conception, montrera en définitive que le solde budgétaire doit être subordonné à l'allure générale de l'activité économique.

Sous l'angle méthodologique, la présentation du solde budgétaire a donné lieu à de nombreuses discussions qui ne sont en fait que l'écho de la querelle précédemment évoquée : on se bornera simplement à signaler certains points essentiels du débat.

Certains opposent soldes budgétaires (liés aux opérations budgétaires) et soldes de trésorerie (liés aux flux financiers découlant de l'exécution du budget et replacés dans l'ensemble des flux monétaires et financiers transitant par la trésorerie publique) ; pour d'autres – c'est la pratique française actuelle – l'impasse ou grand équilibre, défini comme différence entre dépenses à caractère définitif et temporaire et recettes à caractère définitif, doit s'opposer au déficit ou petit équilibre, défini comme différence entre dépenses et recettes à caractère définitif. Une approche en termes de comptes nationaux suggère de centrer l'analyse du solde budgétaire sur la capacité ou le besoin de financement de l'agent « administrations publiques » : l'apparition de ce solde indique la contribution de l'administration publique à la formation de l'épargne-investissement ; le règlement de ce solde (mouvement d'actifs financiers) met en évidence la participation de cet agent aux opérations financières de l'économie. Dans cette perspective, on peut aussi signaler la pratique récente due aux conseillers économiques du président des États-Unis. Ceux-ci calculent en termes de comptes nationaux un « solde budgétaire virtuel de plein emploi » qui fait apparaître l'état potentiel qui résulterait de la structure actuelle des dépenses et recettes publiques dans l'hypothèse où l'économie serait en plein emploi. La comparaison de ce solde virtuel avec le solde effectif est à l'évidence un important guide pour l'action par rapport aux objectifs que l'on s'assigne en termes de plein emploi ; elle a, d'autre part, la vertu de montrer la différence entre un déficit « subi » et un déficit « volontaire ». Il n'est pas interdit de penser qu'une généralisation du calcul de soldes budgétaires virtuels en

fonction d'objectifs diversifiés éclairerait la valeur relative de toute notion de solde budgétaire et, partant, rationaliserait l'éventail des politiques possibles à l'égard de ce solde.

### **Stratégie budgétaire et stratégie du développement harmonisé**

La réalisation d'un développement harmonisé de l'économie est, aujourd'hui, dans la majorité des pays, l'objectif fondamental des politiques économiques : c'est dans cette perspective que doit être désormais définie toute stratégie budgétaire, tant au niveau de ses mécanismes opératoires qu'à celui des actions promues par elle.

Les mécanismes opératoires de toute stratégie budgétaire se fondent sur les effets directs et les effets induits des prélèvements et prestations budgétaires. Les effets directs les plus globaux traduisent l'influence immédiate et conjoncturelle qui se manifeste sur la demande globale : effet de réduction lié aux prélèvements, effet d'accroissement lié aux prestations. Les effets induits traduisent l'influence médiate tant sur la conjoncture que sur l'ordonnement structurel de l'économie. L'analyse économique distingue à ce propos six séries d'effets : multiplication, accélération, redistribution, anticipation, polarisation, entraînement.

Les deux premiers effets (multiplication, accélération) ont donné lieu aux recherches les plus approfondies, qui ne sont d'ailleurs que l'application au budget des théorèmes plus généraux de l'effet multiplicateur-accélérateur. On se bornera à signaler dans ces recherches l'importance de deux théorèmes : théorème de la surcompensation (ou théorème de Boulding), selon lequel la résorption d'un écart inflationniste ou déflationniste par le jeu d'un solde budgétaire implique que la relation écart-solde soit celle du multiplicateur spécifique de l'opération budgétaire qui provoque le solde correcteur ; théorème de Haavelmo, selon lequel tout budget en équilibre engendre un effet multiplicateur égal à l'unité (ce qui conduit à rejeter le postulat de neutralité du budget en équilibre). Le troisième effet (redistribution) met en évidence le rôle de filtre, correcteur de répartition des revenus, joué par le budget au travers de l'ensemble des opérations budgétaires. Le quatrième effet (anticipation) traduit la modification des comportements économiques liée à

l'existence d'une certaine structure budgétaire. Les derniers effets (polarisation, entraînement), dont l'analyse commence à peine, tentent d'apprécier l'influence motrice des opérations budgétaires dans leur effort de promotion du développement, soit par création de pôles (exemple : en France, les mesures financières en faveur des métropoles d'équilibre dans la politique d'aménagement du territoire), soit par diffusion d'effets de propagation liés au rôle inducteur de certaines opérations (exemple : aux États-Unis, les mesures budgétaires en faveur de la Tennessee Valley Authority au cours de la grande dépression).

Les actions qu'exerce toute stratégie budgétaire peuvent être schématisées en essais de régulation conjoncturelle (court terme) et efforts de promotion du développement (long terme). Les essais de régulation conjoncturelle ont inspiré deux séries de politiques : politique de stabilisation automatique et du budget flexible ; politique de compensation active des rythmes conjoncturels. La première politique, d'inspiration néo-libérale, a donné lieu aux États-Unis, dans l'immédiat après-guerre, à la publication de manifestes très significatifs : manifeste du C.E.D. (Comité pour le développement économique) en 1947 et manifeste de Princeton en 1949. Ces manifestes traduisent une défiance pour toute action discrétionnaire et insistent sur les vertus d'automatisme des stabilisateurs incorporés dans le budget. En effet, indiquent-ils, partant d'un équilibre budgétaire, les différents postes du budget réagissent spontanément aux variations conjoncturelles : la récession fait que les recettes fiscales diminuent et qu'augmentent les dépenses publiques ; ce qui signifie tendance au déficit et atténuation de la récession. Inversement, l'expansion accroît les recettes et provoque un excédent budgétaire dont les effets déflationnistes tempèrent la surchauffe de l'économie. D'où la politique préconisée par les partisans de ce système : maintien de l'équilibre budgétaire en période de stabilité conjoncturelle et libre jeu des stabilisateurs automatiques dans le cadre de variation conjoncturelle « normale », c'est-à-dire sans gravité particulière. En fait, les nombreuses vérifications statistiques effectuées pour contrôler l'automatisme de la stabilisation montrent que celle-ci est assez limitée (les fluctuations du revenu pourraient être réduites d'un tiers en moyenne dans l'économie américaine) ; d'autre part, les essais d'application de cette politique, notamment aux États-Unis, ne semblent guère avoir atteint les résultats escomptés. La politique de compensation active des rythmes conjoncturels, d'inspiration nettement keynésienne, n'est que l'application du principe de finance fonctionnelle

précédemment évoqué à propos des soldes budgétaires. L'État fait ainsi varier sa propre demande publique pour l'ajuster aux exigences d'une demande globale correspondant au plein emploi. Cette action, qui met en jeu les mécanismes opératoires du ressort multiplicateur-accélérateur, peut s'exercer dans un but de relance, en combinant l'intervention sur la consommation (par voie de dégrèvements fiscaux, d'accroissement de dépenses de transferts ou de correction des revenus dans un sens favorable à la consommation) et l'intervention sur l'investissement (par mise en œuvre de dépenses publiques d'investissement). Cette action peut aussi s'exercer dans le sens d'un freinage de tendances inflationnistes, ce qui exige la combinaison de politiques globales (réduction de la demande par accroissement des impôts et/ou diminution des dépenses) et de politiques sélectives, afin de résorber les tensions à la hausse des prix dans les secteurs où elles se manifestent avec le plus d'intensité ainsi que dans ceux qui sont les plus sensibles à la propagation du phénomène inflationniste (politiques sectorielles de subvention – action sur l'offre – ou d'imposition – action sur la demande).

Ces dernières politiques, c'est évident, exigent un diagnostic préalable souvent délicat du type d'inflation à combattre et des secteurs sur lesquels doit porter l'essentiel de l'action déflationniste. C'est ce type de politique budgétaire active, combiné avec l'apparition de nouveaux instruments d'analyse des finances publiques (notamment le solde budgétaire de plein emploi) qui a inspiré la politique financière des États-Unis depuis 1961 : on a vu ainsi se succéder une politique de lutte contre le sous-emploi et une politique de lutte contre la surchauffe, dans laquelle l'action budgétaire a tenu une place centrale ; si la première politique a connu un certain succès qu'atteste la croissance continue du produit national brut, l'échec relatif de la seconde semble imputable au caractère trop timoré des mesures prises pour compenser la tendance inflationniste.

Les efforts de promotion du développement inspirés par une stratégie budgétaire à long terme doivent être appréciés différemment suivant qu'il s'agit de pays en voie de développement ou de pays déjà industrialisés. Dans les pays en voie de développement, toute stratégie budgétaire se doit de contribuer à sa manière à la réalisation de la réforme agraire et à la mise en place des industries motrices, conditions de toute amorce sérieuse de développement. C'est dans la

mesure où ces pays esquissent ce type de réalisation que la stratégie budgétaire a une chance d'avoir un impact effectif sur le développement. Les stratégies de financement du développement par déficit systématique du budget, que préconisent et pratiquent certains, ne peuvent guère qu'aboutir à la perpétuation de l'inflation de sous-développement, si elles ne s'insèrent pas dans un programme sérieux de développement : c'est ce que montre la quasi-totalité des expériences en la matière, notamment dans les pays latino-américains. Dans les pays déjà industrialisés, la stratégie budgétaire s'inscrit dans une tendance de long terme à l'accroissement de la part du budget dans le produit global (loi d'Adolphe Wagner). Cette tendance permet à la puissance publique de disposer d'une masse de manœuvre croissante pour orienter le développement. Cela lui permet d'opérer tout d'abord au niveau des recettes : en ce sens, le système fiscal est devenu un instrument de premier ordre dans l'exécution des programmes à moyen terme des pays occidentaux. Cela lui permet surtout d'opérer au niveau des dépenses publiques : par une politique de soutien des consommations de développement (santé, éducation, etc.), la réceptivité aux conditions de la croissance peut ainsi être mieux assurée ; par une politique d'innovations publiques, les grandes découvertes modernes (nouvelles formes d'énergie, recherche spatiale, informatique, etc.) peuvent être insérées dans le processus de développement, indépendamment des effets entraînants et polarisateurs qui sont susceptibles de s'exercer sur les secteurs industriels déjà établis.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## @ CIVIL (DROIT)

### ***Prise de vue***

Le droit civil est le droit commun d'une nation, c'est-à-dire le droit applicable à tous ses citoyens (« civil » vient du latin *civilis*, lui-même dérivé de *civis*, qui signifie « citoyen »). Il est d'abord le droit des identités en ce qu'il institue et garantit l'état des personnes. Il permet aussi de régler les relations entre les citoyens (c'est dans ce sens que Montesquieu, dans *L'Esprit des lois*, livre I, chapitre 3, définit le droit civil comme « les lois dans le rapport que tous les

citoyens ont entre eux »). Le droit civil est ainsi le noyau du droit, le garant des principales lois du sujet : loi des filiations (droit des personnes et de la famille) et loi des échanges (droit de la propriété et droit des obligations).

Plus concrètement, si l'on peut essayer de rester à l'écart du droit pénal par exemple, ou même du droit du travail, nul ne peut dans sa vie quotidienne prétendre échapper au droit civil : celui qui naît est déjà « enfant de » et se trouve donc doté d'une filiation, d'un nom, sans doute d'un domicile ; dès que l'on achète une simple baguette de pain, c'est en réalité un contrat qui est conclu, et l'on devient immédiatement propriétaire de la chose ainsi acquise.

En France, le droit civil trouve son unité dans le Code civil promulgué en 1804 (le Code s'est officiellement appelé selon les époques Code civil des Français ou Code Napoléon, la dénomination de Code civil résultant de l'usage). C'est ainsi que l'on prête à Bugnet, professeur de droit du XIX<sup>e</sup> siècle, un mot célèbre : « Je ne connais pas le droit civil, je n'enseigne que le Code civil. » Au XIX<sup>e</sup> et au XX<sup>e</sup> siècle, l'exemple français de codification fut suivi dans de nombreux pays (sur tous ces points, cf. CODE NAPOLÉON).

Le droit civil, notion fondamentale du droit français, n'est cependant pas une catégorie universelle du droit. Il recouvre une série de matières autour d'un même objet, mais cette catégorie, venue comme nous le verrons du droit romain, n'a de sens que dans les pays du continent européen liés à cette tradition, même si, au moins dans les systèmes occidentaux, il renvoie à un ensemble de traits essentiels communs (Rudden, 1994). En droit anglais, et plus largement dans les pays de *common law* (essentiellement les États-Unis, l'Australie, la Nouvelle-Zélande ou le Canada, Québec excepté), le droit civil n'est pas une notion inconnue, mais renvoie précisément aux droits continentaux de tradition romano-canonique par opposition aux droits de *common law*.

## @ 1. La définition du droit civil

Le droit civil se définit par son objet – divisé en plusieurs matières – et par ses fondements. Il est aussi le lieu de certains enjeux.

## 📍 Les matières du droit civil

Dans une formule célèbre, le doyen Carbonnier énonçait que la famille, la propriété et le contrat sont les trois « piliers » du droit (*Flexible Droit*, 1969) : telles sont en effet les matières cruciales du droit civil français. On retrouve à travers elles trois formes essentielles du lien social : les liens de la famille, de l'obligation (créance et dette) et de la propriété.

### **Le droit des personnes et de la famille**

Il constitue le cœur du droit civil, régissant ce qu'on appelle l'état des personnes, c'est-à-dire ce qui, juridiquement, institue et identifie la personne au sein de la société.

Le *droit des personnes* a d'abord pour objet de dire qui a la personnalité juridique, c'est-à-dire qui peut être sujet de droit, c'est-à-dire titulaire de droits et d'obligations. Les attributs de la personnalité juridique sont principalement le nom, le domicile, le patrimoine ou encore la capacité juridique. Ont la personnalité juridique les personnes physiques (les individus) et les personnes morales (groupements de personnes physiques comme des sociétés ou des associations, par exemple). Déterminer à partir de quel moment une personne physique acquiert la personnalité juridique est une question fondamentale du droit des personnes. En effet, si c'est en principe la naissance qui marque le début de la personnalité juridique, celle-ci peut remonter, par exception, au jour de la conception si l'enfant y a intérêt, par exemple dans le cas d'une succession qui lui ouvrirait un droit d'héritage pour peu qu'il fût déjà né ; on se contente alors qu'il soit déjà conçu, en application de l'article 725 du Code civil, qui traduit l'ancien adage : *infans conceptus pro nato habetur quoties de ejus commodo agitur* (l'enfant conçu est tenu pour né toutes les fois qu'il y va de son intérêt). Certains auteurs vont jusqu'à souhaiter que dans tous les cas l'enfant soit considéré comme un être à part entière même lorsqu'il n'est qu'un fœtus ou un embryon, afin de le traiter selon son propre intérêt, autonome, et non pas selon celui de ses parents. Le droit des personnes définit aussi les incapacités, c'est-à-dire les modes de protection des personnes qui sont hors d'état de faire valoir et d'exercer leurs droits. Sont incapables ceux qui n'ont pas encore l'âge de la majorité civile (18 ans en principe, mais 16 ans en cas d'émancipation par les parents) ou qui n'ont pas leurs pleines

facultés mentales. Les principaux régimes de protection sont la tutelle (l'incapable est représenté par son tuteur), la curatelle (l'incapable est assisté par son curateur) ou la sauvegarde de justice (l'incapable continue en principe à gérer ses biens, mais avec certaines règles de protection). On ajoute aujourd'hui au droit des personnes l'étude des droits de la personnalité dont la prise en considération a été croissante : droit au respect de la vie privée, droit au nom, droit à l'image, droit à l'honneur, etc.

Le *droit de la famille* stricto sensu (mariage, divorce, filiation) concerne les relations extrapatrimoniales entre époux d'une part (conditions du mariage, obligations découlant du mariage, différentes causes de divorce, effets du divorce, etc.) et entre parents et enfants d'autre part (autorité parentale, obligation d'entretien, obligations alimentaires, etc.). Le droit du mariage s'est caractérisé en France par une évolution vers l'égalité entre époux, égalité acquise pourtant relativement tardivement (le premier pas significatif date sans doute de 1965, avec la réforme des régimes matrimoniaux). Quant au divorce, après une histoire plutôt mouvementée, il a surtout été marqué par l'admission, en 1975, du divorce par consentement mutuel à côté du traditionnel divorce pour faute.

Dans un sens plus large, le droit de la famille comprend également ce que l'on appelle aujourd'hui le *droit patrimonial de la famille*, c'est-à-dire le droit des relations pécuniaires au sein de la famille : droit des régimes matrimoniaux (règles de répartition et de gestion des biens entre époux) et droit des successions (règles de dévolution des biens dans la famille ou éventuellement en dehors de celle-ci, par testament, dans l'hypothèse d'un décès).

## **Le droit des obligations**

Cette autre matière centrale du droit civil explique comment une personne peut être obligée envers une autre à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. Les deux sources essentielles d'obligation sont le délit (ou le quasi-délit) et le contrat.

Le *délit* (délict civil, à ne pas confondre avec le délit pénal) est un acte intentionnel de l'homme qui cause à autrui un dommage. Le quasi-délict est un acte non intentionnel, imprudence ou négligence. Tous deux entraînent également

obligation pour leur auteur de réparer intégralement le dommage causé, que celui-ci soit matériel (atteinte à un bien), corporel (atteinte à l'intégrité physique) ou même simplement moral (préjudice d'affection par exemple, résultant du chagrin causé par le dommage causé à un proche ; préjudice d'agrément, que l'on définit couramment comme la privation d'une des joies de l'existence ; *pretium doloris*, qui est le préjudice lié à la douleur ; préjudice esthétique ; etc.). On parle dans tous ces cas de responsabilité civile délictuelle. Trois types de responsabilités peuvent être engagées. En premier lieu, la responsabilité du fait personnel, lorsqu'une personne a, par sa faute, causé un dommage. Depuis d'importants arrêts de la Cour de cassation de 1984, même les personnes privées de discernement (les enfants en bas âge et les aliénés) peuvent commettre des fautes, c'est-à-dire que désormais une faute se définit comme un acte illicite, contraire au droit, sans qu'il soit nécessaire que l'auteur de la faute ait eu conscience de son acte. En deuxième lieu, la responsabilité du fait des choses conduit à condamner le gardien d'une chose – celui qui en a l'usage, le contrôle et la direction – à réparer tout dommage causé par celle-ci, même en l'absence de faute de sa part. Enfin, en troisième lieu, la responsabilité du fait d'autrui oblige certaines personnes à répondre du dommage causé par une autre dont elles sont responsables (les parents de leurs enfants mineurs, les commettants de leurs préposés, etc.). L'évolution de la responsabilité civile est allée clairement dans le sens d'une indemnisation croissante des victimes, donc d'un constant assouplissement des conditions de mise en œuvre de cette responsabilité. Plusieurs lois spéciales sont même venues faciliter encore l'indemnisation des victimes de certains risques sociaux particuliers : loi de 1898 sur les accidents du travail ou loi de 1985 sur les accidents de la circulation. Cette protection accrue des victimes est souvent allée de pair avec la répartition du coût de l'indemnisation à travers le mécanisme de l'assurance, laquelle est rendue obligatoire pour les principales activités à risque.

Le *contrat* est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes en vue de créer des obligations. Pour être valablement formé, le consentement de chacune des parties doit avoir été libre et éclairé : il ne doit pas avoir été vicié par une erreur, un dol (c'est-à-dire une fraude) ou une violence. L'engagement doit en outre avoir une certaine consistance (un « objet »), une contrepartie (une « cause ») et doit être licite (dans son objet et dans ses mobiles). Une fois le contrat formé, il devient obligatoire pour les parties, qui ne peuvent le révoquer que par leur consentement mutuel (*mutuus dissensus*) ou pour quelques causes que la

loi autorise. En cas d'inexécution du contrat par l'une des parties, l'autre partie peut en demander l'exécution forcée ou l'attribution de dommages-intérêts (on parle en général dans ce dernier cas de responsabilité civile contractuelle, par analogie avec la responsabilité délictuelle, mais l'emploi de cette notion est aujourd'hui l'objet de controverses doctrinales), elle peut suspendre d'elle-même l'exécution de ses propres obligations (exception d'inexécution) ou enfin demander la résolution du contrat, c'est-à-dire son anéantissement rétroactif. L'évolution du droit des contrats depuis une vingtaine d'années est allée vers l'accroissement par le juge des obligations des parties, notamment des obligations de bonne foi et de coopération entre les parties. Les juges ont aussi imposé dans le contrat des obligations que les parties n'avaient pas nécessairement prévues ni voulues : il en est ainsi des obligations d'information (obligation de transmettre des informations à son cocontractant) et de sécurité (obligation d'assurer l'intégrité corporelle de son cocontractant). Dans le même temps et à l'inverse, de nombreux contrats, notamment internationaux, sont presque entièrement laissés à la liberté des parties contractantes, qui peuvent même choisir la loi – étrangère ou française – qui leur est applicable.

## **Le droit des biens**

C'est le troisième « pilier » du droit civil. Il régit les richesses à la disposition de l'homme. Le droit des biens détermine par exemple la composition du patrimoine, classiquement défini depuis les travaux d'Aubry et de Rau au XIX<sup>e</sup> siècle comme une universalité juridique, c'est-à-dire un ensemble de biens et de dettes juridiquement liés en ce sens que l'actif répond du passif. Le droit des biens définit surtout les rapports des hommes aux choses (propriété, usufruit, possession, etc.). Selon la définition classique de l'article 544 du Code civil, « la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ». La propriété est ainsi traditionnellement définie par son contenu, par les prérogatives qu'elle confère à son titulaire. On résume couramment ces prérogatives – les attributs du droit de propriété – par le triptyque *usus, fructus, abusus* : la propriété donne le droit d'user de la chose, c'est-à-dire de l'utiliser ; d'en jouir, c'est-à-dire d'en récolter les fruits, naturels ou civils (loyers par exemple) ; et enfin d'en disposer, par des actes matériels (pouvant aller jusqu'à la destruction) ou juridiques (pouvoir d'aliéner la chose). Plusieurs questions sont

dé debatedes aujourd'hui en droit des biens, principalement celle du domaine de la propriété. On a vu en effet apparaître de nouveaux objets dont on se demande s'ils sont des objets possibles d'appropriation privée. Il en est notamment ainsi des choses incorporelles. Les auteurs s'accordent aujourd'hui sur le fait que les créations intellectuelles sont appropriables. Le législateur lui-même parle de propriété intellectuelle, laquelle comprend la propriété littéraire et artistique (le droit d'auteur, par exemple) et la propriété industrielle (notamment le droit des brevets), même si certains nient encore qu'il s'agisse réellement de propriété au sens classique du terme. En tout état de cause, on se demande si, en dehors d'une intervention législative, d'autres choses incorporelles pourraient être objets de propriété, de simples informations par exemple. La question est plus cruciale encore pour les éléments et produits du corps humain : l'homme est-il propriétaire de son corps, de ses organes, des éléments de sa personnalité ? peut-on déposer un brevet sur du vivant ?

Le droit civil comprend enfin, à la jonction du droit des biens et du droit des contrats, le *droit des sûretés*, c'est-à-dire les garanties que peut obtenir un créancier pour le paiement de la dette. Les sûretés peuvent être personnelles (c'est une personne qui garantit le paiement de la dette d'autrui, une caution) ou réelles (c'est un bien qui est affecté à la garantie de la dette, un gage ou une hypothèque).

## @ Les fondements du droit civil

Contrairement à certains projets initiaux, le Code civil français n'a finalement pas retenu l'idée d'une partie préliminaire générale qui aurait pu notamment expliquer le dénominateur commun des dispositions qui allaient être traitées dans le Code et, par conséquent, les fondements du droit civil. Ceux-ci peuvent être néanmoins ordonnés autour des notions d'égalité et d'individu.

Le droit civil est d'abord largement fondé sur le principe d'égalité, c'est-à-dire que les individus engagés dans des relations civiles (contrat, famille, propriété...) sont considérés comme libres et égaux. Le principe d'égalité a été posé dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et, à l'époque déjà, il était possible d'en percevoir la force (cf. les travaux d'Alexis de Tocqueville). Il apparaît ainsi en germe dans le Code civil de 1804, même si ce

n'est que progressivement qu'il a pris toute son ampleur et que des réformes ont été adoptées en son nom. C'est ainsi que, en droit de la famille, toutes les grandes réformes du XX<sup>e</sup> siècle ont eu pour objectif essentiel d'atteindre une égalité : entre mari et femme par exemple, ou encore entre tous les enfants, qu'ils soient légitimes ou naturels. Le principe d'égalité n'a au demeurant sans doute pas encore développé toutes ses potentialités en droit civil : on le voit par exemple aujourd'hui dans les discussions autour du mariage et du concubinage. En outre, lorsque dans une relation apparaissent un déséquilibre ou une inégalité systématique, justifiant des règles de protection particulières de l'une des parties en raison de sa qualité, la matière a tendance à se détacher du droit civil pour se constituer en matière autonome : l'exemple le plus frappant est surtout le droit du travail, né au départ de la nécessité de protéger les salariés, et aussi, dans une moindre mesure, le droit de la consommation, constitué presque exclusivement de règles protectrices des consommateurs. L'égalité est ainsi au cœur du droit civil.

Le droit civil, qui est le droit des relations entre les citoyens, présente également la caractéristique d'être centré sur les individus et les relations individuelles. Les relations collectives sont en effet assez largement ignorées du droit civil, sauf lorsque apparaît un groupement autonome de personnes physiques, mais, même dans ce cas, celui-ci est perçu comme une seule personne – que l'on appelle une personne morale – dotée d'un seul nom, d'un seul patrimoine, etc. Là encore, les matières où les relations collectives étaient primordiales et justifiaient des règles spéciales – par exemple le droit des sociétés ou le droit du travail – ont progressivement pris leur autonomie et forgé leurs propres concepts à cet effet.

## 📍 Les enjeux du droit civil

L'attitude largement majoritaire chez les juristes consiste à se considérer comme de purs positivistes, maniant une technique et des catégories qui seraient neutres d'un point de vue anthropologique. La question des fondements est ainsi largement ignorée, beaucoup de civilistes se contentant – au mieux – de souligner que le droit véhicule des valeurs (morales ou éthiques) qui doivent le guider.

Le droit civil touche pourtant aux questions essentielles d'une société et d'une humanité qui ne peuvent être appréhendées du seul point de vue technique.

Étymologiquement, le droit civil a d'ailleurs à voir avec la civilisation (terme fabriqué à partir de « civil » et « civilisé », qui renvoyaient principalement à quelqu'un de policé). Dans *Grammaire des civilisations*, Fernand Braudel rappelle que le terme « civilisation » est au départ un terme juridique qui désigne très précisément un acte de justice ou un jugement rendant civil un procès criminel. Le sens moderne de passage à l'état civilisé, c'est-à-dire le contraire de l'état sauvage, n'est apparu que plus tard, dans la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle. Au-delà du repérage historique de ce glissement de sens, on peut même soutenir avec Pierre Legendre que du point de vue historique, pour les sociétés occidentales, « la civilisation n'est rien d'autre que l'empire du droit civil » (1983). Dans ses travaux, cet auteur n'a cessé de souligner cette identification de la civilisation au droit civil en montrant comment, en Occident, ce dernier manie les images fondatrices de la subjectivité. La mission cruciale du droit civil est d'établir le droit comme système normatif « traduisant la loi de l'espèce et le discours de Raison dans la société considérée » (1992). Le droit civil contient en effet les principales règles qui instituent l'homme et lui assignent des repères et des limites, notamment dans son rapport à sa famille et aux autres hommes. Il est le droit qui ordonne, pour les rendre vivables, les relations individuelles, naturellement soumises à tension, et, en ce sens, il est bien le droit qui civilise : il « enferme et civilise – c'est bien le mot qui convient – toutes les énergies de l'homme » (1992 ; Pierre Legendre vise ici ce qui est pour lui le cœur du droit civil, c'est-à-dire « le montage des filiations »). Cette place structurelle du droit civil renvoie aux origines de la loi dans les sociétés indo-européennes puisqu'en sanskrit védique le *dharma*, qui équivaut à la loi, signifie « ce qui tient fermement, ce qui est établi solidement » (Émile Benveniste, 1969), c'est-à-dire ce qui, étant ancré solidement, peut servir de référence.

Les enjeux civilisateurs du droit civil sont patents et perpétuellement remis en question. Plus que dans toute autre matière, le rôle du juriste ne peut être simplement d'adapter le droit à l'évolution des faits (Christian Atias et Didier Linotte, 1977), mais doit être bien au contraire de montrer la voie tout en encadrant le chemin pour le rendre viable. Le droit civil n'est pas une simple chambre d'enregistrement des évolutions sociales ou des avancées de la science (en particulier des biotechnologies), et ne peut ignorer les montages qui assurent l'identité et la raison. Pour ne prendre que quelques exemples, doit-il, parce que l'on peut désormais changer de sexe, permettre officiellement le changement

d'état civil des transsexuels (ce qu'a fait la Cour de cassation dans un arrêt du 11 décembre 1992) ? Faut-il, parce qu'on peut désormais avoir une preuve scientifique certaine de la paternité, fonder tout le droit des filiations sur la seule vérité biologique ? Doit-on, parce que c'est désormais techniquement possible, admettre sans limites la preuve par des analyses génétiques ou encore permettre les fécondations par mères porteuses ? Telles sont quelques-unes des graves questions auxquelles le droit civil doit aujourd'hui répondre.

## @ 2. L'origine historique du droit civil

### Le droit romain

Le droit civil trouve son origine dans les constructions juridiques de la Rome antique, dont les principales dispositions ont été rassemblées et refondues sous l'autorité de l'empereur Justinien, pendant son règne à Byzance (527-565). Ce *corpus* comprend quatre recueils : le *Codex*, recueil des constitutions impériales, c'est-à-dire des réponses aux questions posées à l'empereur ; le *Digeste* (encore appelé *Pandectes*, c'est-à-dire compilations), qui est une encyclopédie sommaire formée d'extraits des jurisconsultes les plus célèbres depuis le début de l'Empire (notamment Gaius, Ulpian, Paul et Papinien) ; les *Institutes*, court manuel expressément destiné à la « jeunesse désireuse de connaître les lois » ; et enfin les *Novelles*, qui sont les constitutions de Justinien postérieures à la rédaction du Code.

Dans son sens premier, le *jus civile* (droit civil) désignait l'ensemble du droit des citoyens romains, droit public ou droit privé, par opposition au *jus gentium*, droit des autres nations de l'Empire. C'est ainsi que, dans les *Institutes* de Gaius (I, 1), on peut lire que « tous les peuples qui sont régis par des lois ou par des coutumes font usage d'un droit qui en partie leur est propre et qui en partie est commun à tous les hommes ; car le droit que chaque peuple s'est donné lui-même lui est propre et s'appelle droit civil, c'est-à-dire droit propre de la cité ». Le droit civil était alors « appelé du nom de chaque cité, par exemple le droit des Athéniens » (*Institutes* de Justinien, I, 2). Mais progressivement – et spécialement à partir de l'édit de Caracalla de l'an 212 qui fait de la plupart des citoyens de l'Empire des citoyens romains – la distinction a perdu son sens, si bien qu'à l'époque de la compilation justinienne le *jus civile* recouvre en réalité l'ensemble du

droit impérial.

Toute cette œuvre fut par la suite perdue, oubliée dans l'Occident séparé de l'Empire byzantin et redécouverte seulement à la fin du XI<sup>e</sup> siècle en Italie. L'intrusion inopinée de cette somme de textes, écrasante révélation de l'Antiquité, dans un monde occidental qui lui était devenu complètement étranger, suscita immédiatement un immense travail de glose. L'école des glossateurs de Bologne marqua le premier moment de cette tradition reconstituée. Ce commentaire savant inaugura la science juridique en Occident. Bénéficiant du privilège de son enseignement pendant tout le XII<sup>e</sup> siècle, l'université de Bologne restera plus longtemps encore le foyer principal de sa diffusion.

L'évolution du droit en fut profondément modifiée dans toute l'Europe et notamment en France. Non pas que le droit romain fût immédiatement admis, bien au contraire il dut affronter l'hostilité ouverte d'un grand nombre, notamment du roi de France, qui y voyait la législation de l'empereur, tout comme l'Église. Mais la richesse de ses catégories offrait une source inépuisable de moyens d'interpréter les nouveaux conflits du temps. Utilisé partout et par ceux-là mêmes qui le condamnaient, le droit romain partageait la même universalité que cette autre compilation constituée à son image et simultanément : le droit canonique. Si bien que, pour s'en tenir à la France du XI<sup>e</sup> siècle à la Révolution, tout juriste sera « docteur dans l'un et l'autre droit » (*doctor utriusque juris*) et l'expression *Corpus juris civilis* sera inventée au XVI<sup>e</sup> siècle pour désigner le legs du droit romain, par opposition au *Corpus juris canonici*. Cette division constitue une différence fondamentale par rapport au droit antique.

Vers le milieu du XIII<sup>e</sup> siècle cependant, la France est encore largement un pays de coutume. Dans le Sud, dit pays de droit écrit, cette coutume s'inspire surtout du droit romain. Un important domaine est réservé au droit canonique, notamment en matière de mariage, de filiation ou de testament, droit canonique que pouvaient même parfois appliquer les tribunaux laïcs. Au cours des siècles suivants, l'influence du droit romain devint prépondérante dans tout le royaume et la référence à un droit commun, un *jus commune* (l'expression étant reprise du *Digeste*) devint de plus en plus fréquente, même pour l'interprétation des coutumes. La rédaction des coutumes fut finalement imposée par l'ordonnance de

Montil-lès-Tours de 1454, qui permit une comparaison entre elles. Au XVI<sup>e</sup> siècle, les juristes de l'école historique (Alciat et surtout Cujas) insistèrent encore sur l'importance du droit romain classique. Les travaux de Jean Domat au XVII<sup>e</sup> siècle (*Les Lois civiles dans leur ordre naturel*) et de Pothier au XVIII<sup>e</sup> siècle en sont encore imprégnés, travaux qui ont été largement repris dans le Code civil de 1804. Pièce maîtresse de l'œuvre de codification du droit engagée dans la période révolutionnaire, le Code civil fut finalement rédigé grâce au talent de Jean Étienne Marie Portalis, qui en dirigea l'élaboration (avec la collaboration de Tronchet, Maleville et Bigot de Préameneu) et en prépara le fameux « discours préliminaire ». Il fut ensuite promulgué grâce aux efforts et à la volonté sans faille de Napoléon.

## 📌 Le Code Napoléon 🇫🇷

Le Code civil est un texte de compromis, notamment un compromis entre le droit des pays de coutume (plutôt le nord de la France) et celui des pays de droit écrit fortement influencés par le droit romain (le sud de la France) ; compromis aussi entre le droit de l'Ancien Régime et le droit de la Révolution (traditionnellement qualifié de droit intermédiaire) : le Code civil se voulait ainsi, selon le mot célèbre de Planiol, « ni réactionnaire ni révolutionnaire ». On a souvent évoqué « l'esprit du Code civil », qui serait individualiste (Xavier Martin, 1982, 1987), bourgeois, permettant la domination de la classe possédante sur les non-possédants (André-Jean Arnaud, 1973), mais aussi marqué par la laïcité, la liberté et l'égalité (Jean Carbonnier, *Droit civil. Introduction*), et finalement empreint de modération et de sagesse (Planiol). Les rédacteurs, et en particulier Portalis (spécialement dans *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIII<sup>e</sup>*), se méfiaient des principes généraux et trop philosophiques, ce qui les fit renoncer en particulier à introduire dans le Code civil un livre préliminaire général.

La notion de droit civil est, dans le Code civil, plus restreinte que la notion classique de *jus civile*. Les notions de droit pénal, de procédure (pénale et civile) et, dans une moindre mesure, de droit commercial, dont l'autonomie est déjà établie sous l'Ancien Régime par des ordonnances de Colbert, en sont largement exclues. La Révolution a consacré quant à elle l'autonomie du droit public (cf. *infra*). À l'inverse, et le fait est tout aussi capital, l'État s'approprie grâce au Code civil des matières qui ressortissaient traditionnellement au droit canonique de

l'Église, en particulier le droit de la famille. Ainsi, après un titre préliminaire sur la publication, les effets et l'application des lois en général, le Code civil est divisé en trois livres : un livre premier *Des personnes* (les droits civils, la nationalité française, les actes de l'état civil, le domicile, les absents, le mariage, le divorce, la filiation, la filiation adoptive, l'autorité parentale, la minorité, la tutelle et l'émancipation, la majorité et les majeurs protégés par la loi) ; un livre deuxième sur *Des biens et des différentes modifications de la propriété* (la distinction des biens, la propriété, l'usufruit, l'usage et l'habitation, les servitudes ou services fonciers) ; enfin un livre troisième, *Des différentes manières dont on acquiert la propriété* (les successions, les donations entre vifs et les testaments, les contrats ou les obligations conventionnelles en général, les engagements qui se forment sans convention, le contrat de mariage et les régimes matrimoniaux, la vente, l'échange, le contrat de louage, le contrat de promotion immobilière, la société, les conventions relatives à l'exercice des droits indivis, le prêt, le dépôt et le séquestre, les contrats aléatoires, le mandat, le cautionnement, les transactions, le compromis, le nantissement, les privilèges et hypothèques, l'expropriation forcée et les ordres entre les créanciers, la prescription et la possession).

## @ Interprétation et réformes

Mais le Code civil n'est pas tout le droit civil. Au tournant du siècle, les travaux d'un Gény, qui insistait sur la « libre recherche scientifique » (dans deux ouvrages devenus classiques, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, en 1899, et *Science et technique en droit privé positif*, en 1924), ont montré l'importance de la jurisprudence dans l'élaboration du droit. Le droit civil du XX<sup>e</sup> siècle se caractérise sans doute d'ailleurs par le rôle croissant joué par la jurisprudence dans l'interprétation du Code, interprétation souvent libre et audacieuse. On peut citer principalement tout le droit de la responsabilité civile, élaboré pratiquement de toutes pièces par la Cour de cassation à partir de quelques articles célèbres du Code civil. Le droit civil du XX<sup>e</sup> siècle est fait davantage de « grands arrêts » que des textes du Code.

Le Code civil fut bien sûr remanié de très nombreuses fois depuis 1804, en profondeur ou superficiellement. Une Commission de réforme du Code civil fut même nommée au lendemain de la Seconde Guerre mondiale et proposa plusieurs modifications ; ses travaux furent publiés, mais ses propositions ne furent

finalement pas reprises dans le Code civil. Les réformes les plus générales ont jusqu'ici porté sur le droit de la famille (divorce, filiation, régimes matrimoniaux) : elles furent menées sous l'égide du doyen Jean Carbonnier de 1964 à 1975. Dans les réformes plus récentes, une des plus importantes résulte sans doute des lois dites « bioéthiques » du 29 juillet 1994, qui ont ajouté dans le Code civil des articles 16 à 16-12, contenant des principes généraux relatifs au respect du corps humain et de la personne humaine (introduction, par exemple, du principe de dignité de la personne humaine), réglementant les atteintes à l'intégrité corporelle ou à l'intégrité de l'espèce humaine, restreignant les possibilités d'études génétiques et d'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ou interdisant les contrats dits « de mère porteuse ».

### 📍 3. La place du droit civil parmi les autres branches du droit

Aujourd'hui en France, comme dans les autres pays de tradition codificatrice, le droit civil n'est plus comme en droit romain tout le droit applicable au pays. Il trouve sa place parmi les grandes catégories du droit.

#### 📍 Droit privé, droit public

Traditionnellement, la principale division du droit français est effectuée entre le droit privé et le droit public, le droit civil appartenant à la première catégorie.

En théorie en effet, le droit privé régit les relations entre personnes privées – personnes physiques (individus) ou personnes morales (sociétés ou associations par exemple) –, tandis que le droit public régit les relations dans lesquelles est impliquée une personne publique (l'État, une région, un département, une entreprise publique, etc.).

En droit romain déjà, on distinguait entre le droit public (*publicum jus*), qui regardait ce qui ressortit à « la chose publique » (*res publica*), et le droit privé (*privatum jus*), qui regardait l'utilité des individus pris un à un. Cette distinction était cependant à l'époque encore relative et n'entraînait pas de conséquences majeures.

Depuis la Révolution et l'institution progressive d'un dualisme juridictionnel, d'abord par l'affirmation solennelle d'une séparation des pouvoirs (cf. la fameuse loi des 16-24 août 1790 : « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives »), puis par la création de juridictions administratives séparées des juridictions judiciaires (notamment, création du Conseil d'État par la Constitution de l'an VIII), la distinction entre le droit privé et le droit public est devenue très rigide. Cette distinction apparaît aujourd'hui dépassée pour de nombreuses raisons. En particulier, parce que l'imbrication entre droit privé et droit public (plus précisément le droit administratif) croît du fait que l'État intervient de plus en plus dans les activités privées, et ce souvent en utilisant des structures et des mécanismes de droit privé. Suite à une casuistique jurisprudentielle complexe, la frontière entre droit public et droit privé est devenue mouvante, subtile et souvent très artificielle. Des matières comme le droit du travail ou le droit commercial mêlent de façon souvent indissociable des aspects de droit privé et de droit public. De la même façon, le droit fiscal, par exemple, est par nature une matière de droit public, puisque c'est l'État qui définit et perçoit l'impôt ; pourtant, la fiscalité des sociétés est le plus souvent étudiée avec le droit commercial. Le Code civil lui-même recèle d'ailleurs certaines dispositions de droit public, sur l'expropriation par exemple.

En outre, le droit constitutionnel, qui est une des deux branches essentielles du droit public (avec le droit administratif), contient aujourd'hui de plus en plus de principes qui intéressent le droit civil. En effet, si, à la différence d'autres pays étrangers, notre Constitution ne contenait initialement que les principes d'organisation des pouvoirs publics, depuis une décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 se trouvent également intégrés dans le « bloc de constitutionnalité » (c'est-à-dire sont également dotés de valeur constitutionnelle) les principes contenus dans le préambule de la Constitution de 1958 ; or celui-ci renvoie – d'où son appellation traditionnelle de « préambule gigogne » – à la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 et au préambule, plus riche, de la Constitution de 1946, qui concernent notamment le droit de la propriété, le droit de la famille et le droit des contrats. Le droit civil se trouve ainsi doté de fondements constitutionnels.

Cependant, la séparation radicale entre droit privé et droit public est

fermement maintenue par l'Université, où les enseignants se répartissent de façon étanche dans les deux disciplines, les voies d'accès étant propres à chacune d'elles.

## 📍 Droit interne, droit international

Une autre *summa divisio* est faite entre le droit interne et le droit international, cette division pouvant concerner aussi bien le droit public que le droit privé.

Le droit international privé est le droit applicable aux personnes privées impliquées dans des relations juridiques internationales. Il a essentiellement pour objet de régler les conflits de lois (ou de juridictions) qui apparaissent lorsque le litige à trancher présente des éléments d'extranéité, c'est-à-dire des points d'ancrage dans des systèmes juridiques étrangers (nationalité ou domicile de l'une des parties, lieu de livraison prévu, lieu de conclusion du contrat, etc.) Le droit international privé va alors permettre de désigner l'ordre juridique compétent, c'est-à-dire la loi applicable, étrangère ou française (conflit de lois), et également l'ordre juridictionnel compétent, c'est-à-dire les tribunaux compétents, étrangers ou français (conflit de juridictions). Les conflits de lois peuvent aussi se résoudre par l'adoption de conventions internationales contenant des règles substantielles, c'est-à-dire des règles matérielles uniformes qui vont s'appliquer directement aux sujets de droit couverts par ces conventions (par exemple la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises). Le droit international privé comprend aussi traditionnellement l'étude de la nationalité et de la condition des étrangers. Il n'est pas nécessairement international par sa source. Chaque pays peut en effet édicter souverainement ses propres règles de conflits de loi (d'où d'ailleurs des risques de conflits de rattachements si plusieurs pays revendiquent en même temps une situation juridique donnée ou, au contraire, l'excluent chacun de leur domaine de souveraineté). C'est ainsi que le Code civil contient plusieurs articles qui sont traditionnellement étudiés en droit international privé : par exemple l'article 11 sur les droits civils des étrangers, les fameux articles 14 et 15 sur les privilèges de juridiction, ou encore les articles 17 et suivants sur la nationalité française.

Quant au droit international public, il est le droit des relations entre les

États ou encore des organisations internationales.

## 📌 Droit civil, droit pénal

Le droit civil s'oppose encore au droit pénal. Il a en effet pour objet d'instituer des droits et des obligations, tandis que le droit pénal prévoit des incriminations et des peines. Les juridictions civiles condamnent à réparation – notamment par l'attribution de dommages-intérêts (c'est-à-dire de sommes d'argent versées à l'une des parties) – tandis que les juridictions pénales condamnent à des peines – emprisonnement ou amende (somme d'argent qui, à la différence des dommages-intérêts, est versée à l'État et non à la victime).

Le classement du droit pénal au regard de la distinction entre le droit privé et le droit public n'est pas évident. En effet, le droit pénal a pour objet de prévoir et de réprimer les atteintes que les individus sont susceptibles de porter à la société. Il concerne donc principalement les relations entre les individus et la société, représentée par l'État. Les deux parties principales au procès pénal sont d'ailleurs l'État, représenté par un membre du ministère public (un magistrat du parquet), et la personne poursuivie, même s'il est admis que la victime se constitue partie civile, c'est-à-dire qu'elle demande réparation de son dommage non pas devant les juridictions civiles, mais devant les juridictions pénales ou répressives (et ce notamment pour éviter les coûts et délais supplémentaires qu'il y aurait à mener deux procès). Dans cette première analyse, le droit pénal semble donc plutôt devoir être classé dans le droit public.

Cependant, il y a en France deux ordres de juridictions (chaque ordre est un ensemble hiérarchisé de juridictions : juridictions du premier degré, juridictions d'appel et, au sommet, une juridiction suprême) : un ordre administratif (avec à son sommet le Conseil d'État) et un ordre judiciaire (sous l'autorité de la Cour de cassation). Or les juridictions pénales (tribunaux de police, tribunaux correctionnels et cours d'assises), comme les juridictions civiles *stricto sensu*, appartiennent à ce second ordre, si bien que, de ce point de vue, le droit pénal semble relever du droit privé.

L'hésitation est permise, mais l'enjeu est de toutes les façons assez mince. Si l'on suit les catégories universitaires, le droit pénal est plutôt considéré

comme rattaché au droit privé, même s'il n'est pas à proprement parler inclus dans celui-ci. Une des preuves – un peu académique ! – est qu'il existe trois agrégations distinctes pour devenir professeur de droit : une agrégation de droit public, une agrégation d'histoire du droit et une agrégation de « droit privé et sciences criminelles ». Un argument sans doute plus convaincant pour rattacher le droit pénal au droit privé est que ce dernier, à travers l'autorité judiciaire, est traditionnellement considéré comme le garant des libertés individuelles fondamentales.

Pour d'autres matières, la situation est un peu différente : elles se trouvaient à l'origine dans le droit civil, mais, du fait de leur développement, elles ont acquis leur autonomie, dont l'un des signes forts est l'existence d'un Code spécial distinct du Code civil.

## @ 4. Évolution du droit civil

La notion de droit civil s'est d'abord trouvée concurrencée par celle de droit privé. En 1804 encore, le Code civil (et donc le droit civil) constituait la partie essentielle du droit privé, puisqu'il régissait l'ensemble des relations entre individus. Certes dans la même période entrèrent en vigueur d'autres Codes (Code de procédure civile, Code de commerce, Code pénal et Code d'instruction criminelle). Cependant, dans la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, l'expression « droit privé » n'était presque jamais utilisée et les juristes opposaient seulement droit public et droit civil.

### @ Les disciplines qui se sont détachées du droit civil

Au cours de la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle et tout au long du XX<sup>e</sup> siècle, le droit civil a vu son domaine restreint du fait que des pans entiers se constituaient en matières autonomes, parfois justifiées par la nécessité de se spécialiser face à l'abondance et à la complexité des règles dans de nombreux domaines et parfois motivées uniquement par la volonté de quelques-uns de se constituer un domaine de compétence propre. Le droit public ne s'oppose donc plus au droit civil, mais à tout le droit privé, le droit civil ne constituant qu'une partie de celui-ci. Le phénomène est particulièrement net en ce qui concerne le droit commercial et le droit du travail.

C'est progressivement, notamment avec de grandes lois sur les sociétés commerciales (1867 puis 1966) ou sur la faillite (1967 puis 1985) que le droit commercial a conquis son autonomie. Mais la distinction entre le droit civil et le droit commercial est sans doute une distinction plus pédagogique que réelle, ce que confirme l'examen du droit comparé, qui traite parfois les deux matières dans le même Code (cf. par exemple le Code civil italien de 1942 ou encore le nouveau Code civil russe depuis 1995). Fondamentalement, ce sont les mêmes principes qui s'appliquent dans les deux disciplines même si de nombreuses règles sont considérablement assouplies pour s'adapter à la pratique des affaires et à l'expérience des commerçants. Le droit des sociétés est sans doute un peu à part, car il ne concerne plus, comme le droit civil, les relations entre des individus, mais entre des groupements, des personnes morales. Pourtant, le droit commercial est aujourd'hui considéré comme une discipline distincte du droit civil, sanctionnée le plus souvent par des juridictions spécialisées.

Quant au droit du travail, le Code civil ne lui consacrait que deux articles, car le contrat de travail, loin d'être perçu comme autonome, était considéré comme un simple contrat civil, plus précisément un contrat de louage de services. À partir de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, de grandes lois ont été promulguées et une commission fut nommée en 1901 avec pour objet de réunir les textes en vigueur. Un « Code du travail et de la prévoyance sociale » fut adopté en plusieurs fois entre 1910 et 1924, mais on n'y incorpora pas certaines lois importantes adoptées ultérieurement, si bien qu'en 1973 fut promulgué un nouveau Code du travail, recomposé et renuméroté. La matière ne s'est réellement systématisée qu'après la Seconde Guerre mondiale, passant en outre du statut d'un droit de classe (droit ouvrier) à celui, plus général, de droit du travail (salarié). Aujourd'hui, on parle souvent de « droit social », comprenant à la fois le droit du travail et le droit de la Sécurité sociale. Certes certaines règles de droit civil, notamment de droit des contrats, sont, en l'absence de dispositions dérogatoires, toujours applicables au contrat de travail. Mais, à la différence du droit commercial, le droit du travail est une matière essentiellement différente du droit civil en ce qu'elle repose sur des principes autres. En effet, « face au droit civil fondé sur l'égalité et l'individu, le droit du travail a permis de penser juridiquement la hiérarchie et le collectif » (Alain Supiot, 1998). La hiérarchie tout d'abord car, ce qui caractérise le contrat de travail, c'est l'existence d'un lien de subordination juridique entre deux personnes. Le collectif ensuite, car le droit du travail a dû inventer des instruments pour régir

les relations entre groupements (de salariés, d'employeurs), par exemple l'importante notion de convention collective, création tout à fait originale par rapport au contrat de droit civil. C'est ainsi qu'en Allemagne ont été créés trois ordres juridictionnels indépendants (et non pas seulement deux comme en France) : public, privé et social.

Ces dernières années, le droit civil a encore vu son domaine empiété de toutes parts par une série de droits qui ont tenté d'acquérir leur autonomie : droit des assurances, droit de la consommation, droit de la propriété intellectuelle, droit immobilier. Cette fragmentation a souvent reçu une consécration du législateur à travers la promulgation de nombreuses lois spéciales, et même de Codes séparés du Code civil, une telle inflation n'étant souvent ni intellectuellement nécessaire ni en réalité souhaitable.

Mais ces excès mêmes commencent à susciter des réactions. On voit donc apparaître, dans la littérature juridique, une volonté de revenir à des principes communs essentiels, à un *jus commune*, et à rapatrier en quelque sorte les matières fondamentalement liées au droit civil.

## 📍 Un droit commun

Compte tenu de l'éclatement des différentes matières qui constituaient le droit civil, compte tenu aussi de la difficulté croissante d'être spécialiste du droit civil dans son ensemble, la question se pose de savoir si la notion de droit civil a encore un sens et aussi si elle reste au cœur de nos catégories.

À l'université, le droit civil demeure une discipline centrale et aussi unitaire, au-delà des différentes matières qui la composent. La notion de droit civil y conserve encore un sens, même s'il est fort rare que son unité et ses caractéristiques soient vraiment mises en lumière. Plusieurs grands traités classiques ont étudié le droit civil dans son ensemble : les plus célèbres datent du XIX<sup>e</sup> siècle et ont pour auteurs Toullier, Troplong, Marcadé et Pont, Duranton, Baudry-Lacantinerie, Demolombe, Demante et Colmet de Santerre, Laurent, Aubry et Rau ; ou Planiol au tournant du siècle. De la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle, on retiendra Demogue, Beudant et Lerebours-Pigeonnière, Capitant, Ripert ou Josserand. Aujourd'hui, la tâche devient moins aisée, et les auteurs se spécialisent

plutôt au sein du droit civil. On peut citer cependant une fois de plus Jean Carbonnier, qui couvre dans ses cinq manuels les « piliers » du droit civil ; dans les classiques, on peut encore citer les *Leçons de droit civil* des frères Mazeaud (Henri et Léon, professeurs de droit, et Jean, conseiller à la Cour de cassation), qui, en neuf volumes, traitaient l'ensemble des disciplines du droit civil, et également les ouvrages de Gabriel Marty et Philippe Raynaud en six volumes ; enfin, un peu plus récemment, doivent être mentionnés les ouvrages de Philippe Malaurie et Laurent Aynès (en neuf volumes) et le traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin (qui contient actuellement douze volumes rédigés par des auteurs différents).

Dans la pratique, l'unité du droit civil est parfois moins évidente. Mais le droit civil conserve une unité en ce qu'il demeure le fondement du droit privé et même du droit en général. Il est en effet le droit commun, c'est-à-dire qu'il s'applique d'office, à moins qu'une disposition spéciale relevant d'une autre branche du droit ne conduise à y déroger (c'est ainsi que les sociétés sont encore régies par les articles 1832 et suivants du Code civil). Il en résulte que les principes généraux du droit sont toujours présentés dans le cadre du droit civil et que les techniques et les modes de raisonnement dégagés en droit civil valent pour toutes les autres disciplines. C'est ainsi d'ailleurs que le cours d'introduction dispensé aux étudiants de première année en droit s'intitule le plus souvent « Introduction au droit et au droit civil ». Le droit civil continue ainsi à inspirer et à irriguer les autres branches du droit, même si, en retour, il subit aussi leur influence.

Le droit civil conserve également tout son sens à travers le Code civil, dont le style, à la fois lapidaire et abstrait, contribue à asseoir la généralité. Ainsi, pour ne citer que quelques-uns des plus célèbres articles, l'article 1382 selon lequel « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer » ; l'article 1384 alinéa 1<sup>er</sup>, qui énonce qu'« on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde » ; ou l'article 1134 alinéa 1<sup>er</sup>, selon lequel « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

La notion même de Code civil d'ailleurs, loin d'être désuète, continue à prospérer. L'adoption de nouveaux Codes civils est un phénomène général dans tous les pays de l'ex-bloc soviétique. Il faut citer également le nouveau Code civil des Pays-Bas (entré en vigueur en 1992) ou celui du Québec (voté en 1991 et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1994). Sans parler de récents projets de Codes civils européens qui s'efforceraient d'harmoniser le droit civil des différents pays de l'Union européenne mais qui se heurtent à de solides traditions.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## @ COMMERCIAL (DROIT)

### ***Prise de vue***

Le droit commercial est une branche du droit privé qui, par dérogation au droit civil, régleme de manière spécifique certaines activités de production, de distribution et de services. Il englobe à la fois le commerce au sens courant du terme, c'est-à-dire les activités d'échange, et l'industrie, donc des activités de transformation. Le droit commercial ne régit cependant pas l'ensemble de la vie économique. Pour des raisons socio-historiques, les agriculteurs, les artisans et les membres de professions libérales demeurent soumis au droit civil, même si leur statut tend à se rapprocher de celui des commerçants. Si cette évolution continue, la distinction traditionnelle du droit civil et du droit commercial sera remplacée par celle du droit des activités économiques ou professionnelles, d'une part, et du droit des relations personnelles et de la consommation, d'autre part.

Le droit commercial a pour acteurs des personnes physiques, les commerçants, mais aussi des sociétés, notamment les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes. Ces deux catégories sont parfois désignées sous le vocable d'entreprises commerciales. Mais il ne s'agit que d'une commodité de langage, sans valeur juridique. Le droit commercial ne régit pas les entreprises, mais seulement les personnes.

L'existence du droit commercial se révèle lorsque, face à une situation

de fait identique (par exemple, l'établissement d'un bail ou la cessation des paiements d'un débiteur, etc.), un système juridique prévoit l'application alternative de deux règles, l'une relevant du droit commun, l'autre d'un droit exceptionnel, selon la nature de l'acte envisagé ou la qualité de son auteur.

En revanche, il est plus difficile d'en définir l'essence. Une querelle interminable, et en partie stérile, oppose ceux qui voient dans le droit commercial le droit des commerçants (conception subjective) et ceux qui en font le droit des opérations ou des actes de commerce (conception objective). Il est d'autant plus délicat de trancher que le Code de commerce (art. 1) définit le commerçant comme celui qui accomplit des actes de commerce à titre de profession habituelle. Compte tenu de l'incertitude de ces bases doctrinales, certains proposent de parler non plus de droit commercial, mais de droit des affaires, de droit de l'entreprise ou de droit des activités économiques. Cette nouvelle terminologie est encore mal fixée, alors que les mots « commerçant » et « commercial » ont, pour les juristes, une signification technique précise.

## 📌 Historique

Ce sont des considérations historiques qui expliquent en bonne partie l'existence d'un droit commercial distinct du droit civil.

Les commerçants ont toujours été régis par un droit spécifique, car ils avaient recours au crédit beaucoup plus systématiquement que les simples particuliers. En effet, l'acte de commerce le plus habituel est l'achat pour revendre, ce qui implique presque toujours que le commerçant acheteur initial paye son vendeur non pas au comptant, mais avec les sommes qu'il a lui-même retirées des reventes à sa clientèle.

Les premières traces d'un droit commercial remontent à la très haute antiquité, avec notamment le Code d'Hammourabi (près de deux mille ans av. J.-C.). Toutefois, cet apport se limite au droit maritime et au droit bancaire. Il faut attendre la fin du Moyen Âge pour voir apparaître un droit commercial complet et

autonome dans les villes d'Italie (Gênes, Pise, Florence, Venise), de Flandres (Bruges, Amsterdam, Gand, Anvers) et de Champagne (Provins, Troyes, Bar-sur-Aube). Notamment à l'occasion des foires, les communautés de marchands mettent sur pied à la fois des mécanismes simplifiés de paiement, par l'utilisation des lettres de change, et des procédures d'exécution à l'égard des défaillants (faillites).

Les Temps modernes voient la création des tribunaux de commerce par un édit de Michel de L'Hospital (1563). Ceux-ci appliquèrent un droit de plus en plus autonome, distinct du droit romain, du droit canonique et des coutumes d'origine germanique. À la fin du XVII<sup>e</sup> siècle, Colbert et Savary codifièrent ce nouveau droit. Mais, si l'ordonnance sur la marine de 1681 est un texte d'une qualité technique remarquable, l'ordonnance sur le commerce de terre de 1673 se présente essentiellement comme un recueil de recettes pragmatiques.

À la fin de l'Ancien Régime, le droit commercial manque de logique et d'idées générales. Contrairement au droit civil, il n'a pas bénéficié des réflexions fondamentales de juristes qualifiés comme Domat ou Pothier. Ce caractère réglementaire est encore accentué par l'influence des corporations, hostiles à la liberté d'établissement et à l'abrogation d'une réglementation tatillonne, qui décourage les innovations.

La Révolution réalise un double progrès en proclamant le principe, toujours en vigueur, de la liberté du commerce et de l'industrie et en supprimant définitivement les corporations. Ce renouveau allait être sans lendemain, car Napoléon négligea la rédaction du Code de commerce qui, promulgué à la hâte en 1807, est d'une qualité très inférieure à celle de l'admirable Code civil de 1804. En effet, ses rédacteurs se sont bornés à reproduire l'ordonnance de 1673, sans se rendre compte que celle-ci reposait sur le système des corporations, qui avait été abrogé. Toujours en vigueur, le code de 1807 est à l'origine des contradictions et des inexactitudes qui ont grevé et qui minent encore le droit commercial, écartelé entre une application limitée aux seuls commerçants et un domaine qui s'étendrait aux actes de commerce, même accomplis par de simples particuliers.

Le libéralisme triomphant du XIX<sup>e</sup> siècle fut spécialement favorable à

l'essor des moyens juridiques qui ont permis le développement du capitalisme moderne : sociétés par actions, chèques, droit de la banque et de la Bourse, ventes commerciales internes et internationales, reconnaissance du fonds de commerce, etc. C'est à cette époque que se mirent en place les principales techniques qui constituent encore aujourd'hui les bases du droit commercial.

À partir de 1914, celui-ci a subi les conséquences de l'interventionnisme de l'État. Il est devenu plus réglementaire et plus impératif. Il a fait une place plus large aux sanctions pénales et a dû admettre, tant bien que mal, à côté des commerçants privés, les activités commerciales des personnes morales de droit public, notamment des sociétés nationales et des sociétés d'économie mixte.

Le traité de Rome, en 1957, a ouvert une nouvelle étape. Le droit commercial a pris en compte le développement de la concurrence provoqué par la création d'un marché européen unique. Il s'est également engagé, mais de manière plus timide, dans la voie de la déréglementation. La période la plus récente est marquée par l'influence croissante, et en partie déraisonnable, des techniques financières et boursières sur le droit commercial. Les spécialistes de l'ingénierie financière inventent de nouveaux modes de financement, de nouveaux contrats, de nouveaux produits d'épargne sans se préoccuper de l'orthodoxie juridique de leurs constructions.

## 🌐 Droit comparé

La distinction du droit civil et du droit commercial n'est pas admise par toutes les législations. Bien évidemment, le droit commercial n'a pas de raison d'être dans les États qui écartent l'économie de marché. Toutefois, même des systèmes juridiques libéraux ont opté pour l'unification du droit privé. Le cas le plus typique est celui de la Grande-Bretagne, où la *law merchant*, qui avait pris naissance au Moyen Âge, a été absorbée à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle par la *common law*. Depuis cette époque, il n'y a plus, dans cet État, de droit commercial autonome. Les contrats sont régis par des règles identiques, qu'ils soient conclus entre commerçants ou entre particuliers. Les juridictions commerciales ont également disparu, à l'exception de quelques chambres spécialisées à l'intérieur de la High Court. Toutefois, celles-ci sont non pas des juridictions autonomes,

mais de simples divisions administratives, compétentes pour des litiges dont le jugement requiert des connaissances techniques, notamment en droit maritime.

Il n'y a pas non plus de droit commercial autonome dans les pays scandinaves, en Suisse depuis 1881, en Italie depuis 1942, aux Pays-Bas depuis 1976 et au Québec depuis 1992. En revanche, l'Allemagne, l'Espagne et la Belgique connaissent un régime dualiste, comparable à celui du droit français.

Il ne faudrait pas en conclure que l'évolution historique va inéluctablement dans le sens de l'unification. Si, comme en France, des rapprochements se sont opérés (cf. *Régime des actes de commerce et obligations des commerçants*), à l'inverse, les États-Unis donnent l'exemple d'une législation unitaire, inspirée de la common law britannique, qui évolue vers la dualité avec la mise en vigueur d'un Code de commerce uniforme (Uniform Commercial Code) réglementant la plupart de activités économiques des entreprises, alors que les contrats entre particuliers demeurent régis par la législation de chaque État.

Ainsi, toutes les législations édictent des règles propres aux entreprises et aux opérations commerciales. Dans certains États, ces règles sont suffisamment nombreuses pour constituer un ensemble autonome, souvent appliqué par des juridictions spécialisées. Dans d'autres, au contraire, elles constituent de simples exceptions au droit civil commun.

## 📍 Domaine du droit commercial

Puisqu'il est un droit d'exception, qui déroge au droit civil commun, le droit commercial devrait avoir un domaine d'application strictement délimité. Malheureusement, il n'en est rien. Les frontières qui séparent le droit civil du droit commercial ont été tracées en fonction de considérations d'opportunité beaucoup plus que de logique. Elles sont incertaines et mouvantes, de telle sorte qu'il est souvent difficile de savoir si une personne est ou non un commerçant, ou si une opération constitue ou non un acte de commerce.

Le Code de commerce s'inspire principalement d'une conception objective. Le droit commercial s'applique à certaines opérations, dites actes de

commerce. Ces opérations présentent trois caractéristiques.

Ce sont, en premier lieu, des actes d'entremise, qui interviennent à l'occasion de la circulation de marchandises entre producteur et consommateur. Chez le producteur, le bien n'est pas encore dans le commerce ; ainsi l'agriculteur qui vend sa récolte n'est-il pas un commerçant, car il vend ce qu'il a produit. Il en va de même à l'autre extrémité de la chaîne ; la ménagère qui achète un produit pour la consommation de sa famille ne fait pas non plus un acte de commerce. Mais, entre ces deux extrêmes, le bien a circulé par plusieurs intermédiaires, qui l'ont acheté pour le revendre et ont donc fait des actes de commerce. Ce critère ne s'applique cependant pas dans tous les cas. Ainsi les exploitations minières et pétrolières sont-elles des activités de pure production qui, comme l'agriculture, devraient relever du droit civil ; elles sont pourtant réputées commerciales, en raison de leur importance économique, depuis une loi du 9 septembre 1919. Ce critère est en outre discutable. Au sens strict, l'industrie, qui relève du droit commercial, est plus et autre chose qu'une activité d'intermédiaire. On aurait d'elle une conception singulièrement réductrice en disant que l'industriel fait un achat pour revendre, donc un acte de commerce, parce qu'il achète des matières premières et revend un produit fini.

L'acte de commerce se traduit, en deuxième lieu, par la recherche d'un bénéfice. Le monde des marchands est celui du profit. Certes, le commerçant n'est pas uniquement celui qui spéculé sur la différence des cours entre l'achat et la revente. Il rend aussi un service en mettant les produits et les marchandises à la disposition de ses clients. Mais il agit toujours dans un but lucratif, même lorsque en apparence il ne demande pas de contrepartie. Le mécénat d'entreprise, le « sponsoring », la distribution de cadeaux publicitaires constituent des actes de commerce, malgré leur gratuité, car ils ont pour objectif d'accroître ou de fidéliser la clientèle du commerçant.

En troisième lieu, les actes de commerce portent sur des meubles, au sens juridique du terme, c'est-à-dire des denrées, des marchandises ou des instruments financiers. Au contraire, les immeubles et les activités portant sur les immeubles (construction, travaux publics) restent, en principe, en dehors du droit commercial. De même, les activités de service sont civiles si elles ont un caractère

intellectuel et commerciales si elles reposent sur un support matériel. Pour cette raison, les professions libérales (médecins, avocats, experts-comptables...) ne relèvent pas du droit commercial. Au contraire, les prestations de service deviennent commerciales lorsqu'elles mettent en œuvre des fournitures matérielles, comme le transport, l'hôtellerie, etc.

L'application de ces critères, qui n'était déjà pas simple, a été infléchie par des législations spéciales. Tantôt, le domaine du droit commercial a été restreint. Ainsi, pour des raisons historico-sociologiques, les artisans sont assimilés aux simples particuliers. Pourtant, leurs activités ne se distinguent guère de celles des commerçants. Les bouchers et les boulangers achètent des marchandises pour les revendre après les avoir travaillées et mises en œuvre. Les chauffeurs de taxi exploitent une entreprise de transport. Le motif qui justifie leur exclusion du droit commercial est la dimension modeste de leur entreprise. Toutefois, le statut des artisans s'est rapproché de celui des commerçants. Notamment, depuis la loi du 25 janvier 1985, les uns et les autres font l'objet d'une procédure de redressement judiciaire (faillite) devant le tribunal de commerce en cas de cessation des paiements. Tantôt, et le cas est plus fréquent, le domaine du droit commercial a été étendu. Ainsi, il existe des actes de commerce en raison de leur seule forme, notamment la lettre de change, et des personnes morales réputées commerciales également en raison de leur seule forme (sociétés en nom collectif, S. à R.L. et sociétés par actions). Enfin, les actes civils par nature accomplis par un commerçant pour les besoins de son commerce sont considérés comme des actes de commerce par application de la théorie de l'accessoire.

### Ⓜ Régime des actes de commerce et obligations des commerçants

Les opérations commerciales sont généralement plus répétitives que les contrats civils, elles se concluent plus rapidement et le recours au crédit y est plus fréquent que le paiement comptant. Ces opérations sont donc soumises à des règles originales, qui constituent le droit commercial au sens strict.

Ainsi, entre commerçants, la preuve des actes de commerce est libre, quel que soit le montant en cause (Code de commerce, art. 109). Elle peut se faire

par tout moyen, y compris les témoignages et les présomptions. Au contraire, en droit civil, la preuve doit se faire par écrit dès que l'objet de la convention est supérieur à 5 000 francs (Code civil, art. 1341). Cette règle traditionnelle se fonde sur la rapidité de la conclusion de beaucoup d'opérations commerciales, qui rend impossible la rédaction d'un écrit sous seing privé. De même, une règle coutumière veut que la solidarité se présume entre commerçants qui concluent une même obligation. Au contraire, en droit civil, le principe est que les obligations sont conjointes, ce qui contraint le créancier à fractionner ses recours contre les débiteurs et lui fait supporter le risque d'insolvabilité de chacun d'entre eux. La solidarité est plus avantageuse pour le créancier, qui peut demander l'exécution de la totalité de l'obligation à un seul des débiteurs, choisi en raison de sa solvabilité. Enfin, la rapidité des opérations commerciales explique que le délai de prescription extinctive ne soit pas, en principe, de trente ans, comme en droit civil, mais seulement de dix ans (Code de commerce, art. 189 *bis*). Ce délai s'applique aussi aux obligations nées entre un commerçant et un non-commerçant, évitant ainsi aux commerçants, et notamment aux banques, de conserver leurs archives pendant trente ans.

Ces règles de fond sont complétées par un régime original de règlement des différends commerciaux. En première instance, les litiges entre commerçants sont jugés par les tribunaux de commerce, ou tribunaux consulaires, composés de commerçants élus par leurs pairs. Mais ce particularisme disparaît en cas d'appel, puisque l'affaire est portée devant la cour d'appel dans les mêmes conditions que si le jugement avait été rendu par un tribunal d'instance ou de grande instance. La juridiction consulaire présente l'avantage d'être généralement plus rapide et moins onéreuse que les juridictions civiles. En outre, les magistrats consulaires connaissent les usages et les coutumes, dont le non-respect est, plus souvent que la violation de la loi, à l'origine de beaucoup de différends commerciaux.

Enfin, les commerçants ont recours à l'arbitrage plus souvent que les particuliers. Notamment, ils peuvent insérer dans leurs contrats une clause compromissoire qui prévoit que, en cas de difficulté d'exécution, le litige sera tranché non par une juridiction d'État, mais par des arbitres désignés par les parties. Au contraire, les non-commerçants ne peuvent recourir à l'arbitrage qu'une fois le litige né et à condition que la matière ne relève pas de l'ordre public. La

sentence rendue par les arbitres s'impose aux parties. Par conséquent, si le perdant ne s'exécute pas, le gagnant demandera l'*exequatur* de la sentence devant une juridiction d'État, selon une procédure simple et rapide, et pourra passer à l'exécution forcée. L'arbitrage est très utilisé dans les relations commerciales, surtout lorsque celles-ci ont un caractère international. Son principal avantage est sa discrétion, car la procédure n'est pas publique et la sentence n'est pas publiée. Son principal inconvénient est son coût, car les arbitres sont rémunérés par les parties.

D'autres règles propres aux relations commerciales ont été abrogées à une période récente. Ainsi le taux d'intérêt légal est-il désormais le même en matière civile et en matière commerciale. De même, la mise en demeure du débiteur qui n'a pas exécuté son obligation s'opère selon des formes qui sont pratiquement les mêmes dans les relations civiles et dans les relations commerciales.

En outre, d'autres différences se sont fortement estompées. Le cas le plus net est celui des procédures collectives, autrefois appelées faillites, applicables en cas de cessation des paiements. Traditionnellement, la faillite ne concernait que les commerçants personnes physiques et les sociétés commerciales. Mais elle a été étendue, en 1967, aux personnes morales de droit privé non commerçantes, essentiellement les sociétés civiles et les associations, en 1985, aux artisans et, en 1988, aux agriculteurs. Seuls, par conséquent, parmi les personnes exerçant une activité économique indépendante, les membres des professions libérales échappent encore aux procédures collectives. Ce n'est d'ailleurs pas un avantage, car ces procédures, si elles entraînent certaines contraintes à l'égard du débiteur, facilitent aussi le redressement de l'entreprise et accélèrent l'extinction du passif impayé.

Le rapprochement entre les commerçants et les non-commerçants se manifeste aussi dans d'autres domaines, car, de plus en plus souvent, les mêmes règles s'appliquent à tous ceux qui exercent, à titre professionnel, une activité économique, sans distinguer si celle-ci est commerciale, artisanale ou libérale : généralisation de la T.V.A., utilisation du crédit-bail immobilier, cession simplifiée des créances professionnelles, etc. En effet, le recours systématique au crédit, qui

était historiquement à l'origine du droit commercial, est aujourd'hui une pratique commune à toutes les activités économiques.

## 📍 Les personnes en droit commercial

Le principe de la liberté du commerce, qui a valeur constitutionnelle, implique que toute personne puisse s'établir dans une activité commerciale ou industrielle sans avoir besoin d'une autorisation administrative. Seuls les étrangers non ressortissants communautaires doivent être titulaires d'une carte spéciale, délivrée par le préfet. De même, quelques activités spécialement réglementées en raison de leur nature spécifique ne peuvent être exercées que par des personnes munies d'une autorisation administrative. Ces cas sont de moins en moins nombreux avec le recul du dirigisme. Le plus contestable est l'autorisation administrative de construction des magasins à grande surface, prévue par la loi Royer du 27 décembre 1973.

S'agissant de personnes physiques, les conditions requises pour devenir commerçant sont peu nombreuses. Positivement, l'intéressé doit être capable, c'est-à-dire être âgé de plus de dix-huit ans. Négativement, il ne doit pas tomber sous le coup d'une incompatibilité, en raison de l'exercice d'une autre profession (fonction publique, profession libérale) ou d'une interdiction résultant d'une condamnation pénale. L'intéressé doit se faire immatriculer au registre du commerce dans le mois de son établissement. Cette formalité permet aux tiers d'obtenir aisément des informations à jour sur les principales composantes juridiques et financières de l'entreprise. Celui qui néglige cette procédure devient tout de même commerçant. Mais, à titre de sanction, il ne peut pas se prévaloir de cette qualité à l'égard des tiers de bonne foi, qui peuvent la lui opposer. L'intéressé est donc perdant sur les deux tableaux, ce qui constitue une forte incitation à l'immatriculation.

Mais les commerçants sont aussi et surtout des sociétés. Les unes sont commerciales en raison de leur activité, les autres en raison de leur seule forme (cf. *Domaine du droit commercial*). C'est là une facilité qui évite le plus souvent aux tiers, qui se trouvent en rapport avec une société donnée, de se demander si elle est commerciale ou civile. Pratiquement, toutes les activités d'envergure sont

menées par des sociétés commerciales, car celles-ci peuvent, notamment en faisant publiquement appel à l'épargne, réunir des capitaux plus importants qu'une simple personne physique, aussi riche soit-elle.

Toutefois, en raison du principe d'égalité, le statut des commerçants est, pour l'essentiel, le même, qu'il s'agisse de personnes physiques ou de sociétés, de modestes boutiquiers ou d'entreprises multinationales. Cette situation n'est guère rationnelle, surtout si l'on sait que l'artisan bénéficie d'un statut spécial en raison de la faible dimension de son entreprise. Les exemples italien et allemand montrent qu'il serait possible de distinguer les petites entreprises, artisanales ou commerciales, soumises à un statut voisin de celui des simples particuliers, et les grosses entreprises industrielles ou commerciales, qui auraient des obligations plus strictes, mais aussi des possibilités d'action plus complètes.

## 📍 Les biens en droit commercial

Le droit commercial ne se préoccupe guère des immeubles, parce que ceux-ci, en raison de leur nature même, ne font l'objet que de transactions peu fréquentes. Tout au plus l'achat de terrains en vue de les revendre en l'état, c'est-à-dire sans y avoir construit, est-il un acte de commerce depuis une loi du 9 juillet 1970.

Le domaine d'élection du droit commercial est celui des meubles. Les meubles corporels, c'est-à-dire les denrées, matériels et marchandises, n'appellent que peu de remarques, bien que leur achat suivi d'une revente, leur location, leur entretien ou leur transformation constituent l'essentiel des activités commerciales. On rencontre de plus en plus souvent, en droit commercial, des biens incorporels, qui n'ont pas d'existence physique mais qui ont pourtant une valeur patrimoniale et peuvent faire l'objet de contrats, comme les biens corporels.

Le principal d'entre eux est le fonds de commerce. Il s'agit d'une universalité de fait regroupant, en un ensemble unique, les différents éléments utilisés par le commerçant pour retenir et exploiter sa clientèle : droit au bail, enseigne, nom commercial, brevets d'invention, marques, etc. Mais le fonds de commerce ne constitue pas une personne morale. Par conséquent, le titulaire du

fonds est tenu de payer le passif sur l'ensemble de son patrimoine, y compris les biens affectés à son usage personnel ou familial. L'importance de ce risque explique que beaucoup de personnes choisissent de faire le commerce par l'intermédiaire d'une S. à R.L. ou d'une société anonyme, car elles ne sont alors responsables du passif que dans la limite de leurs apports. Comme tout bien, le fonds de commerce peut être vendu, donné en location-gérance ou faire l'objet d'un nantissement au profit des créanciers. L'opération a un caractère global, c'est-à-dire qu'elle porte sur l'ensemble des éléments du fonds, bien que ceux-ci soient distincts.

Les valeurs mobilières constituent une autre catégorie de biens incorporels qui jouent un rôle important dans le monde des affaires. Ce sont des titres négociables, c'est-à-dire transmissibles selon un mécanisme simple et efficace, qui représentent soit un titre d'associé (actions), soit un titre de créance (obligations), soit un titre mixte ou composé qui combine les caractères des deux précédents, par exemple une obligation avec bon de souscription d'action ou une obligation remboursable en actions. On peut rapprocher des valeurs mobilières les parts sociales, non négociables, émises par les sociétés autres que les sociétés par actions.

Les valeurs mobilières et le fonds de commerce constituent souvent l'essentiel des patrimoines, qui tendent à se dématérialiser dans une civilisation industrielle ou postindustrielle, alors que, dans les civilisations agricoles, les terres étaient la principale source de richesse et de pouvoir.

## @ Les sources du droit commercial

Les sources du droit commercial sont les mêmes que celles du droit civil, c'est-à-dire essentiellement la loi, au sens large, et la jurisprudence. Des différences sont toutefois perceptibles.

Ainsi la loi, bien qu'étant la source principale, joue un rôle plus effacé en droit commercial qu'en droit civil. Surtout, elle figure rarement dans le Code de commerce. Celui-ci se présente comme une carcasse vide, car des pans entiers ont été abrogés et remplacés par des lois qui sont demeurées en dehors du code.

Tel est le cas des sociétés, des procédures collectives, des transports maritimes, etc. Cette « décodification » ne présente d'ailleurs pas d'inconvénient. En revanche, d'autres sources sont plus développées en droit commercial qu'en droit civil. Historiquement, il s'agissait des usages et des coutumes, mais ceux-ci tendent à perdre de leur importance, sauf pour des questions secondaires, avec le développement des textes réglementaires. Néanmoins, dans les relations du commerce international, les usages continuent de jouer un rôle certain. On assiste même à une renaissance de la *lex mercatoria*, ou « droit des marchands », qui permet aux opérateurs de soumettre leurs contrats à un droit autant que possible dégagé des contraintes que les législations font peser sur les relations commerciales internes. Cette *lex mercatoria* présente l'avantage de la souplesse, mais son contenu manque de précision. Elle s'apparente plus à l'équité qu'au véritable droit.

Les sources internationales d'origine étatique prennent également une importance grandissante avec le renouveau du libre-échange. Ce sont principalement les traités internationaux, dont certains établissent un régime uniforme pour les contrats les plus usuels, et les textes communautaires. Notamment, l'instauration du marché unique européen s'est traduite par la promulgation de très nombreux règlements ou directives applicables au même titre que la législation interne. Ainsi, le droit de la concurrence et une bonne partie du droit des sociétés ont une origine communautaire

De même, de nombreux organismes administratifs édictent des directives ou émettent des avis ou des recommandations dont le respect s'impose aux opérateurs, même si leur autorité juridique est théoriquement moins contraignante que celle d'un règlement. Les Américains parlent à leur propos de *soft law*. Le phénomène se manifeste particulièrement en droit financier et boursier, où les sociétés qui font publiquement appel à l'épargne doivent appliquer les indications données par la Commission des opérations de Bourse et par le Conseil des Bourses de valeurs. Le droit de la concurrence quant à lui, bien que trouvant sa source dans la loi, est constitué pour l'essentiel par les décisions du Conseil de la concurrence.

Cette pluralité de sources constitue l'une des difficultés actuelles du droit

commercial. Face à une situation de fait donnée, le commerçant, et même parfois le juriste qui le conseille, peut avoir peine à déterminer avec certitude la règle de droit qui sera applicable. Il arrive, en effet, que telle opération, valable au regard du droit commercial classique, soit remise en cause par le droit de la concurrence ou le droit communautaire. Il faut, en outre, tenir compte des incidences fiscales de l'opération, ce qui accroît l'aléa de beaucoup de décisions de gestion.

### @ Y a-t-il une philosophie du droit commercial ?

Droit des négociants, des banquiers et des hommes d'affaires, droit des marchandises qui s'achètent et qui se vendent, droit de l'argent qui circule et fructifie, le droit commercial ne paraît guère animé de préoccupations philosophiques. Comment le pourrait-il, d'ailleurs, puisque son existence précède son essence ? Il ne cherche qu'à établir un minimum d'ordre, d'honnêteté et de sécurité dans les relations économiques. C'est un droit concret, orienté vers la satisfaction des besoins matériels. Il laisse à d'autres disciplines des finalités plus nobles. Mais, s'il faisait défaut, ou s'il était trop imparfait, la justice, la liberté et la sécurité ne seraient probablement que des concepts vides de sens. Le renouveau des préoccupations éthiques, qui se manifeste depuis quelques années, devrait donner au droit commercial une importance nouvelle, car ce dernier constitue le seul contre-pouvoir opposé à l'insolence de l'argent corrompeur et immoral.

### @ L'avenir du droit commercial

L'avenir du droit commercial doit s'apprécier sous l'angle de deux questions.

La première est celle du maintien des juridictions consulaires. Leur suppression avait été envisagée au début des années quatre-vingt, ou au moins leur remplacement par un mécanisme d'échevinage qui aurait fait siéger, dans ces tribunaux, à la fois des magistrats professionnels et des magistrats élus par les commerçants. Le projet a soulevé une vive opposition de la part des milieux professionnels et a été abandonné.

La seconde question est celle de l'existence de règles de fond

applicables aux seuls commerçants. Ce particularisme est de moins en moins justifié. Les agriculteurs, les artisans, les membres des professions libérales exercent leurs activités de nature civile dans des conditions peu différentes de celles du commerce. Tous sont soumis à la loi du marché, c'est-à-dire à la concurrence dans l'exploitation d'une clientèle. Tous ont recours au crédit, emploient du personnel salarié, tiennent une comptabilité à des fins fiscales, etc. Tous ont, de plus en plus, les mêmes droits et les mêmes obligations.

La distinction du commerçant et du non-commerçant tend, par conséquent, à être supplantée par celle du professionnel et du consommateur. Dès lors, tôt ou tard, le droit commercial, vestige du passé, sera remplacé par un droit des affaires ou un droit des activités économiques, dont le domaine sera plus vaste, mais dont l'esprit ne sera pas sensiblement différent.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## @ DROIT - Droit comparé

### ***Prise de vue***

Le juriste, mis en présence des droits qui existent ou ont existé dans le monde, est conduit à se poser la question de savoir de quelle manière, dans quelle mesure et pourquoi ces droits présentent des différences. Tantôt il pose cette question sur un plan historique, et se demande comment et pourquoi tel droit, ou tel ensemble de droits, a évolué : il se fait alors historien du droit. Tantôt il pose la question sur un plan spatial, et se demande comment et pourquoi les droits des divers pays, à une époque donnée – plus spécialement à la nôtre – diffèrent les uns des autres : cette recherche est celle à laquelle on applique, de nos jours, l'appellation de droit comparé.

La comparaison des droits, ainsi envisagés dans leur diversité géographique, est chose aussi ancienne que la science du droit elle-même. L'étude de nombreuses constitutions régissant les cités grecques est à la base du

traité qu'Aristote a écrit sur la politique ; Solon, nous dit-on, a procédé de la même manière pour établir les lois d'Athènes, et les décemvirs n'ont, selon la légende, dressé la loi des Douze Tables qu'après une enquête menée dans les cités de la Grande-Grèce. Au Moyen Âge, on a comparé droit romain et droit canon : *doctors* et *students* ont disputé de même en Angleterre au XVI<sup>e</sup> siècle sur les mérites comparés du droit canonique et de la *common law*. La comparaison des coutumes a servi, plus tard, à fonder les travaux de ceux qui ont cherché à dégager en France un droit commun coutumier, en Allemagne un *deutsches Privatrecht*. Charles de Montesquieu enfin s'est efforcé, par la comparaison, de pénétrer l'esprit des lois et de dégager les principes d'un bon système de gouvernement. ■

De nombreux précédents anciens peuvent donc être évoqués ; néanmoins le développement du droit comparé comme science est chose récente. Depuis un peu plus d'un siècle seulement l'importance des études de droit comparé est reconnue, la méthode et les objectifs ont été systématiquement étudiés, l'expression même de droit comparé est entrée dans l'usage.

## 📍 1. Un essor tardif

### L'idée traditionnelle de « jus commune »

Les raisons qui expliquent l'essor tardif du droit comparé, comme science, sont faciles à déceler. Pendant des siècles la science du droit s'est attachée à dégager les principes et solutions d'un droit juste, conforme à la volonté de Dieu, à la nature et à la raison humaines. Elle était dissociée des droits positifs. Les recherches portant sur les coutumes intéressaient la jurisprudence et les praticiens, les ordonnances des princes intéressaient le gouvernement des pays divers. Ni les coutumes ni les ordonnances n'étaient cependant l'affaire de ceux qui méditaient et écrivaient sur le droit. Dans les universités en particulier, on les négligeait, à la fois pour des raisons pratiques car elles étaient trop nombreuses, et pour des raisons théoriques : l'on n'avait que mépris pour leur diversité et leur barbarie, et l'on considérait comme plus noble, et plus favorable à la formation des étudiants, d'enseigner seulement la vraie science du droit, la méthode par laquelle on pouvait, en tous pays, découvrir les solutions de justice. On acquérait cette

méthode en étudiant droit romain et droit canonique qui apparaissaient, à travers l'œuvre de leurs commentateurs, comme le droit commun du monde civilisé, réduit dans l'optique d'alors à la chrétienté.

## 📍 Les codifications nationales et la genèse du droit comparé

Il faut attendre le XIX<sup>e</sup> siècle, et l'éclatement de ce *jus commune*, remplacé par des codifications nationales, pour que la notion d'un droit de valeur universelle tombe en discrédit et pour que, en conséquence de cette « révolution culturelle », apparaissent peu à peu l'opportunité, puis la nécessité de comparer les lois diverses que les nations de l'Europe se sont données : lois sur l'étude desquelles se fonde désormais, avec l'enseignement des universités, la science du droit. Le développement du droit comparé a été la conséquence logique, inévitable, de la nationalisation qui s'est produite dans la conception même du droit au XIX<sup>e</sup> siècle. D'un autre côté, il a été rendu nécessaire et urgent par l'expansion sans précédent qu'ont prise, à notre époque, les relations de tous ordres de la vie internationale. La disparition du *jus commune* d'autrefois, fondé sur l'idée de droit naturel, appelait la constitution d'un *jus commune* nouveau, fondé sur la comparaison des droits ; ce dernier permettrait, sur une base empirique, de déceler les principes généraux communs aux nations civilisées et de remédier à un cloisonnement excessif, contraire à toute raison, des droits nationaux.

## 📍 Le développement contemporain

Les études de droit comparé ont pris, depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle et plus encore depuis 1945, un très vaste essor. Considéré à cette date encore souvent comme le domaine réservé de quelques dilettantes, le droit comparé en est venu à être regardé de nos jours comme un élément nécessaire de toute science et de toute culture juridiques. Un nombre croissant d'enseignements et de recherches de droit comparé ont vu le jour dans les écoles de droit et dans les instituts spéciaux créés à cette fin, en même temps que les associations, congrès ou organismes internationaux se multipliaient en vue de faciliter les relations entre juristes des divers pays et en vue de promouvoir, par des moyens variés, les progrès du droit comparé. L'Association internationale des sciences juridiques, dirigée par un Comité international de droit comparé, s'efforce, depuis 1950, de coordonner ces activités.

## 📍 Autonomie du droit comparé ?

Les débuts du droit comparé ont été marqués par des discussions qui tendaient à en définir l'objet et la nature, à fixer sa place parmi les différentes sciences, à en caractériser les méthodes, à en préciser les applications possibles et les intérêts. On s'est demandé si le droit comparé devait être considéré comme une branche autonome de la science du droit ou s'il n'était pas plutôt une simple méthode, la méthode comparative, appliquée à la science juridique ; on s'est efforcé d'assigner au droit comparé un domaine propre, en le distinguant de l'histoire comparative du droit, de la théorie générale du droit, de la sociologie juridique, ou bien l'on a tenté au contraire de le ramener à l'une de ces catégories ; on a cherché à préciser dans quelles branches du droit on pouvait attendre de la comparaison un profit ; on s'est posé la question de savoir quels droits il était utile, opportun ou même permis de comparer entre eux, et s'il n'existait pas un domaine géographique hors duquel le droit comparé perdrait son caractère scientifique ; on a mis en relief, de façon plus concrète, les dangers auxquels devraient prendre garde les juristes, lorsqu'ils s'engageraient dans des études de droit comparé. Ces discussions constituent le fond même des premiers ouvrages qui ont paru dans les différents pays sur le droit comparé, et ce sont ces problèmes qui ont été à l'ordre du jour dans le premier Congrès international de droit comparé, tenu à Paris en 1900 ; un écho s'en trouve encore dans certains ouvrages de publication récente.

Il est naturel que ces problèmes aient été mis au premier plan lorsque s'est imposé aux juristes le droit comparé ; il était inévitable que l'on se demande alors qui était ce nouveau venu, et comment devaient être orientés les enseignements nouveaux qui allaient être donnés, dans quelles directions devaient être poussées les recherches qui allaient être faites à ce titre. Ces discussions ont largement perdu de leur actualité maintenant que le droit comparé a pris de solides racines. On peut accepter de bon gré l'éclectisme de ceux qui, de plus en plus nombreux, s'y adonnent ou en font usage ; ce qui semble le plus important, pour les « comparatistes » au sens strict, est d'accomplir une double tâche : mettre en lumière, dans l'intention de convaincre les sceptiques, les intérêts divers que présente pour les juristes le droit comparé, et mettre en mesure les convaincus d'utiliser chacun à ses fins propres les droits étrangers.

## 📍 2. L'intérêt du droit comparé

Le droit comparé présente essentiellement un triple intérêt : dans les recherches historiques ou philosophiques concernant le droit ; pour mieux connaître et améliorer notre droit national ; enfin pour comprendre les peuples étrangers et donner un meilleur régime aux relations de la vie internationale.

## @ Droit comparé et science juridique

Le droit comparé peut être utilisé dans les recherches qui concernent l'histoire, la philosophie ou la théorie générale du droit.

C'est sous cet aspect que le XIX<sup>e</sup> siècle a reconnu son importance. À la suite de Montesquieu, que l'on a appelé parfois, non sans quelque exagération, l'ancêtre du droit comparé, il est devenu de mode, au XIX<sup>e</sup> siècle, de broser de vastes fresques historico-philosophiques de l'évolution du droit, dans la perspective des idées de progrès et d'évolution auxquelles les esprits, alors, étaient acquis. Le droit des peuples les plus divers est mis à contribution pour esquisser de grands tableaux historiques, à travers lesquels se profile le progrès de l'humanité ; partant des coutumes de tribus primitives, appelées à témoigner des origines du droit, le juriste est conduit à s'émerveiller et à contempler le droit des peuples les plus avancés dans la civilisation moderne. Maine en Angleterre, Kohler en Allemagne sont les représentants prestigieux de cette lignée ; on peut y rattacher le Français Lermnier, pour qui est créée en 1831, au Collège de France, la première chaire de législation comparée.

La mode est passée, aujourd'hui, de ces généralisations qui paraissent trop vastes à nos esprits cantonnés dans une plus grande spécialisation. La contribution que le droit comparé est susceptible d'apporter aux recherches d'ordre historique et philosophique n'en demeure pas moins indiscutée.

À condition de prendre toutes les précautions voulues, il peut être fort utile d'utiliser les données que fournissent encore certaines tribus primitives, pour essayer de saisir les origines de la notion de droit, comprendre comment elles peuvent être liées à des croyances magiques ou à des mythes, approfondir le sens de certaines institutions ou règles des droits de l'Antiquité. Le rôle du clan, l'inaliénabilité du sol, l'exclusion des étrangers du domaine du droit, les correctifs apportés par les mœurs à l'application du droit théorique, le sens des institutions

procédurales antiques peuvent sortir de l'ombre et devenir des réalités vivantes, dont on perçoit toute la signification, lorsqu'on les retrouve dans les esprits et qu'on les voit fonctionner dans la vie quotidienne de telle ou telle communauté africaine, asiatique, américaine ou océanienne. L'ancien droit romain, l'ancien droit germanique, le droit féodal ont été de la sorte éclairés, dans maints de leurs aspects, par le recours au droit comparé.

S'agit-il de philosophie du droit ? Le droit comparé montre la variété des conceptions que l'on peut avoir du droit. Il met en présence de sociétés dans lesquelles on ignore la notion de droit ; il fait voir des sociétés pour lesquelles le droit est synonyme de contrainte, et même symbole d'injustice, d'autres dans lesquelles le droit est au contraire étroitement lié à la religion et participe du caractère sacré de celle-ci. Une histoire de la philosophie du droit peut sans doute se borner à décrire les vues qui ont été entretenues, quant à la nature et au rôle du droit, dans un certain secteur de l'humanité. La philosophie elle-même, cependant, postule l'universalisme ; il n'est pas besoin de souligner la misère et l'étroitesse d'une philosophie du droit qui ne considérerait qu'un seul droit national. Le droit comparé a, de toute évidence, un rôle primordial à jouer en ce domaine.

La théorie générale du droit ne bénéficie pas moins de l'étude du droit comparé. L'origine historique de nos classifications, le caractère relatif de nos concepts, le conditionnement politique ou social de nos institutions ne sont révélés souvent avec netteté que si, pour les étudier, on se place en dehors de notre propre système de droit. La chose est nécessaire pour reconnaître leur caractère universel, ou pour prendre conscience au contraire du fait que telle ou telle manière de voir n'est entretenue que dans certains pays ou même dans notre seul droit.

Que valent les distinctions françaises de droit public et de droit privé, de droit civil et droit commercial, de droit impératif et droit supplétif, de loi et de règlement, de droits réels et droits de créance, de meubles et d'immeubles ? Celui qui n'a étudié que le droit français trouve ces oppositions naturelles, il est tenté de leur attribuer un caractère nécessaire. Grâce au droit comparé, il est loisible de constater qu'elles ne sont pas reçues partout, qu'elles peuvent être en déclin ou même avoir été abandonnées en certains pays ; on est ainsi conduit à s'interroger,

au-delà de leur origine, sur leur justification et leur portée réelles dans le système du droit français actuel.

Il en va de même des concepts qui sont utilisés dans notre droit : ici encore le droit comparé contribue à détruire l'attitude d'esprit qui tend à attribuer à ces concepts un caractère de nécessité, et qui à certaines époques (jurisprudence des concepts) a été prête à sacrifier à leur cohérence logique les intérêts que le droit est, en dernière analyse, destiné à servir.

Il en va de même encore des sources du droit et des méthodes. La théorie générale, présentée par les civilistes français, exalte la codification et la loi ; elle les présente comme la manière progressive dont il convient d'exprimer les règles du droit dans un État démocratique, et elle ne prétend voir dans la jurisprudence et dans la doctrine que des organes servant à appliquer la loi ou à la commenter. Le droit comparé dévoile toute la part d'hyperbole, de préjugé et de fiction que comporte cette analyse ; il montre que d'autres nations, jugées démocratiques, adhèrent à de tout autres formules, rejettent la codification et répugnent à un accroissement, selon elles dangereux pour la démocratie, du rôle de la loi ; il révèle d'autre part que, dans d'autres États, on regarde comme fausement démocratiques et hypocrites les formules dont on affirme en France les mérites. L'établissement de la vérité gagne à ces réflexions.

## 📍 Droit comparé et droits nationaux

Le droit comparé est utile aussi pour mieux connaître le droit national et l'améliorer.

Ce qui vient d'être dit, touchant la théorie générale du droit, a laissé entrevoir comment, par la comparaison avec les droits étrangers, on peut soumettre à la critique chaque système de droit national : ses classifications, ses concepts, ses méthodes. Tel groupement de règles, auquel on se prête, peut se révéler artificiel, tel autre groupement qu'on ignore peut se révéler avantageux. En étudiant le droit français, certains auteurs anglais en sont venus à se demander si en France la catégorie du droit administratif et l'institution du Conseil d'État ne garantissaient pas mieux qu'en Angleterre les individus contre l'Administration ; indépendamment de toute réforme de structure, ils se sont demandé si certaines

solutions du droit anglais ne devraient pas être regroupées, pour être plus systématiquement développées, dans un principe de *governmental effectiveness* (nécessité de permettre une action efficace à l'Administration) que leur inspire l'exemple du droit français. Le problème des qualifications, qui est regardé maintenant comme une des questions majeures dans la théorie française des conflits de lois, a pu demeurer pareillement pendant longtemps inaperçu de nos juristes ; et c'est un juriste allemand, F. Kahn, qui le premier a appelé l'attention sur l'existence de ce problème. L'obligation de sécurité du transporteur, que la Cour de cassation française a découverte dans le contrat de transport de personnes en 1911, peut bien avoir trouvé son inspiration dans l'œuvre du juriste belge Saintelette qui avait proposé, quelques années auparavant, d'en reconnaître l'existence dans le contrat de travail. Le droit des pays de common law abonde en cas dans lesquels un arrêt, rendu dans un pays, a donné son expression à la règle que l'on souhaitait, plus ou moins consciemment, recevoir dans un autre pays, de sorte qu'il y a « fait jurisprudence ». Les arrêts de la Cour de cassation ou du Conseil d'État français ont de même fréquemment déterminé la jurisprudence dans les pays dont les juristes considéraient leur droit comme apparenté au droit français.

La loi peut bien avoir un caractère national ; le droit, lui, ne s'identifie jamais en fait à la loi ; la science du droit a, par sa nature même de science, un caractère transnational. Ce qui est statué, écrit, jugé dans un pays, de même structure et de même tradition qu'un autre, n'est pas indifférent à la manière dont le droit de celui-ci sera expliqué, interprété et parfois renouvelé, en dehors même de toute intervention du législateur.

Comment en serait-il autrement ? Le législateur, s'il peut se flatter de contrôler le développement du droit, ne peut prétendre en régler tous les détails. Il en remet nécessairement l'application à d'autres, juristes et juges, et concède même souvent, de façon délibérée, une ample latitude à ceux-ci pour se prononcer, dans le cadre de certaines formules générales qui sont volontairement ou par nécessité imprécises. Le droit comparé peut être utilisé, de façon parfaitement légitime, pour guider les juristes dans l'interprétation qu'ils feront de ces formules.

Le législateur, de tout temps, a du reste utilisé lui-même le droit comparé pour accomplir et perfectionner son œuvre. Ce n'est pas par hasard que l'on a parlé, au XIX<sup>e</sup> siècle, de *législation comparée*. La préoccupation de ceux qui ont créé en France en 1869 la Société de législation comparée, celle des universités qui ont créé des chaires de législation comparée, a été d'étudier les nouveaux codes qui étaient publiés dans les divers pays, en vue de se rendre compte des variantes qu'ils comportaient par rapport aux codes français, et de suggérer au législateur, le cas échéant, certaines retouches à ces derniers. En fait, les mêmes circonstances créant des besoins et engendrant des sentiments identiques, le mouvement législatif a suivi, dans une très large mesure, les mêmes voies dans les divers pays d'Europe depuis cent ans. Que l'on envisage le droit commercial, le droit pénal, le droit du travail et de la sécurité sociale, ou même le droit de la famille, le droit de la procédure et le droit administratif, on constate non seulement certains grands courants qui sont similaires, mais, de façon beaucoup plus concrète, la concordance de nombreux développements législatifs ; dans une période de vingt ans, de dix ans, ou même de moindre durée, la réforme qui a été réalisée dans un pays et qui y a fait ses preuves est introduite dans d'autres, avec telle ou telle modification qui tient compte de circonstances spéciales ou qui vise à l'améliorer ou à l'intégrer plus parfaitement dans le droit de ces nouveaux pays. Le chèque anglais, le sursis belge à l'exécution des peines, la société à responsabilité limitée allemande, le régime suédois de participation aux acquêts ne sont que quelques exemples, bien connus, d'institutions dont la France a trouvé le modèle dans certaines lois étrangères ; les codes de procédure administrative non contentieuse et autres formules de contrôle de l'action administrative apparus en régime socialiste éveillèrent également l'intérêt des juristes dans les pays où l'Administration devenait, presque au même degré, omniprésente.

## @ Droit comparé et vie internationale

Le droit comparé est utile aussi pour comprendre les peuples étrangers et donner un meilleur régime aux relations de la vie internationale.

Ce troisième intérêt du droit comparé est peut-être devenu, à notre époque, le principal. Il affecte en premier lieu le droit international public. Les conditions du monde nouveau font apparaître comme éminemment souhaitable qu'il s'établisse entre les États, au-delà de la simple coexistence pacifique, des

rapports de coopération plus intenses qu'autrefois, sur des plans techniques, régionaux ou même mondial. Il est clair que ces rapports ne peuvent s'établir ni se développer comme il convient dans l'ignorance des droits qui expriment le sentiment du juste et règlent, conformément à certaines vues politiques, les structures des divers États. En Angleterre, au XVI<sup>e</sup> siècle, des chaires de droit romain ont été instituées par le roi Henry VIII, pour contribuer à la formation des diplomates qui représenteraient la Couronne dans les rapports avec les pays du continent européen, où le droit était fondé sur la tradition romaniste.

Nos diplomates, les négociateurs des traités de commerce ou de conventions internationales de demain doivent pareillement être préparés à comprendre le point de vue d'autrui, et savoir de quelle manière et par quels arguments ils peuvent espérer convaincre leurs interlocuteurs. Ils ne seront pas à la hauteur de leur tâche si, dans des négociations avec Washington, Moscou ou Pékin, ils ne comprennent qu'un raisonnement à la française, et s'ils parlent et agissent comme ils pourraient le faire avec succès devant l'opinion publique de leur pays. Il faut, dans des négociations avec les États-Unis, avoir quelque notion du droit constitutionnel de ce pays : l'on doit se rendre compte en particulier des limitations que ce droit impose aux pouvoirs des autorités fédérales. Il faut, pour qui négocie avec Moscou, comprendre que l'interlocuteur, vivant dans une société organisée tout autrement que la nôtre, se pose des questions, éprouve des doutes, entrevoit des obstacles, en un mot raisonne autrement que nous. Il faut, dans les conversations avec un pays de l'Extrême-Orient, tenir compte de modes de pensée qui font concevoir le droit et les rapports internationaux d'une tout autre manière qu'en Occident. Le droit comparé n'est pas moins nécessaire si l'on vise à resserrer les liens de coopération entre divers pays et à les unir au sein d'une communauté régionale, comme il arrive dans certains États fédéraux ou dans les formations politiques et économiques qui se dessinent en Europe et sur d'autres continents.

L'une des sources du droit international public, prévue par le statut de la Cour internationale de justice, est constituée par « les principes généraux du droit, communs aux nations civilisées » ; l'interprétation de cette formule ne peut se faire qu'à partir du droit comparé.

Le droit comparé, nécessaire au développement et à la mise en œuvre du droit international public, n'a pas un moindre rôle à jouer lorsque l'on considère le droit international privé. Celui-ci se trouve dans un état affligeant. Il consiste essentiellement dans les règles de conflit, destinées à déterminer dans chaque État si les juridictions nationales sont compétentes pour connaître de tel rapport de caractère international, et par quel droit national ce rapport sera régi. Conflits de lois et de juridictions sont résolus dans chaque pays sans souci de ce qui est décidé dans un autre pays, sans souci véritable des intérêts du commerce et des rapports internationaux. Ceux-ci, s'établissant dans une société internationale inorganisée, sont soumis à un régime différent ici et là ; le hasard ou la rouerie d'une partie comptent, en la matière, plus que la justice.

L'une des tâches principales qui incombent aux juristes de notre époque est de mettre fin à cette anarchie ; dans un monde où les rapports internationaux prennent une extension et acquièrent une fréquence accrue d'année en année, il importe de donner une assise sûre à ces rapports. Une entente doit être réalisée entre les divers pays pour que partout soit appliqué à un rapport donné le même droit. Les États doivent élaborer et accepter, en la matière, des solutions uniformes. En dehors des conventions internationales, la jurisprudence doit dans chaque pays prendre en considération, lorsqu'elle établit une règle de conflit, la manière dont le problème qui se pose à elle a d'ores et déjà été résolu par la loi ou la jurisprudence dans les autres pays.

Plutôt que de vouloir unifier les règles de conflit de lois on jugera plus facile, ou parfois préférable du point de vue de la pratique, la recherche d'une entente sur les règles de fond elles-mêmes, appelées à régir telle ou telle catégorie de rapports de droit. Il faut recourir, ici encore, au droit comparé pour explorer les possibilités et trouver les formules de tels accords. Une autre tâche du droit international privé est enfin d'obtenir que la décision rendue par les tribunaux d'un pays ou par un organisme (national ou international) d'arbitrage soit, dans les meilleures conditions, reconnue exécutoire dans les divers pays où elle peut devoir être invoquée. Ici encore, des progrès peuvent être suscités par les études de droit comparé.

L'unification internationale du droit, concernant les rapports de droit

internationaux, constitue à n'en pas douter, envisagée sous ces divers aspects, l'une des tâches majeures de notre époque. Certains, attachés aux manières de voir particularistes du XIX<sup>e</sup> siècle, la dénoncent comme une chimère ; la position chimérique, pourtant, est bien plutôt celle des gens qui croient pouvoir perpétuer, dans l'état actuel du monde, une situation anarchique.

Il ne s'agit pas, en réalisant l'unification internationale du droit, de substituer aux différents droits nationaux un droit supranational uniforme décrété par un législateur à l'échelon mondial ; ce que l'on entend faire est simplement, par des méthodes variées et avec une grande souplesse, réaliser certains progrès en vue d'élaborer graduellement un régime approprié aux rapports de droit internationaux. Une certaine unification internationale du droit est requise dans le monde d'aujourd'hui et sera nécessaire plus encore dans celui de demain. L'œuvre de synthèse ou d'harmonisation qu'elle implique ne peut bien évidemment être accomplie sans l'aide du droit comparé. Celui-ci est nécessaire pour que l'on se rende compte des points de convergence ou de divergence existant entre les différents droits : il l'est pour reconnaître les limites, géographiques ou autres, qu'il convient d'assigner à l'unification ; il ne l'est pas moins pour réconcilier les techniques diverses, employées ici et là, et faire en sorte que les efforts visant à l'unification soient couronnés par le maximum de succès qui peut être attendu dans les circonstances présentes.

### @ 3. La science du droit comparé

#### Droit comparé et méthode comparative

Le droit comparé est appelé à jouer un grand rôle dans le renouvellement de la science du droit et dans l'élaboration d'un droit international nouveau répondant aux conditions du monde moderne. Cependant, il ne suffit pas aux comparatistes de mettre ce rôle en évidence. Ils doivent aussi rendre les juristes aptes à remplir, chacun dans sa spécialité, la tâche qui leur incombe. Le droit comparé n'est pas le domaine réservé de quelques juristes, qui trouvent leur intérêt dans cette branche. Tous sont appelés à s'intéresser au droit comparé, tant pour mieux comprendre leur propre droit que pour entreprendre de l'améliorer, ou encore pour établir, de concert avec les juristes des pays étrangers, des règles de conflit ou de fond uniformes ou bien une harmonisation des droits divers. Pour la

plupart, le droit comparé n'est sans doute qu'une méthode, la méthode comparative, pouvant servir aux fins variées qu'ils se proposent. Pour certains, en revanche, on peut bien concevoir qu'il soit une véritable science, une branche autonome de la connaissance du droit, si leur préoccupation est centrée sur les droits étrangers eux-mêmes et sur la comparaison qu'il importe d'en faire à différents égards avec le droit national. À côté de juristes qui feront simplement usage du droit comparé, il y a place ainsi pour des « comparatistes » dont la tâche se borne à préparer le terrain, afin que d'autres puissent, avec fruit, employer dans leurs domaines respectifs la méthode comparative.

La comparaison des droits divers est en effet parfois difficile ; il faut savoir, avant de s'y risquer, les dangers auxquels on est exposé et les règles de prudence auxquelles on doit s'astreindre lorsqu'on s'engage dans ce domaine.

Cet aspect du problème a pendant longtemps échappé aux juristes, parce que le cercle des droits auxquels ils s'intéressaient était restreint. Nulle préparation spéciale n'a été requise tant que l'on s'est préoccupé, en France, des seuls droits du continent européen, ceux-ci étant par leur tradition, par leur structure, par leurs méthodes, par le milieu dans lequel ils étaient appelés à fonctionner, très proches, ou relativement proches, du droit français. Ce qui était vrai alors le demeure encore aujourd'hui dans toute la mesure où l'on s'intéresse à des droits appartenant à la même « famille » que le sien propre. Les juristes des pays de common law, comme ceux du continent européen ou de l'Amérique latine peuvent se rencontrer et avoir entre eux des contacts fructueux en dehors de toute préparation particulière. Ils éprouveront certes, à l'occasion, des difficultés tenant à des particularités propres à tel ou tel système de droit national. Mais il sera facile sans qu'il soit besoin d'être un comparatiste de circonscrire la portée de ces divergences, car les uns et les autres parlent ici, en droit, le même langage.

Le monde d'aujourd'hui, pourtant, n'est plus le monde d'antan. De plus en plus fréquemment, les juristes qui entrent en rapport sont de formation différente ; ils ne raisonnent pas en suivant les mêmes méthodes, ils emploient d'autres concepts, leur vision du monde et leur conception du droit diffèrent. Il est besoin, alors, de comparatistes pour instruire les juristes, avant qu'ils puissent se rencontrer utilement, des difficultés qu'ils vont avoir à comprendre leurs

interlocuteurs et à se faire comprendre d'eux ; c'est ce qui explique principalement le développement moderne des cours et des instituts de droit comparé.

## 📍 Droit comparé et sociologie juridique

Le droit comparé a été considéré par certains comme un simple aspect de la sociologie juridique. Tout en faisant des réserves sur cette manière de voir, il convient de reconnaître qu'il existe entre droit comparé et sociologie juridique de nombreux points de contact et certains domaines communs. Le droit comparé doit en premier lieu, comme la sociologie, rechercher la mesure dans laquelle le droit détermine le comportement des hommes, et la place qu'ils lui reconnaissent comme facteur de l'ordre social.

Ceux qui vivent dans des sociétés où le droit est hautement considéré et regardé comme apte à régler les aspects les plus variés des rapports sociaux sont enclins à penser qu'il en va de même dans tous les pays ou du moins dans toutes les sociétés qui ont atteint un niveau de développement comparable. Ils considèrent aussi volontiers que le droit positif est seul une réalité, oubliant l'ancienne dualité qui pendant des siècles a existé, dans leurs pays mêmes, entre le droit tel qu'il était enseigné dans les universités et les règles selon lesquelles statuaient les tribunaux.

Il est nécessaire, pour qui veut prendre en considération un droit étranger, d'avoir présent à l'esprit que le droit, tel qu'il apparaît dans ses sources formelles, ne constitue pas le seul facteur servant à modeler les relations sociales. Tel facteur, qui ici ne joue qu'un rôle de second plan, peut ailleurs avoir une toute autre importance ; des règles et procédures juridiques, qui sont considérées là comme essentielles, peuvent dans un autre milieu ne jouer qu'un rôle d'appoint, presque négligeable, d'autres principes entrant en jeu pour régler les rapports sociaux. Ainsi dans le droit japonais les règles de *giri*, à Madagascar les *fomba*, ailleurs l'arbitrage de telle ou telle autorité religieuse ou communautaire, ailleurs encore la simple crainte de l'opinion publique ou le contrôle d'un parti politique tout-puissant peuvent faire du droit apparent une simple façade, à laquelle la vie sociale sera plus ou moins étrangère.

Cette dissociation risque de se produire en maints pays où le droit est

hautement révééré, mais où l'on a tendance à y voir un idéal en pratique inaccessible : c'est le cas des nombreux pays où règne dans la théorie le droit musulman. Une semblable dissociation risque encore de se produire, à l'inverse, parce que le droit est méprisé : c'est le cas des pays de l'Extrême-Orient où les bons citoyens règlent leurs litiges par des procédures de conciliation, et où aller en justice et se référer au droit est regardé comme une honte pour celui qui le fait et pour les siens. Dans les pays d'Occident même, il est clair que le droit est loin d'enfermer toute la réalité de la vie sociale : toutes les infractions pénales ne sont pas l'objet de poursuites, tous les impôts ne sont pas mis en recouvrement, toutes les décisions de justice ne sont pas exécutées ; il existe des pratiques administratives, commerciales, professionnelles, et des éléments d'ordre religieux, politique et social, influant sur le mode d'agir des individus ; celui qui considérerait la seule théorie du droit strict aurait une vision fautive de la manière dont sont réglés les rapports sociaux et de ce que représente dans la réalité le droit.

## 📌 Droit comparé et systèmes de droit

Si l'on porte son attention sur les sources formelles du droit, on constate qu'un rôle très différent est assigné dans les différents systèmes à la loi, à la coutume, à la jurisprudence, à la doctrine, à l'équité. Il faut, lorsque l'on étudie un droit étranger, savoir que les idées reçues concernant les rapports qui existent entre ces différentes sources possibles des règles juridiques ne sont pas en tout pays les mêmes, et que les méthodes de raisonnement appliquées par les juristes pour la découverte des règles de droit et le développement du corps du droit peuvent être en conséquence variées. Tels droits ont un caractère religieux ou sacré, et nul législateur ne peut en modifier les règles. Dans tel autre pays, la loi ne constitue qu'un modèle et l'on regarde comme naturel qu'il y soit dérogé par la coutume. Ailleurs encore, les arrêts de la jurisprudence se voient reconnaître une autorité qui dépasse le cercle de ceux qui ont pris part au procès. Le recours à certaines formules générales ou à certains principes supérieurs de justice peut aussi, dans certains ordres juridiques, corriger de façon plus ou moins extensive l'application stricte des règles formelles existantes.

Il faut, en droit comparé, prendre conscience de tout cela en relation avec les systèmes de droit que l'on entend considérer, mais il faut savoir également que les formules employées par les théoriciens, concernant sources du

droit ou modes d'interprétation de la loi, ne rendent pas toujours exactement compte de la réalité. La doctrine peut bien affirmer en France que la jurisprudence ne constitue pas une source du droit ; il est vrai que nos cours supérieures ont cessé de rendre des arrêts de règlement comme elles pouvaient le faire sous l'Ancien Régime, mais il n'est pas moins vrai que les arrêts rendus dans certaines circonstances par la Cour de cassation ou le Conseil d'État ont souvent une autorité qui n'est guère inférieure, en fait, à celle de la loi.

La loi est présentée volontiers, aujourd'hui encore en Angleterre, comme un phénomène d'exception, dans un système qui est par excellence un système de droit judiciaire (*case law*). Encore faut-il bien comprendre cette formule. Les lois sont en Angleterre aussi nombreuses et elles y jouent un rôle qui n'est guère inférieur à celui de la législation en France. Elles ont cessé également, bien souvent, d'être interprétées littéralement et de façon restrictive, comme prescrivaient les canons anciens. Il reste seulement vrai que les juristes anglais persistent à se sentir mal à l'aise en présence de règles formulées par le législateur ; aussi noieront-ils ces règles, aussi rapidement que possible, sous le flot des décisions jurisprudentielles rendues en vue de les appliquer. La doctrine de l'islam n'admet pas qu'un législateur puisse modifier les règles de droit qui appartiennent au corps sacré du droit musulman ; cette interdiction ne fait pas obstacle à ce que, par divers moyens de police ou de procédure, le souverain puisse en fait, dans les pays musulmans, paralyser une règle ou en subordonner l'application à des conditions diverses, sans que pour autant soit mise en cause l'orthodoxie.

Cette observation appelle l'attention sur un dernier ordre de différences entre les droits qu'il importe de mettre en relief. Chaque droit comporte des concepts à l'aide desquels il exprime ses règles, des catégories à l'intérieur desquelles il les ordonne ; la règle de droit même est conçue par lui d'une certaine façon. À ce triple égard encore il existe entre les droits des différences, et l'étude d'un droit donné suppose que l'on prenne conscience des différences de structure qui peuvent exister ainsi entre ce droit et les autres.

L'équilibre entre intérêts opposés et la réglementation de justice que le droit cherche à réaliser peut, dans les différents droits, être obtenu par des voies

diverses. La protection des citoyens contre l'administration peut être confiée dans un pays à des organismes juridictionnels, être assurée ailleurs par des mécanismes internes de l'Administration, ou encore résulter de la surveillance exercée par des commissions parlementaires. L'individualisation de la peine peut être répartie, de façon variable, entre les juges et les autorités pénitentiaires. Des règles de bonne foi peuvent être imposées dans le droit des contrats par des règles législatives, ou par certaines techniques d'interprétation des contrats. Des règles de preuve peuvent dans un pays jouer le rôle que dans un autre pays jouent les règles de forme. La situation du conjoint survivant peut être dans un droit assurée par des règles relevant du régime matrimonial, et dans un autre par des règles relevant du droit des successions. La protection des incapables sera assurée ici par une technique de représentation de l'incapable, en d'autres pays par la technique particulière du *trust*.

Le comparatiste doit appeler l'attention sur la diversité de ces manières de voir ; il doit mettre en évidence la nécessité pour le juriste, lorsqu'il entreprend la comparaison des droits, d'envisager le problème qui l'intéresse plutôt que le jeu donné à tel ou tel concept. Telle règle, qui établit en apparence une situation toute différente dans divers droits, peut être complétée dans le système de l'un de ces droits par telle autre règle, qui n'a pas occasion d'intervenir dans l'autre. Et l'inverse aussi peut être vrai : la similitude entre deux droits peut n'être qu'apparente, par suite de l'intervention d'un principe complémentaire qui peut se produire dans un droit et ne pas se produire dans un autre. Il faut, pour cette raison, se méfier des questionnaires, méthode à laquelle on est tenté de recourir pour comparer entre eux les différents droits. Les réponses les plus exactes données à un questionnaire risquent de donner une vue entièrement fautive d'un droit donné, si celui qui les reçoit ne se rend pas compte que, par suite de l'entrée en jeu d'autres règles, demeurées en dehors du questionnaire, elles ne forment qu'une partie d'une réalité plus complexe.

Le défaut de correspondance entre les notions et même entre les catégories juridiques admises ici et là constitue l'une des plus grandes difficultés que rencontre le juriste désireux d'établir une comparaison entre les divers droits. L'on s'attend bien à trouver, ici et là, des règles de contenu différent ; l'on est désorienté, en revanche, lorsqu'on ne retrouve pas dans un droit étranger une

manière de classer les règles qui semble à chacun tenir à la nature même des choses. Il faut pourtant en prendre son parti : la science du droit s'est développée de façon indépendante au sein des différentes familles de droit, et les catégories et notions qui paraissent le plus élémentaires à un juriste français sont étrangères au juriste anglais, a fortiori au juriste musulman. Les mots *droit civil*, *droit des obligations*, *personne morale*, *force majeure*, *peine correctionnelle*, *appel* sont intraduisibles du français en anglais, comme sont inversement intraduisibles en français des mots anglais tels que *trust*, *bailment*, *magistrate*, *equity* ou *trespass*.

Les questions qui sont primordiales pour un juriste français peuvent ne pas se poser ou n'avoir qu'une importance très limitée aux yeux du juriste chinois, vivant dans une société de type très différent. Les questions posées par un juriste français à un Africain, concernant l'organisation familiale ou le régime des terres, sont incompréhensibles le plus souvent pour ce dernier, si elles lui sont posées dans des termes qui correspondent à des institutions européennes, entièrement étrangères à ses manières de voir. Il appartient aux comparatistes, par des études générales portant sur la structure des sociétés et des droits, de créer les conditions nécessaires pour un dialogue fructueux ; il leur revient d'expliquer les mentalités, modes de raisonnement et concepts étrangers, et d'établir des dictionnaires de la science juridique pour permettre à des gens qui ne parlent pas la même langue de se comprendre.

Le droit comparé a un rôle de premier plan à jouer dans la science du droit. Il tend en effet, en premier lieu, à éclairer les juristes sur le rôle et la signification du droit, en mettant à profit, à cette fin, l'expérience de toutes les nations. Il vise d'autre part, sur un plan plus pratique, à faciliter l'organisation de la société internationale en faisant voir les possibilités d'accord et en suggérant des formules pour la réglementation des rapports internationaux. Il permet en troisième lieu aux juristes des diverses nations, pour ce qui concerne leurs droits internes, d'envisager leur amélioration en s'évadant de la routine.

Pour que le droit comparé remplisse le rôle qui lui revient, il faut que les juristes cessent de se limiter à l'étude de leur seul droit national et que, en toute occasion propice, ils fassent usage de la méthode comparative. Chacun, dans sa branche, y trouvera assurément un profit. Beaucoup demeure à faire, néanmoins,

pour qu'il en soit ainsi. L'utilité du droit comparé n'a été reconnue qu'à une date récente ; les travaux des comparatistes, qui visent à élargir le champ d'intérêt des juristes et à leur redonner le sens de l'universel, sont encore imparfaits. Bien des juristes actuels, tout en reconnaissant l'utilité du droit comparé, s'abstiennent de faire usage de la méthode comparative parce qu'ils n'ont pas reçu l'initiation nécessaire aux études de droit étranger. La génération nouvelle a reçu, au contraire, cette formation. Plus consciente des réalités du monde nouveau, et plus sensible aux nécessités de la coexistence entre nations, elle n'acceptera pas que la science du droit soit, comme Ihering l'a déploré, rabaissée au niveau de jurisprudence locale. Il est normal que les praticiens du droit, dans leur activité quotidienne, limitent leur horizon au droit national ; il n'est en revanche de science du droit qu'universelle. Le droit comparé est l'un des éléments de cet universalisme, particulièrement important à notre époque, qui joue et est appelé, plus encore, à jouer un rôle de premier ordre pour la connaissance et le progrès du droit.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## @ CONSTITUTIONNEL (DROIT)

### ***Prise de vue***

Le droit constitutionnel s'est édifié en discipline juridique autonome au XIX<sup>e</sup> siècle lorsqu'à la suite de la Révolution française apparurent un peu partout en Europe, sous le nom de constitution, de charte ou de statut, des constitutions écrites. Aussi est-il patent que, dès l'origine, le droit constitutionnel a été lié à des événements politiques, voire à une certaine conception des rapports politiques. Cette liaison, qui ne s'est jamais démentie, a simultanément marqué les limites et précisé la chance de cette branche du droit.

D'une part, en effet, le droit constitutionnel est une discipline aléatoire pour la simple raison que les phénomènes du pouvoir se laissent difficilement enfermer dans des cadres juridiques. Les rapports de force ont une influence prépondérante sur l'élaboration des règles juridiques, et surtout sur leur sanction :

c'est en droit constitutionnel que ce dernier élément, qui est de l'essence même de la notion de règle de droit, fait le plus cruellement défaut. Mais ce caractère aléatoire de la règle de droit constitutionnel a été, d'autre part, un stimulant particulièrement bénéfique. Cette discipline n'a jamais été suffisamment sûre d'elle-même pour s'endormir dans l'exégèse des textes.

En somme, le droit constitutionnel a été, du fait même de l'incertitude de ses fondements, la branche du droit qui a connu les progrès intellectuels les plus sûrs. Ainsi peut-on expliquer que l'objet de cette discipline soit encore largement indéterminé, alors que ses méthodes sont déjà très fécondes.

## @ 1. L'objet

L'objet du droit constitutionnel ne peut être saisi que par approches successives. Il faut d'abord exposer les éléments classiques de la définition de ce droit avant de tenter de donner un contenu précis à cette définition.

### @ Éléments de définition

Selon la conception « formelle », le droit constitutionnel est tout simplement le droit des constitutions, c'est-à-dire la discipline qui étudie les dispositions contenues dans les textes constitutionnels. Ces textes sont aisément identifiables par le caractère solennel de leur élaboration et de leur éventuelle modification. Définir par rapport à eux le droit constitutionnel est dès lors la façon la plus élégante et apparemment la plus rigoureuse d'éliminer toute difficulté concernant le champ d'application de cette discipline. Mais il va presque sans dire qu'il s'agit là d'une équation beaucoup trop simple. D'une part, en effet, la notion de droit constitutionnel déborde largement la notion de constitution, dans la mesure où un certain nombre de dispositions juridiques, essentielles pour le fonctionnement de l'État, ne se trouvent pas dans un texte constitutionnel écrit. À la limite, il existe des pays, d'ailleurs parfaitement modernes et démocratiques – la Grande-Bretagne est le plus souvent citée à cet égard – qui n'ont pas de « constitution » au sens juridique précis du terme : cela n'implique évidemment pas qu'ils n'aient pas de droit constitutionnel. À l'inverse, la notion de droit

constitutionnel est parfois plus restreinte que celle de constitution. Car il est des hypothèses où, pour des raisons politiques, les auteurs des constitutions y incluent des règles auxquelles ils veulent donner une valeur juridique particulièrement élevée sans que pour autant ces règles concernent le fonctionnement de l'État et des pouvoirs publics : le droit constitutionnel perdrait toute unité intellectuelle si de telles règles en faisaient partie.

Selon la conception « matérielle », le droit constitutionnel se définit par référence non à une catégorie de textes mais à un groupe de matières. Il comprend l'ensemble des règles qui « constituent » la société politique, et son expression juridique qui est l'État, c'est-à-dire l'ensemble des règles qui organisent le statut et les fonctions des gouvernants. Cette définition a le mérite d'être réaliste et aisément intelligible en dehors des cercles de spécialistes. Elle a l'inconvénient d'être fort imprécise dans ses limites et on ne sait trop où s'arrête le droit constitutionnel.

Le droit constitutionnel, entendu matériellement dans le sens « vertical », risque de voir son champ d'application s'étendre démesurément. Car il est bien évident que l'État est constitué non seulement par les organes publics les plus élevés dans la hiérarchie mais aussi par les plus modestes autorités administratives. Et l'on peut en ce sens concevoir que le conseil municipal relève du droit constitutionnel. C'était d'ailleurs la conception de Duguit ; son *Traité de droit constitutionnel* (1921-1925) étudiait tout à la fois le droit constitutionnel et le droit administratif.

Dans le sens « horizontal », le droit constitutionnel, conçu comme le droit des organes de l'État, risque en revanche de ne pas avoir un champ d'investigation suffisamment large pour atteindre des institutions dont l'étude, pour des raisons de cohérence intellectuelle, devrait lui être réservée. Ainsi en est-il, notamment, des partis politiques, qui sont un élément fondamental du jeu politique sans avoir, sauf dans les régimes de parti unique, le statut d'organes de l'État.

## 📍 Contenu de la définition

Pour obtenir une définition du droit constitutionnel qui soit en même temps cohérente du point de vue théorique et fonctionnelle du point de vue

didactique, il faut envisager cette discipline à la fois comme un corps de règles et comme un ensemble de techniques.

## **Un corps de règles**

La définition du droit constitutionnel peut être élaborée par référence au principe de la séparation des pouvoirs qui est le fondement même de ce droit, puisque aussi bien « tout État où la séparation des pouvoirs n'est pas assurée [...] n'a point de constitution » (Déclaration des droits de l'homme de 1789). Et il est bien certain que tous les régimes politiques non dictatoriaux – et même d'ailleurs les dictatures par imitation et par camouflage – ont divisé l'État en plusieurs pouvoirs. Le droit constitutionnel pourra donc être défini comme le droit des pouvoirs publics, de leur statut et de leurs rapports. Cette définition peut constituer un pas en avant par rapport à la conception matérielle classique. La notion de « pouvoir public » est en effet suffisamment précise pour permettre de tracer les frontières de la discipline dont elle est l'objet. Elle pourrait singulièrement aider à résoudre en partie l'irritant problème des limites horizontales et verticales du droit constitutionnel. D'une part, en effet, le droit constitutionnel est le droit de tous les pouvoirs publics. Et cela implique notamment d'y inclure le pouvoir judiciaire. Au vrai, aucun constitutionnaliste ne nie que ce pouvoir, en tant que tel, relève de sa compétence. Mais il a rarement le temps d'y consacrer des développements substantiels. De là l'injustifiable désuétude qui a affecté le pouvoir judiciaire dans les études de droit public.

D'autre part, le droit constitutionnel n'est le droit que des pouvoirs publics en tant que tels, ce qui exclut l'étude des organes publics qui ne sont que de simples services. Ainsi la magistrature ne serait envisagée qu'en tant que troisième pouvoir dans l'État – ce qui conduirait par exemple à étudier l'inamovibilité des juges – et non pas en tant que service public de l'État, la structure des différentes juridictions continuant ainsi à relever des études de droit civil. De même le droit administratif conserverait son domaine propre. Mais cela implique que soit enfin approfondie cette distinction au sein du pouvoir exécutif, des gouvernants et des simples agents, les premiers seuls relevant du droit constitutionnel.

Il reste le problème d'institutions comme les partis politiques, qu'une telle

définition ne permet pas d'inclure dans le droit constitutionnel. C'est pourquoi il convient de donner une dimension nouvelle à cette discipline.

## **Un ensemble de techniques**

Le droit constitutionnel peut être défini, de ce point de vue, comme l'étude des techniques permettant à un groupe de s'organiser et de se gouverner. Ainsi comporte-t-il l'étude des procédures d'élection, des rapports entre les électeurs et les élus (mandat donné par les électeurs aux élus, responsabilité des élus devant les électeurs), de la structure et du fonctionnement des organes élus. Cette approche du droit constitutionnel présente deux intérêts essentiels. D'une part on peut y comprendre les partis politiques et les groupes de pression, et cela à un double titre : d'abord ils influent sur le fonctionnement des techniques constitutionnelles à l'intérieur du groupe étatique, ensuite ils constituent eux-mêmes des groupes qui utilisent ces techniques. Elle permet d'autre part de saisir toute la valeur pratique du droit constitutionnel, dont la vocation est d'appréhender tous les phénomènes de pouvoir à l'intérieur de tous les groupes sociaux.

## **@ 2. Les méthodes du droit constitutionnel**

Le droit constitutionnel est sans doute la première des disciplines juridiques à être passée de la méthode exégétique à la méthode dialectique. Mais il est toujours le terrain du vieux conflit entre la méthode positive et la méthode normative. Il devra choisir entre la méthode des modèles et la méthode des cas.

### **@ De la méthode exégétique à la méthode dialectique**

Il y a deux façons d'enseigner et d'étudier le droit. La première consiste à appréhender les textes et les règles comme des valeurs en soi, à les disséquer, à en faire l'exégèse. La seconde, à envisager la règle juridique comme un élément du contexte social où elle est insérée, dont elle est le produit, voire le moteur, mais dont il est vain de l'isoler.

L'action conjuguée de l'idéalisme juridique hérité des jacobins et du conformisme légaliste de la société bourgeoise a longtemps imposé, en France par exemple, la méthode exégétique comme la seule convenable aux études de droit.

Les premiers privatistes faisaient des « cours de code civil » et leurs héritiers ont encore bien du mal à se défaire de cette forme de raisonnement. Mais le droit constitutionnel s'est dégagé très tôt de cette contrainte. Duguit, pour des raisons doctrinales, a imposé le premier une approche sociologique des phénomènes juridiques. Cette tentative ne devait pas rester isolée, car le terrain était favorable du fait des habitudes de pensée héritées du marxisme. Et le développement de la science politique prenant le relais de ces options doctrinales a rendu désormais impossible le pur juridisme dans les études de droit constitutionnel.

### 📍 Méthode positive et méthode normative

La méthode positive consiste à étudier les règles de droit telles qu'elles sont, sans les juger. La méthode normative consiste à aborder cette étude par rapport à un certain nombre de principes posés comme un impératif, et à valoriser ou à critiquer les règles de droit positif selon qu'elles sont ou non conformes à ces principes.

Le conflit de méthodes est permanent. Dans l'Antiquité, Platon, théoricien, s'opposait déjà à Aristote, pur politologue. Puis, la classique distinction du droit naturel et du droit positif a bien mis en lumière les éléments du problème, qui est de savoir si le droit positif doit être jugé par référence à un droit naturel qu'il n'appartiendrait pas à la volonté humaine de transgresser, et qui primerait tous les impératifs socio-économiques. On sait que Montesquieu lui-même, qui se voulait observateur objectif des phénomènes politiques, posait comme impératif catégorique la conformité des constitutions à certains principes de droit naturel.

Cette distinction est actuellement relayée par celle de la légalité et de la légitimité. Aux constructions purement legalistes, comme celles de Kelsen et de Carré de Malberg, pour lesquelles le seul critère de la « bonne règle » est sa conformité à la règle hiérarchiquement supérieure, sont opposées de plus en plus fréquemment des considérations tirées de la légitimité ou de l'absence de légitimité du pouvoir qui a édicté cette règle – le gouvernement légitime étant celui qui correspond à la conception du pouvoir juste qui est celle d'un individu ou d'une société. On voit que cette notion est valorisante, même si elle est maintes fois utilisée à des fins de prestige politique.

Le droit constitutionnel contemporain évolue plutôt dans un sens positiviste. Ainsi, dans ses *Institutions politiques de l'Allemagne contemporaine*, écrites en 1915, Joseph Barthélemy n'étudiait le droit constitutionnel du II<sup>e</sup> Reich qu'avec un visible mépris. Cinquante ans plus tard, les démocrates traitaient de l'Amérique latine avec sérénité.

Mais le positivisme a ses limites. Il n'est ni possible ni d'ailleurs souhaitable que disparaissent les appréciations critiques. Leur avenir est du reste parfaitement assuré dans la mesure où les termes les plus techniques – tels que « dictature » ou « fascisme » – ont toujours plus ou moins, en science politique, la portée d'un jugement de valeur.

### 📍 Méthode des modèles et méthode des cas

Il y a là une option qui n'a jamais été clairement définie ; elle peut pourtant devenir fondamentale pour l'orientation méthodologique du droit constitutionnel contemporain.

Les termes du choix sont assez simples. La méthode des modèles consiste à étudier les régimes politiques par rapport à des typologies préalablement établies, et qui ont d'ailleurs varié. C'est la méthode traditionnelle des constitutionnalistes français, alors que la méthode des cas considère, elle, que tout régime est plus ou moins *sui generis* et l'étudie dans ses particularités. Cette méthode, d'origine anglo-saxonne, devient fort à la mode. Elle risque d'envahir bientôt les traités de droit constitutionnel.

Cette invasion ne paraît pourtant pas souhaitable. Il est vrai que les modèles sont rigides et qu'il est même absurde, par exemple, de vouloir étudier les régimes politiques des pays sous-développés en les faisant entrer de force dans la distinction des régimes parlementaires et présidentiels. Il reste que la fécondité des modèles n'est guère niable ; il n'est pas raisonnable de s'en priver : ils sont un remarquable instrument didactique et surtout, dans bien des cas, un idéal politique à atteindre.

C'est encore le problème du normatif qui se pose ici. Et il semble que le droit constitutionnel de demain aura à l'aborder de nouveau. À l'époque où

l'information politique devient de plus en plus nécessaire, il est moins que jamais opportun de priver cette discipline de sa dimension philosophique.

Encore faudra-t-il découvrir un juste milieu entre le scientisme juridique et la propagande politique.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## 📌 CONCURRENCE (DROIT DE LA)

### ***Prise de vue***

Si on voulait le définir globalement, il faudrait dire que le droit de la concurrence est l'ensemble des règles qui ont pour objet d'assurer, sur le marché auquel elles s'appliquent, l'existence, la liberté et la loyauté de la concurrence. Mais une telle définition, que sa généralité rendrait de toute manière peu significative, recèlerait une équivoque.

Largement entendu, le droit de la concurrence répond en effet – et cette constatation se vérifie dans plus d'un système législatif – à des préoccupations de deux ordres, qui ne sont certes pas sans lien entre elles, mais n'en demeurent pas moins distinctes, tant par les faits qui les inspirent que par le fondement, le caractère et les effets juridiques des règles qui les traduisent.

La plus grande partie de ces règles sont en effet destinées à faire obstacle aux ententes, abus de domination, concentrations qui tendent à la suppression ou à la restriction de la concurrence entre les entreprises venant en compétition sur le marché. Elles visent à assurer le fonctionnement du marché dans les conditions jugées nécessaires en économie capitaliste, et forment, peut-on dire, le droit de la concurrence dans ce qu'il a de plus spécifique (c'est le droit des pratiques anticoncurrentielles français, le *Kartellrecht* allemand, ou l'*antitrust law* américaine).

D'autres règles du droit de la concurrence, au sens large du mot, tendent à empêcher les agissements fautifs par lesquels une entreprise cherche à détourner la clientèle d'une autre en créant la confusion entre leurs produits respectifs, en profitant de ses investissements ou de sa notoriété, en dénigrant sa rivale ou en essayant de la désorganiser (par exemple, par un débauchage systématique de personnel qualifié). De tels agissements constituent la *concurrence déloyale* (all. : *unlauterer Wettbewerb* ; angl. *unfair competition*) à laquelle peuvent être rattachées les réglementations anti-dumping adoptées notamment aux États-Unis ou dans le cadre de la Communauté économique européenne ; les actes de concurrence déloyale sont, par des techniques diverses, prohibés et sanctionnés indépendamment de toute incidence directe sur le fonctionnement du marché dans son ensemble. Aussi bien s'insèrent-ils, le plus souvent, dans les rapports entre deux entreprises isolément considérées.

On notera, cependant, qu'il existe une « zone frontière » entre ces deux domaines du droit de la concurrence. Certains comportements sont prohibés, bien qu'ils ne constituent pas une faute au sens de la concurrence déloyale et sans qu'il soit nécessaire d'établir qu'ils produisent un effet anticoncurrentiel sur le marché. Il s'agit, selon la terminologie française, des *pratiques restrictives* (pratiques discriminatoires, abus de dépendance, revente à perte, prix imposés) qui sont prohibées *per se*, c'est-à-dire en soi, parce qu'elles sont présumées porter atteinte à la capacité concurrentielle des concurrents ou des partenaires de l'entreprise qui les met en œuvre.

Entendu au sens strict, le droit de la concurrence est constitué de l'ensemble des règles tendant au maintien d'une concurrence suffisante sur le marché considéré dans son ensemble, à l'exclusion de celles de portée plus limitée concernant la concurrence déloyale ou les pratiques restrictives.

## @ 1. Le droit du marché

Logiquement, on peut penser que le contenu et l'application de règles de droit tendant au maintien de la concurrence dépendent de la conception que le

législateur qui les édicte, le juge ou l'administrateur qui les applique se font des caractères économiques de la concurrence qu'ils estiment nécessaire de sauvegarder.

Au reste, cette conception tend actuellement, dans un certain nombre de pays industrialisés comme dans la Communauté européenne (où la politique de la concurrence et le droit qu'elle met en œuvre tiennent une place essentielle), vers une certaine uniformité. Aucun de ces systèmes juridiques ne se propose, en effet, de protéger la concurrence « pure et parfaite ».

Tous se réfèrent, au contraire, au fonctionnement pratique des marchés dont ils cherchent à assurer la « contestabilité », un marché contestable étant un marché sur lequel des possibilités d'entrée et de sortie existent, ce qui implique notamment l'élimination des barrières à l'entrée (réglementations administratives, comportements anticoncurrentiels, etc.) auxquelles se heurtent les concurrents potentiels lorsqu'ils veulent pénétrer sur le marché considéré.

## 📍 Genèse du droit de la concurrence

La nécessité de l'intervention des pouvoirs publics (législatif, judiciaire, administratif) à cet effet est d'ailleurs largement admise. Sans cette intervention, la concurrence se dévorerait elle-même, pour peu que les forts l'exercent sans restriction au détriment des faibles, ou des moins forts ; la liberté des contrats la menacerait également, si l'on permettait sans réserve aux entreprises de s'entendre pour la supprimer ou la restreindre. Ainsi a-t-on assisté à l'éclosion ou au développement, à partir des années 1960, d'un droit de la concurrence nouveau ou rénové dans plusieurs grands pays industriels (notamment en Allemagne, en France et en Grande-Bretagne), ainsi que dans la Communauté européenne.

Il est courant de faire remonter l'origine de ce développement à la loi Sherman (« loi pour protéger le commerce et les échanges contre les restrictions et les monopoles contraires au droit ») du 2 juillet 1890, qui déclare illégal « tout contrat, arrangement, sous forme de trust ou autre, ou coalition quelconque entravant le trafic ou le commerce entre les divers États [formant les États-Unis

d'Amérique] ou avec les pays étrangers », et frappe de peines d'amende et d'emprisonnement toute personne partie à un tel contrat ou arrangement, de même que toute personne qui monopolisera ou tentera de monopoliser une partie du trafic ou du commerce entre les divers États ou avec les pays étrangers.

Cette loi est cependant loin d'être la première qui, dans l'histoire, ait été édictée pour combattre les monopoles, l'accaparement et la spéculation : à Rome, la *Lex Julia de Annona*, une cinquantaine d'années avant l'ère chrétienne, protégeait déjà le commerce des grains contre les hausses artificielles des prix, et, cinq siècles plus tard (en 483), la Constitution de Zénon condamnait à son tour de telles hausses, qu'elles affectassent les prix des victuailles ou ceux des produits de première nécessité en général. Au Moyen Âge, c'est surtout la législation anglaise, et en particulier celle du règne d'Édouard VI, qui frappe les ententes conclues pour provoquer des hausses « déraisonnables » de prix. En France, la Révolution consacre le principe nouveau de la liberté du commerce et de l'industrie, puis le Code pénal de 1810 édicte des sanctions contre ceux qui, « en exerçant ou tentant d'exercer, soit individuellement, soit par réunion ou coalition, une action sur le marché dans le but de se procurer un gain qui ne serait pas le résultat du jeu naturel de l'offre et de la demande, auront [...] opéré ou tenté d'opérer la hausse ou la baisse artificielles du prix des denrées ou marchandises ou des effets publics ou privés ».

## @ La législation antitrust américaine

Ces précédents, comme d'autres que l'on pourrait citer, n'empêchent cependant pas que, à l'époque contemporaine, la loi Sherman ait été le premier texte d'ensemble dirigé contre les ententes et les monopoles dans un grand pays se trouvant à la pointe de l'industrialisation et du capitalisme. Aux États-Unis même, il fallut un certain temps pour que ce texte fût effectivement utilisé contre les pratiques anticoncurrentielles des entreprises : à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, la plupart des poursuites fondées sur la loi Sherman furent en effet dirigées contre des syndicats ouvriers, et c'est seulement sous la présidence de Theodore Roosevelt, au début du XX<sup>e</sup> siècle, que des procédures furent engagées avec succès contre de puissantes « combinaisons » financières ou industrielles (par exemple celle qui aboutit, en 1904, à la dissolution en justice de la Northern Securities Co., fondée

par les groupes Morgan, Hill et Harriman). Cette action se développa, sur le plan judiciaire, sous la présidence de Taft (1909-1913) ; puis la loi Sherman fut complétée et renforcée (notamment à l'égard des fusions d'entreprises autres que les banques et les compagnies de transport, des pratiques discriminatoires en matière de prix et des contrats d'exclusivité) par la loi Clayton (15 octobre 1914, modifiée en 1980), en même temps qu'était créée, par une loi du 26 septembre 1914, la Commission fédérale du commerce (Federal Trade Commission), organisme administratif autonome, doté de pouvoirs d'investigation et de poursuite pour assurer le respect de la législation antitrust et de la prohibition des pratiques déloyales de concurrence.

La législation américaine continua, par la suite, de s'enrichir de textes venant tantôt atténuer les prohibitions des lois antitrust par des exceptions en faveur de certaines catégories d'entreprises ou d'accords (loi Webb-Pomerene, de 1918, en faveur des associations d'exportateurs ; lois de 1916 et de 1920, autorisant les accords de tarifs et les partages de trafic entre compagnies américaines de navigation ; loi Capper-Volstead, de 1922, concernant les producteurs agricoles ; loi Miller-Tydings, de 1937, complétée par la loi McGuire, de 1952, légalisant les clauses de prix minimal pour la revente d'articles de marque) ; tantôt, au contraire, venant renforcer ces prohibitions (loi Robinson-Patman, de 1936, sur les discriminations de prix, à laquelle s'apparente le droit français des pratiques restrictives). Parallèlement – avec, il est vrai, plus ou moins de fermeté selon les fluctuations de la politique du gouvernement fédéral –, l'action judiciaire antitrust se poursuivait et donnait lieu à nombre de procédures retentissantes.

### **Le retard de l'Europe**

L'Europe occidentale ne devait suivre l'exemple américain qu'après la Seconde Guerre mondiale, avec des lois d'ensemble pour la protection de la concurrence : ainsi, en Grande-Bretagne (lois de 1948 sur les monopoles et pratiques commerciales restrictives, de 1964 sur les prix de revente, de 1965 sur les monopoles et les fusions modifiées à de nombreuses reprises ; les textes fondamentaux sont aujourd'hui le *Fair Trading Act* de 1973 sur les monopoles et les fusions, le *Competition Act* de 1998 sur les pratiques anticoncurrentielles

individuelles, qui remplace le *Restrictive Trade Practices Act* de 1976 sur les accords restrictifs de concurrence, le *Resale Prices Act* de 1976 sur l'imposition des prix de revente) ; en Allemagne (loi relative aux restrictions de la concurrence du 13 mars 1957, modifiée en 1965, 1973, 1976, 1980, 1990 et 1998) ; en France, d'abord d'une manière limitée, du moins si l'on s'en tient à la lettre des textes (décret du 9 août 1953, complétant l'ordonnance du 30 juin 1945 sur les prix), puis selon une conception plus ample (loi du 2 juillet 1963, visant les monopoles et les concentrations de puissance économique ; ordonnance du 28 septembre 1967 « relative au respect de la loyauté en matière de concurrence » : cet intitulé rend incomplètement et inexactement compte du contenu de l'ordonnance, car il ne s'agit pas d'une loi sur la concurrence déloyale, telle que précédemment définie, mais bien d'un ensemble de dispositions tendant à la protection d'une concurrence efficace ; loi du 19 juillet 1977 qui a substitué à la Commission technique des ententes la Commission de la concurrence et institué un contrôle des concentrations économiques ; loi du 30 décembre 1985 « portant amélioration de la concurrence » ; ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 créant un Conseil de la concurrence doté de pouvoirs de décision – la Commission n'avait qu'un rôle consultatif – qu'il exerce sous le contrôle des autorités judiciaires) ; l'ordonnance de 1986 a été codifiée aux articles L. 410-1 à L. 470-8 du Code de commerce, modifiés par la loi N.R.E. du 15 mai 2001, qui a notamment refondu le droit des concentrations pour le mettre en conformité avec le droit communautaire) ; en Belgique (loi du 27 mai 1960 sur la protection contre l'abus de puissance économique remplacée par la loi, plus large, du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique) ; aux Pays-Bas ; en Suisse, très récemment en Italie (loi du 10 octobre 1990, modifiée en 2001), etc.

Certes, les domaines d'application de ces textes ne sont pas identiques, et pas davantage les dispositions par lesquelles la concurrence y est protégée contre les ententes, les abus de domination et les concentrations. Très globalement, ils n'en procèdent pas moins de la croyance commune qu'une concurrence efficace est indispensable en économie de marché, et qu'il convient, précisément, de la sauvegarder. Cette même croyance devait inspirer, à la même époque, le droit de la concurrence dans la Communauté européenne du charbon et de l'acier, C.E.C.A. (traité de Paris du 18 avril 1951) et dans la Communauté économique européenne, C.E.E. (le « Marché commun » général : traité de Rome du 25 mars 1957) ; elle y est soutenue, on le verra, par la volonté d'empêcher que

les restrictions à la concurrence ne fassent obstacle à l'éclosion et au fonctionnement d'un marché non seulement commun, mais encore, pour finir, *unique*, sur les territoires des États membres.

Dans cette floraison législative, l'influence américaine a été déterminante en Allemagne fédérale, où la loi de 1957 est venue remplacer les dispositions contre les pratiques commerciales restrictives que les gouvernements militaires alliés avaient introduites dans les trois zones d'occupation occidentales en 1946 et 1947 ; et l'on doit noter que, par l'intermédiaire des spécialistes allemands du droit de la concurrence, cette influence s'est également manifestée dans l'élaboration et l'application des traités de la C.E.C.A. et de la C.E.E. Plus directement encore, c'est sous la pression des autorités américaines d'occupation que le Japon se dotait en 1947 de sa première législation antitrust.

## 🌐 L'État et la concurrence

À l'exception du droit communautaire, les législations tendant à la préservation de la concurrence visent essentiellement les agissements des entreprises, qui mettent en danger son existence, son ampleur suffisante ou sa loyauté. Cependant, la concurrence peut également être supprimée, restreinte ou faussée par l'État et les autres collectivités publiques, soit par la création de monopoles, soit par des aides ou charges particulières accordées ou imposées à certaines catégories d'entreprises (sans parler, sur le plan des échanges internationaux, des entraves douanières à la libre circulation des marchandises, et des obstacles à l'activité professionnelle des étrangers). C'est pourquoi le traité de Rome qui a créé la Communauté économique européenne puis le traité de Maastricht instituant la Communauté européenne (C.E.) en 1992, contiennent un ensemble de dispositions dont l'objet est de supprimer, à l'intérieur du Marché commun, les barrières douanières comme les discriminations fondées sur la nationalité en matière d'emploi et d'établissement dans des activités indépendantes, et de soumettre à un contrôle étroit les aides ou charges spéciales. Mais, à l'intérieur de ses frontières, chaque État entend actuellement garder les mains libres pour intervenir, directement ou par l'intermédiaire des collectivités locales, dans l'orientation de l'activité économique, voire pour la monopoliser. En France, par exemple, on déduisait autrefois du principe de la liberté du commerce

et de l'industrie que les communes ne pouvaient se livrer à des activités de cette nature qu'en cas de carence de l'entreprise privée et pour satisfaire à un intérêt général ; mais c'est d'une tout autre inspiration que procède la Constitution de 1946 qui déclare, dans son préambule, que « tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait doit devenir la propriété de la collectivité ». Plus généralement – à des degrés divers, selon les pays –, les pouvoirs publics tiennent toujours le dirigisme en réserve et n'hésitent pas à s'en servir pour infléchir les courants d'échanges, même si le libéralisme économique connaît aujourd'hui un net regain.

On considérera donc désormais le droit de la concurrence dans ses seules dispositions concernant l'action des entreprises. Celles-ci sont de deux ordres : les unes fixent les *règles de fond* auxquelles les entreprises doivent se soumettre ; les autres organisent la *mise en œuvre* de ces règles, en déterminant leur domaine d'application territorial, et en définissant des compétences, des procédures et des sanctions.

## 📌 2. Règles de fond

La concurrence peut être supprimée, restreinte ou faussée par l'action commune d'entreprises qui, tout en conservant leur indépendance juridique et économique, s'engagent les unes envers les autres à observer dans la production, l'approvisionnement, la vente ou les prestations de services certains comportements concertés ; elle peut l'être aussi soit par la monopolisation ou la quasi-monopolisation d'un marché par une entreprise ou un groupe d'entreprises, soit par l'exploitation abusive de la puissance économique que confère à l'entreprise sa croissance interne (par développement sur ressources propres) ou externe (par regroupement). Dans le premier cas, on est en présence d'une *entente* (ou cartel) ; dans le second, selon que l'on considère la formation (par croissance externe, ce qui est le cas le plus fréquent) du monopole ou de la puissance économique exceptionnelle, ou seulement le comportement de l'entreprise ou du groupe d'entreprises alors qu'ils se trouvent déjà dans cette situation, on rencontrera soit la *concentration d'entreprises*, soit, selon la terminologie européenne, l'*abus de domination* intégrant l'abus de position dominante et l'abus de dépendance économique.

## 📍 Les ententes

### Formes juridiques

L'entente entre des entreprises peut se réaliser et se manifester par des moyens juridiques fort divers. Aux États-Unis, après la guerre de Sécession, elle a utilisé souvent le *trust*, institution aussi vénérable qu'originale de la *common law*, remontant à l'époque où le chevalier partant pour la croisade confiait sa fortune à un ami, qui en devenait légalement propriétaire mais était tenu par l'obligation (à l'origine seulement morale) de la conserver, et de n'en utiliser les revenus ou de n'en disposer que conformément à la volonté de l'absent. Plus prosaïquement, les entreprises américaines qui entendaient coordonner leurs comportements sur le marché (ou y étaient contraintes) remettaient les actions représentant leur capital à la plus puissante d'entre elles, qui pouvait désormais, comme *trustee*, exercer sur toutes les droits d'un propriétaire.

Poussée jusqu'à ce point, la coordination des comportements touchait la structure des entreprises, si bien qu'elle permettait, au-delà de l'entente, une véritable concentration ; c'est en tout cas cette technique qui, expressément visée par la loi Sherman, devait donner son nom à la « législation antitrust ».

Mais l'entente proprement dite emprunte bien d'autres formes juridiques. La loi Sherman vise « *every contract, combination [...] or conspiracy* » (« tout contrat, toute association [...] ou toute entente »). L'article 81 du traité C.E. (ancien article 85 du traité C.E.E.), archétype des textes européens, s'applique à « tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées ». On notera seulement que, dans ce dernier texte, la mention des « pratiques concertées » coupe court à d'éventuelles exigences quant à la *preuve* de l'entente, sans pour autant écarter la nécessité d'une concertation entre les entreprises qui se livrent à ces pratiques, comme l'atteste la précision du texte allemand ( *verabredeten Praktiken*). Le législateur français a probablement mieux exprimé la diversité des moules juridiques dans lesquels l'entente peut se couler, ainsi que la nécessité d'en permettre la preuve par tous moyens, en englobant dans la prohibition de principe « les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites, ou coalitions » entraînant une restriction de

concurrence. Mais, de toute manière, on peut affirmer que les législations contemporaines n'attachent pas une importance déterminante à la nature de l'instrument juridique choisi par les entreprises pour réaliser leur accord anticoncurrentiel.

### **Ententes horizontales, ententes verticales**

Plus débattu est le problème de l'« applicabilité » du droit de la concurrence (et, par conséquent, des prohibitions qu'il édicte, fussent-elles assorties de tempéraments ou d'exceptions), non seulement aux ententes entre les entreprises qui, se trouvant au même niveau du processus économique, peuvent effectivement entrer en compétition sur le marché, mais également aux ententes entre des entreprises situées à des niveaux différents du circuit économique, et entre lesquelles il ne peut pas, semble-t-il, exister une concurrence que l'entente viendrait supprimer ou restreindre.

Les premières sont les ententes horizontales : elles unissent les fabricants ou les distributeurs (ces derniers situés au même niveau : grossistes entre eux, ou détaillants entre eux) d'un même produit, et il n'est pas douteux que le droit de la concurrence les concerne. Les secondes sont les ententes verticales ; et, du fait, précisément, qu'elles interviennent entre des entreprises qui ne se font pas concurrence, elles ne paraissent pas à première vue affecter celle-ci. Aux États-Unis, elles n'ont été clairement comprises dans la prohibition que par la loi Clayton de 1914.

La loi allemande distingue nettement les deux types d'ententes. Ses dispositions relatives aux accords et décisions de cartel concernent les ententes horizontales, tandis que les accords verticaux font l'objet de règles différentes sous une rubrique qui leur est propre : ils ne sont pas, comme les ententes horizontales, interdits de plein droit (sous réserve des exceptions légales), mais peuvent être déclarés inefficaces par l'autorité compétente en matière de cartels. En France, la disposition générale de prohibition ci-dessus rappelée ne fait pas expressément la distinction. Après quelques hésitations, on a considéré que les règles du droit de la concurrence étaient également applicables aux ententes verticales.

Mais c'est surtout dans l'application du droit communautaire que la question a fait l'objet de vives controverses, et de discussions approfondies, à l'occasion entre autres de l'affaire Grundig : il s'agissait de savoir si le contrat d'exclusivité, conclu par cette entreprise allemande de fabrication de récepteurs de radiodiffusion et de télévision, de magnétophones et d'électrophones avec son distributeur en France (semblable à ceux qu'elle avait conclus avec les distributeurs de ses appareils dans chacun des autres pays de la Communauté), tombait ou non sous le coup de la prohibition des ententes, édictée par l'article 81 du traité. La Commission des Communautés européennes en 1964, puis la Cour de justice des Communautés en 1966 ont répondu par l'affirmative ; au-delà d'arguments de texte, leur décision est fondée sur le fait que l'absence de toute concurrence entre les distributeurs d'un même produit (qui était recherchée et aurait pu être obtenue par les parties à l'accord, au moyen de clauses tendant à empêcher toute importation parallèle sur le territoire de la concession) restreignait la liberté de choix des consommateurs et permettait de préserver des marges bénéficiaires excessives. Il faut également dire que, dans le cadre du Marché commun, de telles pratiques reconstituent le cloisonnement des marchés nationaux qu'on entend faire disparaître par l'union douanière et par la liberté de circulation des personnes, des services, des marchandises et des capitaux. Là encore cependant, et au-delà de cette considération propre à la Communauté européenne, on doit admettre que la politique de la concurrence et le droit de la concurrence, qui en est l'instrument, ne doivent pas être orientés vers la seule préservation de la concurrence entre les entreprises qui se disputent la même clientèle ou les mêmes fournisseurs ; l'objectif plus général est d'assurer le fonctionnement de l'économie de marché en sauvegardant une concurrence efficace à tous les niveaux du circuit économique, et dans les mouvements de biens ou de services entre ces divers niveaux. Si l'on fait abstraction des fondements politiques de cette sauvegarde de la concurrence (qui jouent un rôle important, surtout aux États-Unis), son but économique ultime est la protection des intérêts du consommateur ; la protection de la liberté économique des entreprises entrant ou non directement en compétition n'est elle-même qu'un moyen pour atteindre ce but.

### **L'effet anticoncurrentiel**

Sous leurs diverses formes juridiques, et plus ou moins généralement

dans les diverses législations, selon qu'elles sont horizontales ou verticales, les ententes sont prohibées (ou du moins peuvent l'être) lorsqu'elles ont sur la concurrence les effets que le législateur entend proscrire. Le plus souvent, il suffit que l'effet anticoncurrentiel soit recherché par les participants à l'entente, voire qu'il puisse résulter de celle-ci, abstraction faite de la preuve de l'intention de l'obtenir, pour que la sanction soit applicable. Ainsi, la loi Sherman déclare illicite « tout contrat, toute association [...] ou toute entente *en vue de restreindre* les échanges ou le commerce entre les différents États membres ». Le traité C.E. vise les ententes « qui ont pour objet ou pour effet » de porter atteinte à la concurrence. L'article L. 420-1 du Code de commerce français prohibe les actions concertées, conventions, etc., « lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet » d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché. De même, enfin, les lois allemande et britannique interdisent les accords, décisions d'associations d'entreprises ou pratiques concertées « qui ont pour objet ou pour effet » d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence.

Cette dualité objet-effet anticoncurrentiel possible, qui existait déjà, du reste, dans le texte français de 1953, permet d'atteindre les ententes alors même que leur effet anticoncurrentiel ne s'est pas encore produit, dès lors qu'il apparaît, par le seul examen de leurs clauses – replacées, il est vrai, dans le contexte économique –, qu'il *peut* se produire.

Est-il possible de définir de manière plus précise cet effet anticoncurrentiel ? De ce point de vue, les techniques législatives sont loin d'être identiques, sans qu'il en résulte nécessairement des différences de fond quant à l'étendue des prohibitions qu'elles prévoient.

Ainsi, la loi Sherman est très générale. Elle déclare illicite tout contrat ou autre disposition ayant « en vue de restreindre les échanges ou le commerce entre les différents États de l'Union ou avec l'étranger » : au-delà de la concurrence, c'est la liberté du commerce qui est protégée, ce qui atteste que les fondements de la loi sont, au-delà de l'économie, politiques et idéologiques.

Dans un cadre plus précisément économique, les formules déjà citées des lois allemande et française et du traité C.E. sont également rédigées en

termes généraux par énumération des restrictions qu'elles visent : accords de fixation de prix ou autres conditions de vente, d'achat ou de fabrication ; fixation de quantités ou catégories de biens à produire, à fournir ou à acquérir ; détermination des procédés de fabrication à utiliser ou des quantités ou catégories de biens qui seront fabriqués par ces procédés ; détermination des fournisseurs, des distributeurs ou des clients. Mais les textes communautaires ou français assortissent la formule générale de listes d'exemples, non limitatives. Ainsi, dans la Communauté européenne, les accords consistant à fixer les prix ou autres conditions de transaction, à limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements, à répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement, à appliquer des pratiques discriminatoires, à subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation par les partenaires de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet du contrat – autrement dit, les « ventes couplées » ; et, en France, les accords tendant à limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par les entreprises, à faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse, à limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements ou le progrès économique, à répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement.

### **Les techniques législatives**

Cette réglementation utilise, elle aussi, des techniques différentes selon les législations ; substantiellement cependant, celles-ci ne sont pas rebelles à une vue synthétique. Le trait commun – du moins si l'on ne tient pas compte uniquement de la lettre des textes, mais aussi de leur application – est qu'elles ne prohibent pas (ou ne déclarent pas illicites ou inefficaces) *toutes* les ententes, sans exception. L'illustration la plus claire peut-être de cette position est fournie par l'article 81, paragraphe 3, du traité de Rome dont les termes ont pratiquement été repris mot pour mot par l'article L. 420-4 du Code de commerce français : l'interdiction peut être déclarée inapplicable aux ententes qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits et à promouvoir le progrès technique ou économique (y compris la création ou le maintien de l'emploi), tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et ce sans imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas

indispensables pour atteindre ces objectifs ni donner à ces entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

Formulée de manière plus casuistique, la distinction – ou, en tout cas, une limitation du champ d'application de l'interdiction des ententes – se rencontre également dans la législation allemande : celle-ci, en effet, excepte de cette interdiction les cartels de conditions contractuelles, de livraison et de paiement (autres que les cartels de prix), les cartels de rabais non discriminatoires, de crise structurelle, de rationalisation, d'exportation et, exceptionnellement, sur autorisation du ministre de l'Économie, les cartels répondant à un motif d'intérêt général.

On trouve une méthode différente – et, bien que partant d'un point de vue diamétralement opposé, apparentée – en droit américain. Aux États-Unis, la loi Sherman ne fait pas de distinction entre bonnes et mauvaises ententes ; tous les accords restrictifs du commerce interétatique et international sont déclarés illégaux. Mais, dès 1911, dans ses trois arrêts dissolvant la Standard Oil, l'American Tobacco Co. et le trust Du Pont de Nemours, la Cour suprême définissait la « règle de raison » (*rule of reason*) dont elle allait s'inspirer dans l'application du texte ; cherchant à concilier la liberté de contracter et la liberté de la concurrence – dont le conflit possible est au cœur du droit de la concurrence –, la Cour affirme que la « restriction au commerce » n'est illicite que si elle est déraisonnable ; toutefois, certaines clauses seront toujours considérées comme illicites *per se* (en soi), sans qu'il puisse être prétendu qu'elles sont raisonnables (par exemple, les ententes horizontales de fixation des prix).

On observe toutefois un certain rapprochement des systèmes juridiques, dans la mesure où la règle de raison a également fait son apparition dans certains droits européens, en particulier en droit français.

Telle qu'elle est mise en œuvre dans la Communauté européenne, cette règle permet d'accorder un traitement de faveur à certains comportements anticoncurrentiels en appréciant exclusivement leurs effets dans le cadre de l'article 81, paragraphe 1<sup>er</sup>, et en évitant ainsi l'« incroyable formalisme » qui

consiste à soumettre d'abord la pratique à l'article 81, paragraphe 1<sup>er</sup>, avant de l'exonérer éventuellement sur le fondement de l'article 81, paragraphe 3. Seulement, ce raccourci n'est possible que dans la mesure où il apparaît très clairement que l'atteinte à la concurrence constatée est compensée par les effets bénéfiques déterminés par l'entente. Les autorités de contrôle, tant françaises que communautaires, estiment que tel est le cas lorsque les restrictions en cause sont de nature qualitative, c'est-à-dire justifiées par l'amélioration du service rendu au consommateur. La nécessité d'offrir un service à l'utilisateur variant selon la nature du produit, il n'est pas surprenant que cette jurisprudence soit apparue à propos de produits dont la vente exige une certaine qualification professionnelle, en particulier de produits techniquement avancés. Ces principes sont affirmés de façon très nette par la Cour de justice des Communautés dans l'arrêt Metro du 25 octobre 1977 : « ... La nature et l'intensité de la concurrence peuvent varier en fonction des produits ou services en cause et de la structure économique des marchés sectoriels concernés ; notamment, dans le secteur de la production de biens de consommation durables, de haute qualité et technicité, dans lequel un nombre relativement restreint des producteurs, grands et moyens, offre une gamme variée d'appareils aisément interchangeables, en tout cas aux yeux des consommateurs, la structure du marché ne s'oppose pas à l'existence de canaux de distribution différenciés adaptés aux caractéristiques propres des différents producteurs et aux besoins des différentes catégories de consommateurs : dans cette perspective, la Commission a, à juste titre, reconnu que des systèmes de distribution sélective constituaient, parmi d'autres, un élément de concurrence conforme à l'article 81, paragraphe 1<sup>er</sup>, à condition que le choix des revendeurs s'opère en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif, relatifs à la qualification professionnelle du revendeur, de son personnel et de ses installations, que ces conditions soient fixées d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliquées de façon non discriminatoire. »

La position des autorités de contrôle françaises est similaire. Les contrats de distribution sélective échappent à l'article L. 420-1 du Code de commerce, sans même avoir besoin d'une exonération sur le fondement de l'article L. 420-4, dès lors qu'ils ne s'accompagnent d'aucune restriction supplémentaire. Tel est le cas lorsque les contrats en cause ne prévoient aucune sélection quantitative directe et que les critères de choix des revendeurs ne sont pas appliqués de façon discriminatoire.

La faveur ainsi témoignée à la distribution sélective paraît conforme à l'analyse économique : l'introduction d'un tel système de distribution sur un marché concurrentiel augmente directement la satisfaction des consommateurs qui auront le choix entre l'achat, au prix le plus faible, auprès de distributeurs appartenant à des réseaux non intégrés et n'offrant aucun service ou l'acquisition, à un prix plus élevé, auprès de distributeurs membres du réseau et assurant le service.

### **La notion de concurrence efficace**

Dans l'arrêt Metro, le juge communautaire déclare que « la concurrence non faussée visée aux articles 3 et 85 (devenu 81) du traité de la C.E.E. implique l'existence sur le marché d'une concurrence efficace (*workable competition*), c'est-à-dire de la dose de concurrence nécessaire pour que soient respectées les exigences fondamentales et atteints les objectifs du traité, en particulier la formation d'un marché unique réalisant des conditions analogues à celles d'un marché intérieur ». Toutes les restrictions à la concurrence ne sont pas condamnées par le droit. Non seulement celui-ci tend à dresser un bilan net de la restriction avant de la prohiber, mais il va même au-delà, en exemptant de la prohibition les atteintes à la concurrence dont l'existence est établie dès lors que les bienfaits retirés de l'entente – spécialisation, rationalisation, coopération des entreprises pour la recherche, organisation de services communs ou de circuits de distribution, etc. – l'emportent sur ses effets négatifs pour la concurrence.

Au-delà de la variété des points de vue et des techniques, une certaine unité du droit des ententes peut être découverte dans la distinction fondamentale entre la dose de restrictions, nécessaire ou permise, et celle qui est déraisonnable et nuisible. La frontière elle-même peut sans doute se déplacer selon les époques et les pays ; elle tend actuellement à se stabiliser autour de la notion de concurrence efficace – ou praticable – que la Commission définissait ainsi dans un mémorandum adressé, à la fin de 1965, aux gouvernements des États membres : « La notion de concurrence praticable recouvre une notion réaliste. On admet qu'il y a concurrence suffisamment efficace lorsque les entreprises ne limitent pas de façon excessive ou artificielle la vente ou la production, lorsqu'elles répondent de façon satisfaisante à la demande et lorsqu'elles font participer équitablement les utilisateurs de leurs produits aux profits qui résultent du progrès technique et

économique. »

Formules vagues, pensera-t-on, ou qui n'ont pas en tout cas la rigueur que souhaiterait le juriste. C'est là, effectivement, l'un des caractères du droit de la concurrence : calqué étroitement sur les conditions du marché, elles-mêmes changeantes, sa souplesse lui interdit d'offrir la prévisibilité et, partant, l'entière sécurité juridique que l'on attend de la règle de droit.

Dans la période récente, les juges américains ont tenté de réduire cette zone d'imprévisibilité juridique en excluant, lors de l'application de la règle de raison, toute possibilité de prise en compte d'objectifs économiques ou sociaux extérieurs à la théorie de la concurrence proprement dite. Ce faisant, ils ont éloigné le droit antitrust américain de ses homologues européens qui, témoignant d'une confiance moindre dans les vertus de la concurrence, n'hésitent pas à exempter des ententes sur le fondement de considérations d'intérêt général telles que la protection de l'emploi, du petit commerce, de l'environnement, etc.

### **Les abus de domination**

Les abus de domination sanctionnés par le droit de la concurrence empruntent, dans les droits européens les plus modernes, deux formes différentes : les règles classiques relatives à l'*abus de position dominante* sont aujourd'hui de plus en plus fréquemment complétées par des dispositions spécifiques concernant l'*abus de dépendance économique*. Le droit américain, de même que celui de la Communauté européenne, ignore au contraire les situations de dépendance et se borne à contrôler la puissance économique d'entreprises isolées ou de groupes d'entreprises en prohibant la *monopolisation*.

### **Abus de position dominante et monopolisation**

Les dispositions nationales consacrées à la domination visent le pouvoir de monopole soit dans sa formation, soit au niveau de ses conséquences sur le marché.

La section 2 de la loi Sherman, qui frappe de sanctions pénales « toute

personne qui monopolisera, tentera de monopoliser, ou participera à une association ou à une entente avec une ou plusieurs personnes en vue de monopoliser une partie quelconque des échanges ou du commerce entre les différents États de l'Union ou avec les pays étrangers », saisit la position de monopole de l'entreprise « à l'arrivée » comme le résultat d'un comportement anticoncurrentiel. Inversant la relation entre les éléments constitutifs de l'infraction, l'article 82 du traité de Rome appréhende la domination de l'entreprise « au départ », comme un moyen de l'abus, en déclarant « incompatible avec le Marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait par une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une *position dominante* sur le Marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci ». De même, les dispositions françaises prohibent « l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci ».

Les textes ne définissent pas plus le pouvoir de monopole ou la position dominante que l'exploitation abusive ou le comportement de monopolisation. Tous les systèmes juridiques identifient cependant la détention d'une part de marché très importante à une position de domination. Dès lors qu'une entreprise n'occupe pas une situation de monopole ou de quasi-monopole, d'autres facteurs sont pris en compte pour corroborer (ou infirmer) les conclusions tirées de l'évaluation de la part de marché de l'entreprise : critères de structure (degré de concentration du marché concerné, asymétrie des tailles des entreprises, barrières à l'entrée, etc.), critères de comportement (pratiques de collusion, d'exclusion, de prédation, etc.) ou, parfois même, critères de performance (marge bénéficiaire, progression des parts de marchés, pertes, etc.).

La détention d'une position de marché prédominante ne suffit pas à déclencher la prohibition. L'ensemble des règles relatives à la domination subordonne en effet la sanction à l'adoption d'un comportement anticoncurrentiel. Pour que la monopolisation soit constituée, il n'est besoin d'aucune intention fautive de la part de l'entreprise dominante ni de la réalisation d'un acte qui serait intrinsèquement illégitime, comme l'affirme la Cour suprême en 1966 dans l'arrêt Grinnell : « Pour être constitué, le délit de monopolisation visé à l'article 2 requiert la conjonction de deux éléments : la possession d'un pouvoir de monopole sur le

marché concerné et l'acquisition ou le maintien volontaires de ce pouvoir par opposition à une croissance ou à un développement de celui-ci qui ne seraient que la conséquence de la supériorité du produit, de la clairvoyance en affaires ou d'un accident historique. » De même, dans les droits européens, des comportements parfaitement légitimes en eux-mêmes sont abusifs au sens de la loi dès lors qu'ils ont pour conséquence de renforcer ou de maintenir la position dominante de l'entreprise qui les adopte. Les autorités communautaires estiment ainsi qu'une prise de participation majoritaire dans une entreprise concurrente, un refus de vente, même justifié, l'imposition d'une clause de non-concurrence, la conclusion de contrats d'approvisionnement exclusif ou l'octroi de rabais de fidélité peuvent réaliser l'exploitation abusive d'une position dominante.

Certains pays européens, pour leur part, ont décidé d'utiliser les règles de concurrence pour assurer, au-delà du fonctionnement harmonieux des marchés, l'équilibre des relations entre partenaires économiques au travers de la sanction des abus de dépendance économique.

### **Abus de dépendance économique**

Depuis la réforme de 1973, la loi allemande sur les restrictions de concurrence étend la prohibition visant les entreprises dominantes « aux entreprises et aux associations d'entreprises dont sont dépendantes de petites ou moyennes entreprises fournisseurs ou acheteurs d'un certain type de produits ou de services commerciaux dans la mesure où il n'existe pas suffisamment de possibilités raisonnables de s'adresser à d'autres entreprises ». Les dispositions françaises, qui s'inspirent de la législation allemande, prohibent « l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur ».

La relation de dépendance caractérisée par ces textes est fondée sur la détention par l'entreprise en cause d'un pouvoir économique prédominant non pas dans le cadre du marché en général, mais à l'égard d'une entreprise en particulier. Ces règles ont en effet été essentiellement imaginées, à l'origine, pour protéger les fabricants contre les pratiques abusives de certaines grandes surfaces, et plus

spécialement contre les déréférencements abusifs pratiqués par les centrales d'achat. Celles-ci disposent, en effet, d'un pouvoir considérable à l'égard des fournisseurs qu'elles référencent et qui, de ce fait, sont autorisés à livrer leurs produits aux distributeurs affiliés, sans pour autant être dominantes sur un marché de produit particulier.

La prohibition de l'abus de dépendance économique a donc surtout pour objet de maintenir la capacité concurrentielle de certaines entreprises et non d'assurer le fonctionnement harmonieux du marché dans son ensemble. Bien qu'elle complète la sanction de l'abus de position dominante, la réglementation relative à la dépendance économique ressortit en définitive beaucoup plus au droit des pratiques restrictives qu'à celui des pratiques anticoncurrentielles.

## 📍 Le contrôle des concentrations

À des degrés divers, l'accroissement de la dimension des entreprises est un phénomène constant et général dans tous les pays industrialisés. Il peut se réaliser par *croissance interne* : l'entreprise se développe par autofinancement ou apports de capitaux frais, sans s'unir ni se grouper avec d'autres entreprises. Mais il se réalise plus souvent encore par *croissance externe*, c'est-à-dire par groupement d'entreprises préexistantes : la plupart du temps une entreprise ou un groupe d'entreprises déjà doté d'une position économique appréciable absorbe une ou plusieurs entreprises plus faibles, ou s'assure leur contrôle ; on est alors en présence d'une « concentration d'entreprises ».

La concentration étant un moyen d'acquisition ou de renforcement du pouvoir de monopole, les États ont très rapidement songé à la réglementer. Les législations nationales adoptent alternativement ou cumulativement deux types de définition de l'opération de concentration. La première est fondée sur le *moyen juridique* permettant sa réalisation. Elle se réfère à des formes juridiques précises et en nombre limité : fusions, prises de participation, acquisitions d'actifs. Par conséquent, elle assure aux participants au marché une sécurité juridique optimale. La seconde définition se réfère au résultat économique de l'opération. Elle définit la concentration par son effet : la création d'un pouvoir de contrôle d'une entreprise sur une autre. Ce faisant, elle confère aux autorités de contrôle un

pouvoir d'appréciation extrêmement large et place les participants au marché dans une situation d'imprévisibilité juridique relative.

Aux États-Unis, la section 7 de la loi Clayton porte interdiction, pour toute société, d'acquérir tout ou partie des actions ou autres capitaux sociétaires, ou tout ou partie des avoirs d'une autre société, lorsque l'effet de cette acquisition risque d'affaiblir notablement la concurrence, ou de créer un monopole : on reconnaît ici les prises de participation et les acquisitions d'actifs, instruments juridiques courants de la concentration économique. Le règlement européen du 21 décembre 1989 (entré en vigueur le 21 septembre 1990) allie une définition fondée sur le moyen et une définition fondée sur le résultat. Après avoir isolé un noyau dur d'opérations, définies par référence au moyen juridique employé – les fusions, qui constituent à coup sûr des concentrations –, le règlement ajoute qu'il s'applique également à l'ensemble des opérations, quelle que soit leur forme juridique, conduisant à l'acquisition du contrôle d'une ou de plusieurs entreprises.

L'article L. 430-1 du Code de commerce français déclare que « le contrôle découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise ». Enfin, la loi allemande énumère les principales formes juridiques de la concentration (fusions, acquisitions d'actifs, prises de participation) en ajoutant à cette énumération une clause « attrape-tout » qualifiant de concentration « toute autre liaison entre entreprises permettant à une ou plusieurs entreprises d'exercer, directement ou indirectement, une influence prédominante sur une autre entreprise ».

Le régime des concentrations d'entreprises en droit de la concurrence procède, dans maintes législations, d'une conception et d'une technique différentes de celles que l'on a analysées à propos des ententes. On ne trouve pas, tout d'abord, de principe général de prohibition des concentrations sous toutes les formes, fût-il assorti de tempéraments ou d'exceptions. Les législations les plus restrictives à cet égard n'édicte une telle prohibition que si la concentration tend à créer un monopole, ou risque d'affaiblir notablement la concurrence (loi Clayton). De la même façon, en Europe, les concentrations ne sont pas prohibées de plein droit mais, en cas d'atteinte suffisamment grave à la

concurrence, être déclarées incompatibles avec une concurrence effective par les autorités de contrôle. Généralement, l'incompatibilité est ensuite susceptible d'être levée grâce à une déclaration d'inapplicabilité dont les conditions ne sont pas sans rappeler celles auxquelles est subordonnée l'exemption d'une entente. Les pouvoirs d'exemption sont alors répartis en général entre l'autorité administrative de contrôle, d'une part, qui statue en tenant compte seulement des incidences de l'opération sur la concurrence (Office des cartels allemand) ou, plus largement, sur le progrès économique (Conseil de la concurrence français) et, d'autre part, l'organe politique représenté par le ministre de l'Économie, qui se voit reconnaître le pouvoir de revenir sur cette appréciation compte tenu de la contribution de l'opération de concentration au progrès économique et social (France) ou de ses avantages du point de vue de l'ensemble de l'économie ou de l'intérêt public (Allemagne).

Le préjugé favorable dont bénéficie la concentration économique dans la plupart des législations ne s'explique pas seulement par des motifs de politique économique – la volonté des États d'accroître la capacité concurrentielle de leur industrie ; il est également justifié du point de vue de la théorie économique, une concentration entraînant, en règle générale, des effets favorables sur le plan de l'efficacité. Tel n'est pas le cas d'une entente, qui apparaît a priori suspecte (et ne peut donc être rachetée qu'exceptionnellement), dans la mesure où elle supprime la concurrence sans contribuer nécessairement à accroître l'efficacité économique.

### 📍 3. Mise en œuvre

La mise en œuvre du droit de la concurrence suppose, d'une part, que l'on connaisse le domaine d'application territorial des règles édictées par chaque pays, ou, à présent, en Europe ; elle implique, d'autre part, l'intervention d'autorités compétentes et l'application de sanctions.

#### 📍 Domaine d'application territorial

Les ententes et les opérations de concentration revêtent souvent un caractère international. Des ententes se sont formées, bien avant la Première et

surtout la Seconde Guerre mondiale, entre des entreprises ou des groupes d'entreprises géants, dans le domaine du pétrole (Standard Oil et Shell), des produits chimiques (Du Pont de Nemours, Imperial Chemicals, I.G. Farben, Solvay), de la construction électrique (General Electric, Westinghouse, A.E.G., Siemens-Schukert, Philips, Brown-Boveri), de la sidérurgie (Comptoir sidérurgique de France, Stahlwerken-Verband, British Iron and Steel Federation), etc. De véritables concentrations internationales ont été réalisées, soit à partir de sociétés d'un pays prenant le contrôle de sociétés étrangères dont elles faisaient leurs filiales, soit par de véritables fusions économiques, alors même que l'instrument juridique d'une fusion internationale fait encore défaut.

En outre, des ententes ou des concentrations même nationales peuvent avoir des effets anticoncurrentiels sur un ou plusieurs marchés extérieurs (notamment par une répartition de ces marchés, par des pratiques concertées à l'exportation, ou par l'acquisition d'un monopole ou d'un quasi-monopole).

De ce double point de vue, par conséquent, l'entente ou la concentration relèvent de plusieurs législations et autorités ; parmi celles-ci, quelle est ou quelles sont celles qui peuvent les appréhender ?

La question est complexe, et vivement débattue. La nationalité étrangère d'une ou plusieurs des entreprises participant à l'opération anticoncurrentielle ne suffit pas (sauf dispositions législatives expresses en ce sens, qui demeurent exceptionnelles) pour faire obstacle à l'application des lois sur la concurrence d'un pays déterminé. Ainsi, par exemple, la loi allemande s'est appliquée à toutes les restrictions de la concurrence ayant leurs effets sur le territoire allemand, même si elles ont leur origine en dehors de ce territoire ; la jurisprudence américaine a pris la même position, notamment dans l'affaire Alcoa, jugée en 1945, où la simple intention d'un cartel étranger de restreindre les exportations de lingots d'aluminium vers les États-Unis a été considérée comme suffisante pour entraîner l'application du droit antitrust de l'Union.

L'application extraterritoriale du droit antitrust risque cependant de porter atteinte à des souverainetés étrangères. Aussi le juge américain n'affirme-t-il sa compétence à l'égard de comportements extérieurs produisant leurs effets sur le

territoire des États-Unis que lorsqu'il estime son intervention suffisamment justifiée compte tenu de la nationalité ou de la résidence des auteurs de l'acte, des incidences respectives des comportements domestiques et étrangers, de l'importance relative des effets dans les différents pays concernés, de la probabilité d'une atteinte au marché américain, des risques de conflit entre les lois et les politiques en présence et des difficultés d'exécution de la décision. Au-delà, la loi Sherman a été modifiée en 1982 pour ne plus concerner que les comportements extérieurs ayant « un effet direct, substantiel et raisonnablement prévisible ». L'application extraterritoriale de la loi allemande sur les restrictions de concurrence est subordonnée par la jurisprudence à des conditions similaires. La même solution était admise, semble-t-il, en droit communautaire. Toutefois, la Cour de justice est revenue, dans le domaine du droit des ententes, sur cette jurisprudence en 1988 (arrêt « Pâte de bois ») en adoptant une position intermédiaire entre un critère jugé trop large (le critère de l'effet) et un autre trop étroit (le critère du comportement) : « Une infraction à l'article 85 (devenu 81), telle que la conclusion d'un accord qui a pour effet de restreindre la concurrence à l'intérieur du marché commun, implique deux éléments de comportement, à savoir la formation de l'entente et sa mise en œuvre. Faire dépendre l'applicabilité des interdictions édictées par le droit de la concurrence du lieu de formation de l'entente aboutirait à l'évidence à fournir aux entreprises un moyen facile de se soustraire auxdites interdictions. Ce qui est déterminant est donc le lieu où l'entente est mise en œuvre. »

De telles solutions peuvent naturellement conduire à ce que plusieurs pays s'estiment fondés à « se saisir » d'une entente ou d'une concentration. Mais c'est là une conséquence habituelle de la diversité des législations, combinée avec la multiplicité des points de rattachement nationaux d'une même opération : c'est la matière quotidienne du droit international privé. En ce domaine, comme en d'autres, le règlement uniforme des conflits de lois ne pourrait résulter que d'une convention internationale.

Plus grave encore est la question des pouvoirs que les autorités administratives ou judiciaires d'un État entendraient exercer, hors de leurs frontières, pour recueillir des documents ou des témoignages relatifs à une entente ou à une opération de concentration faisant l'objet d'une procédure sur le territoire

de cet État. C'est, en particulier, la tendance des autorités fédérales américaines, manifestée par exemple dans l'affaire du Watchmakers of Switzerland Information Center (dans laquelle les décisions judiciaires finales sont intervenues en 1964 et 1965) ; elle soulève à l'étranger de vives protestations, et il n'est pas douteux qu'elle met en cause la souveraineté des États sur les territoires desquels il serait procédé à de telles investigations. Ces États réagissent en adoptant des lois de blocage (*Blocking Statutes*), prohibant, notamment, les dépositions de témoins et les communications de documents à l'étranger. De telles lois ont été adoptées en France, en Allemagne et au Royaume-Uni. Là encore, seule une convention internationale pourrait concilier les exigences de cette souveraineté avec celles de l'application effective des législations de la concurrence aux pratiques anticoncurrentielles et concentrations de caractère international. En attendant, des accords de coopération sont souvent conclus entre les États, prévoyant la notification des actions, l'échange d'informations et la coordination des procédures.

La coordination des législations pose un problème particulier dans les systèmes fédéraux ou « préfédéraux ». Ainsi, la loi Sherman ne concerne que le commerce entre les États de l'Union, ou avec l'étranger ; des lois étatiques s'appliquent aux pratiques restrictives dont les effets sont limités au territoire d'un seul État (ce qui est du reste exceptionnel, dans un marché aussi intégré que celui des États-Unis, pour peu que ces pratiques, et les entreprises qui s'y livrent, soient de quelque importance). Dans la Communauté économique européenne, la prohibition ne vise que les ententes et les abus de position dominante qui sont « susceptibles d'affecter le commerce entre les États membres » : si les effets anticoncurrentiels sont trop limités pour affecter le commerce interétatique, ils ne relèvent pas du droit communautaire. De la même façon, le règlement européen sur le contrôle des concentrations ne s'applique qu'aux opérations de concentration de « dimension communautaire ». Celle-ci est atteinte lorsque le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par toutes les entreprises en cause représente un montant supérieur à 5 milliards d'écus, que le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées est supérieur à 250 millions d'euros. Si ces seuils ne sont pas atteints, le règlement prévoit depuis le 1<sup>er</sup> mars 1998 qu'un chiffre d'affaires total mondial de 2,5 milliards d'euros et un chiffre d'affaires communautaire, réalisé individuellement par au moins deux entreprises, de 100 millions d'euros suffisent à déclencher le contrôle communautaire à condition

que, dans chacun d'au moins trois États membres, le chiffre d'affaires total des entreprises concernées soit supérieur à 100 millions d'euros et que deux d'entre elles y réalisent individuellement un chiffre d'affaires supérieur à 25 millions d'euros. En toute hypothèse, le contrôle communautaire n'est pas applicable si toutes les entreprises concernées réalisent plus de deux tiers de leur chiffre d'affaires à l'intérieur d'un seul et même État...

### @ Autorités compétentes

La mise en œuvre du droit de la concurrence suppose de minutieuses investigations économiques, mais aussi l'application de sanctions, dont certaines de caractère pénal.

Il en résulte, pratiquement dans toutes les législations, que cette mise en œuvre est répartie entre les juridictions proprement dites et des organes administratifs (comme le Conseil de la concurrence et la Direction de la concurrence, en France, ou l'Office des cartels, Bundeskartellamt en Allemagne). Dans la Communauté européenne, on rencontre la même répartition entre la Commission, qui est investie à la fois d'un pouvoir d'enquête et de décision, et la Cour de justice et le Tribunal de première instance, qui exercent un contrôle de légalité sur les décisions de la Commission. De même, en Grande-Bretagne, l'application de la loi est assurée par la Commission de la concurrence (Competition Commission) et le directeur général chargé de la sauvegarde de la loyauté du commerce (Director General of Fair Trading), sous le contrôle de la cour d'appel et de la Chambre des lords ; aux États-Unis, par la Federal Trade Commission, la Division antitrust du ministère de la Justice et les juridictions fédérales. De manière générale, l'organe administratif a des pouvoirs d'enquête et d'engagement des poursuites, et quelquefois aussi de décision ; mais celle-ci revient en définitive à l'autorité judiciaire, ne serait-ce que par les recours ouverts aux intéressés.

### @ Sanctions

Les sanctions des prohibitions édictées par le droit de la concurrence peuvent être de deux ordres : *civiles* (c'est, sous diverses appellations et selon des

techniques variables, la nullité ou l'inefficacité juridique de l'opération prohibée) et *pénales* (amende et, théoriquement, emprisonnement). Dans la Communauté européenne, les amendes existent également, mais elles sont considérées comme « administratives », les États ayant conservé, à titre exclusif, leurs compétences en matière pénale.

La nullité, ou l'inefficacité juridique, s'applique du reste difficilement aux concentrations qui, atteignant la structure des entreprises, sont irréversibles, ou difficilement réversibles. C'est la raison pour laquelle le règlement européen et la plupart des droits des États membres prévoient la notification obligatoire des opérations préalablement à leur réalisation.

## @ 4. Le droit de la concurrence déloyale

Le droit de la concurrence déloyale concerne les rapports entre deux entreprises considérées individuellement ; il a pour objet de protéger l'une d'elles contre les manœuvres de l'autre, qui, en transgressant les règles du commerce loyal, cherche à détourner la clientèle de ses concurrents. Il convient de le distinguer des règles qui protègent les titres de propriété industrielle (brevets, marques de fabrique, dessins et modèles déposés) contre les contrefaçons ou imitations : bien que le but des règles de cette catégorie soit également la protection de la clientèle (à travers celle des moyens de production ou d'identification des produits appartenant à une entreprise), elles constituent une branche particulière du droit.

Le fondement et la technique des règles relatives à la concurrence déloyale varient de pays à pays. Certains États connaissent, en effet, une législation propre à cette matière, définissant les actes de concurrence déloyale et les sanctions qu'ils encourrent ; celles-ci sont quelquefois pénales, mais de toute manière il existe toujours dans ces législations des sanctions civiles (dommages et intérêts ; cessation, pour l'avenir, des actes fautifs). Il en est ainsi, par exemple, en Allemagne, en Italie, en Suisse. Dans d'autres pays, au contraire, il n'existe pas de textes propres à la matière, mais la concurrence déloyale y est civilement sanctionnée en vertu de principes généraux, le plus souvent coutumiers : c'est le cas, notamment, des États-Unis et de la Grande-Bretagne.

Pour l'essentiel, la France peut être rangée dans cette dernière catégorie, avec cette réserve que les sanctions de la concurrence déloyale y trouvent leur fondement non pas dans des règles coutumières, mais dans les textes généraux relatifs à la responsabilité civile (art. 1382 et 1383 du Code civil). Il y a en effet faute – au moins de négligence – à créer ou laisser se créer la confusion avec une entreprise concurrente, notamment par imitation de son nom commercial, de ses procédés de fabrication (même non brevetés) ou de vente, de sa publicité, etc. (à condition que procédés et publicité présentent un caractère de nouveauté et d'originalité) ; il y a faute, généralement intentionnelle, à dénigrer un concurrent, à débaucher systématiquement son personnel qualifié, ou à adopter un comportement parasitaire, afin de profiter du travail ou de la réputation d'autrui. Tels sont les actes de concurrence déloyale le plus souvent sanctionnés par les tribunaux français.

Cette variété des régimes nationaux de la concurrence est largement corrigée, dans les rapports internationaux, par la très importante Convention d'Union de Paris de 1883 pour la protection de la propriété industrielle. Selon l'article 10 *bis* de cette Convention – à laquelle ont adhéré tous les pays industriels de quelque importance –, « les pays de l'Union sont tenus d'assurer aux ressortissants de l'Union une protection effective contre la concurrence déloyale » ; le texte dispose ensuite que « constitue un acte de concurrence déloyale tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale », et précise cette définition par une liste non limitative, qui comprend les faits propres à créer une confusion avec une entreprise concurrente, les allégations fausses ou de nature à discréditer un concurrent, et les indications ou allégations de nature à induire le public en erreur sur les marchandises offertes.

Dans ce dernier exemple, c'est de la défense de l'intérêt public qu'il s'agit plutôt que de la protection directe d'un concurrent déterminé. Aussi bien a-t-on souligné que, s'il fallait les distinguer, des liens n'en existaient pas moins entre les deux aspects du droit de la concurrence, entendu dans son sens le plus général : le droit de la concurrence en tant qu'instrument de maintien, sur le marché, d'une concurrence suffisante, et le droit de la concurrence déloyale, strictement compris.

## 📌 CONSOMMATION (DROIT DE LA)

### ***Prise de vue***

Discipline récente, le droit de la consommation est né du développement de règles de droit et de techniques juridiques tendant à la protection des consommateurs dans le cadre actuel de la société de consommation. Ce mouvement « consumériste » dans le droit est commun aux divers pays qui sont parvenus au stade de la société de consommation, même si ses degrés de développement varient quelque peu. Il résulte de la prise de conscience par les juristes du fait que l'apparition d'une production et d'une distribution de masse et, en conséquence, d'une consommation également massive a bouleversé la situation des acheteurs, transformés en consommateurs, c'est-à-dire en éléments économiques indispensables à l'écoulement d'une production de masse, mais confrontés à des partenaires infiniment plus puissants qu'eux, contre lesquels il est devenu indispensable de les protéger. Les préoccupations concernant la défense des consommateurs se sont accrues dans la plupart des pays industrialisés à partir des années 1960. Aux États-Unis, dans son message au Congrès du 15 mars 1962, le président J. F. Kennedy a officiellement reconnu que l'établissement d'une législation et l'action de l'Administration étaient nécessaires pour assurer aux consommateurs l'exercice de droits fondamentaux tels que le droit à la sécurité, le droit d'être informés et le droit de choisir. À cette déclaration répondait quelques années plus tard l'action spectaculaire de Ralph Nader.

Cependant, la faiblesse des consommateurs et la prise en charge de leur protection par le droit ne sont pas des phénomènes entièrement nouveaux. Certaines règles qui protègent aujourd'hui le consommateur prennent leurs origines dans un passé lointain. Dans l'ancien droit français, la protection de l'acheteur a été recherchée dans le cadre des corporations qui, sous l'influence du christianisme hostile à l'esprit de lucre, élaborèrent une réglementation détaillée et mirent en place un système sévère de répression des fraudes dont bénéficièrent les acheteurs (cf. le préambule du *Livre des métiers* d'Étienne Boileau). Mais l'amorce d'une nouvelle conception de la protection des consommateurs, fondée

sur l'autodéfense et liée à la conviction des bienfaits de la liberté totale des transactions, intervint dès les dernières années de l'Ancien Régime.

La Révolution de 1789, puis la codification napoléonienne, fondée sur l'individualisme et la liberté du commerce et de l'industrie, firent effectivement table rase en matière de protection juridique des consommateurs. Dans un droit civil fondé sur la liberté et l'égalité des contractants, il n'y eut plus de consommateur, pas même d'acheteur pouvant prétendre à une quelconque protection. Le libre fonctionnement de la loi du marché devait assurer une protection naturelle des consommateurs. En réalité, même dans le système économique artisanal de l'époque, il apparut vite que l'égalité économique entre les consommateurs et les organes de production et de distribution était un leurre et que la liberté contractuelle se prêtait à des effets de domination. Avec le mouvement de concentration industrielle, l'inadaptation des principes juridiques antérieurs devint totale. C'est dans ce contexte que s'est peu à peu construit le droit de la consommation, souvent de manière opportuniste et peu cohérente. Il est cependant possible d'en dégager les caractères généraux.

## 📌 Caractères généraux

Le droit de la consommation tend en premier lieu à compenser la faiblesse à la fois technique et économique des consommateurs. La notion de consommateur s'oppose à celle de producteur : le consommateur est celui qui achète des produits ou se fait fournir des services pour son usage personnel et non pour les besoins de son entreprise. Ce consommateur final agit dans des conditions et selon des schémas qui le distinguent de l'acheteur professionnel, du fait, notamment, de l'absence de spécialisation de l'activité économique et donc des achats.

Ensuite, le droit de la consommation vise à assurer la protection des consommateurs en matière de prix, de qualité et d'information. S'agissant des prix, la protection des consommateurs passe par la lutte contre l'inflation et se trouve fortement liée à une conception déterminée de l'organisation et de la politique économiques. Sur le plan de la qualité, la question « Quelle qualité produire ? » est

essentielle, alors que la production de masse anticipe sur la demande des consommateurs et, surtout, que le problème de la qualité touche souvent à la protection de la santé et de la sécurité publiques. Il faut empêcher l'introduction sur le marché de produits nocifs ou dangereux, notamment dans le domaine de l'alimentation. Enfin, une information objective des consommateurs est indispensable, alors que le progrès technique élargit sans cesse la gamme des biens de consommation, et agrandit la « distance technologique » qui sépare production et consommation dans le contexte d'un marché dominé par une publicité persuasive et souvent agressive.

Par ailleurs, la protection juridique des consommateurs s'adapte au caractère international du commerce et en particulier à cet espace économique élargi que constitue la Communauté économique européenne (C.E.E.). Bien que le traité de Rome lui-même n'évoque guère la consommation, la politique communautaire a pris de plus en plus en considération la protection des consommateurs. L'adoption par le Conseil d'un « Programme préliminaire pour une politique de protection et d'information des consommateurs », le 14 avril 1975, a marqué une étape importante dans l'action de la Communauté en ce domaine. Cinq droits fondamentaux ont alors été expressément reconnus au consommateur : droit à la protection de sa santé et de sa sécurité, droit à la protection de ses intérêts économiques, droit à la réparation des dommages, droit à l'information et à l'éducation, droit à la représentation (droit d'être entendu). Les actions prioritaires à mener pour la réalité de ces droits sont définies de manière précise par les autorités communautaires qui ont réitéré et actualisé le Programme préliminaire en 1981.

## 📌 Les principales techniques du droit de la consommation

Le droit de la consommation utilise aujourd'hui trois grandes catégories de techniques : intervention directe et coercitive des pouvoirs publics par des mesures interventionnistes et répressives destinées à protéger l'ensemble des consommateurs ; amélioration des mécanismes contractuels pour protéger le consommateur en tant que contractant individuel ; reconnaissance de « droits collectifs » aux consommateurs organisés.

### **Les mesures interventionnistes et répressives**

La première de ces techniques est une base fondamentale de l'action en faveur des consommateurs pour des raisons politiques, les pouvoirs publics étant en principe les défenseurs naturels des faibles, et pour des raisons d'efficacité, parce que des procédés interventionnistes de mise en œuvre d'une réglementation impérative et d'un appareil répressif qui en garantit l'exécution semblent pouvoir protéger la masse des consommateurs. En France, la loi du 1<sup>er</sup> août 1905 sur la répression des fraudes constitue une loi-cadre très importante en matière de réglementation de la production et de la distribution des biens de consommation. Elle permet au pouvoir exécutif d'intervenir en ce domaine par voie de décrets et de porter atteinte au principe législatif de la liberté du commerce et de l'industrie. La loi de 1905 est devenue ainsi la base juridique d'innombrables règlements qui se sont progressivement étendus à la plupart des biens de consommation. S'y ajoutent les interventions, toujours possibles, du pouvoir législatif. Parmi les plus importantes, on peut citer la loi du 22 décembre 1972 sur le démarchage à domicile (remaniée en 1989), deux lois du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs, notamment en matière de crédit à la consommation, la loi du 6 janvier 1988 relative aux opérations de télépromotion. Certains secteurs sont réglementés de façon particulièrement étroite, ainsi le secteur des produits alimentaires soumis à un véritable droit de l'alimentation fondé sur des principes originaux comme le système des « listes négatives » : tout ce qui n'est pas expressément défendu est permis, ou le système des « listes positives » : tout ce qui n'est pas formellement autorisé est interdit. Ce dernier système, qui permet une protection a priori des consommateurs en empêchant l'utilisation d'une découverte avant que son innocuité ait été vérifiée, a été adopté en matière d'additifs chimiques aux aliments. La législation vise particulièrement à protéger les consommateurs contre les produits dangereux, en édictant des règles ayant pour but à la fois de prévenir, de réprimer et de réparer (loi du 21 juillet 1983 relative à la sécurité des consommateurs, créant notamment une Commission de la sécurité des consommateurs et consacrant le principe général de « responsabilité de première mise sur le marché » qui oblige les professionnels à vérifier que leurs produits sont conformes aux prescriptions en vigueur).

La violation de la réglementation est généralement sanctionnée pénalement. Commise intentionnellement, elle constituera souvent l'un des délits réprimés par la loi fondamentale du 1<sup>er</sup> août 1905 sur les fraudes et falsifications, essentiellement – soit le délit de tromperie sur les qualités, au sens large, du

produit ou du service fourni (art. 1<sup>er</sup>), soit le délit de falsification qui est la manipulation de certaines denrées, notamment alimentaires, au détriment des consommateurs. Une jurisprudence sévère, mais bien établie, admet implicitement que la fraude est un délit qui peut être commis par imprudence ou négligence. Le rouage essentiel de la recherche et de la constatation des fraudes est constitué depuis 1907 par un service de la répression des fraudes, devenu en 1982 Direction de la consommation et de la répression des fraudes (D.G.R.F.) sous l'autorité du ministre de l'Économie.

Dans le cadre de la C.E.E., tout le problème est de concilier le principe de la libre circulation des marchandises et des services avec la nécessité de défendre les consommateurs. La mise en place d'une politique communautaire de protection de ceux-ci a conduit à admettre que les mesures restreignant le commerce entre les États membres se justifient lorsqu'elles sont précisément indispensables à la défense des consommateurs. C'est en ce sens que s'est établie la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes à propos de l'application des articles 30 et 36 du traité de Rome. Par ailleurs, une harmonisation des réglementations nationales par voie de directives du Conseil de la C.E.E. permet une certaine unification européenne du droit de la consommation, du fait de l'adoption par les États membres de réglementations parallèles (art. 100 du traité de Rome ; exemples : directive du 27 juillet 1976 relative aux produits cosmétiques et directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux). Pour les produits agricoles, la base juridique de l'harmonisation est élargie aux règlements communautaires, directement applicables dans les États membres (par exemple le règlement n° 182/87 du 2 juillet 1987 concernant la dénomination du lait et des produits laitiers lors de leur consommation).

### **L'amélioration des mécanismes contractuels**

Une double idée fonde ici l'intervention en faveur des consommateurs : d'une part, ceux-ci pris individuellement sont essentiellement des contractants, la nature du contrat conclu étant d'ailleurs variable (vente, louage, transport, louage d'ouvrage, etc.) ; mais, d'autre part, le droit commun des contrats, fondé sur le principe de l'autonomie de la volonté, se révèle tout à fait inadapté : le consommateur, en état d'infériorité à la fois économique et technique, conclut presque toujours un contrat d'adhésion, souvent pré-rédigé par le professionnel

dans son propre intérêt, et dont il ne peut discuter la moindre clause. Pour porter remède à cette situation injuste, les juges se sont reconnu de plus en plus le droit d'apprécier le contenu et l'étendue des obligations contractuelles selon la condition professionnelle des parties. Ils ont ainsi tenté d'instaurer un « régime judiciaire de compensation des forces », en exploitant les ressources des textes existants (par exemple, le vendeur professionnel se trouve assimilé au vendeur connaissant le vice de la chose, en matière de garantie des vices cachés). Surtout, la loi du 10 janvier 1978 sur la protection des consommateurs (modifiée en 1989) permet au gouvernement de réglementer, voire d'interdire, par des décrets en Conseil d'État, les clauses qui « apparaissent imposées aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et qui confèrent à cette dernière un avantage excessif ». Cette formule est assez flexible pour permettre d'éliminer la plupart des clauses abusives qui traduisent un abus de puissance contractuelle des professionnels sur les consommateurs, telles les clauses qui réservent au professionnel le droit de modifier unilatéralement les caractéristiques du bien à livrer ou du service à rendre ou encore les clauses réduisant ou supprimant le droit à réparation du consommateur. Les décrets doivent être pris après avis d'une commission des clauses abusives composée de représentants de l'Administration, de professionnels et des organisations de consommateurs ainsi que de magistrats et de juristes spécialisés. La loi de 1978 est importante en son principe même, car le législateur y admet d'une manière générale que les rapports contractuels professionnels-consommateurs peuvent être soumis à un droit particulier répondant à l'idée de justice commutative (cf. la loi du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine du crédit à la consommation et la loi du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier : le législateur a posé des règles impératives créant notamment des liens réciproques entre contrat de prêt et contrat de vente).

### **La reconnaissance de droits collectifs aux consommateurs organisés**

La protection des consommateurs dans l'économie contemporaine prend de plus en plus une forme collective supposant une organisation des consommateurs qui existe dans la plupart des pays économiquement développés. Aux États-Unis, les associations de consommateurs sont déjà anciennes (la

Consumer Union a été créée en 1936) et puissantes. Cependant, c'est peut-être en Suède que l'organisation des consommateurs est la plus efficace. D'abord, l'expérience coopérative y est très développée : les coopératives de consommateurs regroupent environ cent cinquante sociétés locales et comptent plus de deux millions de membres. En outre, les pouvoirs publics appuient largement les associations privées, et les intérêts des consommateurs sont défendus au niveau d'organismes tels que la cour du marché et l'*ombudsman* des consommateurs. Ce dernier est nommé par le gouvernement pour veiller à l'application de la législation protectrice des consommateurs, beaucoup plus en médiateur qu'en contrôleur.

En France, l'organisation des consommateurs est le résultat d'influences multiples et prend diverses formes. Le mouvement coopératif est le plus ancien. Il tend à faire des consommateurs des agents économiques à part entière, en leur faisant assumer la responsabilité de la distribution. La Fédération nationale des coopératives de consommateurs (F.N.C.C.) représente le mouvement coopératif dans son ensemble, notamment auprès des pouvoirs publics. Cependant, les coopératives de consommation utilisent parfois des méthodes commerciales qui ne sont guère éloignées de celles des entreprises « capitalistes » et l'on peut s'interroger sur leur réelle appartenance au mouvement de défense des consommateurs. Ce sont surtout les associations sans but lucratif (loi de 1901) qui revendiquent aujourd'hui une mission de protection des consommateurs. On peut citer les associations familiales et féminines et surtout l'Union fédérale des consommateurs (U.F.C.) qui publie la revue *Que choisir ?* Par ailleurs, divers organismes de droit public jouent un rôle de premier plan pour la protection des consommateurs. Outre la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (D.G.C.C.R.F.), il convient de citer l'Institut national de la consommation (I.N.C.), établissement public à caractère administratif créé en 1967, à la fois centre d'essais, d'information et de documentation et organisme d'études et de formation. Enfin, à l'instar de pays tels que la Norvège ou le Canada, la France a créé un ministère de la Consommation, remplacé par un secrétariat d'État qui a connu quelques vicissitudes.

Aux consommateurs organisés, des droits collectifs sont reconnus. La « loi Royer » du 27 décembre 1973 avait donné aux associations de

consommateurs agréées le droit d'agir en justice devant toutes les juridictions pour la défense des intérêts collectifs des consommateurs. Une loi du 5 janvier 1988 a confirmé ce droit d'action, mais avec des restrictions dans le cas d'action purement civile, et sans reconnaître une véritable « action de groupe » permettant à tout consommateur lésé par un même préjudice de bénéficier d'un jugement collectif, même s'il n'est pas partie au procès (cf. la Class. Action aux États-Unis).

La multiplication des actions collectives contribue à la reconnaissance judiciaire d'un droit spécifique de la consommation. Par ailleurs, un droit à la critique est reconnu aux organisations de consommateurs. Il s'exerce généralement par la voie d'essais comparatifs dont les résultats sont publiés avec mention des marques des produits testés. Mais la critique doit exprimer une vérité technique et être mesurée dans son expression ; sinon, la responsabilité civile de son auteur peut être engagée. Au niveau de la C.E.E., les consommateurs sont représentés officiellement depuis 1973 par un comité consultatif dont la mission est de défendre leurs intérêts auprès de la Commission et de donner à celle-ci des avis sur tous les problèmes concernant la protection des consommateurs. Parallèlement, diverses associations de consommateurs des pays de la C.E.E. se sont regroupées au sein du Bureau européen des unions de consommateurs (B.E.U.C.) créé en 1962, dont le rôle est de coordonner l'activité des associations membres et de les représenter auprès de la Commission des Communautés.

## @ Évolution

Le droit de la consommation est en pleine évolution. D'abord, sur le plan des méthodes, l'approche étatique et réglementaire est en recul. Une place de plus en plus grande est accordée à la concertation et à la négociation collective qui auraient vocation à se substituer à « l'impossible négociation individuelle ». Cette orientation permet la négociation de contrats types et d'accords collectifs dont certains sont comparables aux conventions collectives du travail, ainsi en matière de baux d'habitation. La concertation se retrouve dans la technique de la normalisation qui est fondée non sur des actes d'autorité, mais sur une négociation entre les partenaires intéressés, notamment les consommateurs, aujourd'hui admis officiellement à participer à l'élaboration des normes les concernant (cf. le décret du 26 janvier 1984).

Ensuite, il est indéniable que le processus d'achèvement du marché intérieur européen va influencer sur l'évolution du droit de la consommation. L'harmonisation des systèmes nationaux doit éviter l'écueil d'un alignement sur les règles les moins exigeantes, ce qui serait contraire à l'obligation posée dans l'Acte unique européen (entré en vigueur le 14 juillet 1987) d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs. En particulier, les techniques françaises tendant à maintenir un niveau satisfaisant de qualité (normes, appellations d'origine, labels agricoles, certificats de qualification) doivent être reconnues au niveau communautaire. Enfin, le futur Code de la consommation, actuellement en cours d'élaboration, devrait donner au droit français de la consommation la cohérence et les principes essentiels qui lui font actuellement défaut. Mais, au-delà du droit, il est indispensable que les consommateurs éduqués et organisés constituent un pouvoir compensateur faisant contrepoids à celui des producteurs et des distributeurs.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## 📌 GUERRE (DROIT DE LA)

### ***Prise de vue***

La guerre est un fait universellement constatable. Il est certes difficile de saisir un passage direct entre l'affrontement de deux sujets singuliers ou de deux familles et celui de deux groupes plus importants, qui mérite le nom de guerre. De l'un à l'autre il y a continuité et pourtant rupture. On admet généralement que la guerre concerne deux parties de force relativement égales. Si un conflit est mené par un peuple beaucoup plus fort contre un autre beaucoup plus faible, on parlera de pacification ou d'opération de police. Dans le cas inverse, quand le plus faible veut s'affranchir d'une tutelle pesante, on parlera de rébellion ou de révolution.

L'histoire de la guerre permet d'en saisir l'infinie diversité. Pour en rester à l'époque actuelle, de nombreuses typologies ont été proposées afin de cerner et de classer ce phénomène. Par exemple, on classera les guerres selon les techniques, la localisation et la finalité. Mais en aucun cas la guerre n'est un but

par elle-même. On ne se bat jamais, paradoxalement, que pour engendrer la paix, une certaine forme de paix. La politique et le calcul priment. On a pu dire que la guerre est « la continuation de la politique par d'autres moyens », et, par conséquent, qu'elle-même n'est *que* moyen. Cette forme de violence (car la politique aussi en est une) veut faire advenir la non-violence.

La paix assignée comme fin exclusive à l'action et, de la sorte, rigoureusement pensée, devient *pacifisme*. La guerre, dans les mêmes conditions, devient *bellicisme*. Mais le pacifisme se retourne contre la paix et le bellicisme contre la guerre.

Le pacifisme est une négation absolue, un rejet total de la guerre, soit qu'il postule de considérer comme réalisée une mutation radicale dans les rapports entre groupes sociaux, soit qu'il s'aveugle sur un fait généralisé. À l'analyse, le pacifisme se montre comme l'affirmation immobile de la mort. La question est de savoir s'il peut y avoir paix sans lutte, affirmation sans négation, vie sans dynamique. Pour la même raison, la neutralité à l'égard d'un conflit qui met deux parties aux prises, après avoir été expectative au service d'une éventuelle médiation, si elle dégénère en neutralisme, se détruit elle-même.

Tout autant, le bellicisme est la négation de la guerre car, à l'extrême, l'anéantissement total nierait le but même de qui veut se battre pour se battre. Dès longtemps les sociologues ont montré que le suicide est une protestation de la vie ; à l'époque du possible suicide nucléaire étendu à la planète, cette folie tuant la guerre empêcherait qu'elle ne revienne et serait un appel de la vie et de la paix infiniment cruel.

En définitive, la violence se manifeste comme une force historique, comme moyen de progrès ou tout simplement de progression vitale, comme dynamique, cependant qu'à l'horizon de l'histoire ne cesse de se dessiner un état de non-violence auquel tendent tous les affrontements et toutes les guerres. Certes, il semblerait, dans cette perspective, qu'il y a une fin à l'histoire ou tout simplement une *histoire* quand certains affirment d'autre part qu'aucune orientation ni signification ne sont données à la diachronie, ou simple succession de structures. Il n'empêche que, même dans cette façon de voir, de nouveaux

changements sont souhaités et rendus possibles pour exclure l'exploitation de l'homme par l'homme. De nouveau s'annonce donc le désir d'une société dépourvue de violence. Du reste, l'un des problèmes philosophiques les plus impérieux de notre temps est de penser ensemble l'interaction de la structure et de l'histoire, de la synchronie et de la diachronie.

La violence et la guerre sont là. À leur égard, si l'on ne tombe ni dans le pacifisme ni dans le bellicisme, deux attitudes sont possibles, ou deux éthiques, celles que Max Weber a nommées l'éthique du saint ou de la conviction et l'éthique du politique ou de la responsabilité. Le saint n'est pas pacifiste ; il ne ferme pas les yeux sur la violence ; il ne tend pas l'autre joue par manque de courage, mais au contraire par surcroît de courage. Jésus ou François d'Assise sont du nombre, leur attitude prophétique demande une telle vérité que nul ne peut la nier sans se mentir. Le politique, d'autre part, est aux prises avec le réel et le réel de la violence. Parce qu'il vit lui-même cette dynamique, il constate en amont, *ab initio*, que la violence jaillit comme une force qui promet un plus-être et dit le droit ; la paix est alors une *tâche* à effectuer. Mais en même temps, en aval, *a fine*, s'annoncent le dépassement réalisé de la violence et un droit meilleur ou parfait ; la paix est alors un *appel*. Le politique est ainsi engagé dans une dialectique de la violence et de la non-violence, de la tâche et de l'appel.

En même temps, le droit est déjà là tandis qu'il reste à faire. Ce qui s'avère exact concernant la personne l'est d'autant plus des groupes humains étendus. De même que la violence change de qualité quand elle passe du duel singulier à la guerre, ainsi le droit quand son objet s'étend. Et, pourtant, une telle rupture s'opère dans la continuité.

La personne sujet de droit (*persona*), jouant un rôle (*prosôpon*), se particularise dans une famille, une ethnie de plus en plus étendue puis une cité ; mais graduellement, le père, le chef, le gouvernement ou l'État n'a plus avec le groupe les mêmes liens « naturels », mais acquiert un rôle davantage « rationnel ».

La nation est ce peuple ayant une tête, conscient d'être gouverné par un État. De ce fait si le « père » est pour les fils une sorte de commencement absolu,

il n'est cependant engendré à sa qualité de père que par le fait d'avoir des enfants. De la même façon, et plus évidemment encore, l'autorité du chef de tribu ou de peuple est « auteur » et commencement (puisqu'elle est *auctoritas*) tout en étant fruit d'une désignation par le groupe, et le pouvoir du gouvernement ou de l'État vient du peuple. De nouveau on voit l'ultime rejoindre le principe, être le vrai principe.

D'étape en étape, le droit s'est en quelque sorte rationalisé ou cérébralisé (pour ne pas dire « céphalisé »). Il est davantage tête sans cesser d'informer un corps. Le problème est aujourd'hui de savoir si un nouveau pas est possible et souhaitable. D'aucuns ont prophétisé l'ère planétaire et le mondialisme, dans le dessein d'arracher la violence et d'établir « la paix perpétuelle », mais cette annonce rappelle étrangement la promesse de la non-violence absolue qui relève davantage, pense-t-on, du mythe religieux que du réalisme politique. Cette non-violence mondiale, si elle ne débouche pas sur la mort, risque fort de dégénérer en nouvelle violence par la résurgence d'un groupe particulier dominant les autres, « race de seigneurs » étendant son empire ou dictature de classe se déclarant société sans classes.

Il resterait donc à penser et réaliser la dynamique et le progrès des nations reliées entre elles par le droit, groupes de nations et familles de nations.

Comme un impératif au cœur de la violence, la tâche surgit de dominer la violence ; la non-violence se promet comme un appel. Au moment où la guerre risque de provoquer un paroxysme de violence, un cataclysme sans nom, force est que le droit aussi connaisse une mutation qualitative. Dire le droit de la guerre n'est pas la légitimer mais la dépasser.

## @ 1. La guerre et le droit international

### La mise hors la loi de la guerre

Au Moyen Âge prévalait la conception que la guerre était nécessairement juste d'un côté, injuste de l'autre. La « guerre juste » était une

procédure légale, par laquelle une autorité compétente employait la force des armes hors de sa juridiction normale pour défendre des droits, redresser des torts ou punir des crimes.

Cette notion était admise, par Grotius, qui déclarait dans son *De jure belli ac pacis* (1625) : « C'est le devoir de ceux qui ne sont pas engagés dans une guerre de rien faire qui puisse renforcer la puissance de qui soutient une mauvaise cause ou qui puisse entraver l'action de qui mène une juste guerre. » Il ouvrait, toutefois, la voie à la notion de neutralité en ajoutant : « Dans un cas douteux cependant, les non-belligérants doivent se montrer impartiaux à l'égard des deux camps. » Cornélius van Binkershoek, au XVIII<sup>e</sup> siècle, développa la notion juridique de neutralité en partant du principe que « la question de la justice ou de l'injustice ne concerne pas les neutres » ; il introduisit ainsi dans le droit international les idées que, depuis la Renaissance, les théories sur la souveraineté avaient répandues dans la littérature politique et la pratique des États. Le souverain était réputé libre de déclencher une guerre pour « raison d'État ». La guerre était prérogative du souverain, comme le duel l'était du gentilhomme. Les non-belligérants devaient considérer la guerre comme un état de fait et rester impartiaux à l'égard des deux parties, sauf si l'une d'elles violait les droits des neutres. Cette notion légale de la guerre fut introduite dans la législation de maint État et dans les conventions de La Haye en 1907, mais elle ne fut jamais admise par l'Église catholique, qui continuait la tradition médiévale, ni par le sentiment populaire ou la propagande gouvernementale soucieuse de faire admettre la justice de sa propre cause. Au début de la Première Guerre mondiale, la déclaration du président Wilson, qui invitait les Américains à rester « impartiaux en pensée aussi bien qu'en action », fut l'objet de nombreuses critiques, bien qu'elle reprît une section du discours d'adieu de Washington et s'efforçât de trouver un fondement éthique à la théorie juridique qui prévalait à l'époque.

La théorie de Grotius redevint d'actualité : le droit international devait présupposer que l'un des belligérants était agresseur et l'autre victime. Il fallait mettre la guerre hors la loi car aussi longtemps que la guerre demeurerait respectable et jouirait d'une place reconnue dans le domaine des relations internationales, la racine du mal subsisterait. La solution consistait, en partie, à évincer la guerre de sa position privilégiée en lui déniait tout statut juridique et en

mettant au ban de l'humanité tout État qui se livrerait à des hostilités contre un autre État.

Deux hommes d'État surtout se firent les champions de la renonciation à la guerre par traité : Aristide Briand, ministre français des Affaires étrangères et Frank B. Kellogg, secrétaire d'État américain. En 1927, Briand proposa aux États-Unis de conclure un traité bilatéral conforme aux idées de ceux qui prônaient la mise hors la loi de la guerre. En réponse à cette proposition, Kellogg suggéra qu'au lieu de se contenter d'une déclaration bilatérale les deux gouvernements serviraient la paix mondiale d'une manière plus signalée en s'efforçant de concert d'obtenir l'accord d'un grand nombre de puissances.

Le projet de traité multilatéral proposé par les États-Unis le 23 juin 1928 fut rapidement accepté par quatorze autres gouvernements, signé à Paris le 27 août 1928, et ratifié ensuite par soixante-trois États. On le désigne d'ordinaire comme pacte de Paris ou pacte Briand-Kellogg<sup>■</sup>. En voici un extrait :

« *Article premier.* Les Hautes Parties Contractantes déclarent solennellement, au nom de leurs peuples respectifs, qu'elles condamnent le recours à la guerre pour le règlement des différends internationaux et y renoncent en tant qu'instrument de politique nationale dans leurs relations mutuelles.

« *Article II.* Les Hautes Parties Contractantes reconnaissent que le règlement, ou la solution, de tous les différends ou conflits, de quelque nature ou quelque origine qu'ils puissent être, qui pourront surgir entre elles, ne devra jamais être recherché que par des moyens pacifiques. »

Bien que ces déclarations aient suscité à l'époque de grandes espérances pour le maintien de la paix, elles n'eurent pas d'effet préventif décelable sur les agressions qui se produisent peu après en Mandchourie en 1931, puis en Chine proprement dite, ni non plus sur l'invasion de l'Éthiopie par l'Italie<sup>■</sup>, les interventions allemandes et italiennes en Espagne, ou celles qui aboutirent finalement à la Seconde Guerre mondiale.

Le pacte Briand-Kellogg et les autres accords qui visaient à bannir la

guerre eurent néanmoins d'importants effets juridiques. On peut dire que ces accords, maintenant incorporés à la charte des Nations unies, ont mis hors la loi la guerre au sens juridique de situation où les États en conflit ont un droit égal à employer la force armée pour régler leur différend.

## @ L'action des Nations unies

Comme le déclare la charte des Nations unies, tous les membres doivent soutenir les Nations unies en toute action qu'elles entreprennent en conformité avec la charte et s'abstenir d'aider tout État contre lequel les Nations unies entreprennent une action préventive ou coercitive (art. 2, § 5). À vrai dire, l'impartialité restait possible si les Nations unies n'arrivaient pas à déterminer qui était l'agresseur. En fait, cette éventualité n'était pas envisagée, parce qu'il était entendu que le Conseil de sécurité assumerait sa « responsabilité essentielle qui est de maintenir la paix et la sécurité internationales » (art. 24), « en décelant toute menace pour la paix, toute rupture de la paix, ou tout acte d'agression [...] et en décidant des mesures à prendre pour maintenir ou restaurer la paix et la sécurité internationales » (art. 39).

Ces dispositions de la charte donnaient une forme plus positive aux modifications introduites dans le droit international par la convention de la Société des Nations (1920), qui réclamait un traitement discriminatoire contre l'État qui aurait recours aux hostilités en violation de ses engagements, et par le pacte Briand-Kellogg. Puisque ce dernier condamnait la guerre et obligeait les contractants à y renoncer comme instrument de politique nationale, et à ne jamais rechercher le règlement d'un différend par d'autres moyens que des moyens pacifiques, il était difficile d'envisager le déclenchement d'hostilités à moins qu'une des parties (ou les deux) ait failli à ses obligations. La mise hors la loi de la guerre reçut une application pratique dans la politique de discrimination menée par plusieurs États contre le Japon, qui attaqua la Mandchourie et la Chine<sup>■</sup>, contre l'Italie, qui envahit l'Éthiopie, contre Hitler, dont la politique agressive aboutit à la Seconde Guerre mondiale, et contre la Corée du Nord et la Chine communiste, qui attaquèrent la République de Corée en 1950<sup>■</sup>. La doctrine Simson (1931), qui visait à refuser de reconnaître les fruits d'une agression, la loi du prêt-bail américain (1941) pour venir en aide aux victimes d'une agression, et les procès de Nuremberg refusant d'admettre que la déclaration de guerre d'un État agresseur

protégeait de toute poursuite judiciaire les agents de cet État furent la conséquence logique de cette mise hors la loi de la guerre.

Les hostilités qui survinrent après le pacte Briand-Kellogg n'étaient pas des « états de guerre » au sens où le droit international du XIX<sup>e</sup> siècle entendait cette expression. Les hostilités n'étaient autorisées par le droit international que si elles étaient menées par un État à l'intérieur de sa propre juridiction ou pour son indispensable défense, ou, en vertu de ses droits et devoirs, conformément au pacte Briand-Kellogg, à la charte des Nations unies ou à tout autre traité valide. Dans tous les autres cas, le déclenchement d'hostilités, même après déclaration de guerre, était devenu illégal. Aucun État ne pouvait en principe déclencher un état de guerre dans lequel lui-même et son ennemi auraient pu revendiquer juridiquement d'être traités impartialement par les autres États.

Le nouveau droit international mettant la guerre hors la loi se révélera peut-être impuissant à produire les résultats escomptés, tout comme, pendant longtemps, les législations nationales mettant le duel hors la loi. Par ailleurs, les déclarations ou tout autre acte déclenchant les hostilités, même incapables de produire un état de guerre du point de vue du droit international, continueraient sans doute de produire un état de guerre du point de vue des lois propres aux pays belligérants ; les pouvoirs spéciaux liés à la guerre pourraient être exercés.

En droit international, toutefois, la question décisive permettant de déterminer les conséquences juridiques des hostilités, aussi bien pour les belligérants que pour les non-belligérants, n'est plus de savoir « quand a commencé et fini la guerre », mais qui est l'agresseur.

## 📍 2. Les règles générales du droit

### Le déroulement de la guerre

Face au déroulement de la guerre, à son déclenchement avec ou sans déclaration officielle, à sa conduite et à sa fin, le droit s'est trouvé pris entre l'appel à la justice et une situation de violence.

### **Commencement de la guerre**

Les peuples primitifs observent d'ordinaire certaines formalités quand il s'agit d'entreprendre une guerre, et les États des civilisations historiques non seulement exigeaient ces formalités, mais souvent ne considéraient la guerre comme juste que si le groupe qui en prenait l'initiative avait une cause suffisante et des motifs adéquats. Ils prohibaient parfois explicitement toute guerre en des lieux ou temps déterminés, comme faisait le Moyen Âge avec la paix et la trêve de Dieu.

Le droit international aux XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles abandonna les exigences de justice et considéra la guerre comme un fait qui commençait avec le premier acte hostile posé par un État souverain. Au XIX<sup>e</sup> siècle, il admettait toutefois certaines exigences de justice dans le déclenchement d'hostilités hors guerre. Les représailles n'étaient tolérées que pour remédier à une injustice après l'échec des moyens pacifiques et à condition d'être proportionnées à l'injustice. Les hostilités défensives n'étaient admises que pour empêcher un dommage irréparable au territoire d'un État, à ses représentants ou à ses nationaux, à condition de s'en tenir à ce qui était strictement nécessaire.

Au XX<sup>e</sup> siècle, les efforts pour réglementer le déclenchement de la guerre tinrent de tous les procédés antérieurs. La première convention de La Haye (1899) reconnut qu'il était de l'intérêt de tous les membres d'empêcher l'éclatement de la guerre, et la troisième convention de La Haye en 1907 exigea une déclaration ou un ultimatum avec délai avant l'ouverture des hostilités. Nombre de traités déclarèrent neutres certaines zones ou certains États, et les traités « d'apaisement » prohibaient la guerre pendant un laps de temps déterminé, au cours duquel les États en litige étaient tenus d'essayer la conciliation. La convention de la Société des Nations, le pacte Briand-Kellogg, et la charte des Nations unies comportent des interdictions générales quant au déclenchement de la guerre. Les hostilités devenaient illégales du point de vue du droit international, sauf si elles étaient autorisées par des circonstances juridiquement précises, telles les hostilités engagées sous l'égide des Nations unies ou pour remplir des obligations assumées par la ratification de la charte.

## **Conduite de la guerre**

Longtemps, les spécialistes du droit international, tel Balthazar Ayala (1548-1584), ne distinguèrent pas nettement les règles de stratégie et de tactique,

les règles de discipline et les règles de droit international relatives par exemple au traitement des prisonniers de guerre et au respect des pavillons de trêve. Grotius, en revanche, distingua entre ce qui était *permis* à un belligérant du fait de la nature même de la guerre et ce qui était *souhaitable* si l'on prenait davantage en considération la moralité, l'humanité et l'intérêt commun aux deux parties. La distinction de Grotius est admise aujourd'hui dans le droit de la guerre, codifiée dans les conventions de La Haye et de Genève, et développée par la pratique, le commentaire juridique et la jurisprudence. Ces règles autorisent un belligérant à exercer certains pouvoirs extraordinaires, qui débordent ceux dont jouit un État en temps de paix : envahir et occuper le territoire ennemi, détruire les forces adverses, réquisitionner et confisquer certains types de biens ennemis, inspecter, saisir et condamner certains types de biens neutres en mer. L'exercice de tels pouvoirs est considéré comme « nécessités militaires ». Le droit de la guerre, cependant, restreint l'exercice de ces pouvoirs de belligérants en prenant en considération l'humanité, l'intérêt des belligérants eux-mêmes, et celui des neutres. La perfidie – comme par exemple l'abus des pavillons de trêve et la violation des armistices – rend inutiles ces symboles et ces accords, dont la crédibilité est utile aux deux camps ; les dommages non nécessaires causés aux neutres peuvent faire de ceux-ci des ennemis.

Certaines règles de la guerre, par exemple celles qui interdisent la destruction des biens ennemis, peuvent en certains cas ne pas être observées pour « nécessité militaire » (quatrième convention de La Haye, 1907, article 23 g). D'autres règles sont absolues, par exemple l'interdiction de tuer les prisonniers (*ibid.* 23 c, et convention de Genève de 1929, article 2). On admet toutefois que la plupart des autres règles peuvent être transgressées quand les circonstances justifient des représailles, c'est-à-dire des mesures de rétorsion pour contraindre l'ennemi à observer la loi.

Les sanctions des règles de la guerre ne se réduisent pas à l'intérêt commun des belligérants mais consistent aussi en protestations, éventuellement en action des neutres, en représailles de la part de l'autre camp, et en procédures judiciaires. De telles procédures sont nécessaires avant la condamnation d'un navire saisi et avant le châtement d'hommes accusés de crimes de guerre. C'étaient d'ordinaire les conseils de prises ou les tribunaux militaires d'un seul des

belligérants qui engageaient de telles procédures contre des ressortissants ennemis ou neutres ; contre cette pratique, il fut proposé de constituer des tribunaux internationaux, tel le Conseil international des prises projeté à la conférence de La Haye de 1907. Les tribunaux de Nuremberg et de Tokyo  , après la Seconde Guerre mondiale, étaient internationaux en ce sens qu'ils étaient fondés sur des accords conclus entre un grand nombre de membres des Nations unies  . Les puissances de l'Axe, toutefois, n'y étaient pas représentées ; on justifia cette discrimination en faisant valoir que les Nations unies, c'est-à-dire une partie considérable de la population mondiale, avaient compétence pour représenter la communauté des nations et que les puissances de l'Axe, dont l'entrée en guerre n'avait pas été conforme au droit, n'étaient pas habilitées à y participer. Les avis donnés par les tribunaux, internationaux et nationaux, jugeant de crimes de guerre après la Seconde Guerre mondiale développèrent le droit de la guerre sur maints points : la possibilité ou l'impossibilité de se retrancher derrière des ordres supérieurs, la mise à mort des otages, la légitimité des représailles et la faculté pour des juges, des médecins, des administrateurs de se livrer à des actes d'inhumanité.

Les règles relatives à la conduite de la guerre visaient les « états de guerre », les belligérants étant considérés comme juridiquement égaux ; elles sont aussi appliquées désormais, avec certaines modifications, aux cas d'insurrection, d'intervention, d'occupation, de représailles et d'autres « hostilités hors guerre ».

### **Fin de la guerre**

Les guerres se sont généralement terminées par des traités de paix ; en certains cas, toutefois, l'un des pays belligérants a été entièrement conquis et tout son territoire annexé, en d'autres cas, la paix a été reconnue après cessation prolongée des hostilités, sans qu'un traité ait été conclu. Bien que les hostilités aient pris fin en 1945, la Seconde Guerre mondiale continua contre l'Allemagne jusqu'à ce qu'elle fût déclarée terminée par les alliés occidentaux en 1951, et contre le Japon jusqu'à ce que le traité de paix avec ce pays entrât en vigueur en 1952. En 1960, l'Union soviétique exigea qu'un traité au sens strict soit conclu entre l'Allemagne et tous les Alliés. En fait, il n'y a jamais eu de traité, mais les relations entre l'Allemagne de l'Ouest et les puissances occidentales, entre l'Allemagne de l'Est et les puissances orientales firent apparaître que la paix était

rétablie.

Pour le droit international du XIX<sup>e</sup> siècle, sauf dispositions spéciales du traité de paix, la fin de la guerre restaurait les relations pacifiques, libérait les prisonniers de guerre, et restituait les propriétés dont le titre n'avait pas été transféré. Les limites territoriales étaient-elles fixées par la ligne d'occupation militaire ou étaient-elles ramenées à la situation d'avant la guerre ? La dernière solution prévalut quand fut admise la distinction, mise en relief par la convention de La Haye, entre « occupation militaire » et « conquête complète ». De toute façon, la question n'avait en général qu'un intérêt secondaire, puisque le traité de paix fixait les frontières.

En droit international, la mise hors la loi de la guerre, qui se développa après la Seconde Guerre mondiale, fit surgir de nouvelles solutions en ce qui concerne la fin des hostilités. L'agresseur est considéré comme coupable d'un délit international et, en principe, ne peut participer à titre égal à l'établissement de la paix. Mais, par ailleurs, les traités devraient être conclus au bénéfice des deux parties et il est difficile qu'une paix imposée ait ce caractère. Ce fait a toujours rendu particulièrement difficile l'exécution des traités de paix ; et ce qu'implique la doctrine Simson, à savoir qu'un traité conclu sous la contrainte est invalide, pourrait priver de tels traités de tout effet juridique du point de vue du nouveau droit international. On a donc avancé la théorie selon laquelle le défenseur et ses alliés, agissant comme agents de la communauté des nations pour supprimer l'agression, avaient en principe le droit d'exiger une reddition sans conditions de l'agresseur et d'établir la paix. On considère la situation comme analogue à celle d'un État qui a réduit une insurrection ou une rébellion à l'intérieur de son propre territoire. L'expression de « reddition sans conditions » employée par le président F. D. Roosevelt à Casablanca en 1943 pour définir les conditions relatives à la fin des hostilités avec les puissances de l'Axe rappelait l'emploi de la même expression par le général Ulysses D. Grant à Appomattox et laissait entendre que l'action menée par les Nations unies contre l'Axe n'était pas une guerre, mais la réduction d'une insurrection contre la communauté mondiale.

Les procès relatifs aux crimes de guerre intentés aux dirigeants de l'Axe vont dans le sens de cette analogie, bien que les chefs nazis, à la fin de la

guerre civile américaine, aient été amnistiés après avoir été inculpés. Des traités de paix furent conclus par les Nations unies avec l'Italie, la Finlande, la Hongrie, la Bulgarie, la Roumanie, mais ils n'étaient pas conformes aux traités de type traditionnel ; ils contenaient en effet une disposition inédite : bien que les puissances de l'Axe dussent les ratifier, ils n'entreraient en vigueur qu'une fois ratifiés par l'Union soviétique, le Royaume-Uni, les États-Unis et la France. Il s'agissait donc en principe de déclarations de paix prononcées par l'O.N.U.

## 📍 Répercussions des hostilités

La conduite de la guerre a des répercussions sur les résidents ennemis, sur leurs biens, et surtout sur les blessés et les prisonniers. Le droit s'est efforcé de répondre à ces diverses situations.

### **Les résidents ennemis**

Au Moyen Âge, on emprisonnait les ressortissants ennemis et l'on confisquait leurs biens à l'éclatement d'une guerre ; on épargnait toutefois les marchands. Sous condition de réciprocité, ils étaient laissés en liberté et leurs biens n'étaient pas saisis. Cette immunité, accordée pour encourager le commerce, fut étendue peu à peu aux personnes non engagées dans le négoce. Au XVIII<sup>e</sup> siècle, un grand nombre de traités accordaient aux résidents ennemis la liberté de régler leurs affaires et de quitter le pays dans un délai raisonnable, ou d'y rester et de poursuivre leurs activités à condition de se conduire honnêtement ; les juristes finirent même par considérer cette liberté comme relevant du droit commun.

Quand éclata la Première Guerre mondiale un nouveau facteur était intervenu dans le calcul de l'intérêt : le service militaire, l'institution de l'armée de citoyens. On ne pouvait demander à un belligérant de contribuer à renforcer le personnel combattant de son ennemi. Aussi, bien que la Grande-Bretagne et quelques autres belligérants en aient autorisé le départ dans un délai d'une semaine après la déclaration de guerre, l'Allemagne et l'Autriche-Hongrie retinrent tous les ressortissants ennemis de sexe masculin.

Ce fut la première étape d'un retour à la pratique ancienne. L'étape

suivante fut la politique d'internement qui se développa de plus en plus chez la plupart des belligérants, à mesure que la guerre se prolongeait. Au début de la Seconde Guerre mondiale, la France, par crainte de la « cinquième colonne », adopta une politique d'internement en masse. La Grande-Bretagne autorisa le départ jusqu'au 9 septembre et, pour les ressortissants ennemis qui choisissaient de rester, institua une sélection rigoureuse. Ceux qu'un tribunal spécial jugea animés de réels sentiments amicaux furent laissés en liberté, les personnes estimées peu sûres assignées à résidence ; seuls ceux qui entraient dans la catégorie des vrais ennemis furent internés.

Le changement de politique était dû au danger d'espionnage, de sabotage et de subversion qu'avait déjà mis en évidence la Première Guerre mondiale et qu'avait encore accru l'habile tactique nazie d'infiltration. Mais il y avait aussi en France, en Grande-Bretagne et aux États-Unis un grand nombre de réfugiés qui avaient fui les régimes totalitaires et étaient prêts à mettre de fort utiles connaissances à la disposition de leur pays d'accueil. Des considérations humanitaires aussi bien que l'intérêt du pays exigeaient que l'on assimile pratiquement ce type d'étrangers à des ressortissants nationaux. On aboutit ainsi à ces plans de sélection dont le principal critère était ouvertement la sécurité du pays d'accueil ; on s'efforça toutefois de traiter les ressortissants de pays ennemis au moins à l'égal des prisonniers de guerre. Accusés d'avoir violé ces principes à l'encontre de civils comme de prisonniers de guerre, des chefs allemands et japonais furent traduits en justice et condamnés par les tribunaux internationaux pour crimes de guerre à Nuremberg et à Tokyo.

Tels étaient les principes généraux qui servirent de base à la conférence de Genève en 1949 où fut préparé officiellement pour la première fois un accord multilatéral relatif à la protection des civils, inspiré par des règles applicables aux prisonniers de guerre : la convention relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre. L'article 35 de ce document stipulait bien que les ressortissants ennemis devaient être autorisés à partir comme les autres étrangers, mais avec cette réserve : « à moins que leur départ ne soit contraire aux intérêts nationaux de l'État », ce qui laissait le belligérant libre d'opérer sa sélection. De même, bien que l'internement ne dût pas aller de soi, on pouvait y recourir si la sécurité nationale le rendait absolument nécessaire (art. 42). Enfin,

les ressortissants ennemis devaient avoir la possibilité, la sécurité du pays étant garantie, de trouver un emploi rétribué.

### **Biens ennemis**

Les belligérants, au cours de la Première Guerre mondiale, adoptèrent une pratique qui aboutissait en gros aux mêmes effets que l'ancienne action de confiscation générale. À la fin de la guerre, bien que les puissances victorieuses n'aient proclamé aucune confiscation générale, les biens ennemis furent confiés à des administrations et liquidés par la suite conformément aux dispositions des traités de paix. Les fonds ainsi obtenus pouvaient être revendiqués par les ressortissants des pays alliés qui avaient des titres de créance bien établis à l'encontre de citoyens ou gouvernements ennemis. Les puissances vaincues, d'autre part, étaient tenues de restituer leurs biens aux ressortissants des pays alliés et en même temps de dédommager leurs propres nationaux des pertes subies du fait de la saisie de leurs biens sur le territoire des Alliés.

Cette procédure fut reprise à la fin de la Seconde Guerre mondiale (traités de paix avec l'Italie, art. 78-79 ; avec la Bulgarie, art. 23-25 ; avec la Hongrie, art. 26-29 ; avec la Roumanie, art. 24-27). On ne pouvait escompter que les vainqueurs se montreraient empressés à exiger le dédommagement des ressortissants ennemis, mais cette clause donnait au moins à ceux-ci une base juridique pour intenter une action contre leurs gouvernements. Cette clause resta absente du traité de paix avec le Japon (1951), indice de la manière dont ce traité adoucissait les exigences normalement imposées au pays vaincu ; on espérait ainsi réhabiliter le pays et en faire un allié solide.

### **Traitement des blessés et prisonniers**

De toutes les restrictions imposées à l'action militaire sur terre et sur mer, les plus efficaces ont été celles qui concernent le traitement des ennemis blessés ou faits prisonniers. Au XVII<sup>e</sup> siècle encore, l'usage international laissait leur sort à la discrétion des belligérants. Mais le massacre ou la mutilation des blessés inspira une horreur croissante ; au cours du XVIII<sup>e</sup> siècle furent conclus maints traités qui stipulaient un traitement humanitaire. Les méthodes toutefois étaient trop primitives et trop incertaines pour que l'on puisse faire face aux

souffrances des blessés. En 1863, une conférence se réunit à Genève pour élaborer le statut d'une organisation qui serait bientôt connue sous le nom de Croix-Rouge.

La première convention de Genève sur le traitement des blessés fut conclue en 1864. Acceptée par presque tous les États, elle fut améliorée en 1906, 1929 et 1949. Les conférences de La Haye de 1899 et 1907 en adaptèrent les dispositions à la guerre maritime. Le texte de 1949 réaffirma plus minutieusement les principes des documents précédents et les déclara applicables également à une guerre civile. Il demandait un égal traitement pour tous les malades et blessés, sans discrimination de sexe, de race, de nationalité, de religion ou d'opinion politique. Les hôpitaux et ambulances militaires ne pouvaient être attaqués. Le personnel sanitaire et les aumôniers devaient jouir d'une protection spéciale, rester libres de poursuivre leur tâche et être rendus à leur pays aussitôt que possible. La Croix-Rouge et les autres organisations volontaires d'assistance dûment autorisées jouissaient des mêmes immunités et privilèges que le personnel médical officiel.

Du souci des blessés, on passa facilement au sort des hommes qui tombaient indemnes aux mains de l'ennemi. Jadis, on pouvait les mettre à mort ou les réduire en esclavage ; au XVII<sup>e</sup> siècle, ils faisaient l'objet d'échange ou de rançon. Cent ans plus tard, les traités commencèrent à se préoccuper des conditions de leur captivité. Les conférences de La Haye de 1899 et 1907 élaborèrent un code qui reçut des améliorations, à Genève, en 1929 et 1949. Comme les conventions relatives aux blessés, cette série d'accords fut admise par la plupart des pays du monde : il fallait notamment assurer une information complète concernant les hommes faits prisonniers, les loger dans des conditions de salubrité convenables, leur fournir une alimentation saine et suffisante, leur permettre de correspondre et de recevoir des colis. Des dispositions détaillées s'y ajoutaient, qui interdisaient l'emploi des prisonniers de guerre à un travail excessif ou dangereux ou de caractère militaire, qui fixaient des taux de rémunération et assuraient des conditions de travail salubres.

Les tribunaux militaires internationaux institués après la Seconde Guerre mondiale découvrirent maint exemple de violation de ces conventions. Toutefois,

soit par l'influence directe qu'elles eurent sur les gouvernements, soit par la liberté d'action qu'elles reconnaissaient à la Croix-Rouge, elles adoucirent notablement les cruautés de la guerre.

### @ 3. Les règles particulières aux diverses formes de guerre

Outre le droit général de la guerre, des règles particulières ont été établies, concernant les différentes formes de belligérance. À l'étonnement du profane, la guerre maritime a fait l'objet de règlements plus contraignants que la guerre terrestre. Plus récemment, la question s'est posée de préciser un droit de guerre aérienne, puis de guerre atomique.

#### @ La guerre maritime

##### **Navires de commerce**

Même durant la longue période où la plupart des États s'abstenaient de saisir sur terre les biens ennemis, il était d'usage de confisquer immédiatement tout navire de commerce battant pavillon ennemi qui se trouvait dans un port au moment où éclataient les hostilités. Ce fut seulement à l'occasion de la guerre de Crimée (1853-1856) que s'introduisit la pratique d'accorder un délai de grâce pour le déchargement et le départ. Cette concession en faveur de l'intérêt général du commerce maritime fut reprise au cours des principales guerres qui suivirent, jusqu'à la guerre russo-japonaise inclusivement, bien que la Russie ait alors réduit le délai à quarante-huit heures.

À la conférence de La Haye de 1907, certains juristes s'efforcèrent de rendre obligatoire ce que les principales puissances maritimes considéraient encore comme une mesure de faveur. Devant l'opposition de la France, de la Grande-Bretagne et du Japon, soutenus par l'Argentine, il fallut s'en tenir à un compromis qui laissait prévoir une régression par rapport à la pratique libérale des cinquante années précédentes ; comme bâtiments de guerre d'appoint ou comme moyens d'approvisionnement des formations navales, les navires de commerce devenaient des éléments importants du potentiel militaire. La Grande-Bretagne notamment réclamait avec insistance que la saisie ou l'autorisation de partir fût laissée à l'appréciation des gouvernements, en fonction des circonstances. Le

texte de la sixième convention de La Haye, article 1<sup>er</sup>, déclarait « souhaitable » que les navires de commerce soient autorisés à partir librement. Cette déclaration soumettait en fait entièrement la question à l'appréciation du belligérant. Les articles 2 et 3, d'autre part, interdisaient catégoriquement la confiscation de tout navire de commerce ennemi se trouvant dans l'impossibilité de partir dans les limites du délai de grâce ou « rencontré en haute mer, alors qu'il ignorait encore l'ouverture des hostilités ».

Ces trois articles furent mis à rude épreuve durant la Première Guerre mondiale. Certains belligérants accordèrent immédiatement des délais de grâce. D'autres, comme la Grande-Bretagne, autorisèrent le départ, à condition de recevoir l'assurance qu'il en serait de même pour leurs propres bâtiments.

À vrai dire, le fait que certaines puissances belligérantes n'avaient pas ratifié la convention la rendait inapplicable, conformément à l'article 6 de la convention elle-même. Mais le comité judiciaire du Conseil privé, sur appel du Conseil des prises, fut d'avis qu'elle était valable, par accord implicite entre la Grande-Bretagne et l'Allemagne. Les navires non autorisés à partir lorsque éclata la guerre ne furent donc pas confisqués. Mais comme la pratique internationale en la matière était restée incohérente, le gouvernement britannique dénonça la convention en 1925.

En septembre 1939, un bâtiment allemand, le *Pomona*, fut saisi dans le port de Londres immédiatement après l'entrée en guerre de la Grande-Bretagne. Le Conseil des prises estima qu'il n'existait nulle règle de droit coutumier international interdisant la confiscation et que, la sixième convention de La Haye ayant été dénoncée, la Couronne pouvait saisir le bâtiment sans compensation. Le conseil des prises de Hambourg rendit une décision analogue le 19 mars 1943 en condamnant un bâtiment britannique saisi sans délai de grâce dans le port de Hambourg. Le tribunal allemand citait d'ailleurs le précédent britannique. La réciprocité était ici d'un plus grand poids que dans la plupart des autres domaines touchant aux intérêts ennemis.

## **Sous-marins**

Avant 1914, il était admis depuis longtemps que nul navire de commerce

ennemi ou neutre ne pouvait être envoyé par le fond sans qu'ait été assurée la sécurité de l'équipage et des passagers. Cette restriction ne posait pas trop de problèmes aux bâtiments de surface. Le sous-marin, en revanche, était, pensait-on, trop vulnérable pour pouvoir attendre qu'équipage et passagers soient en lieu sûr, et il n'offrait aucune place de refuge. Fort de tels arguments et s'appuyant sur la théorie des représailles en riposte aux violations des lois de la guerre par l'ennemi, le gouvernement allemand affirma pour ses sous-marins le droit de couler à vue des bâtiments, sans s'occuper du sort des personnes à bord. Le résultat fut peut-être l'une des pires horreurs d'une guerre qui foula aux pieds tant de restrictions humanitaires.

Après la défaite de l'Allemagne, ce problème fut abordé de front à la conférence sur le désarmement de 1932. Un projet de traité déclarait qu'« un navire marchand ne peut être détruit sans que l'équipage et les passagers aient d'abord été mis en lieu sûr ». Si un sous-marin était dans l'impossibilité de satisfaire à cette exigence en un cas donné, il devait « s'abstenir d'attaquer et de capturer ». Cet accord n'entra jamais en vigueur, mais les termes en furent repris dans le traité de Londres de 1930 relatif à la limitation et à la réduction de l'armement naval et de nouveau dans le protocole de Londres du 6 novembre 1936. Quarante-deux pays, comprenant les principaux belligérants de la Seconde Guerre mondiale, devinrent parties prenantes de ce protocole. Il ne réussit pas à freiner l'acharnement sans précédent de ce conflit.

## @ La guerre aérienne

La conférence du désarmement de Washington, qui essaya sans succès de brider les sous-marins, s'occupa aussi de la guerre aérienne. Dans les articles qui visaient à contrôler les bombardements aériens (disposition de La Haye de 1923), le code adopté se conforma, avec certaines modifications, à la convention de La Haye relative au bombardement par des forces navales. Le but principal était d'obtenir l'immunité pour les populations civiles, les églises, les hôpitaux et les monuments historiques et artistiques, en restreignant l'attaque aérienne à des « objectifs militaires » (art. 24). Aucune puissance ne se montra disposée à prendre l'initiative de telles restrictions relatives à l'aviation de guerre, et les dispositions de La Haye restèrent non ratifiées. Aurait-elles eu plus d'effet que le protocole concernant les sous-marins ? On peut en douter très fortement : tous les

belligérants comptaient désormais beaucoup sur les capacités destructives de l'aviation. De nombreuses usines de munitions, qui constituaient une des cibles principales, étaient dans des agglomérations à forte densité. La précision des bombardements aériens pouvait varier ; ils atteignaient de toute façon beaucoup de personnes civiles et de biens non militaires. Après 1945 et l'emploi des premières bombes atomiques, le caractère sélectif des attaques aériennes, loin d'augmenter, tendit plutôt à diminuer.

## 📍 La guerre atomique

Les armes chimiques et bactériologiques avaient déjà donné un enseignement. Les grandes puissances, entre 1939 et 1945, étaient prêtes à mettre à la disposition de leurs armées des dispositifs perfectionnés de projection et des gaz plus nocifs que ceux utilisés dans des conflits précédents. Le fait de le savoir fit probablement autant que les accords solennels d'avant la guerre pour dissuader tous les belligérants d'avoir recours à cette arme. Un gouvernement qui aurait envisagé une attaque par gaz devait s'attendre à des représailles dont l'effet serait incalculable. Il en fut de même de l'arme bactériologique.

Les précédents concernant les gaz et les armes bactériologiques éveillèrent un certain espoir, même après les échecs subis par la commission à l'Énergie atomique des Nations unies : si une guerre générale éclatait à nouveau, les armes atomiques ne seraient peut-être pas utilisées. La perspective de représailles destructrices pourrait suffire à dissuader.

L'invention et le perfectionnement des armes atomiques remirent donc à l'ordre du jour le débat sur l'utilité de lois visant à brider la pratique militaire. Une fois connu le secret de ces armes destructrices, il était déraisonnable d'espérer, pensaient certains, qu'une grande puissance aux abois ne se les procurerait pas et ne les utiliserait pas. Une telle perspective de destruction totale et de massacre massif rendait vaine, semblait-il, la poursuite de l'élaboration de codes sur la manière de traiter les soldats malades, blessés ou prisonniers, sur l'immunité des villes ouvertes et des non-combattants, sur les droits des neutres à commercer et les droits des belligérants à saisir et à confisquer ; il valait mieux, peut-être, se concentrer sur l'effort pour abolir la guerre.

D'un autre côté, de nombreux spécialistes des questions d'histoire étaient convaincus que les lois de la guerre avaient exercé dans le passé une influence modératrice et leur conviction était renforcée par les jugements des tribunaux militaires internationaux. Les nations ne devaient donc pas négliger la moindre possibilité de tempérer le caractère cruel et destructeur des méthodes et des armes qui menaçaient l'humanité de souffrances inimaginables. Cette conception ramena l'attention vers la réglementation de la guerre.

C'est pourquoi, le comité international de la Croix-Rouge prépara la révision détaillée de la convention relative au traitement des blessés et prisonniers et l'extension aux non-combattants de protections analogues, cependant que les gouvernements, sous les auspices des Nations unies, recherchaient les moyens d'empêcher l'usage des armes atomiques. Les efforts de la Croix-Rouge aboutirent aux conventions de Genève de 1929 et 1949, mais la campagne contre les nouvelles armes se heurta à des obstacles formidables.

Au moment où les formes de guerre peuvent devenir de plus en plus meurtrières et destructrices, quand fait encore défaut la règle de droit dans sa précision écrite, le droit dans son intentionnalité s'annonce comme un appel et une urgence.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## 🌐 MER (DROIT DE LA)

### ***Prise de vue***

Constitué par l'ensemble des règles relatives à l'utilisation des espaces maritimes par les sujets du droit international au premier rang desquels figurent les États, le droit de la mer présente la particularité d'être un des éléments les plus anciens de ce droit, si l'on considère l'apparition de ses premières normes, et un des plus modernes aussi, puisqu'il a été l'objet d'une refonte totale et récente.

Exclusivement coutumier, le droit de la mer a subi une codification importante lors de la première Conférence des Nations unies sur le droit de la mer en 1958 qui a permis l'adoption de quatre conventions. Rapidement controversé, ce droit conventionnel suscite la réunion d'une deuxième Conférence en 1960 qui n'aboutira pas. L'accès à l'indépendance de nombreux États, les progrès de la technologie relative à l'exploitation de la mer précipitent à partir de 1967 la contestation du droit établi en 1958 et la construction d'un nouveau droit. Le point de départ est la résolution 2340 adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 18 décembre 1967. Elle crée un comité des utilisations pacifiques du fond des mers composé de représentants des États. Puis, est convoquée une troisième Conférence des Nations unies sur le droit de la mer. Celle-ci, au terme de plusieurs sessions, a adopté une nouvelle convention le 10 décembre 1982 régissant l'ensemble du droit de la mer, pour une entrée en vigueur en 1994.

Il faut, de surcroît, souligner que, en contrepoint constant de toute cette entreprise de codification du droit de la mer, de nombreux États ont, de manière conservatoire et par des déclarations unilatérales, étendu leur souveraineté, plus ou moins absolue, sur les espaces maritimes. Mer territoriale, plateau continental, zone économique exclusive ont tour à tour servi de support à ces prétentions.



### Une notion ancienne : la mer territoriale

La convention de 1982 sur la mer territoriale définit celle-ci comme étant une zone de mer adjacente aux côtes de l'État riverain. Elle en précise le statut mais ne règle pas totalement le problème de sa largeur.

### **Statut**

Il se définit très simplement : dans ses eaux territoriales, l'État riverain exerce sa souveraineté sous réserve de laisser passer les navires étrangers (règle du libre passage inoffensif). Cette souveraineté a plusieurs aspects. D'abord, l'État riverain, pleinement compétent pour réglementer la pêche dans sa mer territoriale, peut en réserver l'exercice à ses nationaux qui ont alors un droit exclusif. Ensuite, l'État riverain est compétent pour assurer la sécurité de la navigation dans sa mer territoriale. Dans tous les cas, si des navires de l'État riverain doivent poursuivre

dans la mer territoriale des navires étrangers, cette poursuite peut, à condition de ne pas avoir été interrompue, continuer et s'achever en haute mer. Enfin, la souveraineté de l'État riverain s'étend à l'espace aérien situé audessus de la mer territoriale, ainsi qu'à son lit et à son sous-sol.

Cette assimilation de la mer territoriale au territoire terrestre se combine avec le droit de passage inoffensif. Le « passage » est défini comme le fait de naviguer dans la mer territoriale, soit pour la traverser sans entrer dans les eaux intérieures, soit pour entrer dans les eaux intérieures, soit pour prendre le large en venant des eaux intérieures. Mais il est interdit aux navires de stopper et de séjourner de façon prolongée dans la mer territoriale, au-delà des besoins techniques de la navigation. Le caractère « inoffensif » s'apprécie en fonction des exigences de « paix, bon ordre et sécurité » telles qu'elles sont formulées par l'État côtier dans les limites reconnues par la pratique internationale. Le respect de ces règles est sanctionné par la possibilité d'arrêter les navires qui y contreviennent ; cette mesure s'applique aux navires d'État affectés à des fins commerciales sous réserve des règles relatives à leur immunité, mais pas aux navires de guerre, dont l'État riverain ne peut qu'exiger la sortie hors de sa mer territoriale.

### **Délimitation**

La délimitation de la mer territoriale doit être envisagée sous deux aspects : celui de son commencement et celui de sa largeur. La règle qui sert à déterminer le commencement de la mer territoriale, c'est-à-dire ses lignes de base, est celle de la « laisse de basse mer » qui correspond aux marées les plus basses. Mais l'application de ces règles a suscité des difficultés en raison du caractère accidenté de certaines côtes. C'est pourquoi la jurisprudence et les conventions internationales se sont orientées, dans certaines situations, vers l'adoption du système des lignes de base droites.

Quant à la largeur de la mer territoriale, l'ancienne règle des 3 milles marins n'a pu être codifiée par la Conférence de 1958. Le processus d'appropriation des États jusqu'à 200 milles ayant commencé, pour certains, dès 1945, le seul point d'accord obtenu par la convention de 1958 provient de ce qu'une disposition relative à la zone contiguë (sur laquelle l'État n'exerce pas sa souveraineté mais des contrôles préventifs) précise que celle-ci ne peut s'étendre

au-delà de 12 milles à partir de la ligne de base qui sert de point de départ pour mesurer la largeur de la mer territoriale. L'article 3 de la Convention de 1982 confère à tout État le droit de fixer la largeur de sa mer territoriale ne dépassant pas 12 milles marins. En outre, cette extension générale à 12 milles place de nombreux détroits internationaux dans la mer territoriale des États côtiers. Les navires étrangers peuvent donc s'y trouver soumis au régime restrictif du libre passage inoffensif. États-Unis et U.R.S.S. ont ainsi, lors des débats de la troisième Conférence, posé comme préalable à leur acceptation de la notion de zone économique, l'insertion d'une disposition relative au droit de passage en transit dans les détroits internationaux, c'est-à-dire un droit de passage continu et rapide à travers le détroit. Ce droit de transit se distingue du droit de passage inoffensif car il peut être apprécié par l'État riverain tandis que le passage inoffensif est surtout tributaire des règles internationales relatives à la navigation maritime et aérienne.

### 📍 Une notion récente : le plateau continental

Le droit international s'est intéressé depuis peu au plateau continental. La proclamation Truman de 1945 a été la première affirmation unilatérale de droits sur le plateau continental. La convention de Genève de 1958 (convention entrée en vigueur en 1964) a codifié le droit en la matière, la Convention de 1982 ayant opéré une rationalisation de son statut et de sa délimitation.

### **Statut**

La définition du plateau continental retenue par la convention de 1958 a été, d'emblée, une première source de difficultés car elle juxtaposait trois critères : la profondeur, l'exploitabilité et l'adjacence. Selon l'article premier de la convention, on entend, en effet, par plateau continental le lit de la mer et le sous-sol des régions sous-marines adjacentes aux côtes, mais situées en dehors de la mer territoriale jusqu'à une profondeur de 200 mètres ou au-delà de cette limite, jusqu'au point où la profondeur des eaux surjacentes permet l'exploitation des ressources naturelles desdites régions. Inséré pour préserver les intérêts des pays dont la technologie était la plus avancée, le critère évolutif de l'exploitabilité s'ajoutant au critère constant, l'isobathe des 200 mètres a été abandonné par la Convention de 1982 qui donne une définition plus précise du plateau continental, constitué par le fond de la mer au-delà de la mer territoriale, jusqu'au rebord

externe de la marge continentale, ou jusqu'à une distance de 200 milles marins des lignes de base servant à mesurer la largeur de la mer territoriale lorsque le rebord externe de la marge continentale ne s'étend pas jusqu'à cette distance.

Ce même texte n'apporte guère de modifications en ce qui concerne les droits de l'État riverain sur le plateau continental. Ces droits sont souverains, mais ne peuvent être exercés qu'en liaison avec l'exploitation des ressources naturelles du plateau ; ils sont en outre exclusifs et inconditionnels et ne doivent pas porter atteinte au principe de la liberté de la haute mer. Ils s'appliquent aux ressources « naturelles » du plateau continental qui comprennent les ressources minérales (par exemple le pétrole) du lit du plateau et de son sous-sol ainsi que les espèces sédentaires.

### **Délimitation**

La délimitation du plateau continental doit être effectuée par accord entre les États moyennant, le cas échéant, l'emploi de la ligne médiane ou de la ligne d'équidistance, en tenant compte de toutes les circonstances particulières. S'inspirant d'un arrêt rendu par la Cour internationale de justice en 1969, la Convention de 1982 fait état des « principes équitables » devant inspirer les parties à toute délimitation.

### **@ Une zone de transition : la zone économique exclusive**

Introduite dans le nouveau droit de la mer comme une revendication des pays en voie de développement, la zone économique exclusive est généralement acceptée par les pays développés, y compris par ceux qui s'étaient jusque-là montrés réservés. Ainsi la France a adopté une loi, le 16 juillet 1976, créant en bordure de ses côtes une zone économique pouvant s'étendre à 188 milles au-delà de la limite extérieure de la mer territoriale. Ainsi encore, le Conseil des ministres des communautés européennes a adopté le 3 novembre 1976 une zone de pêche s'étendant jusqu'à 200 milles, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1977.

### **Régime juridique**

À la différence de celui du plateau continental, le régime juridique de la zone économique exclusive ne tend pas seulement à constituer une zone

« fonctionnelle » au sein de laquelle l'État riverain ne disposerait que de compétences fragmentaires et spécialisées. Il consacre la primauté des intérêts généraux de l'État riverain qui est réputé avoir un droit prééminent sur la zone. Espace à finalité économique et compensatoire, la zone économique exclusive attribue aux États pourvus d'un littoral maritime des droits qui participent du principe général de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles. Ainsi entendu, le régime juridique de la zone économique exclusive ne confère plus aux États tiers que des droits résiduels et limités au domaine des communications. La Convention de 1982 consacre ce point en précisant que la liberté de navigation et de pose des câbles et pipe-lines sous-marins ne peut être entravée par l'État riverain. Cependant, s'agissant des États qui n'ont pas de littoral ou de pays voisins en voie de développement, la convention mentionne la possibilité, par voie d'accords internationaux conclus avec des États pourvus de zone économique exclusive, d'une participation équitable à l'exploitation des ressources économiques de ces zones. Enfin, la délimitation de la zone économique exclusive entre États limitrophes ou qui se font face s'effectue en vertu des règles relatives à la délimitation du plateau continental.

### **Nature juridique**

Zone maritime placée sous la juridiction de l'État riverain, la zone économique exclusive n'entre pas dans la classification traditionnelle des espaces maritimes. En effet, elle emprunte à la fois au statut de la mer territoriale, à celui du plateau continental et à celui de la haute mer. Zone de transition et de souveraineté limitée entre la frange côtière, de plus en plus étendue, et les espaces de liberté, elle n'est pas, à la différence de la mer territoriale et du plateau continental, un complément du territoire terrestre, mais une zone établie au-delà du territoire de l'État riverain en vue de satisfaire certains intérêts économiques. Pour illustrer son caractère hybride, on peut souligner que, selon les catégories de navires, elle revêt certains caractères de la mer territoriale ou de la haute mer. Ainsi les navires de guerre continueront à jouir dans la zone économique exclusive d'une immunité complète de juridiction vis-à-vis de l'État riverain.

### **🌐 La haute mer et les fonds marins**

Haute mer et fonds marins soulèvent actuellement de nombreux problèmes du fait des dangers considérables causés par leur utilisation anarchique

sur le plan économique comme sur le plan stratégique.

## **La haute mer**

Entrée en vigueur en 1962, la convention de Genève de 1958 sur la haute mer déclare : « On entend par haute mer toutes les parties de la mer n'appartenant pas à la mer territoriale ou aux eaux intérieures d'un État. » La Convention de 1982 la définit aussi comme un reste, considérablement rétréci bien qu'encore très étendu, par rapport aux espaces maritimes soumis aux différentes formes de souveraineté territoriale. Le nouveau droit de la mer confirme les règles posées à Genève en 1958 en maintenant le principe de la liberté de la haute mer ouverte à tous les États, qu'ils soient ou non pourvus d'un littoral. Cette liberté comporte : la liberté de navigation, de survol, de pose de câbles et pipe-lines sous-marins, d'îles artificielles autorisées par le droit international, de pêche et de recherche scientifique. Ce même nouveau droit de la mer confirme la vieille revendication des États dépourvus de littoral maritime qui se voient reconnaître un droit d'accès à la haute mer par l'octroi de la liberté de transit à travers le territoire des États de transit par tous moyens de transport. Il faut signaler enfin que la Convention de 1982 reprend une disposition de la convention de Genève de 1958 sur la haute mer en déclarant : « Les navires naviguent sous le pavillon d'un seul État et se trouvent soumis [...] à sa juridiction exclusive en haute mer. » Cette exclusivité signifie que seuls les navires de guerre de la nationalité du navire concerné peuvent le contrôler. À l'égard des navires étrangers, les navires de guerre ont seulement un droit d'approche, c'est-à-dire le droit de leur demander de hisser leur pavillon pour les identifier, mais pas celui de les arraisonner. À cette règle générale il existe des exceptions qui permettent aux États d'exercer des droits à l'égard de navires ne battant pas leur pavillon. Certaines exceptions sont traditionnelles, comme la répression de la piraterie toujours endémique dans certaines zones, d'autres plus récentes, comme la lutte contre le trafic des stupéfiants ou contre la pollution.

## **Les fonds marins**

Les ressources des fonds des mers sont, selon les projets de la troisième Conférence, le « patrimoine commun de l'humanité », indépendamment de la situation géographique des États. Sous la pression des pays en voie de développement, la mise en valeur de ce patrimoine sera confiée à des organismes

mis en place par la nouvelle convention : l'Autorité internationale des fonds marins aidée d'une assemblée, d'un conseil, d'un secrétariat et d'une entreprise. Organe permanent, l'Autorité sera aussi l'organe le plus important auquel sera confiée la gestion à des fins pacifiques des ressources de la zone. Deux conceptions sont possibles quant au rôle de l'Autorité. L'une, soutenue par les pays en voie de développement, fait de l'Autorité un organe puissant disposant de la compétence exclusive sur les fonds et délivrant seule les contrats d'exploitation. Selon ce schéma, l'Autorité contrôlerait l'exploitation des fonds marins, assurerait la promotion du transfert des techniques aux pays en voie de développement et procéderait à la redistribution des bénéfices. L'autre conception, plutôt défendue par certains pays industrialisés, ferait de l'Autorité un organe aussi « léger » que possible : elle serait seulement destinée à coordonner les actions des exploitants, États ou firmes multinationales par exemple. L'équilibre entre deux solutions qui ont la faveur, l'une du nombre, l'autre de la puissance économique, reste à trouver.

### 🌐 Protection et préservation du milieu marin

La mer devient un grand déversoir. La pollution ne peut être combattue que par la création d'obligations internationales précises, une répression accrue et la mise en œuvre d'une responsabilité pour risque destinée à réparer les pollutions involontaires. On en est encore relativement loin, quelles que soient les sources de la pollution, hydrocarbures, déchets industriels ou radioactifs, etc. La nouvelle Convention confie aux États et à l'Autorité l'obligation de préserver le milieu marin. Cette protection exige la conclusion de traités, souvent régionaux, qui attribuent l'obligation de réparer à l'exploitant ou au propriétaire du navire en cause. Ces traités doivent déterminer le tribunal qui connaîtra de l'action engagée. Certains ont été conclus, par exemple les traités de Bonn et de Bruxelles de 1969 sur la coopération en matière de lutte contre la pollution en mer du Nord, ou le traité de Barcelone de 1976 pour la protection de la Méditerranée. Mais ce système conventionnel n'est pas satisfaisant, car il ne met généralement pas sur pied une procédure de constatation internationale des violations commises. De plus, certains États n'exercent aucune poursuite, en particulier les États qui attribuent des « pavillons de complaisance » (cf. l'affaire de l'*Amoco-Cadiz*) ou, lorsqu'ils poursuivent, ils appliquent leur législation nationale qui ne comporte souvent que de faibles pénalités.

La pollution ignore les frontières artificielles tracées par le droit dans les espaces maritimes. Au plan du règlement des différends, une action conjointe des jurisprudences nationales et du futur tribunal du droit de la mer prévu par la troisième Conférence favorisera un système approprié de responsabilité et de réparations.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## @ PRESSE - Droit de la presse

### ***Prise de vue***

Comme toute activité sociale, la presse périodique écrite est soumise à un certain nombre de règles qui constituent son droit. La nature particulière de cette activité et l'importance qui lui est accordée justifient que, pour une part, ce droit de la presse soit un droit spécifique. Il n'est d'ailleurs, à cet égard, qu'un élément d'un ensemble plus général qu'est le droit de l'information.

Expression de choix politiques et sociaux fondamentaux, le droit de la presse est, en France, le moyen de concrétisation et de mise en œuvre du principe de *liberté d'expression*, formulé à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi. »

Dans le contexte politique, économique, social, culturel et technique de la fin du XX<sup>e</sup> siècle, ce principe de liberté ne peut sans doute plus être interprété et appliqué exactement de la même façon qu'il y a deux cents ans. À la référence au principe de liberté d'expression est désormais ajoutée celle qui peut être faite à la notion de *droit à l'information* par laquelle les préoccupations et intérêts du public sont davantage pris en considération.

Ces principes trouvent aujourd'hui leur expression et mise en forme

juridique dans les divers chapitres traditionnellement retenus et présentés comme constitutifs du droit de la presse en France : le statut des entreprises et interventions administratives ; le régime de responsabilité, ou statut du contenu ; le statut professionnel ; le régime de propriété littéraire et artistique, ou droit d'auteur. À ce droit strictement national, susceptible d'être utilement éclairé par des références faites au droit comparé, devrait être ajoutée la dimension du droit international et d'un droit européen de l'information encore à l'état d'ébauche.

## @ Statut des entreprises et interventions administratives

La liberté d'expression implique la libre création et constitution des entreprises de presse, ainsi que la liberté de publication.

La loi du 29 juillet 1881 consacrait un tel principe de liberté. Elle pose que « l'imprimerie et la librairie sont libres » (art 1<sup>er</sup>) et que « tout journal ou écrit périodique peut être publié, sans autorisation préalable et sans dépôt de cautionnement » (art. 5). Un certain nombre de formalités – déclarations, mentions et dépôts – doivent cependant, aux termes mêmes de cette loi, être respectées à l'occasion de la constitution d'une entreprise ou au moment de la publication d'un écrit.

Des dispositions particulières ou les règles du droit commun – également applicables à la presse – permettent à l'autorité administrative, dans des conditions sans doute assez peu conformes au principe de liberté, d'exercer parfois un contrôle préalable et de restreindre, dès lors, la libre diffusion d'un écrit.

Dans des conditions que certains pourraient considérer comme une atteinte au principe de liberté, et que d'autres analyseront comme une nécessité et garantie de la liberté, la création, l'organisation et le financement des entreprises de presse sont aujourd'hui soumis à des règles constitutives du statut des entreprises de presse.

C'est par une ordonnance du 26 août 1944 que furent adoptés, en France, les premiers éléments d'un tel statut. Il s'agissait d'assurer la transparence

et l'indépendance de la presse, tant à l'égard des pressions de l'argent, en limitant les tendances à la concentration, pour garantir le pluralisme, qu'à l'égard des influences étrangères. Ces principes et mécanismes étaient repris et renforcés, pour tenter d'en permettre une réelle application, par la loi du 23 octobre 1984. D'inspiration plus libérale, la loi du 1<sup>er</sup> août 1986, complétée par la loi du 27 novembre 1986, abrogeant les textes précédents, maintient, bien qu'elle en atténue la portée, les principes antérieurs.

Pour garantir la transparence des entreprises de presse, la loi du 1<sup>er</sup> août 1986 interdit les opérations dites de « prête-nom ». Elle pose que, « dans le cas de sociétés par actions, les actions doivent être nominatives ». Elle impose que diverses informations sur l'organisation et le financement de l'entreprise soient portées à la connaissance des lecteurs. La loi du 1<sup>er</sup> août 1986 vise également à garantir l'indépendance des entreprises de presse française, tant à l'égard des capitaux étrangers que des puissances financières nationales, en limitant, afin d'assurer le pluralisme, toute tendance excessive à la concentration. La loi du 27 novembre 1986, qui a introduit ces dispositions, pose qu'aucun groupement ne peut posséder ou contrôler plus de 30 p. 100 de la diffusion des « publications quotidiennes imprimées d'information politique et générale ». Le même texte détermine également des limites à la concentration multimédias (presse écrite et communication audiovisuelle).

S'agissant encore du statut des entreprises de presse, la loi du 16 juillet 1949 détermine un certain nombre d'obligations particulières relatives aux entreprises éditrices de publications destinées à la jeunesse. L'ordonnance du 2 novembre 1945 portant réglementation des agences de presse, la loi du 10 janvier 1957 sur le statut de l'Agence France-Presse et la loi du 2 avril 1947 relative au statut des entreprises de groupage et de distribution des journaux répondent également partiellement au même souci de garantie de la liberté de la presse.

En contradiction, apparente au moins, avec le principe de liberté, la publication d'écrits périodiques est soumise à certaines formalités, et surtout susceptible d'interventions et contrôles administratifs préalables.

Au titre des formalités préalables, outre les mentions obligatoires, imposées, dans un souci de transparence, tant par la loi du 29 juillet 1881 que par celle du 1<sup>er</sup> août 1986, il faut évoquer les déclarations et dépôts. L'article 7 de la loi du 29 juillet 1881 pose que, « avant la publication de tout journal ou écrit périodique, il sera fait une déclaration contenant » un certain nombre d'indications relatives à l'organisation de l'entreprise éditrice. L'article 10 impose, dans le cadre des obligations de dépôt dit administratif et judiciaire, qu'un certain nombre d'exemplaires soient remis gratuitement aux diverses autorités administratives et judiciaires. Les publications destinées à la jeunesse doivent, à cet égard, faire l'objet d'un dépôt supplémentaire. Sur toutes ces publications pèsent les obligations du dépôt légal définies par la loi du 21 juin 1943.

De façon plus contraire au principe de liberté, la publication d'écrits peut être soumise à certaines formes de contrôles et d'interventions administratives préalables, tant en application de textes et pouvoirs généraux que de dispositions spécifiques à la presse. Les autorités de police administrative peuvent prononcer des mesures d'interdiction et de saisie de publications, en vue d'assurer le maintien ou le rétablissement de l'ordre public. Ces pouvoirs sont renforcés ou élargis en périodes de crise ou de circonstances exceptionnelles. Les publications dites d'« annonces légales et judiciaires » font l'objet, sinon d'un régime d'autorisation, tout au moins d'accréditation administrative. En application de l'article 14 de la loi du 29 juillet 1881, le ministre de l'Intérieur peut prononcer des mesures d'interdiction de publications étrangères ou de provenance étrangère. Enfin, l'article 14 de la loi du 16 juillet 1949 donne au ministre de l'Intérieur le pouvoir de prendre des mesures restrictives concernant la diffusion de « publications de toute nature présentant un danger pour la jeunesse ».

À l'inverse de toutes ces mesures de contrôle administratif, contraires au principe de liberté, l'autorité publique intervient également pour mieux garantir la liberté de la presse et prendre davantage en compte le droit du public à l'information. Elle accorde en effet, selon diverses modalités, d'ordre économique et fiscal, une aide financière aux entreprises éditrices de publications périodiques présentant un certain intérêt général, largement entendu.

Ainsi soumises à certaines modalités de contrôle préalable, peu

conformes au principe de liberté, les publications de presse font également l'objet, quant à leur contenu, d'un contrôle répressif, constitutif et caractéristique, au contraire, des systèmes libéraux d'information.

## 📍 Régime de responsabilité

Loin de constituer une atteinte ou une restriction à la liberté de la presse, la détermination d'un régime de responsabilité, ou statut du contenu, en est, au contraire, une condition ou une garantie. Il est bien nécessaire, pour protéger les autres libertés, que les abus de la liberté de la presse, portant préjudice à certains intérêts individuels ou collectifs, donnent lieu à répression et à réparation. La liberté de la presse continue d'être garantie lorsque ce contrôle est exercé, a posteriori, par l'autorité judiciaire.

La loi du 29 juillet 1881, « loi sur la liberté de la presse », est un des textes essentiels, mais non exclusif, constitutifs du statut du contenu de la presse. Celui-ci découle en effet, également, de l'application, à la presse, de dispositions du droit commun définissant diverses autres infractions ou déterminant, par le régime général de responsabilité, l'obligation de réparer les dommages causés.

Cette loi comporte, tout d'abord, un certain nombre de règles de procédure spécifique en matière de responsabilité, de délais de prescription, de mentions et formalités à respecter pour l'engagement des poursuites qui, selon une conception contestable de la liberté de la presse à préserver, constituent autant d'entraves à une répression normale des infractions commises. Parmi les infractions de presse visées, on peut citer le non-respect du droit de réponse et du droit de rectification, les diverses diffamations et injures, provocations et apologies, offenses et outrages...

Le droit de réponse est la faculté accordée, par l'article 13 de la loi de 1881, à toute personne mise en cause dans une publication périodique écrite de faire, dans cette même publication, connaître son point de vue sur les éléments de cette mise en cause. La loi détermine ce que pourra être la dimension de la réponse. Elle fixe le délai pendant lequel une demande d'exercice du droit de réponse peut être présentée, ainsi que le délai et les modalités de l'insertion de la réponse. L'article 12 définit les conditions et modalités d'exercice du droit de

rectification accordé à tout « dépositaire de l'autorité publique, au sujet des actes de sa fonction qui auront été inexactement rapportés par ledit journal ou écrit périodique ». Les articles 29 et suivants sont relatifs aux infractions de diffamation et d'injure.

La diffamation est définie comme « toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé ». Une injure est constituée de « toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait ». Dans des conditions qu'il n'est pas toujours facile de déterminer, c'est par la référence ou l'absence de référence à un fait que la diffamation et l'injure doivent être distinguées l'une de l'autre.

Selon l'identité des personnes concernées, différents types de diffamation ou d'injure envers les particuliers, les cours, les tribunaux et les armées, les dépositaires ou agents de l'autorité publique, et d'infractions de caractère racial ou raciste sont définis par les textes qui prévoient, à leur égard, une répression plus ou moins sévère.

Les articles 23 à 25 de la même loi sont consacrés à diverses infractions de provocation ou apologie de crimes ou délits ; provocation « à la discrimination, à la haine ou à la violence » raciale ; provocation de militaires à la désobéissance. Les articles 36 et 37 concernent les délits d'offense et d'outrage envers les chefs d'État et agents diplomatiques étrangers.

Les articles 38 et suivants, aussi bien pour assurer une bonne administration de la justice que la protection des intérêts des justiciables, apportent un certain nombre de restrictions à la publication d'informations concernant des faits criminels ou délictueux ou des actions judiciaires en cours.

En dehors de la loi de 1881, bien d'autres textes ou dispositions déterminent encore le statut du contenu ou régime de responsabilité civile et pénale de la presse. Il en est ainsi des articles 226 et 227 du Code pénal relatifs aux infractions d'atteinte à l'autorité et à l'indépendance de la justice (art. 434-25 et 434-16 du Code pénal de 1993) ; de l'article 9 du Code civil et des articles 368 à

372 du Code pénal concernant les atteintes à la vie privée (art. 226-1 à 226-7) ; des articles 283 et suivants relatifs aux outrages aux bonnes mœurs (art. 227-24) ; des dispositions constitutives de la réglementation de la publicité...

Aussi nombreuses que puissent apparaître les dispositions qui, définissant diverses infractions, semblent ainsi restreindre la liberté de la presse, elles sont bien nécessaires quand ce sont des abus qu'il s'agit de réprimer. On notera, par ailleurs, que lorsque les règles de procédure ne font pas déjà obstacle à leur répression, les condamnations prononcées semblent rarement égaler le profit commercial tiré de l'augmentation de la diffusion liée au fait même de ces infractions !

## 📍 Statut professionnel

Le statut professionnel des journalistes, bien qu'il ne soit pas, non plus, spécifique à la seule presse périodique écrite constitue un autre des chapitres essentiels du droit de la presse. La condition des journalistes est un des éléments caractéristiques du régime de la presse, et notamment de son degré de liberté.

Un des premiers points de ce statut, qui mérite quelque attention, concerne la définition même du journaliste. Aux termes de l'article L. 761-2 du Code du travail, « le journaliste professionnel est celui qui a pour occupation principale, régulière et rétribuée, l'exercice de sa profession dans une ou plusieurs publications quotidiennes ou périodiques [...] et qui en tire le principal de ses ressources ». On notera le caractère très large et libéral de cette définition. Elle ne soumet l'accès à la profession de journaliste à aucune condition ni aucun contrôle. Elle consiste essentiellement à constater une situation ou un état tels qu'ils seront attestés par la délivrance d'une carte d'identité professionnelle.

Précurseur, sur bien des points, à l'époque de son adoption par la loi de mars 1935, en ce qui concerne les conditions et avantages matériels liés à l'exercice de l'activité professionnelle (durée du travail, congés, indemnités...), le statut des journalistes a, du fait de la généralisation de ces avantages et garanties à l'ensemble des salariés, perdu de sa spécificité.

Le seule véritable particularité du statut des journalistes concerne

aujourd'hui la « clause de conscience ». Régie par l'article L. 761-7 du Code du travail, celle-ci peut être définie comme la faculté accordée à un journaliste salarié de prendre lui-même l'initiative de la rupture du contrat de travail qui le lie à son employeur, tout en ayant droit aux indemnités qui lui seraient dues en cas de licenciement, dans trois cas différents : « 1<sup>o</sup> Cession du journal ou du périodique ; 2<sup>o</sup> Cessation de la publication du journal ou périodique pour quelque cause que ce soit ; 3<sup>o</sup> Changement notable dans le caractère ou l'orientation du journal ou périodique si ce changement crée, pour la personne employée, une situation de nature à porter atteinte à son honneur, à sa réputation ou, d'une manière générale, à ses intérêts moraux. » Il suffira de relever ici combien l'appréciation des deux conditions – distinctes – de « cession », s'agissant de sociétés par actions, et de « changement notable » peut s'avérer délicate !

Parmi les éléments du statut des journalistes, non légalement reconnu et, pour cette raison, revendiqué par eux, figure le droit au secret professionnel. Les journalistes souhaiteraient ainsi se voir accorder le droit de n'avoir pas à témoigner auprès des autorités policières ou judiciaires, à révéler la source de leurs informations, ou à remettre certains reportages ou éléments de documentation en leur possession. Ils assurent qu'il s'agirait d'une garantie non seulement de leur liberté personnelle mais, plus généralement, de la liberté de la presse et du droit du public à l'information.

## @ Droit d'auteur

Les règles du droit d'auteur définies par la loi du 11 mars 1957, modifiée et complétée par la loi du 3 juillet 1985, s'appliquent également à la presse dès lors qu'une publication périodique, dans son ensemble ou dans ses divers éléments constitutifs, apparaît comme une création de forme originale, expression d'une personnalité. La presse est elle-même évidemment soumise au respect de ce droit.

Les articles et reportages, dessins, illustrations et photographies, les titres de publications... dès lors que, par leur originalité, ils portent la marque d'une certaine personnalité sont protégés par le droit d'auteur. L'article 36 de la loi de 1957 fait expressément référence aux « œuvres de l'esprit publiées dans les journaux et recueils périodiques de tout ordre ». Il pose que, dans ce cas, « la

rémunération de l'auteur [...] peut [...] être fixée forfaitairement ». Il ajoute que, « pour toutes les œuvres publiées ainsi dans un journal ou recueil périodique, l'auteur conserve, sauf stipulation contraire, le droit de les faire reproduire et de les exploiter, sous quelque forme que ce soit, pourvu que cette reproduction ou cette exploitation ne soit pas de nature à faire concurrence à ce journal ou à ce recueil périodique ». Il précise enfin que « l'auteur a seul le droit de réunir ses articles [...] en recueil et de les publier ou d'en autoriser la publication sous cette forme ».

L'article 41 définit un certain nombre d'exceptions au droit de reproduction qui, tout à la fois, bénéficient et s'imposent à la presse. Est ainsi permise « la diffusion, même intégrale, par la voie de la presse [...] à titre d'information d'actualité, des discours destinés au public ». Le même article autorise les revues de presse, les analyses et courtes citations. Chaque titre en bénéficie mais peut également avoir à en souffrir au regard notamment des activités nouvelles de constitution de bases et de banques de données informatiques sur l'actualité.

En dépit de quelques éléments d'un contrôle administratif préalable, plus caractéristique des systèmes autoritaires d'information, et de certaines dispositions qui sont l'expression de la prise en considération du droit du public à l'information, le droit de la presse, en France, relève globalement des systèmes libéraux d'information. Le régime français est un régime de liberté de la presse.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## @ INTERNET (droit français de la responsabilité)

Internet est un réseau, le « réseau des réseaux » qui a son origine dans un projet de défense militaire et a été mis au service de la société civile au cours des années 1980. Depuis lors, il a connu une expansion planétaire et permis, grâce à la convergence de l'informatique, de l'audiovisuel et des télécommunications, la multiplication de services de toute nature sur le world wide web et de communications nouvelles comme la messagerie électronique où encore les groupes de discussion... Quel droit pour ce monde virtuel et, en

particulier, quel droit de la responsabilité pour ses différents acteurs ?

## 📍 1. Un nouveau champ d'application pour une vieille question

La responsabilité peut se définir généralement comme « l'obligation de répondre d'un dommage devant la justice et d'en assumer les conséquences civiles, pénales, disciplinaires, etc., soit envers la victime, soit envers la société » (définition du *Vocabulaire juridique*, sous la direction de Gérard Cornu, 2000). Quant aux acteurs, il s'agit principalement des fournisseurs d'accès (qui permettent techniquement l'accès à Internet), des fournisseurs d'hébergement (qui hébergent les sites web), des fournisseurs de moteurs de recherche (qui permettent la recherche d'informations sur Internet), des « éditeurs de contenu » (qui présentent des informations sur les sites Web) et des utilisateurs. Il faudrait en ajouter bien d'autres, tels que ceux qui offrent un service de messagerie ou organisent des groupes de discussion. Mais les questions de responsabilité se posent principalement aujourd'hui pour les deux premiers, c'est-à-dire pour les acteurs du world wide web. Les conséquences civiles (l'obligation de réparer tout dommage que l'on a causé à autrui) ou pénales (l'obligation de répondre des infractions commises) des comportements de ces seuls acteurs constituent un sujet d'étude si vaste que l'on ne saurait prétendre ici à l'exhaustivité. Le droit de la responsabilité contractuelle, c'est-à-dire le droit de la responsabilité qui peut s'appliquer en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution d'un contrat, ne sera notamment pas envisagé.

Comme toujours lors de la mise en œuvre de nouvelles technologies, la question est de savoir si le droit existant est adapté ou non. Plus concrètement, le droit commun de la responsabilité permet-il de répondre aux problèmes posés par Internet où faut-il légiférer spécifiquement ? Ici, à l'instar d'autres domaines, deux réponses peuvent s'envisager. Internet n'est pas une « zone de non-droit » : le droit positif permet d'ores et déjà de résoudre convenablement bon nombre de difficultés. Mais on ne saurait nier la nécessité d'adaptations ou de précisions législatives dans d'autres cas. Au-delà de la France, les institutions de l'Union européenne tiennent à réglementer ces nouvelles activités (directive du 8 juin 2000 « relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ») ou à

renforcer la protection de certaines personnes particulièrement menacées dans ce « nouveau monde » (résolution du Conseil du 17 février 1997 sur les messages à contenu illicite et préjudiciables diffusés sur Internet, décision du Conseil du 29 mai 2000 relative à la lutte contre la pédopornographie sur Internet).

En toute hypothèse, le débat relatif à la responsabilité des intermédiaires techniques sur Internet (fournisseurs d'accès et hébergeurs de sites) montre combien la juste voie entre l'indispensable responsabilité et la sauvegarde des libertés fondamentales (comme la liberté d'expression) peut être difficile à trouver. Force est également de constater que les débats ont surtout été orientés récemment vers les acteurs plus que vers les comportements illicites. Aussi bien, sans nier l'intérêt de ce second aspect de la responsabilité, il convient de mettre l'accent sur le premier en distinguant entre la responsabilité des intermédiaires et la responsabilité des acteurs directs d'Internet.

## @ 2. Responsabilité des intermédiaires d'Internet

La responsabilité des principaux intermédiaires techniques d'Internet a été abondamment étudiée depuis plusieurs mois par la doctrine juridique. La question a été fortement médiatisée à l'occasion d'une décision de justice défavorable au fournisseur d'hébergement : dans l'affaire Estelle Hallyday, la cour d'appel de Paris avait condamné, le 10 février 1999, la société AlternB pour avoir hébergé un site personnel dont l'auteur, resté non identifié, avait mis en ligne des photos représentant nue le célèbre mannequin. Suite à de longues discussions et avec de nombreux amendements, le Parlement a finalement adopté la loi du 1<sup>er</sup> août 2000 qui modifie la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication et introduit des dispositions plutôt favorables aux intermédiaires techniques.

En ce qui concerne les fournisseurs d'accès, le nouvel article 43-7 de la loi du 30 septembre 1986 dispose que : « Les personnes physiques ou morales dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication en ligne autres que de correspondance privée sont tenues, d'une part, d'informer leurs abonnés de l'existence de moyens techniques permettant de restreindre l'accès à certains services ou de les sélectionner, d'autre part, de leur proposer au moins un de ces moyens. »

En ce qui concerne les fournisseurs d'hébergement, selon l'article 43-8 :  
« Les personnes physiques ou morales dont l'activité est d'offrir à titre gratuit ou onéreux, le stockage direct et permanent pour mise à disposition du public de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature accessibles par ces services, ne sont pénalement ou civilement responsables du fait du contenu de ces services que si, ayant été saisies par une autorité judiciaire, elles n'ont pas agi promptement pour empêcher l'accès à ce contenu. »

Cette dernière disposition est en retrait par rapport au texte voté par le Parlement qui prévoyait également la responsabilité du fournisseur d'hébergement dans l'hypothèse où, saisi par un tiers estimant qu'un contenu hébergé était illicite ou lui causait un préjudice, il n'avait pas procédé aux diligences appropriées. Dans sa décision en date du 27 juillet 2000, le Conseil constitutionnel a déclaré cette hypothèse contraire à la Constitution. Il a en effet relevé, quoique ce point n'ait pas été visé par les députés auteurs de la saisine, que l'éventuel engagement de la responsabilité pénale des hébergeurs ne dépendait dans ce cas que de simples estimations de particuliers, en violation du principe de légalité des peines prévu par l'article 34 de la Constitution.

Désormais, la personne qui s'estime victime d'un dommage doit donc, dans un premier temps, saisir une autorité judiciaire avant d'espérer pouvoir engager la responsabilité d'un fournisseur d'hébergement, ce qui est de nature à compliquer sa tâche par rapport au droit commun de la responsabilité civile délictuelle qui lui aurait permis d'agir directement contre le fournisseur fautif. Les nouvelles dispositions peuvent donc sembler défavorables à la victime et favorables aux fournisseurs d'hébergement. Toutefois, la solution peut se comprendre dans la mesure où la vérification intégrale par les fournisseurs d'hébergement des différents sites hébergés paraissait difficile, voire impossible en pratique. Une approche inverse aurait pu constituer un frein au développement des échanges d'informations et une entrave à la liberté d'expression en provoquant chez les hébergeurs des réflexes de censure préventive. Fallait-il pour autant obliger la victime à passer par une autorité judiciaire ? On peut d'autant plus légitimement en douter que la directive sur le commerce électronique précitée ne retient pas cette solution. En effet, selon son article 14-1, « Les États membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à stocker

des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire ne soit pas responsable des informations stockées à la demande d'un destinataire du service à condition que : a) le prestataire n'ait pas eu effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites et, en ce qui concerne une demande de dommages intérêts, n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente ; b) le prestataire, dès le moment où il a de telles connaissances, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible ».

Par ailleurs, la loi laisse certains points dans l'obscurité. Ainsi, le terme d'autorité judiciaire est vague. En matière pénale, le ministère public est tout désigné pour recevoir la plainte de la victime qui ne saurait néanmoins, dans un premier temps, être conçue comme une constitution de partie civile. En matière civile, une question de compétence se pose : qui sera chargé de recevoir et de transmettre la réclamation de la victime ? Au demeurant, le terme judiciaire peut paraître exagérément restrictif dans la mesure où il conduit logiquement à rejeter a priori l'intervention de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (C.N.I.L.) en cas de violation de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. En effet, celle-ci n'est qu'une « autorité administrative indépendante » chargée de veiller à l'effectivité de la loi en effectuant notamment des contrôles à la suite de réclamations, de pétitions et plaintes ou de manière spontanée. Une telle orientation paraît regrettable, alors même qu'il existe un danger accru de multiplication des traitements illicites de données nominatives par l'intermédiaire d'Internet, comme le souligne le rapport d'activité de la C.N.I.L. pour l'année 1997.

Malgré tout, ces limitations de la responsabilité des intermédiaires demeurent très relatives.

Tout d'abord, elles ne concernent que le contenu publié. Pour toute autre question de fait, la responsabilité du fournisseur d'hébergement peut être engagée sur le fondement du droit commun. Si l'hébergeur ne fait notamment pas preuve de diligences appropriées pour faire cesser le trouble, le juge pourra le condamner (comme dans l'affaire U.E.J.F. et Licra contre Yahoo ! inc, où le juge des référés devait apprécier le trouble provoqué en France par la vente aux enchères d'objets

nazis sur l'un des sites du portail Yahoo !). Ensuite, le responsable a priori tout désigné est le fournisseur de contenu (éditeur ou auteur) que la victime peut poursuivre dans les conditions du droit commun. Or, à l'occasion d'une constitution de partie civile contre ce dernier, la saisine de l'autorité judiciaire sera effective et le fournisseur technique averti conformément à l'article 43-8 de la nouvelle loi. Celui-ci pourra alors jouer le rôle d'« assistant » qui lui a été imparti par la loi. Tenu par l'article 43-9 al. 1 de la loi de « détenir et de conserver les données de nature à permettre l'identification de toute personne ayant contribué à la création d'un contenu des services dont elles sont prestataires », il devra aux termes de l'alinéa 3 du même article communiquer ces informations aux autorités judiciaires. De ce fait, les poursuites éventuelles seront facilitées.

L'équilibre ainsi obtenu correspond aux objectifs affirmés lors des travaux parlementaires : faire respecter sur Internet les règles relatives à la responsabilité civile ou pénale sans pour autant faire des prestataires de services techniques des boucs émissaires de cette responsabilité, ni les considérer comme les responsables éditoriaux des messages litigieux. Entre alors en jeu la responsabilité des acteurs directs d'Internet.

### 📧 3. Responsabilité des acteurs directs d'Internet

Les acteurs directs envisagés ici sont les « éditeurs de contenu » et les utilisateurs.

Les éditeurs de contenu sont ceux qui publient un « contenu » sur Internet. La notion dépasse donc doublement l'acception qu'elle reçoit en droit d'auteur, le contrat d'édition impliquant une œuvre protégée et une cession des droits d'auteur sur cette œuvre. Or celui qui publie sur Internet est souvent l'auteur et non son cessionnaire, l'éditeur. En outre, le contenu publié n'est pas forcément protégé par le droit d'auteur. La dissociation n'est pas anodine du point de vue de la responsabilité, dans la mesure où certaines solutions jurisprudentielles relatives à la responsabilité des éditeurs étaient fondées sur leur qualité de professionnel. L'application de ces solutions dans l'édition non professionnelle semble donc à première vue exclue.

Un premier indice de la nécessité de faire le départ entre ces deux catégories

d'éditeurs apparaît d'ailleurs dans la loi nouvelle. En effet, si celle-ci ne prévoit pas de régime spécifique de responsabilité des éditeurs de contenu, elle prévoit des règles particulières pour ces deux catégories d'éditeurs. Aux termes de la loi nouvelle, les personnes dont l'activité est d'éditer un service de communication en ligne autre que de correspondance privée tiennent à la disposition du public certaines informations nécessaires à leur identification (art. 43-10, I) beaucoup plus précises et complètes que celles qui sont demandées aux personnes pratiquant cette activité à titre non professionnel.

Sous réserve de cette distinction, la responsabilité de celui qui publie pourra être engagée sur le fondement du droit commun. Si le contenu d'un site génère un préjudice à une personne, celle-ci pourra éventuellement obtenir la cessation de ce préjudice et l'allocation de dommages et intérêts. Par exemple, une atteinte à la vie privée d'une personne pourra être sanctionnée sur le fondement de l'article 9 du Code civil qui affirme le droit au respect de la vie privée. Autres exemples, la contrefaçon d'une œuvre ou d'une marque ou encore la diffusion d'un contenu incitant à la haine raciale sont autant d'infractions qui peuvent entraîner à la fois la responsabilité pénale et la responsabilité civile de l'éditeur. Plus simplement, une information inexacte telle qu'une publicité mensongère pourra entraîner des sanctions de même nature.

Quant aux utilisateurs, ils peuvent voir leur responsabilité engagée conformément au droit commun. Plus spécifiquement, leur responsabilité pénale pourra être engagée au titre des « atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données » prévues par les articles 323-1 et suivants du nouveau Code pénal. Le délit peut ainsi consister dans le fait « d'accéder ou de se maintenir, frauduleusement, dans tout ou partie d'un système de traitement automatisé de données » (nouveau Code pénal, art. 323-1). À ce titre, l'utilisation frauduleuse d'un mot de passe pour accéder à un site pourrait être punie. Mais c'est encore « le fait d'entraver ou de fausser le fonctionnement d'un système de traitement automatisé de données » (art. 323-2) ou « le fait d'introduire frauduleusement des données dans un système de traitement automatisé ou de supprimer ou de modifier frauduleusement les données qu'il contient » (art. 323-3), qui sont sanctionnés, ce qui vise les techniques d'agression favorites des pirates informatiques (*hackers*), depuis le simple bombardement de site par courrier

électronique jusqu'à l'introduction d'un virus ou la modification de données sur Internet. L'auteur du délit devra alors répondre des conséquences pénales attachées à ces délits (peines d'amendes et d'emprisonnement) mais aussi des conséquences civiles (paiement de dommages et intérêts).

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## @ VENTE (DROIT DE LA)

### ***Prise de vue***

On doute si la vente (l'achat-vente : acquisition d'une chose par un prix, cession d'une chose pour un prix) a succédé au troc (chose contre chose) le jour où l'apparition de la monnaie, mesure des valeurs, permet de substituer une somme d'argent à l'un des termes de l'échange ; selon une hypothèse, la vente tirerait plutôt son origine du don, un processus de rationalisation et de spécification, des rapports sociaux ayant conduit à concentrer en un même acte un don et, simultanément, le contre-don compensatoire. Encore faut-il préciser que la prestation accomplie ou promise en retour s'analyse nécessairement en un prix, le prix étant un des traits distinctifs de la vente.

Le second élément spécifique de la vente (car nombreux sont les contrats qui comportent un prix) est qu'elle constitue, au moins, un titre à l'acquisition de la propriété d'un certain objet : immeuble, marchandise, bien incorporel. On rencontre donc, au sein d'un même ordre juridique, autant de types de ventes qu'il est de sortes de choses vendues, et la vente de fruits et légumes au détail n'a de commune mesure avec celle d'un fonds rural qu'à un très haut niveau d'abstraction et de généralité. Cette diversité économique-sociale du phénomène comporte des conséquences juridiques notables.

S'agissant du fond des règles régissant l'opération, une vente importante – la vente d'immeuble, par exemple – peut s'accommoder des principes généraux du droit des contrats : phénomène interindividuel, acte juridique senti comme tel par les deux parties, il est conclu par l'accord des consentements et engendre

obligations, garanties, action en justice en cas d'inexécution. Aussi bien est-ce ce genre de vente que l'on a le plus souvent en vue lorsqu'on traite du contrat en général. En revanche, les achats au comptant, d'une extrême fréquence (dans les sociétés d'abondance du moins), que passe tout individu ou tout ménage en tant que consommateur ne sont guère vécus comme une activité contractuelle ; et, que ce soit par timidité processive, difficulté de preuve ou défaut d'intérêt suffisant, les achats au comptant n'ont pas, normalement, du côté du consommateur, de prolongement contentieux ni même de contenu juridique. L'intervention du droit ne s'exerce qu'à l'endroit du vendeur et de façon globale : imposition de normes de qualité, réglementation des prix, prohibition de pratiques commerciales abusives.

Il apparaît ainsi, s'agissant à présent de ses sources, que le droit de la vente épouse la dialectique, habituelle en matière contractuelle, de l'autonomie des intéressés et de leur soumission à une norme supérieure. On est tenté, à cet égard, de faire une distinction entre les ventes internes, soumises à une réglementation impérative inspirée de préoccupations économiques et sociales, et les ventes internationales, spécialement commerciales, régies par un droit propre – nouvelle *lex mercatoria* – que créent les intéressés eux-mêmes. Formulée en ces termes, l'opposition n'est peut-être pas très exacte et il suffit de relever que l'on s'achemine vers une dualité de sources de la vente : les échanges internationaux tendent à être soumis (comme le fut la vente à Rome) à un *ius gentium*, par l'élaboration corporative ou diplomatique d'un noyau de règles uniformes, alors que les échanges internes demeurent de la compétence des droits nationaux. Il n'est guère de fonds commun que sur l'essentiel : le schéma même de l'opération.

## @ 1. Formation du contrat

Pour le juriste, c'est la volonté des parties qui fait la vente. Un examen réaliste conduit à nuancer cette opinion : la volonté – si volonté il y a – ne prend force, le plus souvent, qu'à travers l'accomplissement de rites, c'est-à-dire par une soumission à diverses formes de contrôle social.

### @ Les rites accomplis

Les comportements d'un symbolisme obscur, telle la paumée, ne sont plus aujourd'hui (dans les sociétés occidentales du moins) que des curiosités du folklore juridique. En revanche, sont d'observation courante des conduites, traditionnelles ou récentes, dont la signification est voisine : le simple accord ne fait pas naître, dans la conscience des intéressés, le sentiments du lien contractuel entre acheteur et vendeur.

Contrairement à l'analyse des auteurs et aux normes qui font de la vente un contrat consensuel, le paiement du prix joue un rôle fondamental dans la vente au comptant : la conclusion même du contrat en dépend. La sagesse des nations énonce que « l'argent fait le marché », et cette formule ne témoigne pas seulement d'une méfiance de certains vendeurs envers le crédit mais rend compte aussi du sentiment des acheteurs, ainsi que l'a confirmé la psychologie expérimentale. Des enregistreurs de clignements d'yeux, dissimulés dans les supermarchés, ont révélé que les battements d'yeux des ménagères, qui sont en moyenne de trente-deux par minutes tombaient à quatorze pendant le parcours du magasin et le choix des objets, pour remonter brutalement jusqu'à quarante-cinq au moment du paiement. La tension psychique qui s'établit alors paraît dénoter que, pour l'acheteur, le moment décisif ne se situe pas lors de la décision d'achat, matérialisée par la saisie de la chose, mais lors du paiement du prix. Cette analyse est toutefois insuffisante car, dans la vente au comptant, le paiement succède nécessairement à la saisie (ou à la remise de la chose) et il y a ainsi deux actes matériels, sinon simultanés du moins étroitement successifs, qui concourent à former le contrat. Contrat *manuel*, donc, et non consensuel.

Dans le même ordre d'idées, les théoriciens enseignent qu'un écrit n'est requis qu'exceptionnellement en matière de vente, et alors, en règle, à titre probatoire uniquement, en sorte que son absence ne doit pas affecter la régularité de la conclusion du contrat, mais sa seule preuve. Or, en premier lieu, dans l'esprit de l'homme de la rue, il y a confusion entre forme et preuve, en ce sens qu'une vente (en dehors de la vente manuelle) n'est un contrat obligatoire que tout autant qu'elle est écrite, c'est-à-dire signée ; et les juristes ne sont pas loin de justifier cette croyance en notant qu'il revient pratiquement au même d'avoir conclu une opération invalide, ou une opération valide mais impossible à établir en justice et donc inefficace. À l'opposé de la gamme des ventes, les plus élaborées – les

ventes commerciales, internationales en particulier – donnent lieu, à un moment ou à un autre, à un écrit dont la portée, dans la pensée des hommes d'affaires, est pour le moins ambiguë : acte rédigé pour constater la vente, il concourt aussi à sa perfection et représenterait ainsi l'expression spontanée d'un formalisme souple, surajouté à la volonté des parties.

### @ La volonté des parties

Entre un vendeur et un acheteur, de puissance économique comparable, la vente peut être précédée de pourparlers, traduire un équilibre équitable des intérêts opposés des deux parties et donc constituer un acte de libre autodétermination de chacune d'elles. Il en est ainsi des marchandages et palabres qui se nouent, se prolongent, aboutissent enfin sur un marché africain, dans un bazar oriental ou une foire à bestiaux (sans doute l'observation psychosociologique inclinerait-elle à juger rudimentaire une analyse, en termes de volonté, d'un phénomène qui comporte des aspects affectifs et ludiques essentiels ; mais il est possible de les prendre en compte en introduisant dans le concept de volonté des facteurs irrationnels). De façon analogue, une vente entre deux grandes sociétés implique souvent une négociation serrée, une discussion minutieuse des diverses clauses, avant la rédaction, par des juristes spécialistes, d'un projet qui reçoive l'agrément des deux intéressés.

Toutefois, même dans ce cas qui semble être le paradigme de l'acte de volonté consciente, libre et éclairée, la volonté n'est pas toujours la source et la mesure du contrat conclu. En effet, un souci de rationalisation de la gestion (notamment) pousse les entreprises à étudier, préventivement, des conditions générales d'affaires qui régiront tous leurs contrats. Et il arrive qu'une vente soit apparemment conclue par l'échange d'un bon de commande, se référant aux conditions générales d'achat de l'acheteur, et d'une confirmation de commande, précisant que le vendeur ne contracte qu'à ses conditions générales de ventes, et que ces conditions générales soient contradictoires entre elles et incompatibles. La solution juridique est alors que la vente n'est pas conclue, faute d'accord. Si, pourtant, elle reçoit exécution de la part d'une partie et que des difficultés surgissent ensuite, il n'est plus possible d'appliquer les principes dans leur pureté, et l'on doit admettre parfois que l'accord a été réalisé sur l'essentiel – telle chose pour tel prix –, et que le reste (délais de paiement, conditions de livraison, étendue

de la garantie) n'est que modalités accessoires ; modalités non voulues en tout cas, et qu'un juge, ou un arbitre, réglera.

La volonté peut faire aussi question quant à son intégrité. C'est le cas lorsqu'un particulier n'est pas en position de discuter les conditions générales de vente que voudrait lui imposer un producteur (il n'est d'ailleurs, le plus souvent, pas tenté de le faire, n'étant pas en mesure d'en comprendre la signification) ; tout au plus a-t-il parfois la possibilité de refuser, en bloc, d'acheter. Mais est-il libre de ne pas acheter les produits de première nécessité ?

Une tendance née dans les années 1960 envisage le droit de la vente comme branche d'un droit de la consommation. On estime, en effet – du moins certains l'estiment –, qu'il convient d'assurer la sauvegarde du consommateur en tant qu'acheteur, et cette sauvegarde est souvent recherchée, dans une optique consensualiste de la vente, par la protection du consentement des acheteurs. Non sans motifs. Car s'il est vrai que les sujets économiques ne savent pas toujours ce qu'ils font, ni pourquoi ils le font, à l'involontaire foncier s'ajoute un involontaire provoqué : la technique de la vente, la tactique publicitaire débouchent dans une vaste stratégie du désir, une création du besoin et, si l'on peut encore parler de volonté, il faut voir que les idées courantes sur la délibération, le choix réfléchi, la libre décision, tout ce qui, dans la pensée des juristes, donne sa valeur au contrat, sont hors de propos. La constatation est évidente ; il est plus délicat d'en tirer des conclusions normatives. On peut réprimer ou s'efforcer de prévenir l'illicite en prohibant la publicité mensongère ou certaines méthodes agressives de vente (certaines formes de démarchage à domicile) qui s'analysent en une extorsion de consentement. Lorsqu'il ne s'agit que d'organisation quasi scientifique, la protection (si protection il doit y avoir) ne peut plus s'exercer quant au principe du contrat de vente, mais quant à ses effets.

## @ 2. Effets juridiques

Il n'est pas toujours possible de déceler dans la vente des effets auxquels aurait donné naissance un accord qui en serait donc distinct. Dans les ventes manuelles dont on a parlé plus haut, chacune des parties déploie pour la conclusion du contrat une activité qui représente exactement l'acte d'exécution de l'obligation essentielle que ledit contrat est censé faire naître à sa charge : remise

de la chose, paiement du prix. Il y a donc, tout ensemble, naissance et consommation du contrat. Mais, dans les autres types de vente, formation et effets du contrat sont deux moments différents, plus ou moins distants.

## @ Création d'obligations

L'obligation essentielle de l'acheteur consiste à payer le prix. Le prix, dans les droits internes, c'est normalement l'équivalent monétaire de la chose, tel qu'il résulte de l'évaluation commune des parties, ou de celle du vendeur (ou du producteur), ou tel qu'il est fixé d'autorité par le législateur, pour des raisons sociales, économiques ou monétaires ; dans la vente internationale, de façon plus réaliste, la notion se gonfle d'éléments divers : coût du transport, de l'assurance, de l'emballage, impôts et frais divers. Les modalités du paiement sont convenues entre les parties sous réserve, ici encore, des exigences supérieures de l'ordre étatique : encadrement du crédit, règlement des changes.

Une analyse aussi traditionnelle que généralement répandue sépare deux obligations distinctes du vendeur : obligation de délivrance et obligation de garantie (des vices de la chose, notamment) ; le vendeur doit procurer à l'acheteur la détention matérielle de la chose et, d'autre part, il engage sa responsabilité si la chose est inapte à l'usage normal auquel la destinait l'acheteur. La pratique, quant à elle, révèle une préoccupation unique, c'est-à-dire une seule obligation complexe : celle de livrer une chose conforme au contrat ; et peut-être peut-on ramener les solutions traditionnelles à ce principe unique, que consacrent les textes les plus récents. La qualité de la chose est parfois l'objet d'une définition légale minimale et d'un contrôle visant à réprimer les fraudes. C'est une autre question que de savoir si le vendeur peut modifier les données normales de la conformité par une clause acceptée par l'acheteur, ou que ce dernier serait censé avoir acceptée : on relève une tendance à n'admettre que restrictivement de telles clauses dans les rapports entre un professionnel et un non-professionnel.

Il est de la nature d'une obligation de ne pas être toujours exécutée. Le risque est moins normal entre commerçants, car la fidélité aux engagements est un élément essentiel de la réputation commerciale d'une entreprise. Il existe néanmoins, même dans cette hypothèse. La défaillance du vendeur appelle des remèdes diversifiés selon son intensité (non-livraison ou non-conformité) et selon

son domaine. Dans une conception civiliste de la vente, l'inexécution ou la mauvaise exécution est vue comme une cause de rupture de contrat : c'est la source d'un préjudice dont on procure la réparation par une allocation de dommages-intérêts (encore faut-il rappeler que les règles légales sont largement inefficaces : les ventes les plus courantes peuvent engendrer beaucoup d'insatisfaction chez les consommateurs, elles ne sont qu'exceptionnellement matière à procès). Dans la conception commerciale, le maintien du contrat, au besoin partiel ou après réaménagement, est préférable à sa disparition. Quant au vendeur, il se prémunit couramment contre le risque de non-paiement en stipulant des garanties efficaces : sûretés bancaires, réserve de propriété.

### 📍 Vente et transfert de propriété

La vente transfère-t-elle la propriété de la chose vendue ? Une division est tracée entre deux groupes de droits : ceux (de type français) où la vente est un mode de transfert, où le contrat emporte par lui-même déplacement du droit de propriété ; et ceux (dits de type romain) où la vente fait seulement naître une obligation de transférer la propriété, le transfert devant être opéré postérieurement par un mode adéquat, par exemple la tradition pour les meubles corporels et l'inscription sur un registre pour les immeubles. La *Common Law* se rattacherait au premier groupe en ce qui concerne les meubles corporels et au second pour les immeubles. La division est sommaire, car il convient parfois de distinguer selon la nature de la chose (l'acquisition de la propriété de choses fongibles ou futures suppose leur individualisation) et les personnes en cause (la propriété peut être transférée entre les parties alors que le transfert serait inopposable à un tiers).

Mais le problème est de savoir si certaines difficultés pratiques doivent être résolues de façon autonome ou comme de simples corollaires d'une attribution de propriété. Il en est ainsi de la question des risques, qui se formule en termes simples : en cas de perte de la chose par force majeure, lequel du vendeur ou de l'acheteur subira la perte ? Traditionnellement, on fait des risques une charge de la propriété (*res perit domino*), le transfert des risques suit donc le transfert de la propriété. Mais la pratique commerciale permet de comprendre qu'il n'y a en fait aucun lien nécessaire entre une question juridique, passablement abstraite (celle de la propriété) et une question pécuniaire et concrète (celle des risques) ; aussi les législations les plus évoluées ont-elles réglementé le transfert

des risques en faisant abstraction du transfert de la propriété.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## DROITS DE L'HOMME

### ***Prise de vue***

Il n'est aujourd'hui aucune organisation politique qui ne se prévale de son souci de réaliser les droits de l'homme. Longtemps limitée par les cadres nationaux, cette préoccupation s'est affirmée sur le plan international lorsque, le 10 décembre 1948, l'Assemblée générale des Nations unies a voté, sous le titre de Déclaration universelle des droits de l'homme, la charte proclamant les principes dont devrait s'inspirer la politique de tous les États et qui commanderaient également l'action des organes de la communauté internationale.

Qu'un pareil propos soit trop souvent démenti par les faits, c'est là une observation sur laquelle il est superflu d'insister. En revanche, ce qu'il convient de souligner, c'est que le décalage entre l'intention et les résultats n'est pas seulement un aspect du divorce habituel entre la théorie et la pratique. Il est, au moins en partie, la conséquence de l'ambiguïté qui affecte la notion même de droit de l'homme. On ne saurait en effet énoncer des droits sans prendre parti sur la définition de leur sujet. Quel est cet homme dont les droits sont proclamés ?

À cette question, l'histoire des idées et des institutions propose deux réponses qui, certes, ne sont pas absolument contradictoires sur le plan conceptuel, mais qui, en fait, conduisent à envisager le contenu et la liste des droits de façon sensiblement différente.

Une première conception s'attache à l'immutabilité et à la permanence de la nature humaine. Indépendamment de son origine, de sa condition sociale ou de son milieu, l'homme porte en lui un certain nombre de droits tellement inhérents à sa personne qu'ils ne sauraient être méconnus sans que, du même coup, son essence soit altérée. Ces droits, qui ne doivent rien à la législation positive

puisque'ils lui sont antérieurs, constituent autant de limites à l'action de l'État. À leur endroit, son seul devoir est de ne pas faire obstacle à leur exercice. C'est dans ce contexte philosophique que la Déclaration de 1789-1791 énonça, pour les reconnaître à l'*Homme*, les droits que l'organisation des institutions avait pour objet de garantir.

Cette interprétation libérale, classique ou traditionnelle des droits de l'homme est apparue insuffisante à partir du moment où l'on prit conscience que la jouissance d'un droit n'était d'aucun profit aux individus qui n'étaient pas en mesure de le mettre en œuvre. C'est alors que, progressivement, s'est dégagée une notion nouvelle des droits de l'homme qui vise à la réalisation concrète des facultés incluses dans les droits classiques. L'expression « droits sociaux » utilisée pour rendre compte de cette extension du droit implique à la fois un changement de perspective dans la manière d'envisager son sujet, une transformation de son contenu et une mutation radicale des devoirs de l'État.

Quant à son objet, le droit est dit social parce que son titulaire n'est pas l'homme en tant qu'incarnation d'une intemporelle nature humaine – que certains, avec le marxisme, considèrent d'ailleurs comme un postulat erroné –, mais l'individu tel que le font les multiples rapports sociaux dans lesquels il se trouve concrètement engagé. Cet homme, que définissent ses conditions d'existence, trouve dans sa situation le fondement des droits qui doivent lui être reconnus. D'où il suit que leur contenu est sensiblement élargi par rapport à celui des droits traditionnels puisque, à la limite, le droit social en arrive à s'identifier avec la consécration juridique des besoins. C'est donc en fonction de ceux-ci que le contenu du droit doit être établi ; ce qui ne va pas sans affecter les droits sociaux d'une certaine relativité, car il est clair qu'ils concernent les catégories sociales les moins favorisées. C'est ainsi que, dans de nombreuses législations, les droits sociaux en arrivent à désigner les droits des travailleurs.

Or ces droits, qui sont en réalité des créances sur la société, ne peuvent se réaliser sans une intervention des pouvoirs publics pour créer les conditions nécessaires à leur réalisation. Tandis que les droits traditionnels sont des facultés dont l'optimisme libéral considère qu'il suffit qu'elles ne soient pas entravées pour

que l'individu puisse les exercer, les droits sociaux requièrent au contraire une action positive de l'État sur les structures sociales. Les devoirs de l'État par rapport aux droits se trouvent en fait inversés : le droit classique, qui est un *droit de...*, est satisfait dès lors que les pouvoirs publics en reconnaissent la légitimité et ne mettent pas d'entrave à son exercice ; le droit social, qui est un *droit à...*, implique que la créance qu'il énonce soit garantie par l'État qui est ainsi tenu de pourvoir à sa réalisation.

Ce changement d'optique que schématise le passage du libéralisme intégral à un interventionnisme plus ou moins socialisant ne suppose pas, sur le plan théorique, une rupture totale de l'unité de la notion de droit de l'homme. Il serait en effet aisé de montrer que le droit social tend à prolonger dans leurs conditions d'exercice les exigences formulées par les droits dont la doctrine classique accorde la jouissance aux individus. Toutefois, dans le domaine du projet politique, le changement fut assez considérable pour former une ligne de clivage entre les régimes. Il suffit, pour s'en convaincre, de mesurer, par exemple, l'écart qui sépare les systèmes politiques qui se réclament de la liberté inhérente à l'homme de ceux qui se sont proposé sa libération.

## 📌 1. Déclarations des droits

« Par déclaration des droits, on entend, d'une manière générale, l'affirmation du droit individuel et de ses applications par une autorité constituante qualifiée (chef, peuple ou assemblée) ; peu importe que cette affirmation soit contenue dans un document spécial sous le nom de *Déclaration* ou qu'elle figure dans le texte constitutionnel proprement dit » (Jean Dabin, *Doctrines générales de l'État*).

Il y a donc, dans la notion de déclaration des droits, conjonction, sinon confusion de deux idées motrices : d'une part, celle de l'existence, en eux-mêmes, de droits individuels ; d'autre part, l'idée de leur affirmation sous forme écrite, avec la puissance renforcée que confère l'édition par le pouvoir constituant. La première idée est très ancienne ; si ancienne qu'on ne peut en déterminer exactement l'apparition. Logiquement, l'existence de droits appartenant à l'homme en tant qu'homme se situe à l'origine même de la vie sociale. Historiquement,

« l'idée du droit naturel est un héritage de la pensée chrétienne et de la pensée classique. Elle ne remonte pas à la philosophie du XVIII<sup>e</sup> siècle, qui l'a plus ou moins déformée, mais à Grotius, et avant lui à François Suarez et à François de Vitoria ; et plus loin à saint Thomas d'Aquin ; et plus loin encore à saint Augustin et aux Pères de l'Église et à saint Paul ; et toujours plus loin à Cicéron et aux stoïciens, aux grands moralistes de l'Antiquité, et à ses grands poètes, à Sophocle en particulier. Antigone est l'héroïne éternelle du droit naturel, que les Anciens appelaient la *loi non écrite*, et c'est le nom qui lui convient le mieux » (Jacques Maritain, *Les Droits de l'homme et la loi naturelle*).

En revanche, l'idée de déclaration est nouvelle, et même relativement récente, puisqu'elle date du XVIII<sup>e</sup> siècle. Le droit naturel devient, à travers elle, une loi écrite et une loi positive. « Déclarer, c'est non seulement faire connaître ce qui est ignoré. Mais c'est dire les choses exprès et de dessein, pour en instruire ceux à qui on ne veut pas qu'elles demeurent inconnues [...] la déclaration annonce une démonstration claire, une action importante, une volonté décidée » (F. Guizot, *Nouveau Dictionnaire universel des synonymes de la langue française*).

Ces trois caractères sont, peu ou prou, ceux de toutes les déclarations des droits, mais ils apparaissent avec éclat dans la Déclaration de 1789, archétype de toutes les déclarations ■. Quand on dit *la* Déclaration c'est elle que l'on vise. Elle est un événement capital, non seulement de l'histoire de France, mais de l'histoire du monde.

## @ L'idée et les caractères

### **Une démonstration claire**

Le rôle d'une déclaration est de faire venir à la conscience claire ce qui était jusque-là confusément ressenti. Les droits sont dans la nature. L'intelligence les y trouve, ou plus exactement les y découvre, en énonçant, avec la nature propre de l'individu, ses exigences profondes et leurs implications quant aux rapports qui l'unissent à tous les êtres humains.

Le mérite d'une déclaration des droits consiste, selon La Fayette (Assemblée nationale, séance du 11 juillet 1789), « dans la vérité et la précision ;

elle doit dire ce que tout le monde sait, ce que tout le monde sent ». Champion de Cicé, archevêque de Bordeaux, parlant au nom du comité de constitution, le 27 juillet, écarte résolument la rédaction de Sieyès comme trop abstraite, trop profonde, trop parfaite ; elle suppose, dit-il, « plus de sagacité et de génie qu'il n'est permis d'en attendre de ceux qui doivent la lire et l'entendre ; et tous doivent la lire et l'entendre ». Le 19 août, Rabaut-Saint-Étienne développe un vœu pour qu'une « déclaration simple, claire, d'un style qui fût à la portée du peuple, renfermât toutes les maximes de liaison et de liberté qui, enseignées dans les écoles, formeraient une génération d'hommes libres, capables de résister au despotisme ».

### **Une action importante**

La déclaration apparaît à ses auteurs d'une importance capitale. Alors que l'Assemblée est en conflit avec le roi, qu'elle est menacée simultanément par les entreprises de la contre-révolution et les violences populaires, que se développe l'« anarchie spontanée », elle consacre son premier débat constitutionnel, du 17 au 26 août, à une question a priori beaucoup moins urgente que l'organisation nouvelle des pouvoirs publics.

Mounier en indique la raison : « Pour qu'une constitution soit bonne, il faut qu'elle soit fondée sur les droits de l'homme, et qu'elle les protège évidemment ; il faut donc, pour préparer une constitution, connaître les droits que la justice naturelle accorde à tous les individus ; il faut rappeler tous les principes qui doivent former la base de toute espèce de société, et que chaque article de la constitution puisse être la conséquence d'un principe. »

### **Une volonté délibérée**

La déclaration a pour objet de rendre ses principes obligatoires en les constitutionnalisant. Si la Déclaration des droits comporte certaines dispositions de droit constitutionnel, dont la plus fameuse est la séparation des pouvoirs, la plupart de ses articles, en tant que concernant les relations des individus et de l'État, appartiennent matériellement au *droit public relationnel*. Elles ne relèvent que formellement du droit constitutionnel, en ce qu'elles sont un texte écrit, œuvre du législateur constituant (cf. M. Prélot, *Institutions politiques et droit constitutionnel*).

Qu'elle soit, suivant les opinions, proprement intégrée à la constitution ou qu'elle la précède, comme une manière de liminaire idéologique, la déclaration fait organiquement partie de la constitution écrite en tant qu'œuvre de l'organe constituant. Ses dispositions bénéficient des avantages dus au procédé de l'écriture. En outre, dans les pays de constitution rigide, elle jouit de la stabilité renforcée qui résulte de l'élaboration et de l'adoption des normes par un organe différent de l'organe législatif ordinaire et supérieur à lui.

## 📍 Avant 1789, les antécédents et les sources

Pour porteuse de nouveautés qu'elle soit en elle-même, la Déclaration de 1789 a cependant des précédents et des inspirateurs.

### **Les premiers textes**

Le premier texte dont elle peut se réclamer, la *Magna Carta*, fut rédigé en 1215, sur le sol français, dans l'abbaye cistercienne de Pontigny, mais par des Anglais émigrés, en révolte contre leur roi, Jean sans Terre ; le deuxième est la *Petition of Rights* de 1629 ; le troisième le *Bill of Rights* de 1689. Toutefois, si ces documents, comme la Déclaration elle-même, sont des limitations à l'absolutisme, leurs dispositions sont précises et concrètes, liées aux faits et correspondant à des moments de l'histoire anglaise. Mais déjà Locke, en donnant dans son *Pouvoir civil* un fondement naturel et général aux droits revendiqués par la « Révolution modèle », établit la transition avec les déclarations américaines.

Désireuses de gagner à leur cause l'opinion si sensible de l'époque, influencées par la philosophie du XVIII<sup>e</sup> siècle, les treize colonies unies déduisent la liberté morale de l'observation même de l'homme. La *Déclaration de l'Indépendance* (Philadelphie, 4 juillet 1776) « considère comme des vérités évidentes par elles-mêmes que les hommes naissent égaux ; que leur Créateur les a dotés de certains droits inaliénables, parmi lesquels sont la vie, la liberté, la recherche du bonheur ; que les gouvernements humains ont été institués pour garantir ces droits ». Pour mieux resserrer les liens entre les colonies émancipées, l'Acte de confédération leur fait un devoir de se défendre « contre toute violence ou attaque, qui, pour cause de religion, de souveraineté, de commerce, ou sous tout autre prétexte, atteindrait toutes ou l'une d'elles » (art. 3). Toutes les colonies, à

l'exception du Connecticut et du Rhode Island, révisent leurs constitutions, en tête desquelles huit placent des déclarations de droits (1776-1783). Toutes rappellent le droit à la liberté individuelle, qui résulte en Angleterre de la *Magna Carta* ; car c'est le minimum de la liberté civile. Mais toutes mentionnent aussi, comme un droit inaltérable et inaliénable, la liberté religieuse (à la seule condition de ne pas troubler la paix publique ou l'exercice, par autrui, de sa religion), qui forme le maximum de la liberté civile. Entre les deux extrêmes, liberté individuelle et liberté religieuse, les autres droits, de la propriété à la réunion, prennent place, avec plus ou moins de développement, à mesure que les constitutions se suivent (cf. A. de Lapradelle, *Cours de droit constitutionnel professé à la faculté de droit de Paris*).

### **Un confluent**

Par l'intermédiaire des gentilshommes français qui avaient combattu outre-Atlantique, les déclarations américaines exercent sur les constituants de 1789 une influence si grande que certains auteurs excluent les autres sources intellectuelles. Telle est la thèse de G. Jellinek qui retrouve l'inspiration de la Réforme, du luthéranisme allemand, du puritanisme anglo-hollandais dans l'élan des colons révoltés (G. Jellinek, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*). Cette origine américaine est également jugée prévalante par A. Aulard (*Histoire politique de la Révolution française. Origines et développement de la démocratie et de la République, 1789-1804*). Par contre, P. Janet découvre l'influence prépondérante de Rousseau (P. Janet, *Histoire de la science politique dans ses rapports avec la morale*) ; d'autres auteurs rattachent la déclaration française à la philosophie du XVIII<sup>e</sup> siècle ; d'autres, enfin, la font découler de la pensée des physiocrates (Marcaggi, *Les Origines de la Déclaration des droits de l'homme de 1789*).

Au vrai, les articles de la Déclaration se situent au confluent de divers courants intellectuels. Ceux-ci se manifestent non dans l'authenticité de leurs œuvres majeures mais dans leur vulgate. Les doctrines inspiratrices interviennent dans la mesure où elles puisent au fonds commun de la *politische Weltanschauung* de l'époque. La déclaration appartient à ce que Julien Benda appelle l'*histoire démocratique* des idées, opposée par lui à l'*histoire aristocratique* de celles-ci (cf. M. Prélot, *La Science politique*).

La chose apparaît bien dans la manière dont la Déclaration fut quasi anonymement élaborée. « 1 200 députés, incapables d'aboutir à une expression concise et lumineuse, quand ils travaillaient soit isolément, soit par petits groupes, trouvèrent les vraies formules, courtes et nobles, dans le tumulte d'une discussion publique, et c'est à coups d'amendements improvisés que s'élabora, en une semaine, l'édifice de la Déclaration des droits... À lire cette discussion dans les comptes rendus contemporains, on a l'impression que c'est la nation, devenue souveraine par des actes spontanés, qui dicte la Déclaration à ses représentants » (A. Aulard, *op. cit.*).

## 📍 Le contenu de la Déclaration de 1789

D'ordinaire, on limite le contenu de la Déclaration à son propre préambule et à ses dix-sept articles. Mais la Déclaration, pour être bien comprise, ne doit pas être séparée du préambule de la Constitution qui la suit immédiatement et du titre premier de celle-ci, *Dispositions fondamentales garanties par la Constitution*.

### **Les dix-sept articles**

La Déclaration a pour point de départ la notion de droits naturels, droits que l'individu possède à raison de sa qualité même d'être humain et de membre d'un corps politique quel qu'il soit. L'État est établi en fonction de l'individu et pour l'individu, comme une organisation dont la raison d'être est de lui garantir ses facultés naturelles : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression » (art. 2).

« La *liberté* consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi » (art. 4). « La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce que la loi n'ordonne pas » (art. 5). De cette notion générale de la liberté, la Déclaration déduit un certain nombre de libertés particulières : la *liberté physique* (art. 7) :

« Nul ne peut être accusé, arrêté, ni détenu, que dans les cas déterminés que par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites » ; la *liberté d'opinion et de conscience* (art. 10) : « Nul ne peut être inquiété pour ses opinions, même religieuses » ; la *liberté de pensée et de presse* (art. 11) : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi. »

La *propriété* est une forme et une condition de la liberté de l'individu. Suivant l'article 17, « 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 ».

La *sûreté* n'est pas, à vrai dire, un droit qui ait un contenu spécial. C'est le droit du citoyen – c'est-à-dire de l'homme entré dans une société politique – d'exiger que le corps social reconnaisse ses droits naturels de liberté et de propriété et protège ceux-ci par son organisation politique, judiciaire, administrative.

La Déclaration se borne à énoncer le principe de la résistance à l'oppression sans déterminer ni quand il y a oppression, ni les moyens de résistance qui peuvent lui être légitimement opposés.

Avec la liberté, la Déclaration reconnaît l'*égalité* : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune » (art. 1<sup>er</sup>).

De l'égalité des individus ainsi énoncée en termes généraux, la Déclaration tire le principe de l'*égalité devant la loi et devant la justice* : « La loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » (art. 6), et celui de l'*égalité devant l'impôt* : « 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 » (art. 13).

Elle proclame aussi l'*égale admissibilité aux emplois publics* : « Tous les citoyens étant égaux aux yeux de la loi sont également admissibles à toutes les dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents » (art. 6).

## **Le préambule**

Le préambule est aujourd'hui généralement négligé ; la Déclaration tient sa valeur de ce qu'elle est un « projet » pour la France à partir de 1789. Mais, à l'inverse, les hommes de la Révolution ont considéré surtout dans la Constitution la notification du décès de l'Ancien Régime. Le préambule se veut une barrière contre son retour éventuel, de la même façon que les Américains avaient édifié leur déclaration des droits comme une machine de guerre contre le roi d'Angleterre et le système despotique (A. Aulard, *La Révolution française*). Comme autant d'impitoyables coups de hache sur du bois en partie mort, mais, en partie aussi, vigoureux encore, le préambule répète quatre fois : « il n'y a plus ». C'est tout l'ordre social antérieur à 1789 qui disparaît ainsi, non seulement en fait, mais en droit.

## **Le titre premier**

La *garantie*, corollaire cette fois positif, se réfère aux divers droits fondamentaux invoqués par la Déclaration : elle garantit tout d'abord l'égal accès aux places et emplois, la liberté d'aller et de venir, de parler et d'écrire, d'imprimer et de publier ses pensées, la liberté d'exercer un culte religieux. La garantie complète aussi la Déclaration sur certains points comme « la liberté des citoyens de s'assembler paisiblement et sans armes en satisfaisant aux lois de police ». Elle contient enfin quelques dispositions d'ordre social concernant un établissement général de secours publics pour élever les enfants abandonnés, soulager les pauvres atteints d'infirmités et fournir du travail aux chômeurs, ainsi que la création et l'organisation d'une instruction publique.

## **@ La suite française**

La Déclaration de 1789 est au cœur de tous les débats intellectuels et de tous les affrontements civiques du XIX<sup>e</sup> siècle, qui se prolongent jusqu'à la Première Guerre mondiale et à la révolution russe. Les positions prises à l'égard

des droits de l'homme sont l'une des grandes lignes de clivage des opinions, et l'on pourrait, comme l'a fait Charles Beudant, écrire sous cet angle une histoire des idées politiques.

L'attachement des constituants successifs à la Déclaration de 1789 se manifeste de deux manières : les uns essaieront, à plusieurs reprises, de compléter ou de rectifier, au moyen d'un texte nouveau, l'œuvre de 1789 ; les autres se référeront plus ou moins directement à la Déclaration et, même en récusant son esprit, accepteront ses conséquences.

### **De nouvelles déclarations**

Il y a officiellement quatre tentatives pour refaire la Déclaration, dont deux seulement ont abouti à un texte appliqué.

La *Déclaration de 1793*, ou de l'an I, est celle qui « marque le mieux le point culminant auquel la Révolution a atteint » (Emile Aollas, *Philosophie de la science politique et commentaire de la Déclaration des droits de l'homme de 1793*). Elle esquisse certaines perspectives socialisantes, reconnaît le droit au travail et à l'insurrection. Adoptée par la Convention, la Déclaration de l'an I, comme la Constitution elle-même, n'entrera pas en vigueur. La *Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen du 5 fructidor an III* traduit, à l'inverse, un mouvement de retrait. Elle limite les droits par les devoirs. Elle donne la propriété comme la base de la « société civilisée ». Le préambule et les chapitres premier, II et III de la *Constitution du 4 novembre 1848* affirment, comme la Déclaration, l'existence de droits individuels antérieurs et supérieurs au droit de l'État. Mais ils y ajoutent les premiers éléments d'un droit social. L'inspiration est chrétienne et non pas seulement déiste. La liberté de l'enseignement est proclamée.

La *Déclaration des droits de l'homme du 19 avril 1946* tend, dans un esprit voisin de celle de 1848, à poursuivre l'œuvre de 1789, en élargissant la démocratie politique et en la prolongeant par une démocratie sociale. Elle est, à cet égard, comme les constitutions étrangères de l'entre-deux-guerres, sollicitée par les deux tendances contradictoires de l'individualisme traditionnel et de la socialisation ambiante. Mais la conciliation empirique réalisée ailleurs se heurte

aux antinomies de principe que découvre la logique française entre l'absolutisme des droits individuels et la relativité des droits sociaux. Il manque aussi à la rédaction de 1946 cet élan d'unanimité qui caractérise les déclarations antérieures. Une réserve plus accentuée encore devait être manifestée par le pays, qui, fait alors unique dans notre histoire, rejeta le projet de déclaration avec l'ensemble de la Constitution, les clauses établissant la relativité de la propriété et l'absence d'affirmation de la liberté d'enseignement ayant joué un rôle certain dans le refus populaire (cf. J. Rivero et G. Vedel, *Les Problèmes économiques et sociaux et la Constitution du 27 octobre 1946*).

### **Des constitutions sans déclaration**

Les autres constitutions françaises ne contiennent pas de déclaration des droits ou de textes équivalents. Cependant, toutes se rattachent aux principes de 1789.

Ainsi la *Constitution de l'an VIII* (maintenue sur ce point par les sénatus-consultes de l'an X et de l'an XII) organise-t-elle très discrètement le droit individuel, dans un titre VI qualifié de « dispositions générales », dont est soigneusement bannie toute affirmation de principe suspecte d'« idéologie ». La *Charte de 1814* débute par une rubrique *Droit public des Français*, qui, en douze articles, maintient l'essentiel des conquêtes de la Révolution, tandis qu'elle restaure par ailleurs la souveraineté royale. La *Charte de 1830* reprend presque le même texte et, de plus, promet, à son article 69, le vote de loi garantissant les libertés, notamment celles de presse et d'enseignement. La *Constitution de 1852*, dans son article premier, « reconnaît, confirme et garantit les grands principes proclamés en 1789, et qui sont la base du droit public français ». L'article 26 contient même une sorte d'énonciation de ces principes : « Le Sénat s'oppose à la promulgation des lois qui seraient contraires ou qui porteraient atteinte à la Constitution, à la religion, à la morale, à la liberté des cultes, à la liberté individuelle, à l'égalité des citoyens devant la loi, à l'inviolabilité de la propriété et au principe de l'inamovibilité de la magistrature... »

Les *lois constitutionnelles de 1875* se limitent à l'organisation et aux rapports des pouvoirs publics. Elles ne comportent ni déclaration, ni garantie, ni référence. Diverses thèses ont été soutenues pour affirmer, malgré ce silence, la

survie des Déclarations des droits dans le droit de la III<sup>e</sup> République :

– Le *système de la superlégalité constitutionnelle* : la Déclaration de 1789, ouvrant, en France, l'ère constitutionnelle, pose des principes définitifs.

– Le *système coutumier* : les textes de 1789 continuent de valoir à titre de coutume constitutionnelle.

– Le *système de la disjonction de la constitution sociale et de la constitution politique* : le renversement de l'Empire, abolissant la seconde, laisse survivre la première. Toutefois l'application exacte de cette thèse voudrait que la France, en revenant à la République, soit revenue en même temps à la dernière Déclaration, celle de 1848. Telle était la thèse encore affirmée au début du siècle par un des pères de la Constitution de 1875, Henri Wallon. A. de Lapradelle l'a étayée d'arguments brillants et subtils, mais n'a recueilli que peu d'audience.

– Le *système des principes* : les déclarations ne posant que les principes des droits individuels sans les organiser, ceux-ci continuent de valoir par eux-mêmes, sans avoir besoin d'un texte, comme valent « les principes généraux du droit » invoqués par la jurisprudence.

La *Constitution du 27 octobre 1946* contient un préambule se référant directement à la Déclaration de 1789, mais elle y joint l'affirmation de certains principes dont la reconnaissance est rendue nécessaire par l'évolution économique et sociale. Cette juxtaposition consacre l'échec de la synthèse tentée par la Déclaration du 19 avril 1946. C'est au législateur et au juge qu'il revient de mesurer l'importance respective des survivances et des innovations, comme de faire prévaloir les unes ou les autres.

La *Constitution du 5 octobre 1958* se limite aussi à un préambule, mais celui-ci est plus bref encore, puisqu'il n'est qu'une référence aux références de la Constitution antérieure. La Déclaration de 1789 est expressément visée, mais les droits de l'homme se trouvent mis en balance avec le principe de la souveraineté nationale entendu comme l'affirmation de l'indépendance externe de la nation. Ainsi est amorcée l'évolution nationaliste et autoritaire du régime.

## 📍 L'expansion externe, nationale et transnationale

Tandis que la Déclaration de 1789 connaît, en France, la suite historique qu'on a vue, elle se propage à travers le monde, expansion souvent contrariée mais finalement irrésistible. On peut distinguer deux phases : l'époque libérale où la Déclaration comble toutes les aspirations ; l'époque de l'entre-deux-guerres où la Déclaration est complétée et corrigée dans une ambiance socialisante.

### **L'époque libérale**

Au long du XIX<sup>e</sup> siècle, en Europe et en Amérique latine, la Déclaration est la grande inspiratrice de tout le mouvement politique et social.

Elle inspire la Constitution espagnole de 1812<sup>■</sup>, la *Pepa*, qui, pendant quinze ans, à l'époque de la Sainte-Alliance, est le symbole de la lutte menée par les libéraux contre l'absolutisme. Elle est adoptée par les insurgés de l'Europe méditerranéenne, du Piémont à Naples. En son nom, les colons de l'Amérique latine se soulèvent.

Après 1830, la Constitution de Cadix est évincée, en tant que prototype des constitutions libérales, par la Constitution belge de 1831 qui devient, jusqu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, le modèle et l'exemple. Ce système de monarchie parlementaire et libérale est largement imité en Espagne (1837), au Portugal (1838), en Grèce (1844), à Naples, à Rome et au Piémont (1848), en Roumanie (1866), en Serbie et en Bulgarie (1879).

Jusqu'à la veille de la Première Guerre mondiale, la Déclaration des droits de 1789 demeure, à travers les modèles intermédiaires espagnol et belge, la formule « classique ». Reproduite, à quelques modifications près, par toutes les constitutions européennes et sud-américaines, elle manifeste la communauté de source et d'esprit qui les anime.

### **L'époque contemporaine**

Après la Première Guerre mondiale, l'influence de la Déclaration de 1789 se fait également sentir, mais elle est dépassée et parfois contredite par des tendances que l'on qualifie de « nouvelles » bien que, déjà, les Déclarations de

1789 et de 1793 aient renfermé, à côté des droits à l'abstention de l'État, des obligations positives pour celui-ci et que la Constitution de 1848 soit allée plus loin encore, notamment avec l'affirmation du principe de la protection du travail.

Mais, après 1919, les droits sociaux et politiques tendent à prévaloir (cf. *infra*). Par suite des servitudes historiques au sein desquelles, en Europe centrale et orientale, ont été élaborées les nouvelles constitutions, en conséquence des difficultés économiques nées de la liquidation de la guerre et du morcellement du continent, presque toutes les déclarations ont à la fois étendu les obligations positives de l'État et atténué certains droits de type classique. Les limitations concernent surtout la propriété, mais elles s'étendent aussi aux autres libertés individuelles sur lesquelles est établi ce que Boris Mirkine-Guétzévitch a appelé un « contrôle social » (B. Mirkine-Guétzévitch, *Les Nouvelles Tendances du droit constitutionnel*).

Cette tendance des constitutions est dite socialisante. Elle n'est toutefois pas le monopole du réformisme marxiste, puisqu'elle est aussi inspirée par le catholicisme social (A. de Mun, H. Lorin, E. Duthoit) et le solidarisme laïc (L. Bourgeois, L. Duguit). Elle peut ainsi se concilier avec la tradition classique. Par contre, le marxisme révolutionnaire de l'U.R.S.S. et des démocraties populaires fut en rupture directe avec celle-ci. La Déclaration de 1789 n'était admise que comme un moment de l'histoire sans doute important, mais depuis dépassé. Elle se voyait opposer une conception du droit inconciliable avec la sienne propre.

Cette position s'est traduite par l'abstention de l'U.R.S.S. lors du vote, le 10 décembre 1948, par l'Assemblée générale de l'O.N.U., de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, dont le texte peut être considéré comme le dernier surgeon de la Déclaration de 1789. Sans doute n'y a-t-il pas référence expresse, car, comme l'a expliqué Jacques Maritain, on n'a pas cherché à donner à la Déclaration universelle de justification rationnelle (cf. J. Maritain, *L'Homme et l'État*), mais, parmi les apports multiples, celui de la tradition révolutionnaire française reste manifestement le plus considérable.

On peut en dire autant de la *Convention européenne des droits de l'homme*, signée à Rome le 4 novembre 1950, ainsi que de la *Convention*

*interaméricaine des droits de l'homme* de 1969.

## 🌐 2. Droits politiques et sociaux

Les textes des déclarations des droits proclament les droits de l'homme, mais la réalité d'un régime politique et social ne peut être comprise que par la connaissance des garanties de l'exercice de ces droits. Ceux-ci peuvent être individuels ou collectifs, parmi eux figurent ceux que l'on peut appeler « droits politiques et sociaux ». Ils dépassent la simple affirmation ou la simple mise en œuvre des principes de liberté ou d'égalité. À la lumière de ces deux principes fondamentaux, qui conditionnent la place du citoyen dans la société et par conséquent la structure fondamentale de l'État, la situation politique de l'individu n'apparaît souvent que sous son aspect passif. Les droits politiques et sociaux impliquent en outre une prérogative positive du citoyen ou une véritable créance à l'égard de la société.

La conquête des droits politiques et sociaux est l'aspect juridique le plus éclatant du développement de la société contemporaine. Elle est, pour le citoyen, l'expression de la mise en place d'une structure démocratique de l'État. Elle s'est réalisée en deux étapes au cours des deux derniers siècles : phase de développement de la démocratie libérale (des révolutions de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle à la Première Guerre mondiale), marquée par la revendication puis l'introduction des droits politiques dans l'ordre juridique positif, phase de perfectionnement social de la démocratie (qui se manifeste depuis un demi-siècle), se traduisant par l'affirmation et la conquête des droits sociaux.

De 1917 au début des années 1990, le problème des droits politiques et sociaux s'est posé en termes différents suivant les systèmes d'État et de droit. Les démocraties occidentales sont parvenues à une reconnaissance et à une réalisation avancées des droits politiques ; elles ont attaché une importance plus ou moins grande aux droits sociaux suivant leur degré d'imprégnation socialiste. À l'inverse, les démocraties socialistes, qui se sont souvent construites sur les ruines d'États à régime féodal ou dictatorial, ont dès leur origine porté leur effort sur la réalisation des droits sociaux et mis en marge ou en réserve pour une étape ultérieure de leur développement les droits politiques dont pourraient jouir leurs citoyens. Comment épanouir les droits sociaux dans les démocraties libérales ?

Pouvait-on développer les droits politiques dans les démocraties socialistes ? Tel fut l'enjeu pendant longtemps du grand défi entre les régimes et les idéologies qui se partageaient la planète et qui cherchaient à attirer dans leur orbite les pays du Tiers Monde, dont les habitants ont été privés, par les circonstances historiques des deux derniers siècles, de la jouissance des droits politiques et des droits sociaux.

L'effondrement des régimes socialistes à partir de 1989 et la transition des pays d'Europe de l'Est et des pays issus de l'Union soviétique vers la démocratie de type occidental ont entraîné une évolution de ces pays vers le modèle libéral. L'héritage du passé a marqué cette évolution. Les droits politiques n'ont pas toujours été appliqués dans leur plénitude. Les droits sociaux propres au régime socialiste ont été abandonnés assez rapidement, plus par manque de moyens économiques que par principe.

## 📍 Les droits fondamentaux

Les droits politiques et sociaux constituent une des branches les plus importantes des droits de l'homme que proclament les déclarations des droits, et garantissent les constitutions ou les régimes qui accordent leur droit positif avec les principes dont ils se réclament.

Pour déterminer les droits que l'homme peut faire valoir face à ses concitoyens et à l'État et son pouvoir, la doctrine française contemporaine distingue les « libertés publiques » et les « droits sociaux ». L'expression « droits politiques » est généralement maintenue au second plan, tant il apparaît à l'opinion française que, dans le domaine du droit public, le droit le plus fondamental de l'homme est la sûreté, la liberté individuelle ; elle y voit plus l'absence de contrainte étatique et la garantie contre les abus que l'exercice d'un droit.

La terminologie française, depuis deux siècles, a subi une profonde évolution qui traduit le développement des conceptions positives ; des aperçus de terminologies étrangères, qui témoignent de profondes dissemblances pour des concepts voisins, peuvent aider à éclairer la question.

## **Droits fondamentaux et droits civils**

L'affirmation positive des droits de l'homme consécutive à l'épanouissement de la doctrine du droit naturel bouleversa la distinction romaniste traditionnelle entre droits publics et droits privés. Le droit public passa au premier plan des préoccupations : les citoyens reçurent des « droits politiques », c'est-à-dire des droits organisant leur participation aux affaires publiques. Ainsi Sieyès distingua les « droits civils » et les « droits politiques » suivant une formule qui devait être appelée à une brillante fortune ; les premiers (ou droits naturels) sont des droits passifs, les seconds des droits actifs.

Or l'expression « droits civils » n'a pas, en langue française, la signification de l'expression *civil rights* dans les langues anglaise et américaine (le français tend à oublier que l'adjectif civil qualifie le citoyen). Mais par « civil rights », la langue anglaise exprime ce que la langue française entend essentiellement par « libertés publiques » : sûreté de la personne, respect de l'intimité, liberté religieuse, liberté d'opinion, égalité.

La langue allemande utilise de préférence le terme *Grundrechte* : « droits fondamentaux ». L'expression, par son caractère de généralité, est très fructueuse ; elle permet d'englober les droits politiques et les droits sociaux dans un concept d'ensemble.

## **Droits publics et droits politiques**

Pellegrino Rossi, envisageant cinquante ans après Sieyès l'ensemble de l'acquis juridique des révolutions, trouve incomplète la distinction des droits civils et politiques ; il lui préfère la distinction en droits privés, publics (ou sociaux) et politiques. Les droits privés, conformément à la tradition romaine, règlent les transactions individuelles entre les hommes. Mais il y a d'autres droits individuels inconcevables hors de la société : « Ce sont des droits dont le germe est dans la nature humaine, mais dont le développement demande une société plus ou moins avancée [...]. On pourrait les appeler droits sociaux en ce sens que, pour qu'ils existent, il faut un état social. » Rossi préférerait les appeler droits sociaux, mais il se conforme à l'usage en les désignant sous le nom de droits publics.

À côté de ces droits privés et publics, Rossi distingue les droits politiques proprement dits : « Ils consistent dans la participation à la puissance

publique [...]. On ne peut les confondre avec les droits publics, parce que les droits politiques, quoi qu'on fasse, qu'on les suppose aussi généreux qu'on voudra, impliquent toujours une condition de capacité. » Et Rossi fait une analyse éclairante de la distinction des droits fondamentaux suivant les normes de la démocratie libérale : « Les droits publics sont la chose, les droits politiques sont la garantie. Supposez que demain on découvrit un moyen certain de garantir les droits de l'État et des citoyens sans gouvernement, il n'y aurait pas de droits politiques mais des droits publics. Ce qui ne veut pas dire qu'il n'y ait des rapports très étroits entre l'organisation sociale et l'organisation politique, entre les droits publics et les droits politiques ; mais ces rapports sont précisément les rapports qui existent entre deux choses diverses, ce ne sont pas des rapports d'identité. »

On peut retenir de l'analyse des juristes libéraux que la notion de droits politiques englobe les droits à la participation démocratique et à l'opposition au gouvernement ; il s'agit du droit à des élections libres, du droit de vote, du droit à la liberté de réunion et d'expression de la pensée, du droit d'association.

### **La notion de droits sociaux**

Ce concept est plus complexe à l'origine, mais la terminologie semble mieux fixée de nos jours. Elle trouve son fondement, au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, dans les doctrines socialistes. C'est Charles Fourier qui est le père de l'expression « droit au travail » ; il affirme que « la politique vante les droits de l'homme et ne garantit pas le premier droit, le seul utile, qui est le droit au travail », et il écrit ailleurs que la société « doit assurer au peuple du travail en temps de santé et des secours, un minimum social, en cas d'infirmité ». L'expression « liberté du travail », magnifiée en 1791, était dorénavant usée ; cette liberté n'avait jamais participé à la faveur pour les « droits de l'homme », car elle n'était ni un droit civil ni un droit politique. Le droit au travail apparaissait alors comme un droit social, le premier d'entre eux et la fin suprême.

Après les expériences malheureuses de 1848, c'est dans l'association des travailleurs et non dans les élections politiques que le socialisme mit son espoir d'améliorer le sort du peuple : « Le plaisant souverain qu'un souverain qui meurt de faim », avait dit Fourier, et Marx lui fera écho : une loi déterminant la journée de travail, voilà « la véritable grande charte du monde moderne », et cette

charte remplacera utilement « le pompeux catalogue des droits de l'homme ». Les travailleurs s'associent alors pour obtenir satisfaction de leurs revendications : c'est le mouvement des trade-unions en Grande-Bretagne, la lutte pour l'abolition du délit de coalition en France et progressivement, dans tous les pays industrialisés qui accèdent peu à peu au régime de démocratie libérale, la reconnaissance du droit syndical.

Mais à partir de là, la reconnaissance des droits sociaux s'étendra à des domaines voisins : droit au repos et au loisir, droit à la sécurité (maladies, accidents), droit à l'instruction, etc. Le mouvement s'accéléra dans les démocraties libérales à partir de la Première Guerre mondiale sous l'influence de la poussée réformatrice interne et par contagion des démocraties socialistes. Après la révolution russe d'octobre 1917, l'existence d'un État socialiste concrétise la vision selon laquelle la conquête des droits sociaux est essentielle et prioritaire. Cette révolution survenant dans un pays peu industrialisé et que la démocratie libérale n'avait pas atteint, les institutions de l'Union soviétique ne sacrifièrent pas historiquement les droits politiques aux droits sociaux qu'elles établissaient. Il en fut de même après la Seconde Guerre mondiale dans la quinzaine de pays qui prirent la forme d'États de démocratie populaire ou socialiste.

On pouvait ainsi caractériser la situation des droits politiques et sociaux dans le monde au milieu des années quatre-vingt : la démocratie libérale a porté à leur sommet les droits politiques, mais, reposant sur un régime économique fondé sur la libre entreprise et le profit, elle n'accorde les droits sociaux que parcimonieusement ; la démocratie socialiste a perfectionné le système des droits sociaux, mais difficilement introduit dans son système les droits politiques fondamentaux exprimés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme.

L'exercice de ces droits politiques et sociaux subit toutefois des revers ou des éclipses lorsque les démocraties sont atteintes de crises politiques les conduisant aux formes dictatoriales du pouvoir.

## 📍 La démocratie libérale et les droits sociaux

C'est la reconnaissance, l'existence et la garantie des droits politiques qui déterminent le régime de démocratie que peut connaître un pays. Le droit à la

sûreté de la personne et à la libre expression de la pensée marque le perfectionnement suprême de la démocratie libérale ; la Grande-Bretagne, « mère des parlements », a servi également de modèle dans ce domaine à de nombreuses démocraties. L'*Habeas Corpus Act* de 1679, « loi pour mieux garantir la liberté des sujets et prévenir l'envoi des prisonniers outre-mer », permet à tout détenu ou à toute personne se préoccupant du sort de celui-ci d'adresser à un juge une demande affirmant l'illégalité de la détention ; le *writ* (ordre écrit) d'*habeas corpus* adressé au geôlier oblige celui-ci à conduire le détenu devant la cour qui apprécie l'existence et la valeur des raisons de la détention ; la cour peut ordonner la mise en liberté pure et simple, si la détention est irrégulière, ou accorder la mise en liberté provisoire ; le geôlier qui ne présenterait pas le détenu encourrait de graves pénalités ; à l'inverse, le détenu qui excipe indûment de l'illégalité ou son défenseur qui aurait agi légèrement seraient condamnés pour outrage à la cour. L'institution britannique est particulièrement efficace. Le degré de libéralisme des systèmes étrangers peut utilement être mesuré par comparaison avec cet étalon.

Un siècle après la Grande-Bretagne, les États-Unis ont été les héritiers de ce régime et en ont inscrit le principe dans la Constitution du 17 septembre 1787 (art. premier, sect. IX). La France a également formulé dans la Déclaration du 27 août 1789 les garanties générales en matière d'arrestation et de détention, mais la Révolution a sans cesse promulgué des textes spéciaux contraires au principe, le Consulat et l'Empire ont organisé un régime de « liberté individuelle » où régnait l'arbitraire ; à travers les vicissitudes des changements de régimes, il a fallu attendre la III<sup>e</sup> République pour voir triompher un libéralisme satisfaisant pour les droits de la personne humaine. Les régimes de la IV<sup>e</sup> et de la V<sup>e</sup> République n'ont pas perfectionné le système français qui demeure moins protecteur de la liberté que le système britannique.

### **Limites aux droits politiques**

À la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et au début du XX<sup>e</sup> siècle, l'Europe et l'Amérique latine accédant à l'indépendance, c'était le triomphe progressif de régimes politiques de démocratie libérale formelle : constitutions rédigées sur le modèle de la Constitution des États-Unis ou de la systématisation des principes du régime parlementaire à l'anglaise ou à la française. Mais, à partir de la Première Guerre mondiale, le fascisme en Italie et le national-socialisme en Allemagne ont fait

disparaître les principes juridiques de la démocratie libérale en instaurant des régimes totalitaires ; le Portugal et l'Espagne ont procédé de même. Si l'effondrement des régimes nazi et fasciste a suivi la défaite de l'Allemagne et de l'Italie lors de la Seconde Guerre mondiale, les régimes de violation de la liberté individuelle (sûreté, libre expression de la pensée) se sont alternativement renforcés ou effondrés dans les pays ibériques, en Grèce, en Amérique latine, et sont apparus dans bien des nouveaux États indépendants du Moyen-Orient, d'Afrique et d'Asie dans la période qui a suivi la grande phase de décolonisation (1955-1965).

Au total, la plénitude des droits politiques, avec quelques restrictions dans les pays post-socialistes, peut être considérée comme l'apanage des citoyens de la plupart des pays européens (formellement, on peut estimer que les pays membres du Conseil de l'Europe garantissent ces droits à leurs peuples puisque ce fut une condition de l'adhésion des nouveaux membres admis après 1989). Hors de l'Europe, elle concerne une quinzaine de pays. Un quart au plus des habitants de la planète jouissent de manière plus ou moins large de droits politiques positifs.

### **Les droits politiques positifs**

Dans ces États, qui correspondent plus ou moins au modèle de la démocratie occidentale libérale, peuvent être considérés comme droits politiques positifs ceux qui sont aménagés pour assurer la participation des citoyens à la gestion et au contrôle des affaires publiques : droit à des élections libres, droit de vote, droit à la liberté d'expression de la pensée, droit de réunion, droit d'association. Le perfectionnement de ces droits est de l'essence même d'une démocratie libérale. Il n'y a pas de modèle idéal d'un tel régime ; néanmoins le régime politique de la Grande-Bretagne peut être considéré comme celui qui, à la fois par tradition et en fait, assure le mieux l'exercice et la garantie de tous ces droits.

La difficulté d'établissement de ces droits politiques positifs tient au fait que leur simple proclamation ne suffit pas à les assurer, qu'il faut protéger les autres individus et la société contre les abus que pourraient engendrer les usages de certaines libertés. Ainsi le *droit à des élections libres* est réalisé en la forme

dans toutes les vraies démocraties : le vote secret implique toutefois une organisation matérielle (bulletins, enveloppes, isolements, bureaux de vote comprenant un assez grand nombre d'électeurs). Pour le droit de vote, la démocratie implique que le suffrage soit universel, mais l'expression a pu revêtir des significations variées ; par exemple, lorsqu'on affirme qu'en France le suffrage universel a été établi en 1848, il ne faut pas omettre cette restriction : le suffrage universel n'était reconnu qu'aux seuls « hommes majeurs de vingt et un ans » ; il a fallu près d'un siècle pour le rendre universel aux femmes du même âge ; l'extension du droit de suffrage aux citoyens de dix-huit à vingt et un ans a été le perfectionnement le plus récent du régime des droits politiques.

*Le droit à la libre expression de la pensée* est un droit qui dérive de la liberté d'opinion (liberté personnelle qui est l'ultime liberté, celle qui subsisterait si toutes les autres étaient abolies) ; il n'y a pas de véritable liberté d'opinion si l'opinion ne peut librement se manifester ; ainsi la liberté religieuse n'est garantie que si le droit de libre exercice des cultes est un droit positivement aménagé. La liberté de presse, la liberté de l'enseignement sont des modalités techniques particulières de ce droit politique fondamental qu'est le droit à la libre expression de la pensée. La garantie de ce droit implique tolérance et respect de la pensée d'autrui, de l'ordre public et des bonnes mœurs. Les limites qui peuvent y être apportées en raison des infractions (responsabilité, censure) doivent trouver leur fondement dans des textes législatifs précis, les sanctions doivent être strictement appliquées par des organes juridictionnels. Et s'il est admissible que le pouvoir de l'État puisse s'exercer contre ceux qui veulent renverser par la force un régime démocratique et qui expriment leur pensée sous cette forme, à l'inverse on peut considérer que la démocratie libérale disparaît dès que l'expression d'une critique adressée à la politique du gouvernement est passible de sanctions : il n'y a plus de droits politiques dans un pays qui reconnaît la notion du délit d'opinion.

*Le droit de réunion et le droit d'association* sont les droits politiques positifs dont le caractère collectif est le plus marqué. Ce qui distingue la réunion de l'association, c'est que la première a un caractère discontinu et momentané, alors que l'association est une institution durable. Le régime français a longtemps été hostile à l'exercice de ces droits au nom de l'individualisme dérivé de la Révolution française, par crainte des corps intermédiaires ; la résurgence des groupements

était plus périlleuse aux yeux des gouvernants que les troubles susceptibles de résulter des réunions, car les associations peuvent être plus clandestines, moins accessibles (en effet les réunions ne peuvent avoir de grand rayonnement que si elles sont publiques) ; ainsi, en France, le droit de réunion a été garanti en 1881 et le droit de libre association en 1901 seulement.

## **Les droits sociaux en économie libérale**

La démocratie libérale s'est développée avec l'économie du capitalisme libéral dont un des fondements juridiques était le droit de propriété. L'ambiguïté de l'expression « droits sociaux » a incité certains théoriciens du droit à faire figurer le droit de propriété au nombre des droits sociaux ; mais, sous la pression des doctrines socialistes, la notion de droits sociaux a été réservée aux droits garantissant l'amélioration de la condition des travailleurs dans la société et l'habitude a été prise de désigner sous le nom de droits économiques les droits relatifs à la propriété, à l'industrie et au commerce.

Les dispositions à caractère social qui avaient figuré dans la Constitution française de 1848, mais n'avaient pas fait l'objet de droits positifs sanctionnés, ont pris valeur constitutionnelle dans de nombreux régimes établis à partir de la Première Guerre mondiale. La Constitution du Reich allemand de 1919, dite « de Weimar », est particulièrement significative du phénomène ; dans cette ligne, les dispositions relatives aux droits sociaux figurent aussi par exemple dans la Constitution de la République espagnole de 1931, dans la Constitution brésilienne de 1934, dans la Constitution de la IV<sup>e</sup> République française du 27 octobre 1946. Quatre types de dispositions constituent les bases de ces droits sociaux : droit syndical, droit à l'emploi, droit à la sécurité, droit à la culture.

Le *droit syndical* est l'expression de la défense des droits du travailleur face au pouvoir économique dérivé du développement de l'économie libérale. Ce droit est très directement lié au droit de grève car historiquement, au XIX<sup>e</sup> siècle, la grève, cessation concertée et collective du travail, était au syndicat ce que la réunion était à l'association dans le domaine des droits politiques. Il n'est pas sans intérêt de noter qu'en France, par exemple, la puissance du mouvement ouvrier a permis d'obtenir le droit syndical en 1884 (dix-sept ans avant le droit d'association). Présenté sous l'aspect de la liberté syndicale, le droit syndical ne

voulait pas à l'origine être conçu par les gouvernants des démocraties occidentales comme un droit de type socialiste, surtout en Allemagne ou en Grande-Bretagne, pays qui n'avaient pas connu la rupture brutale du régime corporatif survenue en France en 1791.

Les doctrines socialistes et les modèles de démocratie socialiste sont au contraire à la base de l'introduction du *droit à l'emploi* et du *droit à la sécurité* dans les démocraties libérales. C'est pour ces droits que se pose le grand problème de leur compatibilité avec l'économie libérale, suivant la formule de l'ouvrage de Beveridge, *Plein emploi dans une société libre*. Plus les démocraties libérales associent les notions de liberté politique et de libre entreprise, moins elles reconnaissent ces droits sociaux : il en est ainsi de la législation des États-Unis ; de nombreux États de l'Europe occidentale et septentrionale qui ont pratiqué ou pratiquent le socialisme réformiste intègrent au contraire les droits sociaux à la démocratie politique dans le cadre de l'économie capitaliste : ainsi les pays de la Communauté économique européenne.

La reconnaissance généralisée, au nombre des droits sociaux, du *droit à la culture* est consécutive à la coopération culturelle internationale et à la consécration qui lui est donnée dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948. L'importance politique de ce droit est primordiale, l'exercice rationnel de tous les droits politiques étant conditionné par la culture de l'homme. Les nouveaux États issus depuis deux décennies de la décolonisation de l'Afrique et de l'Asie y sont particulièrement sensibles. Dans l'élaboration du texte de 1948, les démocraties libérales et socialistes ont participé conjointement et sans difficultés à l'insertion des droits de ce type.

Mais de même que le difficile problème des démocraties libérales est d'intégrer à leur droit positif les droits sociaux à l'emploi et à la sécurité, de même, pour les démocraties socialistes, épineuse est la question de l'intégration des droits politiques à leur système économique et social planifié.

## 🌐 Les réformes dans les États post-socialistes

C'est à partir de 1990, mais surtout de 1991 à 1993, qu'ont été adoptées dans les États post-socialistes d'Europe centrale et orientale et dans les États

issus de l'Union soviétique de nouvelles dispositions constitutionnelles.

Il faut d'abord remarquer que dans certains États la révision a été opérée sous la forme d'un retour aux textes antérieurs à la fin des régimes socialistes. Ainsi en Hongrie la Constitution du 20 août 1949 a été révisée, et en Pologne la loi constitutionnelle du 17 octobre 1992 a maintenu en vigueur les dispositions de la Constitution de la République de Pologne du 22 juillet 1952, jusqu'à l'adoption par référendum de la nouvelle constitution en mai 1997.

En suivant l'ordre chronologique, les nouveaux textes constitutionnels comportant des dispositions relatives aux droits politiques et sociaux ont été promulgués comme il suit.

C'est d'abord la Croatie qui adopte, le 22 décembre 1990, une nouvelle Constitution comportant un titre III intitulé *Libertés et droits fondamentaux de l'homme et du citoyen* (art. 14 à 69).

La Bulgarie fait de même le 12 juillet 1991, au chapitre 2 de sa Constitution, *Droits et obligations fondamentaux des citoyens* (art. 25 à 61).

La Macédoine également, le 17 novembre 1991, au titre II de sa Constitution sur les *Libertés fondamentales et droits fondamentaux de l'homme et du citoyen* (art. 9 à 54).

La Roumanie à son tour, le 8 décembre 1991, dans le chapitre 2 de sa Constitution : *Les droits fondamentaux et libertés fondamentales* (art. 22 à 49).

La Lettonie inscrit quant à elle, le 10 décembre 1991, les *Droits et devoirs de l'homme et du citoyen* en tête de sa Constitution (art. 1 à 44).

La Constitution de la République fédérale de Yougoslavie du 27 avril 1992 comporte un titre II : *Libertés, droits et obligations de l'homme et du citoyen* (art. 19 à 68).

L'Estonie adopte dans sa Constitution du 28 juin 1992 un chapitre 2

intitulé : *Droits, libertés et devoirs fondamentaux* (art. 8 à 55).

La Slovaquie adopte sa nouvelle Constitution le 1<sup>er</sup> septembre 1992, qui comporte aussi un chapitre 2 consacré aux *Droits fondamentaux et libertés fondamentales* (art. 11 à 45).

La Constitution de Lituanie du 25 octobre 1992 traite des libertés fondamentales dans son titre II : *L'individu et l'État* (art. 18 à 37).

Celle de la République tchèque, du 16 décembre 1992, comporte en annexe une *Charte des droits fondamentaux et libertés fondamentales faisant partie de l'ordre constitutionnel de la République tchèque*.

La Slovénie distingue, dans sa Constitution du 23 décembre 1992, les *Droits de l'homme et libertés fondamentales* (titre II), des *Rapports économiques et sociaux* (titre III).

Enfin la Russie adopte, le 12 décembre 1993, une nouvelle Constitution consacrant *Les droits et libertés de l'homme et du citoyen*, (chap. 2, art. 17 à 64).

C'est évidemment aux droits politiques que sont essentiellement consacrées ces réformes, mais il y a également des modifications dans les considérations des droits sociaux.

### **Des droits sociaux formellement réaffirmés**

Le bouleversement de la réalité des droits sociaux est visible dans toutes les nouvelles Constitutions, mais il est particulièrement marqué s'agissant des questions de droit du travail (le droit *au* travail est exprimé tel quel par exemple dans la Constitution de Bulgarie, art. 48, et dans celle de la République tchèque, Annexe, art. 26), et de liberté du travail (Constitutions de la Russie, art. 97, de la République tchèque, Annexe, *ibid.*). Cependant, le rapide développement du chômage dans la plupart des pays post-socialistes confère un caractère largement formel au droit au travail, alors que ce droit constituait un pilier effectif du consensus social en même temps qu'un principe constitutionnel dans les régimes

socialistes.

Le droit syndical est reconnu par exemple en Bulgarie, art. 49, en Roumanie, art. 37, en Russie, art. 30, en République tchèque, art. 27 de l'Annexe, en même temps que s'est développée dans tous ces pays une pluralité syndicale succédant au syndicat unique, inféodé au parti communiste, caractéristique du régime précédent. Ces nouveaux syndicats n'ont pas dans la plupart des cas l'expérience de la négociation ni même de la revendication organisée. Mais partout les grèves sont devenues un fait social, en même temps que le droit de grève est reconnu constitutionnellement (Bulgarie, art. 50, Lettonie, art. 26, Roumanie, art. 37, Russie, art. 30 et 37, République tchèque, Annexe, art. 27, etc.).

Dans toutes les Constitutions, une large place et une formulation extensive sont accordées à l'instruction, dont le niveau s'est en fait fortement dégradé faute de financements suffisants par l'État, en contraste avec la situation antérieure.

À la charnière des droits sociaux et des droits politiques, toutes les Constitutions consacrent la liberté religieuse. Dans certains États à forte dominante d'une religion (catholique en Pologne et en Slovaquie, orthodoxe en Russie), la reconnaissance de la liberté religieuse s'est accompagnée d'une ingérence marquée de cette religion dans les affaires de l'État (interdiction de l'avortement en Pologne) et d'une limitation de fait de la liberté religieuse s'agissant des religions minoritaires (en Russie). La Pologne est le seul État où la séparation de l'Église et de l'État, qui était la règle avant 1990, a été officiellement abolie par un concordat avec le Vatican signé en 1993 et ratifié par le Parlement en 1998.

### **Attribution des droits politiques**

Les réformes constitutionnelles ont abouti dans chaque Constitution à la formulation de tous les droits politiques historiquement ou traditionnellement exprimés dans les Constitutions des États démocratiques libéraux depuis le début du XIX<sup>e</sup> siècle.

Les formulations des différentes Constitutions sont très variables et il est

utile de citer, à titre comparatif, les dispositions de certains articles.

Tout d'abord la formulation de la source démocratique du droit est très claire dans l'article 2 de la Constitution de la République slovaque : « Le pouvoir d'État émane des citoyens qui l'exercent par l'intermédiaire de leurs représentants élus ou directement ». Il en est de même dans l'article 32 de la Constitution de la Fédération de Russie : « Les citoyens de la Fédération de Russie ont le droit de participer à l'administration des affaires de l'État tant directement que par l'intermédiaire de leurs représentants ».

Pour le droit de vote, la Constitution de la République de Slovénie dispose, en son article 43 : « Le suffrage est universel et égal en droit. Tout citoyen ayant atteint l'âge de dix-huit ans a le droit de vote et est éligible. La loi peut déterminer dans quels cas et sous quelles conditions les étrangers ont le droit de vote. »

La Constitution de la République tchèque exprime toutes les conséquences de cette source dans son article 2 :

– « Le peuple est la source de tout le pouvoir d'État ; il l'exerce par l'intermédiaire des organes du pouvoir législatif, exécutif et judiciaire.

– La loi constitutionnelle peut fixer les cas où le peuple exerce directement le pouvoir d'État.

– Le pouvoir d'État est au service de tous les citoyens, et il ne peut être exercé que dans les cas, dans les limites et par les moyens fixés par la loi.

– Tout citoyen a le droit de faire tout ce qui n'est pas interdit par la loi, et nul ne peut être obligé de faire ce que la loi n'impose pas. »

Les Constitutions détaillent souvent les libertés et droits fondamentaux dont disposent les citoyens. Ainsi dans la Constitution de la Fédération de Russie, l'article 29 énonce :

– « À chacun est garantie la liberté de pensée et de parole.

– Est interdite la propagande ou l'agitation incitant à la haine et à l'hostilité sociale, raciale, nationale ou religieuse. Est interdite la propagande relative à la supériorité sociale, raciale, nationale, religieuse ou linguistique.

– Nul ne peut être contraint à exprimer ses opinions ou convictions ou à les renier.

– Chacun a le droit de rechercher, d'obtenir, de transmettre, de produire et de diffuser librement des informations par tout moyen légal. La liste des informations constituant un secret d'État est fixée par la loi fédérale.

– La liberté de l'information de masse est garantie. La censure est interdite. » Dans la pratique, en Russie comme ailleurs, la liberté de l'information est limitée par les difficultés économiques de la presse indépendante et par le fait que les grandes chaînes de télévision sont partout contrôlées par l'État.

L'article 30 est consacré au droit d'association :

– « Chacun a le droit d'association, y compris le droit de constituer des syndicats pour la défense de ses intérêts. La liberté de l'activité des associations est garantie.

– Nul ne peut être contraint d'adhérer à une association quelconque ou d'y demeurer. »

On notera la formulation curieuse de l'alinéa 2, écho du système ancien où les citoyens avaient l'obligation de participer à des organisations de masse dites « volontaires », le plus souvent à caractère professionnel (union des écrivains, des juristes, etc.) ou liées au domicile (associations de quartier), et toujours supervisées par le parti communiste. Le souvenir de cet embrigadement forcé rend les citoyens très méfiants vis-à-vis des associations, qui ne sont pas encore devenues dans les pays post-socialistes des composantes significatives de la vie sociale.

La mise en pratique de toutes ces dispositions constitutionnelles devrait avoir pour résultat, dans un avenir que l'on peut souhaiter le plus proche, de faire disparaître en Europe la distinction passée entre démocratie libérale et démocratie socialiste, tout en renforçant les droits politiques et sociaux. Un pas important a été franchi le 20 février 1998 avec la ratification par la Douma de Russie de la Convention européenne des droits de l'homme, qui garantit aux citoyens du plus grand pays post-socialiste un droit d'appel s'ils estiment leur droits fondamentaux bafoués. Cependant la pratique n'est pas encore accordée aux principes juridiques. Les droits sociaux ont été compromis par la récession économique qui a frappé initialement tous ces pays et par une nouvelle répartition des revenus conforme aux lois du marché mais qui aggrave les inégalités. Les droits politiques, quant à eux, sont fragilisés par la faiblesse de l'État, caractéristique de tous les régimes post-socialistes, par le manque d'expérience démocratique dont profitent les groupements mafieux ou les factions au pouvoir (d'où le caractère souvent illusoire de la liberté de la presse et de l'information), enfin par l'existence dans beaucoup de ces pays de minorités nationales dont les droits sont mal respectés.

### @ 3. Protection internationale

Si la notion de droits de l'homme est relativement ancienne et bien ancrée dans certains pays, la protection des droits de l'homme sur le plan international n'a pris forme qu'après la Seconde Guerre mondiale. Avant 1940, cette protection était embryonnaire et fragmentée. Le pacte de la Société des nations n'avait envisagé que la protection de certaines catégories d'hommes : les minorités nationales et les populations des pays sous mandat. Les règles de l'Organisation internationale du travail assuraient une voie plus large, mais réservée à la protection de certains droits des seuls travailleurs en tant que tels.

La Seconde Guerre mondiale devait, à cet égard, créer un choc sans précédent et revêtir essentiellement le caractère d'une croisade pour les droits de l'homme. À l'origine, l'idée même de la charte des Nations unies – comme l'indiquent encore son préambule et l'article 55 c – s'est présentée surtout comme une protestation de la conscience humaine contre le mépris manifeste des principes de toute humanité et les atrocités déclenchées sciemment par le nazisme. De ce fait, le monde s'est trouvé brusquement en face d'un problème d'une ampleur insoupçonnée que René Cassin résumait ainsi : « Protéger tout

l'homme et protéger les droits de tous les hommes. » C'est à cet idéal que répond de manière retentissante la Déclaration universelle proclamée par l'Assemblée générale des Nations unies le 10 décembre 1948. Elle énonce un certain nombre de droits fondamentaux, civils, politiques, sociaux, dont doivent bénéficier tous les êtres humains sans discrimination de race, de sexe ou de nationalité en tout lieu de la terre, quel que soit le régime du pays où ils vivent.

Cette déclaration constitue le volet central de la charte des droits de l'homme aujourd'hui définitivement complétée par l'entrée en vigueur en 1976 des deux pactes des Nations unies, qui prévoient la mise en œuvre et la garantie des droits énoncés. En effet, la protection internationale des droits de l'homme suppose non seulement que des droits soient définis par un texte international ayant valeur obligatoire – soit comme traité soit à titre coutumier – mais encore qu'il existe un mécanisme international permettant de contrôler l'application effective de ces droits. De telles procédures sont prévues avec précision dans le cadre de conventions régionales, comme la convention américaine des droits de l'homme de 1969 et, surtout, la convention européenne des droits de l'homme entrée en vigueur en 1953. Cette dernière donne à l'individu la possibilité de faire valoir lui-même ses droits et d'obtenir que sa requête contre un État soit tranchée par une décision contraignante émanant d'un organe international. Dans le cadre universel, les normes protectrices se sont multipliées, en dehors même des deux pactes des Nations unies, par la ratification de toute une série de conventions spécifiques, telles la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1969 ou la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948. D'autres traités de portée universelle procèdent des travaux de l'U.N.E.S.C.O. ou de ceux de l'Organisation internationale du travail qui a adopté près de cent cinquante conventions du travail. Néanmoins, les procédures de contrôle international des obligations ainsi assumées par les États sont quelquefois moins élaborées et d'une efficacité variable.

En effet, les États ne consentent pas toujours aux limitations de souveraineté permettant un contrôle approprié de leurs obligations. En dépit des progrès enregistrés au niveau universel, particulièrement dans le cadre du pacte des Nations unies sur les droits civils et politiques, la protection internationale des

droits de l'homme est souvent faussée par des considérations politiques et reste partielle. Elle semble trouver un champ d'application plus favorable sur le plan régional et demeure surtout exemplaire dans le cadre de la convention européenne des droits de l'homme. Il conviendra d'abord de relever certains principes généraux relatifs à la protection internationale des droits de l'homme, avant de préciser son contenu sur les plans universel et régional.

## @ Notions générales sur la protection internationale des droits de l'homme

### **Les droits de l'homme, valeur internationalisée**

Les droits de l'homme sont devenus une valeur internationalisée depuis 1948, et plus encore depuis l'entrée en vigueur des pactes des Nations unies, des conventions spécifiques et des instruments régionaux sur les droits de l'homme. Cela signifie que, pour la première fois, l'homme détient en propre un ensemble de droits opposables aux autres individus, aux groupes sociaux et, surtout, aux États souverains. Que le pouvoir discrétionnaire des États soit de la sorte limité à l'égard de ses propres ressortissants comme de tous les autres individus placés sous sa juridiction constitue une novation révolutionnaire.

L'État est tenu de respecter certaines normes internationales relatives aux droits de l'homme. Il doit prendre toutes les mesures nécessaires dans son ordre interne pour que sa législation et le comportement de ses organes soient conformes à ses obligations internationales. Il ne peut totalement se soustraire à ce que le respect de ces obligations soit éventuellement évoqué sur le plan international. Il existe d'ailleurs toute une série de procédures internationales auxquelles l'État a consenti et qui organisent un contrôle plus ou moins approfondi du respect des droits de l'homme.

Mais, au-delà, et de manière plus générale, on doit constater qu'ainsi internationalisés les droits de l'homme ne font plus partie du domaine réservé de l'État ou de sa compétence exclusive traditionnelle. Le principe de non-intervention dans les affaires intérieures doit tenir compte de cette nouvelle donnée. Sans doute, l'État ne saurait, en principe, se plier à une procédure contraignante sans son consentement, mais il ne lui est plus possible de soustraire les problèmes

relatifs aux droits de l'homme à l'attention des autres États et des organisations internationales.

Ainsi, tous les États sont libres, s'ils le veulent, d'user de moyens non contraignants – démarches individuelles ou collectives, protestations, « gestes significatifs » – afin de contribuer au respect effectif des droits de l'homme. De même, certaines organisations internationales sont susceptibles de dénoncer des violations graves des droits de l'homme. L'Assemblée du Conseil de l'Europe et le Parlement européen se livrent souvent à un tel examen. L'Assemblée générale des Nations unies a voté des résolutions très fermes, particulièrement dans des hypothèses où la violation des droits de l'homme se situait dans un contexte colonial ou était susceptible de menacer la paix. Même si cette dernière action est souvent trop « sélective », elle illustre cette sorte de contrôle minimal qui utilise la publicité et la pression politique ou diplomatique en faveur des droits de l'homme. Tout cela confirme que le principe du respect des droits de l'homme tend aujourd'hui à atténuer la rigidité du principe de non-intervention dans les affaires intérieures, même si quelquefois des facteurs de caractère politique contrarient encore la portée effective de cette dynamique.

### **Les normes relatives aux droits de l'homme**

Les normes protectrices qui créent autant d'obligations pour les États sont énoncées dans les instruments généraux ou spéciaux qu'ils ont ratifiés, et figurent quelquefois dans les chartes de certaines organisations internationales. Les plus fondamentales (interdiction de l'esclavage, de la torture, de la discrimination raciale...), issues de la Déclaration universelle, ont acquis force coutumière. Ces normes couvrent un nombre très important de droits civils et politiques, d'une part, et de droits économiques, sociaux et culturels, d'autre part.

Néanmoins, ces deux catégories de droits présentent une différence de nature : les droits civils et politiques – libertés classiques et relativement anciennes (liberté de religion, d'expression...) – sont analysés comme des « facultés de faire », postulant pour l'essentiel une non-ingérence de l'État, et sont donc d'application immédiate ; les droits économiques et sociaux sont analysés plutôt comme des « droits-créances » ou des « pouvoirs d'exiger », qui demandent des prestations actives de la part de la collectivité (droit au travail, à l'instruction...). La

réalisation de ces derniers droits est forcément relative et progressive et dépend notamment des capacités économiques de chaque État.

Cette différence de nature n'est d'ailleurs pas systématique. Certains droits sociaux – comme le droit de grève ou les droits syndicaux – ne sont pas des droits-créances. À l'instar de la liberté de réunion ou d'association, il s'agit de droits individuels s'exerçant collectivement et qui ne supposent pas une prestation de la collectivité. Des inégalités dans le développement économique ne doivent donc pas servir de prétexte pour en différer leur reconnaissance. Cependant, la différence entre les « libertés de faire » et les « pouvoirs d'exiger » au sens strict est en général reconnue au niveau de la technique juridique et explique qu'il a fallu prévoir deux pactes des Nations unies séparés, l'un sur les droits civils et politiques, l'autre sur les droits sociaux, économiques et culturels, comportant des procédures de contrôle distinctes. Cette même dualité se retrouve en Europe avec la charte sociale et la convention européenne des droits de l'homme.

Toutefois, la dualité d'instruments ne doit pas faire oublier l'étroite complémentarité des droits qu'ils énoncent et dont la réunion est nécessaire pour appréhender « tout l'homme », qui vit en même temps dans la sphère des valeurs matérielles et dans celle des valeurs spirituelles. Car il est évident que les libertés civiles et les droits sociaux sont étroitement solidaires et se confortent réciproquement. C'est pourquoi la Déclaration universelle proclamait les deux catégories de droits dans une seule synthèse, sans discrimination et sans hiérarchie. On remarquera cependant que ce besoin d'unité n'est pas gravement mis en péril par l'existence, au niveau universel, de deux pactes car, en pratique, on constate un grand parallélisme dans les ratifications. En général, sous l'impulsion de l'Assemblée générale des Nations unies, les États qui s'engagent ratifient concurremment les deux pactes.

En revanche, de grandes réticences se manifestent pour admettre au titre de droits de l'homme une troisième catégorie de droits, dits de la « troisième génération ». Sous l'impulsion d'organisations telles l'O.N.U. ou l'U.N.E.S.C.O., un mouvement tend à mettre au premier plan certains droits des peuples, sinon des États : le droit au développement ou le droit à la paix par exemple. Sans doute de telles prétentions correspondent à des nécessités impérieuses : lutter contre le

sous-développement ou éviter la guerre. Ce sont des objectifs qui sont d'ailleurs pleinement indispensables pour l'épanouissement des droits de l'homme au sens propre. De fait, il serait souhaitable que la solidarité mondiale et l'organisation cohérente de la communauté internationale non seulement évitent les conflits armés mais permettent de transposer au niveau interétatique la notion d'un « droit social » au développement. Mais cela ne concerne-t-il pas au premier chef les relations entre États ? Ne s'agit-il pas, au surplus, de simples aspirations alors que les droits de l'homme relèvent de la sphère de l'obligation ?

Quoi qu'il en soit, la réalisation de ces droits de la « troisième génération » dépend pour l'essentiel d'une action des États dans leurs rapports mutuels. À supposer qu'ils constituent des droits au sens strict, il s'agit de droits des peuples, des groupes et même des États, et non pas des droits de l'homme, lesquels régissent au contraire les rapports entre l'individu et le groupe (une collectivité, l'État).

### **Promotion et protection des droits de l'homme**

Sur un plan juridique, on doit distinguer la promotion des droits de l'homme de la protection proprement dite. La notion de promotion rend compte d'une action tournée vers l'avenir. Les institutions qui s'y consacrent ont pour vocation de mieux faire connaître les droits de l'homme par les États comme par les individus ; par l'élaboration de conventions ou l'adoption de résolutions, voire la rédaction d'études, elles visent au développement des droits de l'homme dans la mesure où leur garantie nationale et internationale est encore incomplète ou doit être adaptée en tenant compte, notamment, de l'évolution des sociétés, du progrès technique et de la science. En théorie, une action de promotion des droits de l'homme ne vise pas à sanctionner des violations mais tend soit à compléter les garanties existantes, soit à prévenir des violations éventuelles ou le renouvellement de violations déjà constatées.

À l'opposé, la protection des droits de l'homme vise à faire respecter les droits de l'homme tels qu'ils existent en droit positif. Elle aboutit à sanctionner une violation à la suite d'un examen qui tend à présenter un caractère juridictionnel.

Certains organes, comme la Cour européenne des droits de l'homme ou

le comité des droits de l'homme des Nations unies, se consacrent à la protection des droits de l'homme. D'autres organes, comme la commission interaméricaine ou la commission des droits de l'homme des Nations unies, ont une fonction ambivalente.

Si la protection des droits de l'homme est fondamentale pour en assurer le respect effectif, la promotion des droits de l'homme – sur un autre plan – présente une utilité certaine, en précédant ou complétant la protection proprement dite.

### **La mise en œuvre des normes relatives aux droits de l'homme**

Chaque État est tenu de prendre au niveau national les mesures nécessaires au respect des normes relatives aux droits de l'homme. La protection internationale de ces droits suppose, en outre, l'existence de mécanismes juridiques autorisant des organes internationaux à exercer un contrôle sur l'application de ces normes. Ces mécanismes sont de nature différente et ménagent plus ou moins la souveraineté des États. Dans certains cas, ils permettent de constater un manquement général aux droits de l'homme. Dans certains systèmes, ils aboutissent à sanctionner une violation individuelle des droits de l'homme à la suite d'une procédure quasi juridictionnelle.

La procédure de vérification la moins contraignante est celle qui consiste à demander aux États de communiquer à une institution internationale des rapports périodiques sur la manière dont ils assurent le respect de leurs obligations internationales en droit interne : état de leur législation, jurisprudence, pratique administrative relative aux droits de l'homme. L'institution pourra formuler des observations générales – plus rarement particulières – à partir de ces informations. Il s'agit d'un contrôle par la publicité qui joue un rôle étendu au sein de l'O.N.U. et de l'O.I.T. Certaines institutions internationales peuvent en outre être chargées d'une fonction d'instruction et d'enquête. Cela implique un pouvoir d'investigation confié à des groupes ad hoc créés pour une question particulière ou à des groupes exerçant cette fonction de façon permanente, comme la commission d'investigation et de conciliation en matière de liberté syndicale dans le cadre de l'O.I.T.

Le contrôle sera encore plus net si l'institution internationale a le pouvoir de constater l'existence d'une violation des droits de l'homme et d'émettre une recommandation à ce sujet. C'est le cas du comité des droits de l'homme, dans le cadre du pacte des Nations unies sur les droits civils et politiques, qui vérifie ainsi le bien-fondé des plaintes qui lui sont soumises à la suite d'une procédure quasi juridictionnelle. Tel est également le cas de la commission interaméricaine des droits de l'homme.

En revanche, exceptionnelles sont les institutions qui tranchent les litiges relatifs aux droits de l'homme, par voie de *décision*, notamment de décision judiciaire. On ne peut guère citer à cet égard que la Cour européenne et le Comité des ministres dans le cadre de la convention européenne des droits de l'homme, ainsi que la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

Les mécanismes de garantie des droits de l'homme sont donc assez variables. D'une manière générale, le contrôle sera plus objectif et plus effectif si l'organe qui en est chargé est composé de membres indépendants des États. Les systèmes de protection seront plus efficaces s'ils permettent à l'individu lésé de former un recours propre qui sera examiné en tant que tel.

À ces mécanismes organisés de mise en œuvre des droits de l'homme, il faut ajouter l'action des organisations non gouvernementales, organismes privés qui disposent d'une plus grande liberté critique que les États ou les organismes intergouvernementaux. Ainsi, certaines organisations non gouvernementales, comme la Ligue et la Fédération internationale des droits de l'homme ou Amnesty International, contribuent à l'application des normes internationales, notamment en révélant et en dénonçant les violations dont elles sont l'objet. L'influence de ces organisations – dont certaines bénéficient d'un statut consultatif auprès de l'O.N.U., de l'U.N.E.S.C.O. ou du Conseil de l'Europe – est précieuse, compte tenu du rôle de l'opinion publique dans les relations internationales.

Ces principes généraux doivent maintenant être précisés et illustrés à propos des différents instruments et procédures sur le plan universel, d'une part, et au niveau régional, ensuite.

## 🌐 Protection des droits de l'homme dans le cadre universel

Les instruments les plus importants sont les deux pactes des Nations unies, complétés par une série de conventions spéciales. Mais, antérieurement à leur entrée en vigueur et parallèlement depuis lors, l'O.N.U. a entrepris une action générale concernant les droits de l'homme qui est prolongée, dans le domaine de leur compétence, par certaines institutions spécialisées.

### **L'action générale des Nations unies**

Selon l'article 55 c de la charte, l'organisation, avec le concours des États membres, doit « favoriser » le respect universel et effectif des droits de l'homme.

C'est surtout à travers l'action de la commission des droits de l'homme que les Nations unies tenteront de réaliser leur mission de promotion et de protection des droits de l'homme. La commission, créée par le Conseil économique et social dès 1946, est composée actuellement de quarante-trois représentants « gouvernementaux ». Sa première fonction concernait la promotion des droits de l'homme, et c'est en son sein que furent élaborés la Déclaration universelle, les pactes des Nations unies et bien d'autres textes adoptés par l'Assemblée générale.

C'est surtout à partir de 1967 que la commission est intervenue à propos de certaines situations concrètes de violations des droits de l'homme en entreprenant une double action :

– D'une part, elle a institué des groupes spéciaux d'enquête, par exemple à propos de la politique d'apartheid en Afrique du Sud, de la situation des droits de l'homme dans les territoires occupés au Moyen-Orient ou au Chili. Ces enquêtes servent notamment de base aux résolutions de la commission et de l'Assemblée générale sur ces questions. En ce sens, la cible privilégiée des Nations unies a été l'Afrique du Sud, dont la politique d'apartheid fut condamnée de nombreuses fois dans les termes les plus absolus et notamment en tant que crime contre l'humanité. Le 4 novembre 1977, le Conseil de sécurité lui-même décida d'ordonner des sanctions économiques à l'égard de l'Afrique du Sud.

Néanmoins, on a pu regretter que de telles interventions soient assez « sélectives », en fonction des options de la majorité politique à l'Assemblée générale. Depuis lors, cependant, la commission a quelque peu diversifié son action en désignant des rapporteurs spéciaux pour examiner d'autres situations préoccupantes, au Guatemala, en Iran ou en Afghanistan par exemple.

– D'autre part, la commission a institué une nouvelle procédure permettant d'examiner les informations contenues dans les communications reçues par les Nations unies qui révèlent un « ensemble de violations flagrantes et systématiques » des droits de l'homme. Ce sont deux résolutions du Conseil économique et social des Nations unies, la résolution 1235 (XLII) du 6 juin 1967 et surtout la résolution 1503 (XLVIII) du 27 mai 1970, qui ont créé la nouvelle procédure d'examen des plaintes en violation des droits de l'homme reçues depuis l'origine par les Nations unies et au sujet desquelles la commission, pendant une vingtaine d'années, s'était déclarée incompétente. La « procédure 1503 » se déroule en trois stades : aux deux premiers, c'est la sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, et son groupe de travail, qui examine l'ensemble des communications et réponses, en vue de soumettre à la commission des « situations particulières qui semblent révéler l'existence d'un ensemble de violations flagrantes et systématiques, dont on a des preuves dignes de foi, des droits de l'homme ». Au troisième stade, la commission détermine : si une situation requiert une étude approfondie de sa part ainsi qu'un rapport et des recommandations au Conseil économique et social ; si cette situation peut faire l'objet de la part d'un comité spécial désigné par la commission d'une enquête qui ne sera entreprise que si l'État concerné y a consenti. Toute la procédure est assortie d'un caractère confidentiel jusqu'au moment où la commission pourra décider de faire des recommandations. Or c'est au stade de la commission que la procédure rencontre des difficultés. En effet, ses membres – qui sont des représentants gouvernementaux – s'accordent difficilement sur les décisions à prendre, pour des raisons politiques. Cela conduit à formuler des demandes d'informations complémentaires et à surseoir d'année en année à toute décision. D'où la lenteur de la procédure, qui est justement critiquée, voire, quelquefois, son blocage. À certains égards, l'action des organisations non gouvernementales demeure irremplaçable, car elle permet de faire connaître les violations des droits de l'homme et d'appeler à leur sujet l'attention de l'opinion publique lorsque les organisations intergouvernementales s'avèrent partiellement

défaillantes.

Les mécanismes établis par les pactes des Nations unies assurent un progrès dans la protection internationale des droits de l'homme, bien que les engagements des États sur le plan du contrôle soient encore inégaux.

## **Les pactes des Nations unies**

Nous avons exposé antérieurement les raisons pour lesquelles il existe deux instruments distincts : le pacte sur les droits civils et politiques, entré en vigueur en 1976 et ratifié au 1<sup>er</sup> octobre 1991, par quatre-vingt-dix-huit États ; le pacte sur les droits sociaux, économiques et culturels, entré également en vigueur en 1976 et ratifié par cent deux États. Il y a lieu de souligner l'inspiration commune qui a guidé la rédaction de ces deux textes, marquée par la similitude de leurs préambules et des dispositions sur le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Les deux pactes mettent également l'accent sur l'exigence fondamentale de non-discrimination dans la jouissance et l'exercice des droits reconnus, en insistant sur l'égalité des sexes, ce qui confirme l'esprit universaliste de ces textes en ce qui concerne leurs bénéficiaires.

### **Le pacte international sur les droits civils et politiques**

*Les droits garantis.* Les rédacteurs du pacte se sont efforcés de préciser et de développer les dispositions, quelquefois très générales, de la Déclaration universelle. Le poids des souverainetés et la différence des régimes économiques expliquent cependant l'omission de certains droits, comme le droit d'asile ou le respect des biens. La modification de l'état de la société internationale à la suite du mouvement de décolonisation a incité les rédacteurs du pacte à placer en tête du texte – dans une première partie distincte des autres droits – le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et son corollaire, la souveraineté permanente sur les richesses naturelles. Cette inclusion a provoqué de nombreuses discussions et suscité bien des réserves. Pour les États du Tiers Monde, une telle disposition – prolongeant la célèbre Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux peuples coloniaux de 1970 – était fondamentale, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes étant la condition de jouissance des autres droits de l'homme. Il est cependant à noter que le pacte n'envisage nulle part ailleurs les droits des

« groupes ». Même l'article 27 concernant la protection des minorités considère comme titulaires de droits les personnes appartenant aux minorités et non ces dernières en tant que telles.

S'agissant des autres droits, le pacte sur les droits civils et politiques reste assez fidèle aux principes énoncés dans la Déclaration universelle et présente d'ailleurs à ce titre une assez grande parenté avec le texte de la convention européenne des droits de l'homme. Sans doute doit-on relever l'imprécision dangereuse de l'article 20, interdisant toute propagande en faveur de la guerre – ce qui a provoqué des réserves ou déclarations interprétatives de plusieurs États occidentaux dont la France – et la curieuse omission du droit pour le ressortissant d'un État de ne pas être expulsé du territoire de cet État (lequel est consacré dans le protocole n° 4 de la convention européenne). Pour le reste, toutes les libertés fondamentales sont bien exprimées : droit à la vie (art. 6), interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (art. 7), garantie contre l'arrestation ou la détention arbitraires (art. 9), droit de libre circulation et droit de quitter tout pays y compris le sien (art. 12), droit à un procès équitable (art. 14), droit au respect de la vie privée et familiale (art. 17), liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 18), d'expression (art. 19), de réunion (art. 21) et d'association (art. 22), droit pour les citoyens de prendre part à la direction des affaires publiques (art. 25)...

On doit constater que, dans certains cas, les définitions données par le pacte des Nations unies sont plus complètes ou plus généreuses que celles des instruments régionaux, comme la convention européenne des droits de l'homme. En revanche, cette dernière interdit désormais la peine de mort (protocole n° 6), alors que cette idée ne rencontre pas encore un consensus au sein des Nations unies.

À l'instar de l'article 15 de la convention européenne, le pacte (art. 4) autorise les États contractants à prendre des mesures dérogeant aux obligations qu'il énonce dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation. Néanmoins, le pacte n'autorise aucune dérogation à certains droits jugés inaliénables, comme le droit à la vie, l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, l'interdiction de l'esclavage et de la servitude, la

non-rétroactivité en matière pénale, la reconnaissance à chacun de sa personnalité juridique et la liberté de pensée, de conscience et de religion. Ces derniers droits constituent donc le « noyau dur » des droits fondamentaux, une sorte de *jus cogens* des droits de l'homme auquel il ne saurait être dérogé en aucune circonstance.

Cependant, il n'est pas sûr que le respect de ces obligations puisse être toujours efficacement contrôlé par le comité des droits de l'homme, qui a déjà fait état de certaines difficultés en ce sens. En dehors de cette situation, qui devrait demeurer exceptionnelle, l'exercice des droits inscrits dans le pacte peut être l'objet de limitations à condition qu'elles ne présentent pas un caractère arbitraire ou que, prévues par la loi, elles soient nécessaires dans une société démocratique dans l'intérêt de la sécurité nationale, de l'ordre public ou pour protéger la santé ou la moralité publiques ou les droits et libertés d'autrui. L'admissibilité de telles restrictions est également placée sous le contrôle du comité des droits de l'homme.

*Les procédures de contrôle.* Si le pacte prévoit un contrôle par voie de requête étatique ou individuelle, ce système reste purement facultatif. La seule obligation générale qui pèse sur les États parties concerne la présentation de rapports périodiques au comité des droits de l'homme, organe composé de dix-huit membres siégeant à titre individuel et élus par les États ayant ratifié le pacte.

Aux termes de l'article 40, les États parties s'engagent à présenter des rapports sur les mesures qu'ils auront arrêtées et qui donnent effet aux droits reconnus. Ces rapports sont examinés par le comité des droits de l'homme en présence de représentants de l'État concerné, qui sont amenés à répondre aux questions qui leur sont posées. Le comité adresse ensuite aux États parties ses propres rapports ainsi que toutes les observations générales qu'il juge appropriées.

Un tel système n'est pas dénué d'intérêt, dans la mesure où le comité est indépendant des États. Notons cependant que, trop souvent, les États sont en retard dans le dépôt de leur rapport et que le contenu de certains d'entre eux est beaucoup trop incomplet pour donner lieu à un examen sérieux.

Les communications étatiques constituent la première modalité de requête prévue par l'article 41 du pacte : « Tout État partie [...] peut [...] déclarer à tout moment qu'il reconnaît la compétence du comité pour recevoir et examiner des communications dans lesquelles un État partie prétend qu'un autre État partie ne s'acquitte pas de ses obligations au titre du présent pacte. »

Toute une procédure est prévue, avec des étapes graduées : tentative de règlement direct entre les deux États, bons offices du comité, commission de conciliation ad hoc (art. 42). Mais le comité n'a pas le pouvoir de prendre une décision ni même, apparemment, de formuler un avis sur le fond analogue à celui qui est donné par la commission européenne des droits de l'homme.

De plus, ce système – qui doit fonctionner sur une base de réciprocité – reste facultatif. Au 1<sup>er</sup> octobre 1991, trente-trois États avaient effectué la déclaration facultative prévue par l'article 41, mais aucun État partie n'avait encore utilisé cette procédure.

Ratifié à cette même date par cinquante-sept États, le protocole facultatif se rapportant au pacte offre une seconde possibilité de contrôle sur plainte. En effet, un État partie au pacte peut reconnaître que le comité a compétence pour recevoir et examiner des communications émanant de particuliers relevant de sa juridiction, qui prétendent être victimes d'une violation par cet État de l'un des droits énoncés dans le pacte.

Le comité doit d'abord se prononcer sur la recevabilité de la « communication ». À la suite d'une procédure qui s'apparente à celle que suit la commission européenne des droits de l'homme, il vérifiera notamment si les recours internes ont été épuisés et si la requête n'est pas abusive, anonyme ou incompatible avec les dispositions du pacte. Pour éviter un cumul de procédures, les États parties à la convention européenne des droits de l'homme qui ont ratifié le protocole facultatif ont formulé une réserve selon laquelle le comité des droits de l'homme devra décliner sa compétence dans l'hypothèse où lui serait présentée une requête qui a déjà fait l'objet d'un examen devant la commission européenne des droits de l'homme. Dans une décision du 23 juillet 1982 concernant la communication R 26/121 dirigée contre le Danemark, le comité des droits de

l'homme a dûment tenu compte de cette réserve en déclarant la requête irrecevable, mettant fin ainsi aux controverses doctrinales concernant la validité d'une telle réserve (*Report of the Human Rights Committee, A 37/40*).

Si la communication est jugée recevable, le comité, après avoir recueilli toutes les informations nécessaires et complémentaires auprès des parties, fera part de ses « constatations » sur le fond à l'État défendeur et au particulier.

On notera ainsi que le taux de recevabilité des requêtes individuelles est relativement élevé. Sur le fond, les constatations ont un contenu variable, mais il apparaît que le comité n'a pas hésité, dans plusieurs communications, à constater la violation des droits inscrits dans le pacte et, quelquefois, à recommander les mesures nécessaires pour son redressement. Ainsi, dans sa communication R 1/5, le comité devait déclarer, pour la première fois, qu'un État, l'Uruguay, avait violé plusieurs dispositions du pacte, en particulier celles qui interdisent les détentions arbitraires et la torture, et lui demanda de prendre les mesures nécessaires pour accorder une réparation effective.

Finalement, dans l'examen des communications individuelles, le comité des droits de l'homme fait preuve d'une autorité qui tranche avec la prudence qui caractérise l'examen des rapports. Même si, formellement, elles n'ont pas la force juridique d'une décision, les constatations motivées d'un organe international indépendant présentent un réel intérêt. Il reste que cette procédure est facultative et que de trop nombreux États jouissent, de ce fait, d'une immunité peu propice au respect effectif des droits de l'homme (surtout si, dans un autre cadre international, latino-américain ou européen, ils ne sont pas assujettis à des procédures de contrôle comparables).

### Le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

*Les droits reconnus.* Le pacte sur les droits sociaux comporte une clause générale de non-discrimination concernant les bénéficiaires des droits garantis. Néanmoins, l'article 2 paragraphe 3 contient une exception assez curieuse en prévoyant que les pays en voie de développement pourront déterminer dans quelle mesure ils garantiront les droits économiques à des non-ressortissants. Il a été

quelquefois prétendu que cette clause avait pour objet d'éviter que le pacte soit invoqué par les investisseurs étrangers. Il est à noter, cependant, que le pacte ne contient aucune disposition sur le droit de propriété.

En 1948, la Déclaration universelle ne comportait que six articles relatifs aux droits sociaux. Conformément aux tendances qui se sont développées depuis cette période, le pacte est beaucoup plus complet : la liste des droits est plus longue et leurs implications plus concrètement marquées. Pour l'essentiel, ils concernent : le droit au travail et à des conditions de travail justes et favorables ; le droit de former avec d'autres des syndicats et de s'affilier au syndicat de son choix ; le droit de grève « exercé conformément aux lois de chaque pays » ; le droit à la sécurité sociale ; la protection de la famille ; le droit à un niveau de vie suffisant « y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants » ; le droit à la santé ; le droit à l'éducation ; le droit de participer à la vie culturelle et de bénéficier du progrès scientifique.

Selon l'article 2 du pacte, chaque État partie s'engage à assurer progressivement le plein exercice « des droits ainsi reconnus au maximum de ses ressources disponibles ». Certaines dispositions introduisent cependant un calendrier plus précis pour leur mise en œuvre, par exemple l'article 14 à propos de l'enseignement primaire gratuit et obligatoire ; d'autres dispositions sont d'application immédiate, telles celles qui sont relatives à la liberté syndicale, puisque leur observation n'est pas fonction de considérations financières.

Les normes fixées par le pacte sont encore trop souvent exprimées en termes généraux qui ne définissent pas l'étendue exacte de ces droits. De nombreux textes élaborés par les Nations unies comme par les institutions spécialisées peuvent utilement permettre de les préciser. Tel est le cas, notamment, des conventions de l'O.I.T. dans les domaines de la sécurité sociale et de la liberté syndicale.

La mise en œuvre des droits sociaux dépend aussi, dans une certaine mesure, de la collaboration et de la solidarité internationales (art. 23 et 24 du pacte).

*Les procédures de contrôle.* Le mécanisme prévu par le pacte sur les droits sociaux repose essentiellement sur l'examen des rapports des États parties sur les mesures qu'ils ont adoptées et les progrès accomplis en vue d'assurer le respect des droits reconnus dans le pacte (art. 16, paragr. 1).

Le Conseil économique et social est l'organe principalement chargé de cet examen. Pour l'aider dans cette tâche, le Conseil a décidé de créer en son sein un « groupe d'experts » – dont la composition et les méthodes de travail ont été définitivement fixées par la résolution 1982/33 du 6 mai 1982. Ce dernier comporte quinze membres élus par le Conseil parmi les représentants des États parties au pacte. Il doit établir des suggestions et des recommandations de caractère général après avoir examiné les rapports des États, selon une procédure voisine de celle qu'a adoptée le comité des droits de l'homme, et après avoir étudié, à titre subsidiaire, les rapports communiqués par certaines institutions spécialisées (O.I.T., U.N.E.S.C.O., etc.) dans le domaine de leur compétence.

Dans sa résolution 1988 (LX) du 11 mai 1976, le Conseil économique et social a déterminé un programme selon lequel les États parties doivent présenter leurs rapports par étapes, tous les deux ans, en prenant pour objet chaque fois un groupe d'articles du pacte déterminé, et en suivant les directives détaillées du secrétariat général de l'O.N.U. Enfin, aux termes de l'article 22, le Conseil économique et social peut présenter, de « temps en temps », à l'Assemblée générale des recommandations de caractère « général » concernant l'exécution du pacte.

Pour l'instant, ce système de surveillance s'avère particulièrement souple et assez peu satisfaisant, même en tenant compte du fait que les obligations des États ont une nature particulière. Plusieurs éléments fondent cette appréciation : la brièveté des sessions consacrées à l'examen et à la discussion des rapports, par ailleurs souvent incomplets, le retard excessif dans le dépôt des rapports, la faiblesse des moyens d'investigation, le fait surtout que, à tous les niveaux, le contrôle relève d'organes « interétatiques ».

## **Conventions spéciales**

En dehors des deux pactes, une série de conventions spéciales vient

préciser ou aménager l'exercice d'un droit garanti en prévoyant un organe chargé de contrôler l'application des dispositions normatives sur la base des rapports particuliers présentés par les États parties. Tel est ainsi le cas de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, entrée en vigueur en 1978 (109 ratifications), de la convention sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid de 1973 (90 ratifications), de la convention contre la torture entrée en vigueur en juin 1987, ou encore de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales de 1965 (129 ratifications), dont le comité d'experts peut également examiner des plaintes individuelles concernant des États qui ont accepté spécialement cette dernière compétence (seulement quinze États ont marqué leur consentement en ce sens). En ce qui concerne le droit humanitaire, qui comporte de nombreuses dispositions relatives aux droits de l'homme (conventions de 1949 complétées par les protocoles de 1977), sa mise en œuvre fait intervenir des « puissances protectrices », c'est-à-dire des États tiers chargés de la sauvegarde des intérêts des parties en conflit. Comme substitut à ce mécanisme et par les fonctions propres qui lui sont de toute façon dévolues, une institution privée, le comité international de la Croix-Rouge, joue un rôle fondamental dans l'application du droit humanitaire.

### **Actions des institutions spécialisées**

Dans le domaine de leur compétence, plusieurs institutions spécialisées tentent non seulement de promouvoir mais de protéger certains droits de l'homme.

À ce titre doit être particulièrement relevé le rôle très actif de l'O.I.T., dont l'assemblée a une composition tripartite comprenant des représentants des gouvernements des organisations d'employeurs et de travailleurs.

L'O.I.T. veille au respect des conventions internationales du travail en soumettant les États contractants au contrôle de la commission d'experts pour l'application des conventions et des recommandations et, éventuellement, en cas de manquement, à une commission tripartite. Cette procédure générale est complétée par une procédure spéciale dans le domaine de la liberté syndicale, qui s'applique même aux États qui n'ont pas ratifié les conventions sur ce sujet, car le principe de la liberté syndicale est inscrit dans la charte même de l'O.I.T. En cette

matière, deux organes indépendants interviennent : le comité de la liberté syndicale dont la jurisprudence est abondante et, éventuellement, la commission d'investigation et de conciliation.

L'O.I.T. combine plusieurs méthodes de contrôle : examen des rapports transmis par les États ; instruction et enquête ; rapports suivis de recommandations sur des situations faisant l'objet de plaintes émanant soit des États soit de délégués des organisations de travailleurs ou d'employeurs (telles les plaintes formées en 1982 par les délégués des travailleurs de la France et de la Norvège contre la Pologne pour non-observation des conventions nos 87 et 98 sur la liberté syndicale). L'O.I.T. favorise la conciliation et les contacts directs entre un représentant du Bureau international du travail, les membres du gouvernement et les représentants des organisations syndicales dans un pays mis en cause. Si des difficultés subsistent et que les recommandations ne sont pas suivies d'effet, les rapports d'enquête peuvent être rendus publics et les cas les plus graves ou non résolus soumis à la conférence plénière de l'organisation.

Dans le cadre de l'U.N.E.S.C.O., le conseil exécutif a établi en 1978 (décision 104, ex. 3.3) une procédure permettant d'examiner des « cas » ou des « questions » dont l'U.N.E.S.C.O. pourrait être saisie en ce qui concerne l'exercice des droits de l'homme dans les domaines relevant de sa compétence. Ces plaintes peuvent émaner des victimes ou de personnes ayant une connaissance digne de foi desdites violations.

Ces communications sont examinées par le comité sur les conventions et recommandations, qui transmet ses conclusions et ses recommandations dans un rapport confidentiel adressé au conseil exécutif. L'État mis en cause a la faculté, dès le début de la procédure, de faire connaître ses observations. Le conseil exécutif examine ces réclamations en séance privée et a, semble-t-il, le souci de faire prévaloir une solution amiable.

Le caractère confidentiel qui s'attache à cette procédure est peut-être une condition de son efficacité, mais permet difficilement d'apprécier ses résultats concrets. Toutes ces précautions n'ont pas convaincu l'ensemble des États, dont certains ont demandé la suppression de ce mode de recours. On notera, enfin, que

les « questions » relatives à des violations massives, systématiques ou flagrantes des droits de l'homme peuvent être examinées par le conseil exécutif et la conférence générale en séance publique. Le cas s'est très rarement présenté, en raison du souci évident de ménager la souveraineté des États.

## @ La protection des droits de l'homme dans le cadre régional

### **Le système interaméricain**

La charte de l'Organisation des États américains proclame que le respect des droits fondamentaux de la personne humaine est un principe essentiel. Dans le prolongement de cette disposition, les États membres devaient adopter, dès 1948, quelques mois avant le vote de la Déclaration universelle, la Déclaration américaine des droits de l'homme, qui couvre aussi bien les droits civils et politiques que des droits économiques, sociaux et culturels, même si la définition qu'elle en donne n'est pas toujours très précise ni complète.

Bien que cette déclaration ne soit pas un instrument doté de force obligatoire, les États américains ont éprouvé la nécessité de créer, à la suite d'une résolution adoptée en 1959, une institution veillant au respect des droits énoncés : la commission interaméricaine des droits de l'homme. Organe de promotion des droits de l'homme, la commission a peu à peu affirmé sa mission de protection et a obtenu en 1965 que les États lui reconnaissent le droit de recevoir et d'examiner des requêtes individuelles. En 1969, à la suite de la réforme de la charte de l'O.E.A., la commission est devenue un organe principal de l'organisation. Ce dernier élément n'est pas sans implication pratique, car il autorise la commission à intervenir même à l'égard des États qui ne sont pas parties à la convention américaine des droits de l'homme.

Cette dernière convention, adoptée en 1969 à la conférence de San José, est actuellement l'instrument le plus important. Entrée en vigueur le 18 juillet 1978, elle a été depuis ratifiée par une vingtaine d'États.

La convention américaine définit les droits de l'homme protégés en termes beaucoup plus précis que la Déclaration. D'une manière générale, on

retrouve l'ensemble des droits civils et politiques tels qu'ils sont énoncés dans le pacte des Nations unies, avec certains éléments particuliers concernant le droit à la vie, le droit d'asile ou les garanties en matière d'expulsion individuelle.

Il est fait mention du respect des droits sociaux en des termes très généraux car, à ce sujet, l'Assemblée de l'O.E.A. a adopté un protocole distinct définissant les droits sociaux et créant des organes appropriés pour leur protection.

En ce qui concerne le contrôle de l'application de la convention, il existe deux organes principaux : la commission interaméricaine et la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

#### La commission interaméricaine des droits de l'homme

La commission comprend sept membres élus « à titre personnel » pour quatre ans par l'Assemblée de l'O.E.A. Elle conserve à l'égard de tous les États de l'O.E.A. ses compétences antérieures, et notamment celle de recommander toutes les mesures appropriées pour remédier à des situations contraires aux droits de l'homme. Elle reçoit en ce sens des communications et peut également se saisir d'office. Ses pouvoirs ont été précisés lorsqu'elle agit dans le cadre de la convention. Cette dernière ouvre, de plein droit, à toute personne physique ou organisation non gouvernementale un droit de « pétition » devant la commission contenant une plainte en violation des droits garantis. En revanche, les requêtes d'un État contre un autre État ne sont recevables que si l'État en cause a reconnu la compétence de la commission à cet effet dans une déclaration spéciale (art. 45). En 1986, huit États ont accepté cette procédure qui, pratiquement, n'a jamais été mise en œuvre.

La convention fixe en détail les conditions de recevabilité des requêtes et exige en particulier que les recours internes utiles aient été épuisés. Si la requête est recevable, la commission poursuit l'instruction sur le fond de manière contradictoire. Elle peut également, en cas d'urgence, prescrire des mesures provisoires telles que la suspension de l'exécution d'une peine ou l'octroi de soins médicaux à un détenu.

La commission doit tenter d'obtenir un règlement amiable de l'affaire dans le respect des droits de l'homme. À défaut, elle rédigera un rapport « confidentiel » contenant ses conclusions et adressé aux États intéressés. Si, après trois mois, l'affaire n'est pas déférée à la Cour interaméricaine, la commission formule un avis et recommande les mesures que l'État doit prendre dans un certain délai pour remédier à la situation considérée. À l'expiration de ce délai, la commission peut décider de publier son rapport. L'action « diplomatique » et la publicité des conclusions juridiques sont donc des moyens assez persuasifs utilisés par la commission, qui ne possède cependant pas un pouvoir de décision.

### La Cour interaméricaine des droits de l'homme

La Cour comporte sept juges élus par les États parties pour six ans. Sur le plan contentieux, sa compétence doit faire l'objet d'une acceptation par les États parties (seuls neuf États ont déclaré reconnaître cette compétence comme obligatoire). Elle peut être saisie par la commission ou par un État partie à la convention ; les particuliers n'ont pas cette faculté.

Au terme d'une procédure juridictionnelle, la Cour rend des arrêts obligatoires et définitifs. Si elle conclut à la violation de la convention, la Cour ordonne que la partie lésée obtienne la jouissance du droit en cause et, le cas échéant, la réparation des conséquences de la violation constatée et le paiement d'une juste indemnité. L'activité de la Cour est cependant, pour l'instant du moins, très réduite en matière contentieuse. La Cour exerce plus pleinement sa fonction consultative. En effet, aux termes de l'article 64 de la convention, tous les États membres de l'Organisation ainsi que les organes de l'O.E.A. peuvent consulter la Cour à propos de l'interprétation de la convention ou de tout autre traité concernant la protection des droits de l'homme dans les États américains. En outre, à la demande de tout État membre de l'Organisation, la Cour peut émettre un avis sur la compatibilité de l'une quelconque des lois dudit État avec les instruments internationaux précités.

Sur cette base, la Cour a rendu plusieurs avis consultatifs qui constituent un contrôle de la légalité très utile et très original. En conclusion, le système interaméricain instauré par la convention se rapproche de celui qui est organisé dans le cadre de la convention européenne. Cela est surtout vrai en ce qui

concerne les normes protectrices et le fonctionnement de la Cour sur le plan contentieux. Par contre, on remarquera que la Cour européenne a une fonction consultative très étroite qu'elle n'exerce pas ; d'autre part, alors que l'intervention par voie d'enquêtes sur le terrain en cas de violations massives des droits du citoyen et la rédaction de rapports sur la situation des droits de l'homme dans les États constituent encore l'essentiel du travail de la commission interaméricaine, la commission européenne des droits de l'homme sera plus franchement tournée vers l'examen de plaintes individuelles.

## **Les droits de l'homme en Europe**

Sur le plan paneuropéen, au sens large, l'acte final de la conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (1<sup>er</sup> août 1975) fait figurer le « respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, y compris la liberté de pensée, de conscience, de religion ou de conviction » parmi les principes régissant les relations mutuelles des États participants. De plus, dans sa troisième partie, l'acte d'Helsinki comporte des clauses assez concrètes à propos de la libre circulation des personnes, des idées et des informations, qui mirent en cause les rigidités réglementaires de l'U.R.S.S. et des pays de l'Est européen. Il en est ainsi des rencontres régulières sur la base des liens de famille, de la réunion des familles, du mariage entre ressortissants de nationalité différente ou de la condition des journalistes étrangers.

Se référant au pacte des Nations unies sur les droits civils et politiques, l'acte d'Helsinki consacre le droit de chacun de quitter tout pays y compris le sien.

Bien que l'acte final ne soit pas formellement une convention, il engage les trente-cinq participants, qui y ont déclaré leur détermination, d'agir conformément à ses dispositions. L'application de l'acte a donné lieu à des « bilans » ou « suites » où furent débattues les questions relatives aux droits de l'homme et en particulier, avant la perestroïka, le sort des dissidents soviétiques et les obstacles mis à l'émigration des juifs soviétiques.

Dans le cadre européen, il existe des instruments plus élaborés : la convention européenne des droits de l'homme et, à moindre degré, la charte sociale européenne. La Charte des droits fondamentaux adoptée par l'Union

européenne le 7 décembre 2000 est destinée elle aussi à être intégrée dans le droit positif de l'Union, même si ce n'est pas encore le cas.

### La convention européenne des droits de l'homme

La convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, est entrée en vigueur le 3 septembre 1953. Assortie de six protocoles également en vigueur, et ratifiée par les membres du Conseil de l'Europe, elle demeure le modèle le plus accompli de protection internationale des droits de l'homme. L'originalité de cet instrument découle toutefois moins de son contenu que des mécanismes d'application beaucoup plus complets que ceux qui ont pu être mis en place sur le plan universel.

### Droits garantis

La liste des droits garantis figure dans le texte de base de la convention (titre I) ainsi que dans les protocoles n<sup>os</sup> 1, 4, 6 et 7. À part quelques dispositions ayant une connotation sociale (liberté syndicale, interdiction du travail forcé...) et un droit de caractère économique (respect des biens), il s'agit principalement de droits civils et politiques qui correspondent pour l'essentiel à ceux qui sont énoncés dans la Déclaration universelle et le pacte international sur les droits civils et politiques : droit à la vie, interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, droit à la liberté et à la sûreté, droit à un procès équitable, liberté de conscience et de religion, liberté d'expression et d'information, respect de la vie privée et familiale, liberté de réunion et d'association, droit à de libres élections législatives, liberté de circulation. De plus, le protocole n<sup>o</sup> 6 consacre l'abolition de la peine de mort ; il a été ratifié par dix-sept États. À l'instar du pacte des Nations unies, la convention prévoit qu'un État pourra déroger à certaines de ces dispositions en cas de danger public grave menaçant la vie de la nation. Mais la commission et la Cour européennes sont habilitées à vérifier si les circonstances avancées par un État sont suffisantes pour fonder cet « état d'exception » et si les mesures dérogatoires sont strictement nécessaires à cet effet. De plus, aucune dérogation n'est autorisée pour certains droits : le droit à la vie, la non-rétroactivité en matière pénale, l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants.

La portée des droits garantis a été façonnée par la jurisprudence européenne. De cette façon, le droit de la convention est en grande partie un droit jurisprudentiel et évolutif. Ainsi, la Cour considère la convention comme un « instrument vivant » que l'on doit interpréter « à la lumière des conceptions prévalant de nos jours dans les sociétés démocratiques ». De plus, la préoccupation dominante a été d'assurer aux droits garantis une véritable effectivité. C'est pourquoi les droits énoncés n'engendrent pas seulement de simples obligations d'abstention, mais appellent parfois des « mesures positives » de la part de l'État contractant. Cette doctrine a été particulièrement bien systématisée dans l'affaire Marckx, à propos du respect de la vie familiale (arrêt du 13 juin 1979, série A, n° 31). Cette conception emporte d'ailleurs des conséquences à propos de l'application de la convention dans les rapports interindividuels : la jurisprudence européenne a, en effet, tendance à considérer que les obligations de l'État peuvent aller jusqu'à protéger l'individu contre les ingérences des tiers (arrêt du 26 mars 1985, série A, n° 91).

La Cour comme la commission européennes tiennent cependant compte des intérêts généraux dont une société doit assurer la défense. Leur tâche est de réaliser au plus haut niveau une conciliation ou plutôt « un juste équilibre entre la sauvegarde de l'intérêt général de la Communauté et le respect des droits fondamentaux de l'homme, tout en attribuant une valeur particulière à ces derniers ».

La convention n'énonce pas de droits ayant la nature de droits-créances (droit au travail, à la sécurité sociale, etc.) et ne fait pas mention du droit des peuples. Sa caractéristique est en effet de garantir des droits dont les titulaires sont des individus (au sens de l'article 25 de la convention) et qui sont susceptibles de faire l'objet d'un contrôle de caractère judiciaire international, ou même national. De fait, la convention est d'applicabilité directe dans l'ordre interne de nombreux États européens (dont la France). Ses dispositions normatives peuvent donc être invoquées directement devant les juridictions nationales, et bénéficient le plus souvent d'une autorité supralégislative. Un tel contrôle national – qui n'est pas encore assez généralisé – précède et quelquefois rend inutile le recours au mécanisme international.

**Le mécanisme international de contrôle**

Le mécanisme international de contrôle fait intervenir trois organes : la commission européenne des droits de l'homme dans un premier temps, puis, dans une seconde phase, soit la Cour européenne des droits de l'homme, soit le Comité des ministres du Conseil de l'Europe. Cette procédure s'explique historiquement. Sans doute, en mai 1948, lors du congrès de La Haye du mouvement européen, il avait été proposé la création d'une cour de justice que chaque citoyen pourrait saisir d'un recours en violation de ses droits fondamentaux. Toutefois, il fallait tenir compte des réticences des États souverains et notamment leur garantir qu'ils ne seraient pas submergés par des recours abusifs ou relatifs à des affaires futiles. C'est pourquoi a été instaurée une commission européenne chargée de « faire le tri » des requêtes en anticipant quelquefois sur le fond dès le stade de la recevabilité. À l'instar de chaque État contractant, l'individu se voyait octroyer la faculté de saisir directement la commission, mais non la Cour elle-même, dont la saisine sera réservée aux États et à la commission. Par ailleurs, comme la compétence de la Cour n'était que facultative, il a fallu prévoir l'intervention du Comité des ministres du Conseil de l'Europe pour trancher les cas qui ne seraient pas soumis à la Cour. Actuellement, donc, la procédure de contrôle comporte deux phases.

*L'intervention de la commission européenne des droits de l'homme.* La première phase du contrôle se déroule entièrement devant la commission européenne, composée de vingt-six membres indépendants. Cette dernière peut d'abord être saisie par un État contractant dénonçant « tout manquement aux dispositions de la convention » susceptible d'être imputé à tout autre État contractant. Ce droit de requête (contrairement au pacte des Nations unies) existe de plein droit et n'exige pas le consentement de l'État incriminé. La requête étatique est indépendante de la nationalité des victimes prétendues. Il s'agit d'une action publique et non d'une protection diplomatique (par exemple, recours des États scandinaves contre la Grèce des colonels).

La commission peut également être saisie par voie de requête individuelle dans laquelle toute personne, organisation non gouvernementale ou groupe de particuliers, se prétend victime d'une violation par un État contractant des libertés reconnues dans la convention, ou l'un de ses protocoles. Là encore, ce droit de saisine appartient à tout individu, quels que soient sa nationalité ou son

statut juridique dans la société. Néanmoins, il suppose que l'État défendeur ait reconnu un tel droit de recours individuel par une déclaration effectuée en vertu de l'article 25 de la convention. Au début, certains États étaient assez réticents (la France a attendu 1981 pour effectuer une telle déclaration), mais, en 1991, vingt-quatre États ont accepté ce droit de plainte individuelle, qui est de loin le moyen le plus usité pour saisir la commission.

La commission doit d'abord juger si la requête est recevable : elle vérifie à ce titre si certaines conditions procédurales (comme l'épuisement des voies de recours internes) sont bien remplies et si la requête n'est pas manifestement mal fondée. Le « tri » effectué par la commission est très sévère et ses décisions d'irrecevabilité sont définitives.

Si la requête est jugée recevable, et si aucun règlement amiable n'a été trouvé, la commission adopte un rapport établissant les faits et formulant un avis sur l'existence d'une violation de la convention. Commence alors la deuxième phase de la procédure.

*L'intervention de la Cour ou du Comité des ministres.* Dans les trois mois qui suivent la transmission du rapport, la Cour peut être saisie par la commission ou tout État contractant concerné, à condition cependant que l'État mis en cause ait déclaré reconnaître sa compétence (au 1<sup>er</sup> décembre 1991, vingt-quatre des États membres ont accepté la juridiction obligatoire de la Cour). La Cour est composée de vingt-six juges indépendants et la procédure est publique et véritablement contradictoire depuis 1983, date à laquelle le particulier a la faculté de participer pleinement à l'instance. La Cour statue définitivement, en rendant un arrêt ayant force obligatoire. Le Comité des ministres en surveille l'exécution. La Cour a rendu plus de deux cent cinquante arrêts.

Les États sont tenus d'effacer les conséquences de la violation. Mais, en maintes occasions, l'arrêt de la Cour les amène à modifier ou à compléter leur législation ou leur réglementation pour éviter des violations comparables dans l'avenir. Si la Cour n'est pas saisie, c'est le Comité des ministres du Conseil de l'Europe qui statuera en adoptant une décision obligatoire à la majorité des deux tiers des membres le composant (art. 32). D'une manière générale, le système de

la convention est très efficace et permet d'aboutir à une décision contraignante. On peut lui reprocher cependant d'être relativement long. Notons aussi que, en dehors du contrôle sur plaintes, le secrétaire général du Conseil de l'Europe peut demander aux États, à intervalles variables, de lui communiquer des rapports sur la manière dont ils s'acquittent de leurs obligations en droit interne (art. 57).

Dans le cadre moins large des Communautés européennes, la Cour du Luxembourg s'attache également à contrôler si les actes des institutions ne portent pas atteinte aux droits fondamentaux tels qu'ils résultent des principes communs aux États membres ainsi que du texte de la convention qui sert de référence. *De lege ferenda*, il est envisagé que les Communautés adhèrent en tant que telles à la convention européenne.

### La charte sociale européenne

S'agissant des droits sociaux, une synthèse des grands principes d'action figure dans la charte sociale européenne adoptée en 1961 et entrée en vigueur en 1965. Ratifiée par vingt-deux États, dont la France, elle comporte un mécanisme de contrôle fondé sur l'examen des rapports périodiques des États contractants. Cet examen donne lieu à des « conclusions » d'un comité d'experts indépendants et d'un comité intergouvernemental. Il aboutit à des recommandations du Comité des ministres du Conseil de l'Europe.

### **La charte africaine des droits de l'homme et des peuples**

Adoptée au sein de l'Organisation de l'unité africaine en 1981, cette charte est entrée en vigueur le 21 octobre 1986 et bénéficie de près de quarante ratifications. Elle comporte une liste assez complète des droits garantis – civils, politiques, sociaux, économiques et culturels. Elle met également l'accent sur les droits des peuples, notamment le droit au développement. De plus, elle comporte une innovation en mentionnant les devoirs de l'individu (art. 27 à 29) envers la famille, l'État et la communauté africaine.

Les États sont tenus de prendre les mesures institutionnelles et de droit matériel nécessaires en droit interne pour mettre en application les normes internationales. Le contrôle international de cette mise en œuvre ne comporte pas

d'organe juridictionnel, mais dépend d'une commission de onze membres indépendants qui constitue un organe chargé à la fois de la promotion et de la protection des droits de l'homme. La commission peut recevoir et instruire des communications émanant aussi bien des États que des particuliers. L'accent est mis sur la conciliation et le caractère confidentiel de la procédure. Les rapports et recommandations de la commission sont adressés à la conférence des chefs d'État et de gouvernement de l'O.U.A., qui peut décider de leur publication, notamment dans des situations qui révèlent un ensemble de violations graves ou massives des droits de l'homme. Il est encore trop tôt pour apprécier la portée effective de ce mécanisme, mais il est symptomatique que l'Afrique se soit également dotée d'un instrument spécifique relatif aux droits de l'homme.

À une époque où les violations des droits de l'homme dans le monde demeurent nombreuses et graves, il est utile que la nécessité d'une protection internationale se soit manifestée d'une manière multiforme. Sans doute certaines procédures sont encore imparfaites et leur efficacité est au surplus parfois contrariée par la politisation des débats et les résistances d'une souveraineté épidermique. Cependant, la pratique internationale tend à limiter la portée du principe de non-ingérence. D'autre part, comme le note Hubert Thierry : « L'intérêt accru de l'opinion quant aux droits de l'homme et le développement d'un militantisme (qui dans certains pays ne va pas sans courage) sont des facteurs de progrès. » En dépit de ses résultats inégaux, la protection internationale des droits de l'homme présente d'ores et déjà des aspects positifs qui restent tributaires des progrès de démocratie dans le monde.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## @ CONTRAT

### ***Prise de vue***

On contracte les fièvres, des amitiés et des vices (ou de bonnes habitudes) ; on contracte aussi des dettes. Le verbe *contracter* suggère ainsi une image assez floue ; il évoque un « lien », matériel ou spirituel. Le substantif *contrat*

paraît avoir une compréhension plus restreinte, sinon plus précise ; il ne connote plus que l'idée d'un rapport interpersonnel, moral ou social, et, notamment, juridique : l'idée d'obligation. En situant la source de cette relation dans la volonté même des sujets entre qui elle s'établit, le mot s'enrichit d'une nuance appréciable, qu'exprime plus nettement le terme « convention », tenu pour son synonyme. Obligation et convention : on considère d'ordinaire que le propre du contrat est précisément d'être, non pas l'une ou l'autre chose, selon les points de vue, mais, conjointement, l'une et l'autre, obligation conventionnelle, convention obligatoire. Et le problème du contrat apparaît comme celui de la liaison entre les deux termes, c'est-à-dire de la reconnaissance, par le droit, des engagements volontaires, ou encore, de la sanction des promesses.

Bien loin d'aider à la solution du problème, une analyse philosophique de la promesse la rend plus ardue. Car les philosophes – certains d'entre eux du moins – considèrent, sans doute, que la promesse ne peut être pensée que comme devant-être-tenue ; mais ils soulignent aussi qu'elle est le plus souvent précaire, l'homme étant un être naturellement inconstant et insincère. Dès lors, de deux choses l'une ; ou bien le promettant persiste dans la résolution d'assumer le lien qu'il s'est imposé, et le bénéficiaire de la promesse n'a que faire d'une consécration officielle – juridique – de celle-ci ; malgré le silence, ou l'hostilité de la loi, un débiteur scrupuleux peut toujours réaliser spontanément sa volonté, et le contrat n'est qu'une institution superflue ; ou bien la promesse engendre un lien juridiquement sanctionné ; mais, par hypothèse, ce lien ne sera consacré que dans le cas où le promettant n'aura pas maintenu sa volition et où l'obligation ne sera plus assumée, consentie. La réglementation et l'existence même du contrat en tant qu'institution juridique imposent donc que l'obligation du débiteur soit privée du soutien de sa volonté, et Descartes avait lucidement aperçu, dans la troisième partie du *Discours*, que le contrat est un remède « à l'inconstance des esprits faibles ». Mais pourquoi, et comment, a-t-il la puissance d'imposer à l'homme la vertu de persévérance et de le lier définitivement à sa volonté première ?

Le problème étant énoncé en ces termes (de façon schématique jusqu'à l'excès), on n'entrevoit pas nécessairement qu'il admet, en pratique, les solutions les plus diverses, selon des techniques changeantes, pour des raisons variées ; mais on peut pressentir que son examen ouvre carrière aux spéculations :

discussions théoriques et, aussi, professions de foi dogmatiques.

## @ 1. L'idéologie

Le Premier consul Bonaparte aurait adressé aux rédacteurs de son Code civil le reproche suivant : « Le vice de nos législations modernes est de n'avoir rien qui parle à l'imagination [...]. Un contrat ne contient que des obligations géométriques ; il ne contient pas de sentiment. » Il est à croire, en effet, que les législations en général, et le Code civil français en particulier, contiennent, à propos du contrat, assez peu de sentiment. On ne saurait en dire autant des exposés doctrinaux qui sont, le plus souvent, tout pénétrés de croyances a priori ; toute conception du contrat, dans ses racines profondes et jusque dans les détails de sa formulation technique, est l'expression de convictions méta-juridiques, d'un système philosophique (plus ou moins conscient et ferme), d'une *Weltanschauung*. Le temps n'est pas encore entièrement révolu où l'on célébrait la sainteté du contrat ; et, à tout le moins, dans la civilisation contemporaine, on pare le contrat de vertus éminentes.

### @ Le contractualisme

Classiquement, la notion de contrat se meut au sein de la doctrine dite de l'autonomie de la volonté. Les principes – ou les postulats – sur lesquels se fonde cette dernière peuvent être ramenés à deux : nul ne saurait être obligé en dehors de sa volonté (il n'est point d'engagement juridique sans contrat) ; tout engagement volontaire est légitime (il n'est point de contrat qui ne doive recevoir la sanction du droit). Les aspects de cette doctrine sont multiples. Historiquement, ils sont apparus tantôt comme ses causes, tantôt comme ses conséquences ; mais ils n'ont plus figuré que ses éléments une fois qu'au terme d'une série d'actions et de réactions, souvent réciproques, la doctrine s'est trouvée constituée.

Sa signification est, en premier lieu, politique. Elle traduit le rêve d'une société individualiste dont chaque membre serait le centre, et dont la finalité serait l'épanouissement de la personnalité de chacun. Ce n'est point une rencontre fortuite si les théories du *Contrat social* ont trouvé leur achèvement avec Rousseau

et Kant, c'est-à-dire au siècle des Lumières, en un temps qui est aussi celui des conquêtes politiques de la bourgeoisie. Le fondement de l'autorité politique et, du même coup, de la société civile, a été alors découvert dans l'idée de contrat : contrat entre les individus, et contrat entre ceux-ci et le souverain. Car seul le contrat – la soumission volontaire – justifie l'assujettissement à un pouvoir de citoyens égaux et indépendants.

L'essence de la doctrine est, tout autant, d'ordre économique. Elle révèle une confiance foncière dans les mérites du libéralisme qui doit assurer le plus grand bien du plus grand nombre. L'âge libéral a été défini comme une civilisation du contrat : comme un ordre social où les individus sont maîtres de déterminer eux-mêmes, par leur volonté, les règles qui les gouverneront. Produit du libre-arbitre, le contrat est parfait – le contrat est saint – par l'utilité générale que, naturellement, il procure. Aussi bien la Constitution des États-Unis dispose-t-elle, dès son article premier, qu'aucun État ne peut voter de loi portant atteinte aux obligations assumées par contrat. Les principes du droit naturel imposent le respect et la liberté des contrats.

Enfin, la thèse centrale de la doctrine réside dans l'affirmation – métaphysique – que l'homme, être libre, est aussi autonome, qu'il a compétence pour se lier lui-même, mais seulement par un acte souverain de sa volonté. Cette proposition ne doit pas s'interpréter de façon caricaturale, comme exprimant un égocentrisme ombrageux et étriqué. Car la doctrine répand un parfum moral, et constitue un acte de foi en la personne humaine, en sa dignité, son sens de l'effort et de la responsabilité, en la valeur de la parole donnée. Travail et fidélité. L'exaltation du commerce (et de la volonté) que l'on peut déceler au fond de la Réforme, ou en tout cas du puritanisme, rejoint la tradition constante de l'Église qui a conféré une valeur éthique et même religieuse à la foi jurée en proclamant que l'on doit respecter ses engagements (*pacta sunt servanda*) à peine de mensonge. Cette conjonction conduirait à fixer à la doctrine un champ relativement limité : une certaine époque de la civilisation occidentale. Le moralisme contractuel, toutefois, représente une tentation difficilement refrénée, quel que soit le contexte culturel. Il est assez normal que le système musulman ait été largement dominé par le verset du Coran qui prescrit aux croyants d'être fidèles à leurs engagements. Il était plus inattendu que la société soviétique, alors que les rapports entre organismes

économiques étaient impérativement fixés par la loi (le plan), jugeât utile de les faire confirmer par contrat, considérant que l'assomption volontaire d'obligations préexistantes leur attachait un plus haut prix dans l'esprit des citoyens : celui de la parole donnée et du sentiment personnel de l'honneur.

Il demeure que le contrat a eu ses prestiges, singulièrement, dans les démocraties libérales occidentales ; c'est là que le dogme contractualiste a été célébré avec le plus de grandeur. Sur un plan proprement juridique, par un véritable débordement de la notion, on a interprété en termes de contrat les principales institutions de la vie civile : la famille a trouvé dans le mariage, c'est-à-dire dans un contrat, le principe de son existence et de son maintien ; la propriété individuelle a été légitimée par un contrat primitif, et, réciproquement, on a vu dans la liberté qu'elle assure la garantie de la justice contractuelle. Plus généralement, on a contemplé la société à travers le prisme du contrat. Dans une perspective évolutionniste, on a reçu comme axiome la loi de Maine (du nom de l'historien, juriste et sociologue anglais qui l'avait formulée) : *from status to contract*, du statut au contrat ; ce qui signifie que les sociétés cheminent (progressent) d'un état social où les rapports entre hommes découlent objectivement, légalement, du seul fait de la position relative des membres du groupe au sein de ce dernier, à un état où ces rapports naissent de la volonté libre des hommes. Il est clair que cette « loi » ne condense pas seulement une série d'observations historiques, mais qu'elle véhicule un jugement de valeur : l'exercice de l'activité contractuelle est nécessaire, donc fatal, car il est désirable et salutaire. On retrouve le même a priori, au plan de la structure, chez les sociologues qui font du contrat le type idéal de toutes les relations sociales, c'est-à-dire le modèle, d'un point de vue axiologique, plutôt qu'une catégorie logique d'analyse. Enfin, en tout domaine, on a saisi, ou suscité, des élans de contractualisme. On a eu recours à l'idée d'un « contrat linguistique » qui aurait fixé le langage dans chaque cas particulier, pour traduire la part de contingence que comporte toute langue. Et, de façon plus trouble, la relation masochiste entre la victime et son bourreau a été posée avec une essence contractuelle, comme le résultat d'une alliance et d'un esclavage consentis.

## @ Le néo-contractualisme

On a cessé, généralement, de rêver que la liberté est une garantie

suffisante de la justice et que la justice implique nécessairement liberté, liant justice et liberté sous les espèces du contrat. On pense donc moins souvent le contrat, conformément aux postulats individualistes, comme une rencontre de volontés autonomes créant leur droit dans l'isolement de leur souveraineté, abstraction faite de toute exigence de l'ordre juridique ; on y verrait plutôt un phénomène d'insertion des relations privées dans un ensemble, social et juridique, qui les dépasse et, à tout le moins, les oriente. Pour autant, le contrat n'est pas déchu de toute valeur. Bien au contraire. Dépouillé de sa douteuse auréole de spiritualité, détaché d'une conception abstraite de la justice qui pouvait, en fait, couvrir tous les abus de puissance, il a pris une consistance économique et semble être un facteur privilégié de sécurité et d'harmonie sociales. En conséquence, l'invocation d'une liberté purement formelle fait place à la recherche d'un dialogue authentique, d'une participation véritable. Dotée ainsi d'une signification plus humaine dans un contexte plus social, l'idée de contrat connaît un nouvel essor.

Dans la société politique, tout d'abord. La société internationale dont la trame, naguère encore, était l'expression de rapports de force ou de domination, puise réconfort, ou profits, dans les pactes, traités, conventions et accords qui ménagent les susceptibilités, comme ils flattent les amours-propres ; la coopération est à la mode ; et l'on s'avise, enfin, qu'il conviendrait d'établir une convention internationale, précisément sur le droit des traités. Le même phénomène s'observe dans l'ordre interne, bien que d'une façon moins générale : un contrat de majorité paraît seul de nature à concilier le multipartisme (c'est-à-dire l'expression – démocratique – des opinions variées qu'adopte une nation) et la nécessaire stabilité du pouvoir.

Mais c'est le domaine économique et social que le contrat envahit surtout, et de la façon la plus significative. L'économie aspire à devenir contractuelle. Entre États, une économie de contrat tend à relayer l'économie de don, aussi bien que celle de contrainte : conventions, ententes et accords d'association sont conclus, dans l'espoir (peut-être chimérique) d'un contrat mondial de production et de répartition des richesses alimentaires. À l'intérieur des États, quel que soit le régime économique, l'idée contractuelle se répand et triomphe. L'économie planifiée de l'U.R.S.S. et des pays de l'Est voulut obéir, dans

ses dernières années, à un nouveau système que les auteurs socialistes présentèrent comme étant, essentiellement, un perfectionnement du régime des contrats : les contrats conclus entre entreprises devaient en principe refléter les exigences du marché et donc précéder, et non plus suivre, l'élaboration du plan ; l'initiative rendue aux entrepreneurs, qui restaurait la fonction économique du contrat, était, évidemment, une reconnaissance des vertus de la liberté contractuelle. Quant à l'économie d'incitation que constitue la « planification souple », c'est pour le contrat une terre d'élection : contrats, quasi-contrats, conventions, sont les instruments naturels de l'accomplissement du plan.

De surcroît, il paraît juste et démocratique de faire remonter l'idée de contrat du stade de l'exécution à celui de l'élaboration de la politique économique et sociale, et l'on songe à réaliser un harmonieux concert entre les diverses voix de la nation. On recommande, ou l'on réclame, la conclusion d'un nouveau « contrat social » posant les bases d'une politique contractuelle et aboutissant à un pacte de justice entre les diverses catégories sociales du pays. Notre siècle rêve de se placer, par la vertu de la *participation*, sous le règne de l'autonomie des volontés collectives, gage de progrès et de paix économique et sociale, voire politique ; on n'a répudié une mystique que pour en épouser une autre.

## @ 2. La réalité sociale

Le contrat peut-il être saisi directement, c'est-à-dire sans passer à travers le prisme déformant d'opinions préconçues ? Depuis Aristote, qui analysa (*Éthique*, livre V) le rôle de la monnaie comme substitut du besoin dans l'échange, jusqu'aux juristes italiens découvrant l'autonomie privée à l'œuvre dans la réalité sociale, en passant par le sociologue Max Weber, on a décrit dans les mêmes termes (à peu de chose près) les mêmes faits, sur divers sols, en divers temps ; et l'on peut retenir, comme la plus dense, la formule du grand jurisconsulte Domat : « La matière des conventions est la diversité infinie des manières dont les hommes règlent entre eux les communications et les commerces de leur industrie et de leur travail et de toutes choses, selon leurs besoins. » Il apparaît alors que cette fonction sociale du contrat s'accomplit sous trois formes, qui coexistent généralement, mais que l'on peut aussi voir se succéder dans une histoire universelle du contrat : le don, l'échange, l'association.

## 📍 Le don

On qualifie de « gratuite » (ou « à titre gratuit ») l'opération par laquelle une seule partie consent un sacrifice, c'est-à-dire procure à l'autre un avantage, sans rien recevoir en retour. Plus spécialement, lorsque le sacrifice (ou l'avantage, selon le point de vue auquel on se place) s'analyse en un transfert de valeur d'un patrimoine à un autre, l'acte est une donation. Dans certains systèmes juridiques – notamment les droits de la *common law* –, la donation est opposée au contrat : il est alors de l'essence du contrat obligatoire qu'il comporte une contre-prestation ; la promesse gratuite est, par elle-même, sans efficacité juridique ; elle n'est pas un contrat. D'autres droits, ceux de la famille romano-germanique (parmi lesquels il faut inclure le droit soviétique) et le droit musulman, font au contraire de la donation une variété de contrat ; toutefois, ils la soumettent d'ordinaire à des règles spéciales, posant des exigences plus sévères pour sa formation et lui attribuant une grande fragilité. De toute façon, les promesses gratuites paraissent poser un problème autonome en raison de données psycho-sociologiques spécifiques.

Il est douteux qu'une intention libérale (*animus donandi*) entendue comme pure pensée de générosité et bienfaisance, volonté de préférer autrui à soi-même, soit de l'essence de l'acte gratuit – au sens juridique – et constitue un élément nécessaire de la donation. C'est néanmoins la présomption d'un tel esprit de désintéressement qui éveille la suspicion et suscite l'hostilité du droit à l'égard de l'attitude – altruiste, donc anormale – qui consiste à se dépouiller sans contrepartie. Mais il faut voir que cette analyse est le fruit de l'abstraction juridique, et qu'elle mutilé la réalité sociale en privilégiant un de ses instants qu'elle détache artificiellement de la continuité vécue où il s'insère. Telle opération, en apparence gratuite si on l'envisage seule, n'est plus que le maillon d'une chaîne de dations, ou services, réciproques, rendus à charge de revanche ou en récompense de services, ou dations, antérieurs. La réintroduction du facteur temps donne à la générosité figure humaine en la découvrant intéressée.

Aussi bien les ethnologues ont-ils observé, dans des groupes sociaux variés, une forme particulière des relations économiques : l'économie d'oblation. Celle-ci se caractérise par la concession de sacrifices qui, du point de vue du droit, sont purement unilatéraux et gratuits, c'est-à-dire sans contrepartie juridiquement

obligatoire. Mais ils sont octroyés, en manière de défi, pour asseoir un prestige qui appelle, en riposte, une munificence compensatrice ; ou encore, effectués par solidarité, ils engendrent une dette de reconnaissance dont la seule pression des usages et des besoins sociaux dictera l'exécution le moment venu. Ainsi, la complaisance impose la complaisance, le don appelle le don, et Marcel Mauss, étudiant – notamment – le trop fameux *potlatch*, a pu considérer que le don était une forme archaïque de l'échange – archaïque, ou, en d'autres termes, antérieure au jeu des catégories juridiques par lequel sont isolés idéalement, sous l'appellation d'actes juridiques, certains épisodes de l'activité humaine. Aujourd'hui encore, dans la réalité sociale, le don pourrait bien n'être qu'un échange différé. L'échange, en tout cas, est, pour le droit, une réciprocité simultanée.

## 🕒 L'échange

En un sens large, constitue un échange tout contrat par lequel une des parties consent un sacrifice en vue de se procurer un avantage correspondant, c'est-à-dire – en règle générale – un avantage qu'elle estime, subjectivement, être équivalent à son sacrifice. Ainsi en est-il non seulement de la remise d'une chose contre une autre (le troc proprement dit), mais encore de l'accomplissement réciproque de prestations quelconques, et même, par une intellectualisation extrême, de la simple assumption (qui est aussi concession) de promesses antagonistes. Du point de vue psychologique, la structure de l'acte est complexe, mais aisément concevable : deux intérêts adverses s'y mêlent, qui conservent cependant leur individualité ; chaque partie poursuit un but opposé à celui de l'autre, mais qui réside en ce qu'elle veut bénéficier précisément de la prestation que l'autre entend lui procurer. L'échange contractuel n'est donc ni pure opposition ni harmonie totale, mais conciliation et transaction : les deux parties, si elles ont en vue un seul et même résultat pratique (l'échange, considéré dans la totalité de ses éléments), expriment la diversité de leurs intérêts particuliers et il est conforme à l'esprit de l'opération que chacun veuille obtenir le plus en cédant le moins.

Ce phénomène suppose qu'un certain stade de différenciation et d'individualisation des relations sociales ait été atteint. Avant tout, peut-être, cela suppose une différenciation psycho-sociale, qui permet à chaque personne de tenir dans l'opération un rôle spécifique, mais qui implique aussi une connivence grâce à quoi chacun, en même temps qu'il joue le sien propre, se prête au jeu

contractuel d'autrui. Cela suppose également une différenciation économique, qui requiert un commerce de prestations non plus semblables, mais complémentaires, et une différenciation du point de vue normatif, d'où vient qu'une relation précise, détachée du complexe social, est soumise aux seules règles du droit : c'est l'échange même qui détermine, en vertu du droit, les obligations dont il charge les parties, et qui ne comportent le prolongement d'aucun devoir social. C'est dire que le processus est aussi d'individualisation. Du point de vue des actes : chaque échange forme un tout parfait, une unité close ; il se suffit à lui-même, trouve en lui-même sa raison d'être, son équilibre et sa fin. Du point de vue des êtres, les solidarités sociales anciennes ont décliné : la force des liens mutuels mécaniquement respectés se perd, et la certitude rassurante des contre-dons futurs. Du même coup, la personne du partenaire importe moins ; le cocontractant devient sinon anonyme, du moins interchangeable, et le contrat se dépersonnalise, pour se réduire à l'enchaînement (contemporain) d'une prestation et d'une contreprestation.

Les juristes de tradition libérale ne sont pas très éloignés de considérer ce type de contrat comme le contrat par excellence et même, ou peu s'en faut, comme Le Contrat tout court ; ils traitent, le plus souvent, du Contrat – figure abstraite, catégorie générale – en songeant à la vente, convention par laquelle une partie s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer. La synecdoque paraît justifiée par le sentiment populaire selon lequel on n'a rien pour rien ; le contrat est conçu couramment comme établissant des obligations réciproques, toute promesse doit recevoir son prix, la règle est « donnant donnant ». En d'autres termes, le contrat n'est pas naturellement gratuit, mais doit reposer sur le principe commutatif. On détecte des impressions mêlées à la racine de cette obscure conviction : une idée commune de la justice comme équilibre, équivalence, et, des deux côtés, la crainte d'être dupe. Ainsi, la loi de l'échange régit les rapports sociaux. Les moralistes flétrissent le marché généralisé, et le plus grand, sans doute, des juristes soviétiques, Pachoukanis, a vu dans le droit capitaliste le produit de l'activité contractuelle d'individus faisant affaire sur un pied de réciprocité. Pour cet auteur, le droit capitaliste – c'est-à-dire le droit, en tant que solution, et donc expression, des antagonismes sociaux – est un reflet du marché, d'un système de relations économiques mutuelles nouées par contrat ; par conséquent, la société communiste, harmonieuse, fraternelle, serait une société sans droit, car, étant exempte de tout antagonisme, elle ignorerait le marché, le

contrat. La société soviétique, pourtant, connaissait – avec le droit – le contrat et (nonobstant le plan) le marché : faut-il imaginer que cet instrument de coopération antagoniste qu'est l'échange avait pu être purgé de son principe impur, et que le contrat n'était plus que la forme juridique d'une collaboration parfaite entre les hommes ?

## @ L'association

La caractéristique essentielle du contrat associatif – en un sens technique, en prenant pour paradigme le contrat d'association *stricto sensu*, ou le contrat de société – serait que les parties y poursuivent non plus des fins personnelles, mais un but identique : la réalisation d'une même œuvre. Le contrat ne vise pas dans ce cas à apaiser un conflit d'intérêts divergents en opérant, par lui-même, leur composition ; dès avant la conclusion du contrat, les oppositions ont été réduites et un intérêt commun unique (une somme d'intérêts individuels identiques) est apparu, qui est seul recherché. Les parties n'étant point antagonistes, leurs prestations ne sont pas dirigées de l'une vers l'autre, ou plus couramment, vers les autres ; elles ne sont pas la contrepartie (le prix) les unes des autres : le contrat est à base de coopération, non de dettes réciproques. Du point de vue des sacrifices – des apports –, ceux-ci ne sont pas hétérogènes et pourvus d'une signification purement compensatrice, mais homogènes et convergents, destinés à former une masse de biens ou un faisceau d'activités personnelles qui permettent d'atteindre le but commun par une collaboration dans l'intérêt général. Du point de vue des avantages, ils consistent en une répartition (qualitativement, sinon quantitativement égale) des profits de la collaboration, sans qu'existe de rapport direct entre la réalisation de l'intérêt individuel d'une partie et les prestations fournies par ses partenaires ; il se confirme, sous cet angle, qu'il n'y a pas commutation, mais participation. Assurément, il est un élément affectif – un « grain » de fraternité – dans ce genre de contrat.

Cette vision des choses est, peut-être, exagérément idyllique. Peut-être les associés déploient-ils autant d'âpreté que les autres contractants à retirer le plus grand profit du plus faible apport. Il demeure qu'ils œuvrent en commun, et que l'intérêt de chacun dépend de l'activité de tous. On est alors conduit à une conception plus large de l'association comme alliance, à laquelle peut se rattacher tout contrat, quelle qu'en soit la structure technique. Toute cellule contractuelle

constitue une société élémentaire qui impose – ou devrait imposer – à ses membres des devoirs dont la nature manifeste non seulement l'interdépendance, mais aussi la solidarité des intérêts coalisés. Devoirs de probité : s'abstenir de tromperie et de fraude, d'abus de position fiduciaire ou dominante ; devoirs de coopération : renseigner le cocontractant sur les circonstances de nature à l'intéresser, prendre sa part des mauvaises fortunes. L'idée de bonne foi, reçue sous une forme ou sous une autre par la plupart des systèmes juridiques, suffirait à faire que les fins personnelles ne puissent s'accomplir que par le commun profit, et que le contrat, dans sa conclusion comme dans son exécution, soit mieux qu'une entente, une union.

Même alors on demeure sur un plan de relations interindividuelles. Or, le contrat n'est pas le champ clos où coopèrent (ou s'affrontent), en toute indépendance, des individus isolés, il n'est pas un corps étranger apparu à la surface d'un ordre social indifférent, mais une pièce d'une structure totale qui l'englobe, en est affectée et donc, en revanche, le domine. À la limite, la notion d'intérêt privé pourrait être exclue du contrat, ce dernier n'étant plus que l'instrument de l'intérêt de la collectivité ; le droit de l'Allemagne nazie n'a pas été très éloigné de consacrer cette conception universaliste du contrat. Abstraction faite de pareille outrance, c'est un fait que les législations contemporaines tendent de plus en plus, selon leur génie propre, à faire que la coopération contractuelle soit une collaboration dans l'intérêt général de la nation. La législation fédérale américaine s'efforce d'infléchir la compétition économique vers un idéal de coopération nationale. Dans l'économie sociale de marché – qui (selon certains auteurs) est le régime auquel adhère la Constitution de la république fédérale d'Allemagne –, la conclusion d'un contrat apparaît, à plusieurs égards, comme une fonction sociale. Dans les pays socialistes, le contrat devait être interprété conformément aux règles de la vie socialiste en commun et, spécialement, en harmonie avec les tâches imposées par le plan ; chaque partie devait exécuter ses obligations de la façon la plus profitable à l'économie socialiste de la nation, et c'est dans le même esprit qu'elle devait, si besoin était, assister son contractant pour qu'il s'acquitte de sa dette. Enfin, un peu partout, un ordre public de direction, qui donne aux contrats un contenu positif, se développe au-dessus de l'ordre public ancien, purement prohibitif. Bon gré mal gré, les contractants sont promus – de façon plus ou moins poussée – à la dignité de ministres du bien public et associés à l'édification d'une société de bien-être (*welfare*).

### 📍 3. L'institution juridique

Le droit contractuel est le système des prescriptions qui concilient les aspirations de la liberté avec les impératifs de la justice. Les époques libérales le conçoivent normalement comme n'étant que supplétif des volontés privées qui peuvent y déroger, sous réserve de règles – peu nombreuses – touchant aux intérêts sociaux essentiels ; le droit de notre temps est davantage impératif, l'État traçant lui-même les voies qui conduisent à la justice, telle qu'il l'imagine.

#### 📍 Les liens contractuels

Dans une perspective individualiste, le lien contractuel paraît présenter, naturellement, deux caractères étroitement complémentaires : sa force est absolue entre les parties contractantes, mais nulle à l'égard des tiers, c'est-à-dire – de ce point de vue – relative. Ces deux traits, qui ne se sont jamais dessinés avec une netteté parfaite, ont été assez sensiblement affectés par l'évolution contemporaine.

Les pays de common law ont une notion très rigoureuse de l'obligation contractuelle. Celui qui a promis est tenu d'exécuter ce qu'il a promis, tel qu'il l'a promis : la promesse est la garantie d'un résultat qui doit être procuré, en principe, quoi qu'il arrive. Cette stricte doctrine répond à un souci de certitude des rapports juridiques, et à une conception commerciale des devoirs en affaires (non dépourvue d'une certaine signification morale). Les droits continentaux, plus laxistes, considéreraient davantage que le débiteur s'engage à fournir une prestation, c'est-à-dire à déployer certaines diligences ; il arrive donc qu'il ne soit tenu que sur le fondement de certaines considérations étrangères au contrat, qui relèvent parfois d'une idée d'équité : ainsi, le prêteur à titre gratuit peut reprendre prématurément la chose prêtée s'il en éprouve un besoin pressant et imprévu ; et, d'une façon générale, les causes de libération du débiteur sont entendues plus largement que dans la common law. Cette opposition schématique ne doit pas être poussée trop avant ; les droits continentaux connaissent des obligations contractuelles de résultat, et la force de l'obligation, dans la common law, peut être mitigée par la prévision (même implicite) des parties. D'autre part, plus profondément, les deux familles de droit se rejoignent sur ce point : en cas d'inexécution imputable au débiteur, la sanction de principe consiste en une réparation par équivalent, en une allocation de dommages-intérêts qui libère le

contractant défaillant.

Si bien qu'on pourrait dire sans grande exagération que toute obligation contractuelle est alternative : le débiteur a le choix entre exécuter, d'une part, et compenser sa carence par le paiement d'une somme d'argent, d'autre part. Le contraste est net entre ces vues individualistes et lucratives et une optique sociale selon laquelle la force du lien contractuel est fonction de l'intérêt qu'il présente pour la collectivité. En droit socialiste, le contrat, qui concourt à l'accomplissement des tâches du plan, doit être exécuté réellement ; le versement d'une somme d'argent ne peut pas équivaloir à l'exécution des obligations requises, il ne dispense pas le débiteur d'exécuter le contrat. À l'inverse, une modification du plan entraîne une modification, voire une disparition, des obligations contractuelles. Cette idée que l'intérêt économique de la nation réclame le bon fonctionnement des contrats, mêlée de préoccupations de justice distributive, s'est fait jour dans de nombreux pays libéraux, sous forme d'une possibilité de révision des obligations devenues excessivement onéreuses – et pratiquement inexécutables – par la survenance d'événements extraordinaires et imprévisibles.

Deuxième particularité essentielle de l'obligation contractuelle, dans la théorie traditionnelle : elle est relative, n'existe qu'entre les parties au contrat, s'analyse en un lien de nature purement personnelle. Ce principe distingue fondamentalement le contrat de la propriété, qui existe à l'égard de tous ; le contrat ne profite pas aux tiers et, a fortiori, ne leur nuit point. La règle doit être entendue sous le bénéfice de quelques précisions. D'un côté, depuis fort longtemps, le phénomène dit de la représentation permet à une personne, le représentant, de conclure, un contrat au nom et pour le compte d'une autre personne, le représenté, qui se trouve être partie au lien contractuel sans avoir concouru à son établissement. D'un autre côté, par diverses techniques, les tiers recueillent les droits nés du contrat et même sont tenus, dans une certaine mesure, de respecter les obligations qu'il a créées. Les postulats individualistes opposaient un sérieux obstacle à cette distension du lien contractuel : le Code civil français, en 1804 encore, admettait seulement de façon exceptionnelle que l'on pût contracter (stipuler) au profit d'un tiers ; cette possibilité est aujourd'hui, un peu partout, devenue le principe. En revanche, la relativité de la dette demeure, en règle générale : si nous ne pouvons ignorer les contrats passés par autrui, si par

exemple nous ne pouvons, sans engager notre responsabilité, inciter un contractant à violer son obligation, nous ne sommes pas tenus d'exécuter les obligations convenues dans les contrats auxquels nous n'avons pas été partie. Cette limitation du champ d'action des contrats n'est évidente que dans une conception atomique des relations contractuelles. Une très grave atteinte a été portée à celle-ci dans le droit contemporain, par la multiplication des contrats collectifs, débattus entre deux groupements et dont les stipulations lient des membres de ces groupes qui pourtant n'ont pas personnellement participé à la formation du contrat.

Les deux principes classiques n'étaient que les corollaires d'une maxime unique : le lien contractuel est un lien voulu par les parties qui en déterminent souverainement le contenu (lequel se caractérise ainsi par sa plasticité). Aujourd'hui, le dirigisme a supplanté le libéralisme ; tel type de contrat (le contrat de travail, par exemple) produit nécessairement certains effets qu'il n'est pas au pouvoir des parties d'éviter et qu'il serait artificiel de rattacher à des volontés implicites que l'on présumerait. Du moins dépend-il des parties d'entrer, ou non, dans les liens d'un contrat dont les dispositions seraient fixées par la loi ? Pas toujours – comme le montrent déjà les contrats collectifs – et le volontarisme contractuel est infirmé non seulement quant aux modalités de l'obligation, mais aussi quant à l'existence, à la formation de celle-ci.

## @ Les procédures contractuelles

Une vue historique cavalière du droit contractuel saisit la succession de trois modes de formation des contrats. *Réalisme* d'abord : la remise matérielle de la chose, objet du contrat, forme seule le contrat ; l'idée d'une puissance magique incluse dans la chose et dont l'acquéreur ne peut se libérer que par la restitution ou une contre-prestation a pu, avec le temps, faire place à cette autre, plus prosaïque, qu'un contrat emportant transfert n'est conclu que par la réalisation du transfert même (et qu'on ne peut être obligé de rendre que ce qu'on a reçu). *Formalisme*, ensuite : les parties sont liées par l'accomplissement scrupuleux de rites, oraux (prononcé de paroles sacramentelles) ou gestuels (célébration de cérémonies) ; destinées sans doute, à l'origine, à émouvoir les divinités gardiennes des liens contractuels, les solennités témoignent, plus généralement, d'une exigence de ratification des comportements juridiques individuels par le groupe

social. *Consensualisme* enfin : la simple et pure volonté, exprimée sans forme, tacite même, forme le contrat, quel qu'il soit ; le contrat, réduit à son essence, est un accord de volontés, et tout accord de volontés constitue un contrat, juridiquement sanctionné.

La philosophie individualiste professe, évidemment, que l'évolution s'est achevée dans le consensualisme, ce qui est, à la fois, jugement de valeur et jugement de fait ; s'agissant du jugement de valeur, on peut l'apprécier différemment, selon sa propre philosophie et la conception générale que l'on a du droit et des relations sociales ; s'agissant du jugement de fait – selon lequel, dans le droit actuel, le contrat se forme, en principe, par l'échange des consentements individuels – il résiste difficilement à l'examen des faits.

À considérer le droit du libéralisme, il apparaît d'abord d'une façon générale, que, dans chaque système juridique, le développement des contrats s'est opéré, abstraction faite de toute idée préconçue sur le pouvoir de la volonté, mais de façon empirique, en considération des besoins pratiques. D'autre part, plus précisément, on observe que, par exemple, la common law s'est toujours refusée, et se refuse encore, à tolérer que le simple consentement puisse obliger ; une promesse n'y est valable que si elle comporte une *consideration*, une contrepartie, un prix. Il serait inexact d'expliquer ce principe par un esprit mercantile inhérent au système car la *consideration* peut être en principe, en Angleterre surtout, de valeur quelconque : selon la formule célèbre, un grain de poivre peut servir de *consideration* à l'obligation de donner une Rolls-Royce ; mais il faut au moins un grain de poivre. Le contrat anglais est donc une forme abstraite, propre à rendre obligatoire toute espèce d'engagement ; par là même, il manifeste la vanité des volontés individuelles.

Le droit musulman classique est également digne de remarque. Il est apparemment consensualiste, en ce que tout formalisme est banni. Pourtant, seules produisent effet les volontés qui concourent à la formation d'un contrat consacré ; il existe une liste close de figures contractuelles, et les volontés qui s'en évadent, prétendant donner vie, par elles-mêmes, à des opérations nouvelles, seraient vouées à l'inefficacité.

Les droits de l'Europe continentale posent un problème d'interprétation plus délicat. Dans la conception traditionnelle, ils sont foncièrement consensualistes : les volontés des particuliers y sont créatrices de droit, du moment qu'elles sont conformes à certaines exigences d'ordre public. Mais un auteur (M. Gorla) a pu soutenir, de façon fort convaincante, qu'en réalité ces droits pratiquaient un système original et complexe. Ignorant aussi bien la catégorie générale et formelle du contrat qu'un catalogue *ne varietur* de contrats particuliers, mais éloignés également du consensualisme, ils accueilleraient une série de catégories dont chacune peut admettre toutes les opérations qui comportent, dans leur structure, une « cause », une raison justificative de la sanction légale : contreprestation (par définition) dans les contrats d'échange, forme (par essence, compte tenu des règles positives) dans la donation, etc.

Une question est alors posée. La consécration du contrat par le droit ayant une cause qui doit être cherchée en dehors de la volonté des particuliers, la volonté – la promesse – est-elle néanmoins nécessaire, et essentielle au contrat ?

À cette question le droit contemporain répond résolument par la négative. Il impose volontiers aux individus la passation de certains contrats, en désignant parfois la personne du cocontractant (et en fixant de surcroît, impérativement, les conditions du contrat). Ainsi, les contrats sont de moins en moins – s'ils l'ont jamais été vraiment – les registres de nos volontés libres et joyeuses ; ils sont moins un plaisir de l'existence personnelle qu'une sujétion de la vie en société. On contracte des dettes comme on contracte les fièvres : par un décret d'une puissance supérieure.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## @ ENTREPRISE - Droit de l'entreprise

### ***Prise de vue***

Prétendre donner un aperçu du droit de l'entreprise, notamment dans ses aspects internationaux, peut paraître une gageure ; il n'y a pas *un* droit de

l'entreprise, s'appliquant en tous temps et en tous lieux à un organisme qui serait partout et toujours le même, mais différents corps de règles intéressant des entreprises qui, tant par leurs dimensions que par leur structure interne, ou par la philosophie sociale qui sous-tend leur activité, peuvent difficilement être ramenées à un schéma unitaire.

La diversité du réel qu'il s'agit d'appréhender juridiquement explique la difficulté rencontrée sur le plan conceptuel pour définir d'une façon satisfaisante l'entreprise et, sur le plan de la technique juridique, la nécessité de recourir aux branches des droits les plus différents pour « discipliner » une institution aussi protéiforme. La notion d'entreprise est en effet une notion empruntée au langage économique, qui a pu difficilement être transposée dans l'ordre juridique. L'entreprise, au regard du droit, ne peut plus en effet être seulement considérée comme la cellule de base du monde économique. Plus qu'un simple agrégat de biens matériels rassemblés par l'entrepreneur dans un but déterminé, elle comprend aussi l'équipe humaine qui a été constituée par son chef pour que puisse être menée à bien telle tâche productive. L'entreprise est donc à la fois une cellule économique et une cellule sociale, et ces deux aspects sont, dans la doctrine moderne, regardés comme indissociables. Là réside l'ambiguïté fondamentale de la notion juridique de l'entreprise qui, à l'origine essentiellement patrimoniale, ne peut plus, tout entière, être rattachée au droit des biens, dans la mesure où un élément humain doit également être envisagé comme l'une de ses composantes.

Aussi, sur le plan de la seule technique juridique, est-il impossible de ramener l'étude du droit de l'entreprise à la seule analyse du droit commercial. Ainsi qu'on l'a justement noté, « l'unité du droit de l'entreprise n'existe sans doute pas sur le plan de la technique juridique, car à cet égard le droit de l'entreprise apparaît comme un droit composite, empruntant à la fois aux statuts des personnes, au régime des biens, au régime des obligations, au droit civil, au droit commercial, au droit du travail. Mais cet ensemble composite présente quand même un élément d'unité : c'est que toutes ces règles tendent à l'organisation de la cellule de production telle que l'envisagent les économistes. L'unité est en quelque sorte extra-juridique. C'est sur le plan économique et social qu'elle se situe » (R. Pallard, 1965).

Malgré sa très grande hétérogénéité, due à la multiplicité des branches du droit qu'il réunit, le droit de l'entreprise obéit, semble-t-il, à certaines « constantes », et cela quels que soient les particularismes des systèmes politiques, économiques ou sociaux au sein desquels il vient s'insérer. Certes, s'agissant de la création même de l'entreprise, il a longtemps été de mise de distinguer les règles juridiques applicables selon le régime économique considéré : dans une économie de type libéral, régie par le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, tout individu, sous réserve de certaines formalités de publicité, peut fonder et exploiter une entreprise, s'il estime cette activité rentable ; dans une économie de type socialiste, soumise à une planification rigoureuse, l'implantation d'une nouvelle entreprise ne peut se concevoir que conformément aux prévisions du plan, ce qui implique soit l'intervention directe des autorités étatiques compétentes, soit leur contrôle sur toute initiative en ce sens venant de particuliers. Dans le cadre d'une « planification souple » ou d'une « économie concertée », ceux-ci peuvent d'ailleurs être incités à utiliser leurs capitaux dans telle branche d'activité jugée socialement ou économiquement utile, en fonction d'incitations fiscales appropriées ou de l'attribution de primes favorisant tel ou tel type d'investissement. Mais la crise générale traversée par les économies socialistes planifiées a fait revenir peu ou prou l'ensemble des États concernés aux principes de la libre entreprise, spécialement dans l'ancien bloc soviétique.

L'entreprise, une fois créée, va dans une certaine mesure échapper à son fondateur. Elle est partout considérée comme une cellule de base de la société, dont l'importance, tant économique que sociale, est telle qu'il apparaît impossible de la laisser sous l'entière souveraineté d'un chef d'entreprise qui, si l'on n'y prenait garde, pourrait être amené à négliger, pour son seul profit, certains des multiples intérêts mis en jeu par le fonctionnement de sa firme. C'est dans l'entreprise que se situe l'univers professionnel des travailleurs, qui attendent d'elle la stabilité de l'emploi et une rémunération leur permettant de vivre et de faire vivre leur famille ; c'est d'elle que provient le progrès économique, facteur essentiel de l'accroissement du niveau de vie des populations. Il n'est plus dès lors possible d'estimer, comme autrefois, que l'entreprise est un simple objet de propriété qui peut, en toute liberté, être « exploité » par celui qui a affecté certains éléments de son patrimoine à son activité économique. Certes, dans une économie capitaliste, le facteur du profit reste essentiel et c'est le chef d'entreprise (ou le détenteur du capital) qui percevra la plus large part du bénéfice réalisé. Mais le droit moderne

assure avec de plus en plus d'efficacité une prise en considération d'intérêts jugés aujourd'hui fondamentaux, tels ceux des salariés ou encore ceux des clients. L'entreprise assume en effet, dans ses rapports avec la clientèle, une fonction sociale qui rapproche les règles de son fonctionnement de celles généralement admises en matière de gestion des services publics. De plus en plus, enfin, l'entreprise elle-même est considérée comme ayant des intérêts propres, distincts de ceux des détenteurs du capital, ce qui explique l'importance, à l'époque moderne, de la politique d'autofinancement, propre à maintenir et à développer l'activité productrice de cet organisme.

Partout, et quelle que soit l'organisation politique, économique et sociale des pays concernés, sont pris en compte les différents intérêts mis en jeu par le fonctionnement de l'entreprise. Les moyens mis en œuvre pour les concilier ou les « équilibrer » sont très divers, et la politique suivie en ce domaine témoigne des hésitations du législateur. Ainsi, en France, à la vague de nationalisations qui a caractérisé la période 1981-1982, après l'arrivée des socialistes au pouvoir, a succédé, d'abord en mars 1986 puis en mars 1993 et comme suite au retour au pouvoir de ceux qui en avaient été précédemment évincés, un mouvement inverse de « privatisations ». Les considérations idéologiques ont certes, comme à l'accoutumée, été primordiales, mais la « découverte » de l'entreprise, facteur de richesse et support de l'emploi n'en a pas moins été réelle de la part de dirigeants politiques de gauche très spontanément enclins dans le passé à ne voir dans l'entreprise que le lieu d'exploitation des salariés et le théâtre d'un combat de classes plutôt qu'un organisme productif. L'observateur attentif au déroulement des expériences étrangères ne peut par ailleurs qu'enregistrer avec intérêt de singulières coïncidences : la Grande-Bretagne conservatrice de Margaret Thatcher et de John Major « dénationalise » systématiquement les entreprises d'État... mais aussi l'Espagne socialiste de Felipe Gonzalez (dénationalisation d'Ibérie...).

La nécessaire recherche d'un équilibre entre les intérêts en présence, qui semble bien caractériser le droit de l'entreprise moderne, peut aisément se retrouver tant dans les règles qui président à l'organisation des entreprises que dans les règles relatives au fonctionnement de celles-ci.

## @ 1. Le droit de l'organisation de l'entreprise

La structure de l'entreprise est longtemps restée monolithique : à l'origine, seul le capital y était représenté, exerçant sur le personnel un pouvoir sans partage. La prise en considération d'intérêts nouveaux, tels ceux des salariés ou des clients, a peu à peu effrité ce bloc, d'où une très grande diversité des structures juridiques, mais qui tient sans doute pour partie à la nature même des activités commerciales et à la multiplicité des méthodes et des techniques qu'elles ont à mettre en œuvre, comme à la nécessité d'adapter les formes juridiques aux dimensions et aux objectifs poursuivis par des entreprises souvent fort différentes les unes des autres. Elle est probablement due aussi aux incertitudes qui règnent encore sur les mérites respectifs des divers systèmes économiques : économie libérale, économie capitaliste, économie dirigée, économie étatisée, économie des coopérations, économies coopératives, etc. Plutôt que de faire un choix radical entre ces divers systèmes, les pouvoirs publics préfèrent laisser une place à chacun d'eux. Cette coexistence d'institutions d'inspirations différentes entraîne inévitablement une assez grande complexité des règles juridiques à cause de la multiplicité des statuts applicables, mais il est possible de déceler par-delà cet apparent désordre un certain nombre de principes nécessaires. La structure juridique doit être adaptée aux difficultés de fonctionnement de l'entreprise, ce qui implique toujours que l'autorité du chef d'entreprise puisse efficacement s'affirmer. Le maintien, dans son principe, de cette autorité traditionnellement hiérarchique est pourtant accompagné aujourd'hui d'un effort de démocratisation de la vie de l'entreprise, qui se traduit par la mise en place, dans la plupart des pays, d'une représentation institutionnelle du travail, et par l'émergence, en France tout au moins, de ce qu'on a pu appeler à l'occasion du vote des lois « Auroux » en 1982, une sorte de « citoyenneté » de l'entreprise.

### @ Structure juridique

L'entreprise court, du seul fait de son fonctionnement, des risques économiques qui, si la conjoncture est défavorable ou la gestion malhabile, peuvent compromettre son existence. À l'inverse, dans une économie concurrentielle, il en va différemment pour les « risques juridiques » qui peuvent être plus aisément limités. La structure juridique doit être conçue de telle façon qu'elle soit un support suffisamment ferme pour permettre à l'entreprise de nouer

avec ses fournisseurs, ses clients et les membres de son personnel les liens juridiques nécessaires. Cette structure doit être assez « ouverte » pour permettre la réunion de la masse des capitaux indispensables à la poursuite de l'œuvre économique envisagée. Alors qu'une entreprise de petite ou moyenne importance peut rester sous la forme individuelle, sans personnalité juridique propre, demeurant en quelque sorte englobée dans celle du chef d'entreprise, il en ira différemment pour une entreprise de plus vastes dimensions : on lui donnera la forme sociétaire. Outre que l'adoption de celle-ci permet d'éviter les vicissitudes qui, atteignant la personne de l'entrepreneur individuel, pourraient compromettre le fonctionnement de son entreprise, elle présente l'avantage de faciliter le financement. L'entreprise de l'État peut, même dans le cadre d'une économie non socialiste, être d'un utile recours, malgré la lourdeur du mécanisme.

### **L'entreprise individuelle**

Un individu désireux d'accroître ses revenus par les résultats d'une activité industrielle ou commerciale affecte librement certains éléments de son patrimoine à cette entreprise. Mais il y a des inconvénients : l'entreprise n'a pas, on l'a dit, d'existence juridique autonome par rapport à l'entrepreneur. Le mariage du chef d'entreprise, par exemple – et l'adoption corrélative de tel ou tel régime matrimonial –, peut se révéler fatal à la confiance que les fournisseurs et les clients de l'entreprise doivent avoir dans la signature de celui qui se trouve à sa tête. Plus souvent encore, son décès peut provoquer la disparition de l'entreprise elle-même. Malgré leur infléchissement progressif dans un sens plus favorable aux nécessités de la vie économique, les règles de partage successoral, par le « dépeçage » de l'entreprise qu'elles risquent d'entraîner, demeurent un grave danger et manifestent l'inadaptation, sur ce point, du droit civil classique. Si l'on ajoute que le financement d'une entreprise importante dépasse, la plupart du temps, les capacités patrimoniales d'un seul individu et que, sauf dans les pays connaissant la formule de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (elle-même dangereuse car permettant la fraude facile consistant à faire passer un bien du patrimoine de l'entreprise au patrimoine « privé » pour éviter qu'il ne soit englobé dans la faillite), l'application du principe de l'unité du patrimoine livre, comme gage à ses créanciers en cas de faillite, l'intégralité de ses biens tant « personnels » que « commerciaux ». Aussi bien pour éviter ce risque et à l'invitation de certaines législations étrangères ayant de longtemps admis la formule de l'entreprise

individuelle à responsabilité limitée, le législateur français a fini par admettre la société unipersonnelle (loi du 11 juillet 1985 relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée). Celle-ci n'est toutefois encore que l'exception.

## **L'entreprise sociétaire**

En groupant des personnes souvent très nombreuses et parfois des capitaux énormes, la société est en mesure d'entreprendre des tâches économiques qui dépassent les possibilités d'un entrepreneur individuel.

Sur le plan juridique, la personnalité morale de la société assure à l'entreprise commune des perspectives de durée, au travers des accidents qui pourront affecter la vie ou la fortune des associés. Elle permet d'autre part d'assurer l'autonomie du patrimoine social par rapport au patrimoine de chacun des associés. Enfin, l'organisation interne de la société permet aux associés de prendre les décisions nécessaires à l'entreprise sociale sans avoir besoin de se réunir continuellement. La désignation de mandataires selon le principe majoritaire qui s'applique habituellement dans leurs délibérations permet à certains d'entre eux, qui ont reçu pouvoir à cet effet, de décider dans de nombreux cas pour le compte de tous.

Il y a bien des formes de sociétés entre lesquelles il appartient aux fondateurs de l'entreprise de choisir. La première distinction est celle des sociétés de personnes et des sociétés de capitaux. Dans le premier cas, il sera tenu le plus grand compte de la personnalité des associés, qui ont décidé de se grouper *intuitu personae*. Ce cadre s'impose lorsque veulent se grouper des individus qui se connaissent, qui ont déjà eu ensemble des rapports de famille ou d'affaires qu'ils veulent développer. Les qualités des associés étant ici essentielles, les parts sociales sont normalement incessibles. À la différence de la société de capitaux, la personnalité juridique de chacun des associés ne s'estompe pas entièrement. En effet, les tiers qui font crédit à la société ont pour garantie, non seulement le patrimoine social, mais le patrimoine personnel des associés dont la solvabilité sera prise en considération. La société en nom collectif, la société en commandite simple et l'association en participation (qui présente cette particularité d'être une société occulte) entrent en France dans la première catégorie. Dans la seconde figurent la société par actions, qui est la plus usitée, et la société en commandite

par actions, qui l'est au contraire de moins en moins. Dans cette dernière, le commanditaire est un actionnaire qui peut normalement négocier ses actions, alors que le commandité – comme le commandité de la société en commandite simple – est un commerçant responsable sur tous ses biens.

L'opposition entre les deux grands types n'est pas complète. Les statuts d'une société de capitaux peuvent comprendre des clauses rapprochant celle-ci d'une société de personnes et réciproquement. Le législateur lui-même a tenté de combiner les caractères des deux dans les sociétés à responsabilité limitée.

La technique sociétaire peut être utilisée par d'autres que les particuliers ou dans un esprit fort différent de celui qui anime généralement les personnes physiques qui conviennent de se réunir dans ce cadre. Ainsi en est-il des sociétés coopératives qui ont cette particularité de rejeter, comme principe de leur fonctionnement, la réalisation de bénéfices au sens classique du terme. Alors que le but lucratif permet de caractériser la société, en l'opposant à l'association qui, elle, a un caractère désintéressé, ici le « profit » à retirer de l'activité de l'organisme social est tout autre. S'agit-il d'une coopérative de production, elle a pour objet de permettre à ses membres de négocier leurs productions à des conditions meilleures. S'agit-il d'une coopérative de consommation, leur groupement permettra d'effectuer des acquisitions de façon plus intéressante. Les avantages tirés de l'activité de l'organisme ne profitent pas à la société elle-même : ils visent simplement à améliorer le résultat des opérations que les coopérateurs font par son intermédiaire. La coopérative de production, par exemple, vise à faire bénéficier ses membres de tous les fruits de leur travail en annulant les prélèvements pris sur ceux-ci par des intermédiaires.

Les collectivités publiques elles-mêmes trouvent quelquefois avantage à recourir à la forme sociétaire : elles créent à cet effet des sociétés d'économie mixte associant les capitaux privés et les capitaux publics. La plupart du temps, elles se réservent la majorité du capital pour pouvoir exercer un contrôle efficace.

## **L'entreprise d'État**

Le manque d'homogénéité de la catégorie « entreprise publique » est aisément explicable. Sauf dans les pays d'économie socialiste, la création

d'entreprises de cette nature a très rarement obéi à un dessein précis.

Nombreuses sont les motivations qui ont conduit le législateur à soustraire telle ou telle catégorie d'entreprise au régime concurrentiel ou à ne les y laisser subsister que dans des conditions dérogatoires au droit commun : préoccupations d'ordre fiscal, qui conduisent à conférer à l'entreprise publique un monopole (manufacture des tabacs en France, par exemple) ; volonté de pallier les insuffisances ou les excès des initiatives privées dans des secteurs jugés essentiels à la vie des particuliers, tels que l'alimentation ou l'hygiène publique, par la création de « régies » départementales ou communales ou d'offices d'État ; volonté de diriger l'économie en créant des services publics industriels et commerciaux, auxquels il est aisé d'imposer directives et contrôles ; désir de briser, par une politique de nationalisation, la puissance excessive de certaines féodalités économiques et financières, voire, comme dans le cas de la Régie Renault en France, de sanctionner par ce moyen la conduite jugée incivique de tel ou tel dirigeant d'entreprise. Fort disparates dans leurs origines, les entreprises publiques sont très hétérogènes quant aux statuts qui leur sont applicables. Empruntant à l'administration publique, dont elles émanent peu ou prou, une part de sa majesté, elles peuvent jouir de certaines prérogatives mais, plus souvent, auront hérité une partie de ses règles de fonctionnement rigides, peu favorables à l'indispensable rapidité de la vie commerciale. Leur condition juridique n'est donc pas dépourvue d'ambiguïté : on y retrouve certains traits de la personne publique ; toujours réputées solvables, elles ne peuvent être ni saisies ni mises en faillite. Pourtant, dans la vie des affaires, l'entreprise publique, véritable « hybride », se comporte apparemment comme un industriel ou un commerçant du secteur privé. Justiciable des tribunaux de commerce, elle conclut par l'intermédiaire de ses représentants des contrats de ventes, de locations ou d'achats ; elle utilise des effets de commerce comme moyen de paiement et entre en concurrence avec des commerçants privés quand elle ne jouit pas elle-même d'un monopole.

L'assimilation à l'entreprise privée ne saurait néanmoins jamais être totale. D'abord parce qu'à la différence de cette dernière le profit n'y est pas seul à être pris en considération ; certes, le souci de la rentabilité de l'entreprise n'est pas exclu, il a même tendu à jouer un rôle croissant comme facteur d'efficacité ; mais la conduite de l'entreprise doit être menée de façon telle que l'État, représentant de la collectivité tout entière, y trouve son avantage. Ensuite parce que, tout en relâchant avec elles ses liens et en leur accordant notamment une autonomie juridique et financière, qui interdit de les confondre avec la personne publique

elle-même, l'État, compte tenu de l'importance de leur rôle et de l'incidence sur le budget du pays, assujettit en général les entreprises publiques à des contrôles nombreux tant a priori qu'a posteriori. On notera que la loi française du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises précise dès son article 2 que : « le redressement judiciaire est applicable à tout commerçant, à tout artisan et à toute personne morale de droit privé », laissant ainsi en dehors de ses prévisions les entreprises publiques.

### 📍 Le principe hiérarchique

Le principe hiérarchique est resté longtemps incontesté. Dans les années de l'immédiat après-guerre, la nécessité de placer à la tête de l'entreprise un chef unique, doté de pouvoirs propres, a été soulignée par la plupart des auteurs. À toute entreprise, remarque E. James, il faut un chef : « Peu importe son titre, propriétaire de l'affaire, directeur général, administrateur délégué. Quelle que soit la forme juridique prise par l'entreprise, elle a besoin d'être soumise à une autorité unique, adroite, forte, patiente. » Dans le même esprit, Henri Fayol souligne la nécessité de l'unité de direction au sein de l'entreprise, car « un corps à deux têtes est, dans le monde social comme dans le monde animal, un monstre, il a de la peine à vivre ». Trois pouvoirs sont en général reconnus en la matière aux chefs d'entreprise, qui puisent leur fondement soit dans une délégation de l'État, soit, sous un régime libéral classique, dans le droit de propriété de l'entrepreneur sur l'entreprise et dans les contrats qu'il passe avec les membres du personnel, soit, beaucoup plus rarement, dans une délégation donnée par les salariés eux-mêmes.

En droit positif français, le chef d'entreprise est doté traditionnellement en premier lieu d'un pouvoir réglementaire qui trouve son expression dans le règlement intérieur, autrefois appelé « règlement d'atelier ». Ce document contient les règles de discipline, les prescriptions relatives à l'hygiène et à la sécurité, énumère les pénalités sanctionnant les infractions. Il doit, avant d'entrer en vigueur dans l'entreprise, être soumis à l'avis du comité d'entreprise s'il en existe un ou à l'avis des délégués du personnel. Un contrôle de légalité est exercé par l'inspecteur du travail, qui peut exiger la suppression ou la modification des dispositions qui lui paraissent illicites. Le règlement intérieur est une institution qui n'est pas liée à un régime économique et social déterminé, car la nécessité

d'assurer dans tout groupe humain une certaine discipline est une donnée permanente de l'organisation sociale.

Aussi précis qu'un règlement intérieur puisse être, il ne peut tout prévoir. Aussi bien le règlement intérieur n'est-il qu'un cadre pour les relations entre employeur et salariés. À l'intérieur de ce cadre, il est nécessaire que le chef d'entreprise puisse disposer de pouvoirs lui permettant dans des cas concrets d'imposer aux salariés la conduite la plus propre à servir les intérêts de l'entreprise. La jurisprudence lui reconnaît ce pouvoir, c'est là le droit de direction du chef d'entreprise, qui est « seul juge des intérêts généraux et de la bonne marche de l'entreprise » (Chambre civile, sect. soc. de la Cour de cassation, 24 juin 1954), et toujours libre d'apporter à son entreprise une organisation différente pour un rendement meilleur (*id.*, 24 févr. 1955). Il est bien évident qu'une telle réorganisation n'est pas sans influencer sur les droits de ceux qui travaillent dans l'entreprise, sur les situations acquises. La jurisprudence autorise très largement ces réorganisations.

Le pouvoir réglementaire et le pouvoir de direction ne seraient d'aucune portée si l'employeur n'avait la possibilité de faire respecter et sa loi et ses ordres par la menace de sanctions appropriées.

Aussi bien chacun s'accorde-t-il à reconnaître au chef d'entreprise le droit de prendre les sanctions disciplinaires que les agissements de certains membres de l'entreprise pourraient rendre nécessaires. La pratique révèle une gamme extrêmement étendue de mesures qui allant du simple blâme jusqu'à l'exclusion, en passant par la rétrogradation, le déplacement, les amendes, la mise à pied (exclusion temporaire de l'entreprise sans paiement corrélatif du salaire), permettent au patron de faire régner dans son entreprise la discipline nécessaire à un fonctionnement normal.

La réunion de ces trois pouvoirs entre les mains du chef d'entreprise assure à celui-ci une position très forte dans ses rapports avec son personnel. Encore faut-il qu'il n'en abuse pas. La doctrine moderne a insisté sur le caractère « fonctionnel » de ces pouvoirs dont l'exercice n'est légitime que dans l'intérêt du bon fonctionnement d'une entreprise et ne saurait être confondu avec le seul

intérêt et le bon plaisir de celui qui est à sa tête.

Malgré l'existence d'une législation protectrice des salariés, améliorée par la voie de la négociation collective, le chef d'entreprise reste titulaire de pouvoirs importants. Seule l'institution d'une représentation de la collectivité du personnel, qui joue le rôle de contrepoids, a considérablement modifié la structure traditionnelle de l'entreprise.

Celle-ci a peu à peu évolué. Le droit français du travail, tout en maintenant pour l'essentiel les pouvoirs du chef d'entreprise, s'est montré accueillant à l'idée de démocratie économique, complément jugé nécessaire de la démocratie politique. La représentation institutionnelle du travail en a été l'un des instruments, et l'idée de citoyenneté d'entreprise a, en 1981 et 1982, été présentée comme la clé de certaines des réformes réalisées à cette époque. Il en a été ainsi, notamment, lorsque a été reconnu le droit des salariés à l'expression collective.

### 👤 La représentation institutionnelle du travail

La création de comités ou de conseils représentant les travailleurs, et destinés à collaborer avec la direction à la marche de l'entreprise, est un phénomène caractéristique de notre époque, qui se retrouve dans la plupart des pays. Il s'agit là d'une manifestation particulièrement nette de la politique d'intégration du personnel à l'entreprise, qui est l'une des clés du droit social moderne. L'existence de la collectivité du personnel n'a eu longtemps aucune répercussion sur le plan juridique. Comme on l'a justement observé, « la réalité collective se désagrègeait, sur le plan juridique, en une juxtaposition de rapports contractuels individuels » (Rivero et Savatier). Des facteurs multiples ont concouru à l'abandon progressif de cette conception : souci, dans une politique de stabilité de l'emploi, de donner une assise juridique plus ferme aux rapports de travail en rattachant les salariés à l'entreprise, plutôt qu'à la personne changeante de l'entrepreneur ; prise de conscience surtout de l'anachronisme d'un pouvoir quasi absolu du chef de l'entreprise s'exerçant au sein d'une société démocratique où les travailleurs ont, en tant que citoyens, le moyen de faire entendre leur voix. Cette intégration est, selon les pays, plus ou moins poussée, soit qu'on envisage la représentation institutionnelle des travailleurs comme un moyen d'associer les salariés à la marche de l'entreprise – tout au moins dans les questions qui les

concernent directement, le « dernier mot » continuant à rester à l'employeur –, soit que l'on s'achemine vers un véritable partage du pouvoir au sein de l'entreprise grâce à des formules de cogestion, soit enfin que l'on s'oriente vers la solution de l'autogestion par les travailleurs eux-mêmes. La première formule est la plus répandue dans les pays occidentaux et a eu les faveurs du législateur français ; la deuxième existe dans le droit allemand ; la troisième est liée à l'« expérience yougoslave » [cf. AUTOGESTION].

### **Comité d'entreprise, délégués du personnel, délégués syndicaux**

Dans nombre de pays étrangers (aux États-Unis notamment...) l'interlocuteur naturel de l'employeur est le syndicat (ou les syndicats) regroupant les salariés. En France, pour diverses raisons d'ordre historique tenant notamment au peu de goût des syndicats pour la coopération avec l'employeur, c'est, dans l'immédiat après-guerre, la représentation élue des salariés qui a été privilégiée (comités d'entreprise ; délégués du personnel...). Sur le plan institutionnel, le syndicat est jusqu'en 1968 resté extérieur à l'entreprise, considérée longtemps comme un *lieu* de travail devant rester étranger à l'activité et aux querelles syndicales. À la suite des « événements » de mai 1968 cette conception a été abandonnée : la loi du 30 décembre 1968 a permis la mise en place de sections syndicales, animées par des délégués syndicaux dans les entreprises de plus de cinquante salariés. Ultérieurement, la loi du 28 octobre 1982 a supprimé ce « seuil » d'effectif.

Dans les entreprises occupant plus de cinquante salariés, l'ordonnance du 22 février 1945 a rendu obligatoire la création d'un comité d'entreprise. Alors que les délégués du personnel ont plutôt un rôle de revendication, ou tout au moins de transmission des revendications, les représentants du personnel siégeant au comité d'entreprise se voient investis par le législateur d'un rôle de collaboration sociale. La composition même du comité d'entreprise en témoigne : il « rassemble les membres élus par le personnel de l'entreprise et le chef d'entreprise qui préside le comité sans avoir pour autant voix prépondérante ». Il « coopère avec la direction à l'amélioration des conditions collectives de travail et de vie du personnel, ainsi que des règlements qui s'y rapportent ». Le domaine social est le champ d'action par excellence des comités, qui assurent ou contrôlent

la gestion de toutes les œuvres sociales établies dans l'entreprise au bénéfice des salariés. Dans le domaine économique, leur rôle est en principe consultatif : le comité est obligatoirement informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise. Lorsque celle-ci est constituée sous forme de société anonyme, le comité désigne deux de ses membres qui assistent avec voix consultative à toutes les séances du conseil d'administration. Les délégués syndicaux, quant à eux, qui animent les sections syndicales, sont désignés par les syndicats les plus représentatifs. La loi définit moins précisément leurs rôle et compétences que lorsqu'il s'agit des représentants élus. Leur action est essentiellement d'ordre revendicatif. Dans le système français, la dualité du système de représentation – représentation élue et représentation syndicale désignée – est assurément un facteur de complications et l'imbrication des compétences rend parfois malaisée la détermination de ce qui relève d'une institution plutôt que d'une autre. Toutefois, qu'il s'agisse de représentants élus ou de représentants désignés les uns et les autres bénéficient d'un « statut » protecteur destiné à leur faciliter l'exercice de leur mandat : ils bénéficient à cet effet d'un certain nombre d'heures de délégation et ne peuvent être licenciés qu'avec l'accord de l'inspection du travail. La violation de ces règles est assortie de sanctions pénales.

La loi du 16 avril 1946 a rendu obligatoire l'élection de délégués du personnel dans tout établissement comportant habituellement plus de dix salariés. Les délégués du personnel, porte-parole de leurs camarades de travail, ont pour mission essentielle « de présenter aux employeurs les réclamations individuelles ou collectives qui n'auraient pas été directement satisfaites ». Ils doivent saisir l'inspection du travail de toute plainte ou observation concernant l'inobservation de la réglementation dont elle est chargée d'assurer le contrôle.

### **La citoyenneté d'entreprise**

Quels que soient les progrès réalisés du fait de l'implantation et du développement des diverses institutions représentatives du personnel (renforcés en dernier lieu par la loi du 28 octobre 1982), la situation du salarié dans l'entreprise ne peut être transformée du seul fait de la présence de représentants élus ou de représentants syndicaux. Compte tenu de son appartenance à l'entreprise qui n'est plus seulement considérée comme un élément du patrimoine

de l'employeur mais comme une collectivité humaine orientée vers une tâche productive, il convient que chaque membre de ladite collectivité jouisse, en tant que tel, de certains droits, contrepartie des obligations traditionnellement liées à la condition salariale. La loi du 4 août 1982 sur les « libertés des travailleurs » a consacré au profit des salariés un droit à l'expression directe et collective sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation de leur travail. Les opinions que les salariés, quelle que soit leur place dans la hiérarchie professionnelle, émettent dans l'exercice du droit d'expression, ne peuvent motiver une sanction ou un licenciement (art. L. 461-1). L'idée de « citoyenneté d'entreprise » est ici sous-jacente ; généreuse assurément, elle est de toute évidence difficile à mettre en œuvre et comporte une part d'utopie : n'est-ce point en effet vouloir résoudre la quadrature du cercle que de prétendre transformer peu ou prou en libre citoyen de l'entreprise celui dont la condition salariale demeure marquée du signe de la subordination ?

Encore que l'on puisse aisément déceler, dans les législations des pays du Marché commun autres que l'Allemagne fédérale, des différences de détail avec la législation française, c'est bien selon un schéma tout à fait similaire que, dans ces pays, a été organisée la représentation institutionnelle du personnel dans l'entreprise. L'autorité du chef d'entreprise n'est pas à proprement parler, sauf cas exceptionnels, partagée, sinon en matière sociale ; les représentants des salariés sont seulement « associés » à la marche de l'entreprise. Il en va différemment avec les systèmes de cogestion.

### **Le système allemand de cogestion**

La législation de l'Allemagne fédérale sur la représentation institutionnelle du personnel dans les entreprises n'est pas unitaire. Le régime de droit commun applicable est prévu par la loi du 15 janvier 1972 sur l'organisation des entreprises. Le paragraphe 2 de ce texte précise que « l'employeur et le conseil d'entreprise collaboreront en toute confiance dans le cadre des conventions collectives en vigueur et en coopération avec les syndicats et les associations d'employeurs représentés dans l'entreprise dans l'intérêt des travailleurs de l'entreprise ». En Allemagne, ce n'est pas un droit de décision mais de codécision qui est accordé au conseil d'établissement dans les matières où il est compétent. Ce droit est toutefois d'application très large, car la législation

allemande a une conception extrêmement extensible des « questions sociales » et englobe parmi ces dernières des questions que le droit français réserve à la compétence exclusive du chef d'entreprise, telles que l'établissement du règlement intérieur, celui des horaires de travail, des principes de rémunération, de l'ordre des congés payés, etc. (paragraphe 87 de la loi). Le seul pouvoir que le conseil d'entreprise détient en matière économique s'exerce en réalité à propos de questions dont les répercussions « sociales » se font immédiatement sentir. On notera surtout que le paragraphe 77 de la loi prévoit que « les décisions prises en commun par le conseil d'entreprise et l'employeur seront exécutées par ce dernier [et qu'] il est interdit au conseil d'entreprise d'intervenir par des actes unilatéraux dans la direction de l'entreprise ». Le droit de codécision accordé au conseil d'entreprise ne saurait donc impliquer un droit de codirection de l'entreprise : en toute hypothèse, le pouvoir exécutif demeure du ressort exclusif du chef d'entreprise.

C'est d'abord dans les entreprises minières et sidérurgiques et leurs *konzern* qu'a été instauré un véritable régime de cogestion (*Mitbestimmung*), qui fait l'originalité du droit allemand (lois des 21 mai 1951 et 7 août 1956). La recherche d'une égalité absolue entre les droits du capital et ceux du travail inspire toutes les dispositions de la loi, qui réglemente strictement la composition des deux organes principaux des sociétés : l'*Aufsichtsrat* et le *Vorstand*. L'*Aufsichtsrat*, ou conseil de surveillance, qui jouait auparavant un rôle analogue à celui des conseils d'administration des sociétés françaises, voit sa composition radicalement transformée par l'inclusion de représentants de travailleurs. Le conseil de surveillance comprend obligatoirement onze membres pour les entreprises et quinze pour les *konzern*. Les représentants salariés jouissent au sein du conseil de l'égalité la plus absolue avec les représentants des actionnaires. Ils reçoivent donc les mêmes rémunérations, jetons de présence et tantièmes que leurs collègues actionnaires. Étant donné la parité avec les représentants des actionnaires, la loi prévoit l'élection d'un membre étranger à la société, qui doit être particulièrement qualifié en matière économique et dont le rôle est de départager éventuellement les deux groupes.

Quant au *Vorstand*, organe de direction des sociétés allemandes, il comprend également un représentant des travailleurs, l'*Arbeitsdirektor*, qui devra

« exercer ses devoirs en collaboration étroite avec l'ensemble de la direction ». La position juridique de celui-ci est identique à celle des autres membres de la direction. Il est placé sur un pied d'égalité absolue avec celle-ci et bénéficie d'émoluments importants. Le rôle particulier propre au directeur du travail consiste à s'occuper essentiellement des questions sociales et du personnel. Il est en outre qualifié pour mener les pourparlers avec les salariés lorsque ceux-ci présentent des revendications de salaires.

Ce système devait connaître des prolongements dans la loi du 4 mai 1976 qui instaure une cogestion paritaire au sein des conseils de surveillance de toutes les sociétés de plus de 2 000 salariés. Exemple pour les uns, la cogestion joue un rôle d'épouvantail aux yeux des autres, qui y voient une étape importante vers la dépossession des détenteurs du capital de l'entreprise.

### **L'autogestion : l'« exemple » yougoslave**

Pour s'en tenir à l'organisation de principe d'une formule qui s'avéra catastrophique dans les faits, la direction des entreprises d'État est ici entre les mains du « collectif d'usine ». Un conseil ouvrier, un conseil d'administration et un directeur jouent, chacun dans sa sphère de compétence, un rôle essentiel dans le fonctionnement de l'entreprise.

Le conseil ouvrier détient l'autorité suprême. Il est composé, selon l'importance de l'entreprise, de quinze à vingt membres élus. Il détermine la réglementation et le planning de l'entreprise, élit le conseil d'administration et contrôle ses activités.

Le conseil d'administration (trois à onze membres, dont le directeur est membre de droit et dont les deux tiers au moins sont des ouvriers de production) applique les décisions générales du conseil ouvrier et peut prendre aussi les décisions courantes qui n'entrent pas dans les attributions de ce conseil.

Le directeur, nommé par le conseil d'administration, est le véritable administrateur de l'entreprise. Dans le domaine des relations de travail, on peut faire appel de ses décisions auprès du conseil d'administration. Il peut opposer son veto aux décisions du conseil ouvrier ou du conseil d'administration qui lui

apparaissent contraires aux réglementations d'État. En cas de désaccord persistant, c'est le comité municipal du peuple qui décide.

## 📍 2. Le fonctionnement de l'entreprise

Trois soucis guident l'action du législateur : rendre possible par une réglementation juridique appropriée le fonctionnement régulier de l'entreprise ; veiller à ce que s'établisse entre les différents intérêts de l'entreprise un équilibre équitable ; soumettre la cessation du fonctionnement de l'entreprise à des règles propres à éviter que ne soit compromis l'intérêt public ou celui des créanciers de l'entreprise.

### 📍 La continuité du fonctionnement de l'entreprise

Ces règles ont un double objet : maintenir la cohésion interne de l'entreprise en cas de cession entre vifs ou de transmission *post mortem* ; la protéger contre la concurrence déloyale qui pourrait éventuellement être faite par d'autres entreprises.

Le droit civil, le droit commercial, le droit du travail concourent à la réalisation du premier objectif. L'application des règles classiques d'un droit successoral à fondement égalitaire risque en effet, si l'on n'y prend garde, d'entraîner rapidement, à la mort de l'entrepreneur, le démembrement de l'entreprise. Fort heureusement, en droit civil successoral, il y a longtemps que l'entreprise agricole, menacée de démembrement à la mort de l'exploitant, est protégée contre un sort aussi funeste par des règles appropriées (attribution préférentielle, maintien dans l'indivision ; art. 815 et 837 du Code civil). En droit français, la loi du 19 décembre 1961 a étendu ce régime protecteur aux entreprises industrielles et commerciales, dont la division peut être désormais plus facilement évitée grâce à l'attribution préférentielle à l'un des héritiers qui dédommagera les autres.

La cohésion de l'entreprise, quand celle-ci a conservé la forme individuelle, peut également être compromise en cas de cession si les parties qui la composent sont, à cette occasion, séparées. Les divers éléments d'exploitation d'une entreprise, tels qu'ils ont été rassemblés par celui qui la dirige, forment un

ensemble qui lui donne sa valeur. Ils concourent à constituer ce qu'on appelle un fonds de commerce. Réunis par le commerçant grâce à son activité, ils permettent d'acquérir et de maintenir une clientèle. Ce fonds de commerce est juridiquement considéré comme une *universalité*, c'est-à-dire un ensemble unitaire, susceptible en tant que tel d'une opération unique de vente ou de nantissement, regroupant des éléments disparates : des biens corporels, tels le matériel et souvent les marchandises ; des biens incorporels aussi, tels le nom commercial, l'enseigne et surtout le droit au bail commercial.

Une entreprise n'est pas seulement un ensemble de biens, corporels ou incorporels, dont il convient d'assurer la cohésion en cas de transfert. Elle rassemble aussi une équipe de travailleurs, indispensable à la poursuite de l'activité productrice. Encore que le souci de stabiliser l'emploi et de protéger les travailleurs soit incontestablement à la base de cette disposition légale, il n'est pas sans intérêt, vu leur importance en cas de transfert de l'entreprise, de citer les dispositions de l'article L. 122-12 du Code du travail : « S'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise. » Les vicissitudes juridiques que connaît l'entreprise sont sans influence sur le sort des salariés, dès lors qu'est assurée la permanence économique de celle-ci. Le nouveau chef d'entreprise, il est vrai, est souvent enclin à réorganiser l'entreprise et à procéder, pour ce faire, à des licenciements collectifs ; il peut néanmoins, s'il l'estime utile, imposer au personnel en place au moment de la cession de rester à son service.

Dans sa recherche de la clientèle, l'entreprise entre en compétition avec des entreprises rivales. Le combat qui en résulte n'échappe pas à l'empire du droit. Tous les coups n'y sont pas permis. On rappellera pour mémoire, car il s'agit là de questions qui relèvent tout aussi bien du droit de la propriété industrielle que du droit de l'entreprise *stricto sensu*, que les signes de ralliement de la clientèle (nom commercial et enseigne, appellation d'origine, indication de provenance, marques de fabriques et de commerces) font l'objet d'une protection spéciale contre l'usage illicite que pourraient être tentés d'en faire certains concurrents sans scrupules. Le principe est bien celui de la libre concurrence en matière commerciale, mais celui

qui en abuse engage sa responsabilité.

Certaines entreprises publiques sont plus que d'autres protégées contre la concurrence, dans la mesure où elles bénéficient légalement d'un monopole d'exploitation dont la violation est pénalement sanctionnée. L'attribution d'un tel monopole, justifié le plus souvent par le souci d'assurer un meilleur service à la clientèle, aboutit souvent, néanmoins, à un résultat inverse du but recherché, dans la mesure où, privée de l'aiguillon de la concurrence, l'entreprise risque de se scléroser.

## @ Les intérêts mis en jeu par le fonctionnement de l'entreprise

### **Intérêt de l'entreprise et intérêt des propriétaires**

À l'époque moderne, à l'intérieur même de l'entreprise, l'intérêt de l'entrepreneur s'oppose désormais à l'intérêt propre de l'entreprise, à celui des travailleurs qui en font partie intégrante. À l'extérieur de l'entreprise, le phénomène de dissociation entre l'entreprise et l'entrepreneur, caractéristique du droit moderne, entraîne la prise en considération d'un intérêt nouveau : celui des clients de l'entreprise.

Certes, aujourd'hui comme hier, l'intérêt de l'entrepreneur revêt une importance essentielle. Mais la réalisation d'une politique d'expansion nécessite la réunion de moyens financiers particulièrement importants. S'agit-il d'une entreprise individuelle, celui qui se trouve à sa tête sera peut-être amené à sacrifier son intérêt immédiat, soit en engageant dans le fonctionnement de l'entreprise des capitaux supplémentaires qu'il utilisait jusqu'alors dans le cadre de ses seules activités privées, soit en renonçant à « consommer » lui-même, pour les réinvestir dans son entreprise, les bénéfices réalisés par celle-ci dont il aurait pu disposer. L'importance de cette politique d'autofinancement, en vertu de laquelle les entreprises, pour se procurer les capitaux nécessaires à leur extension, font appel à leurs réserves en évitant systématiquement de s'adresser à l'épargne des individus et aux banques, est manifeste lorsqu'il s'agit d'entreprises sociétaires et permet de vérifier l'importance croissante attachée à l'intérêt de l'entreprise s'affirmant aux dépens des intérêts de l'entrepreneur, qu'il soit individuel ou

sociétaire. L'essence même de l'autofinancement consiste en une rétention, au profit de l'entreprise, des bénéfices produits auxquels les actionnaires ont naturellement droit. L'intérêt de l'entreprise s'impose en réalité aux actionnaires avec beaucoup de force. L'instrument juridique de cette suprématie est la création de « réserves » constituées de bénéfices qui, au lieu d'être répartis entre les actionnaires, sont conservés dans l'entreprise.

### **Intérêt des salariés**

Il serait inexact d'affirmer que l'intérêt des salariés de l'entreprise n'était jamais pris autrefois en compte dans le fonctionnement de celle-ci. C'est l'entreprise qui verse la rémunération aux salariés ; si elle vient à périlcliter et à fermer ses portes, ceux-ci, tout comme les détenteurs du capital, risquent en perdant leur emploi d'être les victimes de ce naufrage. Un lien étroit a donc toujours existé entre l'intérêt de l'entreprise et celui de son personnel. Il s'agissait là toutefois d'un simple effet second, tenant à la nature des choses, sans que l'intérêt des salariés fût, à titre principal, reconnu et protégé. Il en va différemment à l'époque moderne, où un double souci guide le législateur : celui d'assurer en premier lieu la stabilité de l'emploi dans l'entreprise ; celui, plus nouveau et encore inconnu dans de nombreuses législations, d'assurer une participation des salariés aux bénéfices de l'entreprise, comme dans la législation française depuis 1967.

Outre le maintien de tous les contrats de travail en cours au jour de la modification dans la situation juridique de l'employeur, le lien contractuel peut également être renforcé par l'application rationnelle de la théorie de la suspension du contrat de travail, lorsque l'exécution du contrat de travail est temporairement rendue impossible par des événements affectant la marche de l'entreprise ou la personne même du salarié. Lorsque la cause de suspension disparaît, le contrat provisoirement mis en état d'« hibernation juridique » recouvre sa vertu contraignante et régit à nouveau les rapports des parties.

Mais la logique de cette politique va bien au-delà d'un simple renforcement du lien contractuel. Elle aboutit nécessairement à la participation du salarié aux résultats de la gestion. Elle a été, en dehors de toute intervention du législateur, contractuellement instituée dans certaines entreprises. L'ordonnance du 17 août 1967 a rendu obligatoire, à dater du 1<sup>er</sup> janvier 1968, en France, pour

les entreprises de plus de cent salariés, un système de « participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises ». Il a été souligné dans l'exposé des motifs que « le progrès, œuvre de tous, doit être pour tous une source d'enrichissement, ce qui signifie que tous doivent prendre une part de l'accroissement du capital qu'il entraîne ». L'ordonnance du 21 octobre 1986 a simplement « retouché » le droit antérieur. Contrairement aux critiques qui avaient pu être émises à l'origine, ce système s'est avéré, au long des ans, avantageux pour les salariés, encore qu'on ne saurait oublier que l'appliquer suppose que l'entreprise considérée réalise des bénéfices d'un montant suffisant pour donner un « aliment » à une participation qui risque, autrement, de rester une enveloppe vide.

### **Intérêt des clients de l'entreprise**

Une entreprise de grande dimension impose aisément sa loi sur le marché. Celles de petite et moyenne importance peuvent se grouper et s'entendre aux dépens du consommateur. Le législateur moderne s'est efforcé de supprimer, ou tout au moins de limiter, ce danger en réglementant les « ententes » ou en interdisant certaines d'entre elles lorsqu'elles risquent de fausser gravement, au détriment des clients, le jeu concurrentiel. Cette préoccupation classique se retrouve actuellement, en droit positif français, dans l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 qui, bien que d'essence libérale, n'en condamne pas moins les pratiques anticoncurrentielles et restrictives.

La plupart des législations adoptent, sur ce point précis, des solutions assez semblables ; la législation américaine, notamment, connaît une réglementation « antitrust » de nature à éviter les plus graves excès. Au sein du Marché commun européen est applicable une réglementation analogue. L'article 85 du traité de Rome prohibe les ententes économiques particulières « qui fausseraient le jeu de la concurrence » et « susceptibles d'affecter le commerce entre États membres ». Toutefois, l'alinéa 3 du même article absout les ententes dont les effets seraient reconnus bénéfiques à la production, à la distribution et finalement au consommateur.

En droit français, on peut déceler dans certains textes un rapprochement très net entre les conditions de fonctionnement des entreprises privées et celles

des services publics notamment lorsque sont condamnées dans un secteur comme dans un autre les pratiques discriminatoires. On peut facilement retrouver ici une résurgence dans le droit des entreprises privées de la règle de l'égalité des usagers dans leurs rapports avec un service public dont la continuité du fonctionnement a longtemps été considérée comme essentielle.

### @ La fin de l'exploitation

Étant donné l'importance et la diversité des intérêts mis en jeu par le fonctionnement de l'entreprise, la cessation de l'exploitation de cette dernière ne peut intervenir que conformément à une réglementation propre à en limiter les inconvénients. Ce problème, il est vrai, se pose de façon différente suivant les caractères public ou privé de l'entreprise considérée. S'agit-il d'une entreprise publique, son statut spécial la met à l'abri des procédures de liquidation collective frappant les entreprises privées qui ne peuvent plus faire face à leurs engagements. Encore que la pratique révèle des exemples de cessation de l'exploitation d'une entreprise publique qui a cessé d'être rentable, le plus souvent l'État renfloue l'entreprise défailante ou l'aide à reconvertir son activité. Il en va différemment de l'entreprise privée. Le chef d'entreprise, malgré les inconvénients évidents d'une telle décision au regard de l'intérêt général ou de l'intérêt des salariés, peut mettre fin à l'exploitation quand il lui plaît.

Très fréquemment, la fermeture de l'entreprise privée intervient, non à la suite d'une décision volontaire du chef d'entreprise, mais comme la conséquence fâcheuse d'une mauvaise gestion ou de l'évolution défavorable de la conjoncture économique. De tout temps et dans tous les pays, le souci du législateur a été d'organiser une procédure collective propre à limiter les effets désastreux d'une telle défaillance, à en prévenir le développement. Le législateur a remis en chantier, en France, la législation sur la « faillite ». La loi du 1<sup>er</sup> mars 1984 a pour objet la prévention et le règlement amiable des difficultés des entreprises ; la loi du 25 janvier 1985 a trait au « redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises ». Cette réglementation, qui a pour effet de priver les créanciers de leur droit de poursuite individuelle contre leurs débiteurs défailnants, prévoit toute une gamme de mesures qui seront appliquées à l'exploitant et à son entreprise, compte tenu de la bonne ou de la mauvaise foi de celui-là, de l'intérêt bien compris des créanciers, des possibilités de survie économique de l'entreprise, des

considérations sociales, etc. S'il y a cessation de l'exploitation, l'application de la législation de la faillite entraîne la liquidation collective des biens du créancier failli et la répartition des sommes à distribuer entre les créanciers au marc le franc, c'est-à-dire qu'il y a égalité entre tous les créanciers (sauf certains créanciers privilégiés).

Pendant longtemps, l'application de la législation sur la faillite a revêtu un caractère infamant très marqué, le failli étant frappé de sanctions pénales et écarté, tout au moins provisoirement, de la vie des affaires. Ce caractère subsiste, mais il s'est estompé. L'intérêt économique et social de maintenir l'exploitation est, en effet, de plus en plus pris en considération par le législateur ainsi qu'en porte clairement témoignage le libellé de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 25 janvier 1985 : « 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. » L'intérêt des créanciers n'est plus le seul à être pris en compte dans cette procédure qui « intègre » désormais au premier plan des préoccupations du législateur le maintien de l'emploi et la sauvegarde de l'entreprise.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## @ SOCIÉTÉS (DROIT DES)

### ***Prise de vue***

On désigne sous le nom de droit des sociétés l'ensemble des règles de droit régissant cette catégorie de personnes morales de droit privé qui procèdent de la mise en commun de biens ou d'industrie en vue d'en partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Il est, en quelque sorte, la traduction technique de l'adage selon lequel l'union fait la force, et la devise des mousquetaires, « un pour tous, tous pour un », en représente une expression spontanée.

Le droit des sociétés organise cette chimère d'une personne fictive

dotée d'une véritable personnalité juridique, d'un patrimoine propre, de moyens d'expression, d'une responsabilité personnelle et de la capacité d'ester en justice. La société se conçoit d'ailleurs, à son origine historique, dans le fait du prince qui, seul, la crée à partir du néant.

Sans cesse, le droit des sociétés est partagé entre le souci de satisfaire cette ambition chimérique et celui de ne pas nuire à la sécurité juridique des tiers en permettant aux associés de disparaître tout à fait sous le masque social.

En France, le droit des sociétés est civil ou commercial, selon son domaine d'élection, mais la prépondérance de la vie des affaires marque de son empreinte la naissance ou l'évolution de règles communes. De même, la réalisation de l'idée européenne commande l'uniformisation des différents droits nationaux confrontés aux exigences du commerce international.

## @ 1. La notion de société

### La personnalité morale

Dans une première approche, il est possible de considérer que la notion de société est indissociable de l'existence d'un droit des sociétés puisque la personnalité morale, qui en est le principal attribut, constitue elle-même une fiction juridique destinée à conférer au groupement social une capacité équivalente à celle d'une personne physique. Cette vue conduit à considérer que le législateur est seul maître de cette fiction et de son étendue.

À cette analyse fait écho une autre selon laquelle les groupements sont une réalité au moins technique, préexistant au droit, à l'égal des personnes physiques. Le but commun qui les caractérise donnerait ipso facto naissance à la personnalité sociale. Cette analyse est celle de la réalité des

personnes morales.

Ainsi, Maurice Hauriou a affirmé que la personnalité juridique n'est pas une catégorie artificielle de la technique du droit, mais qu'elle fait partie du donné naturel. Par là, non seulement elle n'est qu'une retouche stylisée de la personnalité morale, qui a une réalité naturelle, mais encore « les idées directrices au nom desquelles elle est retouchée possèdent elles-mêmes une réalité indéniable, puisqu'elles servent d'armature à la civilisation occidentale qui a fait avancer l'homme dans la voie de toutes les vérités, la vérité morale, d'abord, la vérité scientifique ensuite ».

Comme les partisans de cette seconde analyse reconnaissent au législateur le pouvoir de retirer la personnalité aux groupements, c'est seulement dans le silence, très rare, de la loi qu'il y a intérêt à prendre parti entre les deux thèses.

Le développement contemporain du droit de l'entreprise a fait renaître la réflexion sur la personnalité morale lors de la création, par la loi du 11 juillet 1985, de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (E.U.R.L.). Comme en défi aux concepts élaborés jusqu'alors, cette loi vient affirmer que, lorsque la société ne comporte qu'une seule personne, celle-ci est dénommée « associé unique ». La fiction juridique est ici poussée à l'extrême, puisqu'elle crée, sur la tête d'un même individu, une personnalité morale de type social coexistant avec la personnalité physique. Cette forme sociale ne s'élabore qu'au regard de l'activité économique, abstraite de toute prise en considération d'une mise en commun de moyens. Elle rompt les liens avec le concept originnaire de société, et le législateur s'est d'ailleurs attaché à traduire dans l'apparence cette spécificité en substituant le mot « entreprise » au mot « société ».

## 📍 Société civile et société commerciale

Le droit des sociétés envisage deux types essentiels de personnes

morales qui, par définition, poursuivent un but lucratif à l'instar des individus, soit dans le domaine civil, soit dans le domaine commercial. Ces deux catégories, répondant à un critère tranché, se complètent aujourd'hui de sociétés à forme commerciale mais à objet civil, tandis que la réglementation des sociétés civiles s'est considérablement rapprochée de celle qui est applicable aux sociétés commerciales.

La société est une société de commerce si elle a pour objet une activité commerciale au sens de l'article 632 du Code de commerce. Les sociétés de commerce, régies en droit français par la loi du 24 juillet 1966, mais aussi par les dispositions générales des articles 1832 à 1844-17 du Code civil, sont de divers modèles.

Il existe des sociétés de personnes, comme la société en nom collectif et la société en commandite. Dans ces formes sociales, la considération de la personne des associés est un élément essentiel de constitution, et les associés – du moins certains d'entre eux pour la commandite – y sont personnellement responsables des dettes sociales.

À l'opposé se trouvent les sociétés de capitaux, dont le type est la société anonyme dans laquelle la personnalité des associés, alors dénommés actionnaires, est indifférente. Seul l'apport en capital compte. Entre les deux, la société à responsabilité limitée (S.àR.L.) est à la fois société de personnes et de capitaux.

Toutes ces sociétés de commerce sont dotées de la personnalité morale, mais il est visible que la personnalité des sociétés anonymes est plus fortement réalisée que celle des sociétés en nom collectif, où le passif de la personne morale ne se distingue pas nettement du passif personnel des associés.

Si la société n'a pas le commerce pour objet, elle constitue une société civile. C'est, en droit français, le domaine propre des articles 1845 et suivants

du Code civil. La société civile se trouve cantonnée, en raison de son objet, à des domaines spécifiques tels que les activités libérales, l'agriculture, la construction immobilière ou l'enseignement.

La personnalité morale a été reconnue aux sociétés civiles par une série d'arrêts de la Cour de cassation de 1891 à 1994 mais n'allait pas de soi pour la doctrine du XIX<sup>e</sup> siècle. Celle-ci considérait que les textes du Code civil, comme ceux du droit romain auxquels ils étaient empruntés, convenaient, plutôt qu'à une personne morale, à une société fonctionnant sans patrimoine autonome, un peu à la façon d'une indivision, ce qu'était la *societas* romaine.

Quelque chose de la conception romaine a, du reste, resurgi dans la législation contemporaine, qui, d'abord pour les sociétés commerciales dans la loi de 1966 puis pour les sociétés civiles dans la loi de 1978, a retardé l'acquisition de la personnalité jusqu'à une immatriculation administrative. Avant cet instant, la société demeure simple contrat. Elle peut même demeurer à l'état de contrat, car il est permis aux parties de convenir que la société ne sera pas immatriculée, auquel cas elle est dite société en participation.

De la société civile sont nés des régimes juridiques dérivés, tels que celui du syndicat des copropriétaires dans le régime de la copropriété instauré par la loi du 10 juillet 1965, qui constitue une sorte de société à laquelle l'affiliation est obligatoire et non simplement volontaire.

À côté de ces deux classiques se sont fait jour des régimes juridiques spécifiques, élaborés le plus souvent dans le cadre ou pour le besoin de politiques sociales ou économiques particulières. Il s'agit, notamment, des sociétés coopératives – de production, de vente ou de consommation –, dont le statut a été établi par une loi du 10 septembre 1947 ; des sociétés à participation ouvrière, dont le statut, rénové en 1977, avait été élaboré en 1917 ; des sociétés à capital variable, dont le statut résulte de la loi du 24 juillet 1967 ; des sociétés d'économie mixte, qui associent une collectivité publique à des capitaux privés ; enfin, des sociétés nationalisées, dont le capital

appartient exclusivement à l'État.

## 📍 2. L'évolution historique

L'évolution historique, non seulement en France mais dans l'Europe tout entière, s'est trouvée marquée par le passage de la création de la société par le fait du prince, ou sur son autorisation, à la libre constitution de la société dans un cadre réglementé. Il en résulte qu'une des questions les plus classiques du droit des sociétés consiste à s'interroger sur la nature contractuelle ou institutionnelle de ces dernières.

### 📍 L'héritage médiéval

Il est indéniable que c'est dans les statuts des cités commerçantes du Moyen Âge, spécialement des cités italiennes, qu'il convient de chercher l'origine historique des diverses formes de sociétés commerciales actuellement usitées.

Cette filiation historique, tout d'abord, est très apparente en ce qui concerne la société en nom collectif, dont tous les caractères spécifiques apparaissent déjà dans la société commerciale privée du Moyen Âge. Tous les associés sont solidairement obligés envers les créanciers sociaux ; la société se révèle au public par une raison sociale ; son patrimoine, constitué par la mise en commun des apports de chaque associé, forme un bloc distinct des biens particuliers de ce dernier. Ces principes, affirmés déjà dans les statuts de la République de Gênes, se retrouvent dans l'ordonnance de Colbert pour le commerce terrestre de 1673.

Il n'est pas moins certain que la commandite moderne procède du contrat de commande médiéval, malgré les différences profondes qui, jusqu'à l'époque moderne, séparent les deux formes contractuelles.

Le contrat de commande de l'époque médiévale est moins un type de

société défini qu'un cadre très souple, ouvert aux combinaisons les plus diverses, permettant aux banquiers de prêter à intérêt sans encourir les censures canoniques ou aux nobles de commercer sans déroger. On y découvre même le germe de l'assurance, la *commenda* médiévale n'étant pas sans analogie avec le *nauticum foenus* des Romains.

D'abord usité dans le commerce maritime (statuts des républiques italiennes, de Marseille, de Montpellier, etc.), le pacte de commande s'introduit dans le commerce terrestre, notamment en vue d'envois de marchandises dans les foires lointaines.

Le caractère occulte de l'opération, avantageux à l'origine en ce qu'il avait permis aux nobles ou aux gens d'Église de prendre part aux mouvements économiques du pays et à son expansion commerciale au-dehors, spécialement dans les Échelles du Levant, n'était pas sans inconvénients. Il favorisait la fraude et encourageait certains spéculateurs suspects à se lancer dans des opérations aventureuses avec des capitaux d'emprunt dont les bailleurs n'avaient pas les moyens matériels ni légaux de surveiller l'emploi.

Aussi l'ordonnance de 1673 a-t-elle soumis la commandite à une certaine publicité. Un extrait de l'acte de société devait être enregistré au greffe de la juridiction consulaire et affiché sur un tableau laissé en vue du public. Tous les noms des associés devaient y figurer, y compris ceux des commanditaires, pourvu que ceux-ci fussent commerçants de profession. Toutefois, à la différence de la société moderne, la commandite de l'ordonnance de Colbert ne comportait pas de raison sociale. Il n'y avait pas de signature sociale : le gérant traitait en son propre nom, à l'instar du gérant de société en participation dans notre droit actuel.

Il n'est pas jusqu'au droit des sociétés par actions dont on ne puisse trouver les origines au Moyen Âge. Sans doute ce type de société ne s'est-il développé qu'au XIX<sup>e</sup> siècle, parallèlement à la grande industrie qui nécessitait une importante mobilisation de capitaux ; mais il n'en existait pas moins dès le

XV<sup>e</sup> siècle, en Italie tout au moins, des banques privilégiées dont le capital était représenté par des titres cessibles, tout à fait analogues à des actions. La plus célèbre de ces banques fut la Banque de Saint-Georges, fondée à Gênes en 1409, et qui subsista jusqu'à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle. En principe, l'inscription sur un registre ad hoc tenait lieu de titre, mais les actionnaires qui le désiraient pouvaient obtenir un certificat d'inscription (*biglietto di cartulario*).

## @ Liberté et ordre public

Ce n'est toutefois qu'avec les compagnies privilégiées de colonisation ou compagnies à chartes, créées par les puissances maritimes – France, Angleterre ou Pays-Bas – pour la mise en valeur de leurs possessions lointaines, qu'apparaît en pleine lumière le type moderne de l'action : un titre circulant, transmissible à cause de mort et cessible entre vifs, négociable en Bourse, également favorable au développement des grandes entreprises et de l'agiotage.

Ces compagnies sont presque les seules sociétés par actions à avoir fonctionné sous l'Ancien Régime : ainsi s'explique le caractère tout exceptionnel de la législation applicable aux sociétés anonymes avant 1789 et même dans la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle. L'ancienne monarchie ne voyait dans cette forme de société qu'un moyen insolite de réaliser certaines entreprises d'intérêt public. Aussi chacune d'elles ne pouvait-elle se constituer qu'en vertu d'une charte spéciale et individuelle, et les lettres patentes, dont toute société nouvelle devait se pourvoir, réglaient dans le détail son mode de fonctionnement.

La politique des assemblées révolutionnaires à l'égard des sociétés par actions fut assez incohérente. À la liberté illimitée dont elles jouissaient sous l'empire de la loi des 2 et 17 mars 1791 succéda, avec le décret du 24 août 1793, une réglementation rigoureuse, bientôt suivie d'une prohibition radicale. Le Directoire ne fut pas mieux inspiré, qui suivit une politique inverse et abrogea purement et simplement le décret de la Convention, laissant ainsi le champ libre aux abus de l'agiotage sans donner au public la moindre garantie contre les lanceurs d'affaires douteuses.

Le Consulat et l'Empire ont cherché une formule permettant de concilier l'esprit d'entreprise, inséparable d'une certaine liberté dans la constitution des sociétés de capitaux, et l'ordre public, directement intéressé à la mise en vigueur d'une législation protectrice de la fortune mobilière en actions.

En matière de sociétés, les rédacteurs du Code civil de 1804 n'ont vu dans celles-ci qu'un contrat purement privé inspiré du droit romain, et rien dans les textes de cette époque ne permet d'affirmer qu'ils aient envisagé la société comme dotée d'une personnalité juridique. Ce n'est que par la suite qu'une jurisprudence prétorienne a dégagé cette notion répondant aux nécessités économiques nouvelles.

Les rédacteurs du Code de commerce (1807) ont, au contraire, fait œuvre personnelle et novatrice, tout au moins dans leur réglementation des sociétés par actions. Leur réflexion à cet égard, sans cesse dépassée par l'évolution économique, était des plus précaires et a subi, au cours du XIX<sup>e</sup> et du XX<sup>e</sup> siècle, tous les contrecoups des transformations sociales qu'ont entraînées en tous pays l'essor de la grande industrie et le développement rapide des moyens de communication nationaux et internationaux.

En ce qui concerne les sociétés par intérêt, le législateur de 1807 s'est borné à synthétiser et à compléter l'œuvre de la monarchie.

Le Code de 1807 avait cru devoir établir une antithèse entre la société anonyme, type traditionnel de la compagnie de finances, approprié aux grandes entreprises, et la commandite par actions, type nouveau, créé en vue des entreprises privées de moyenne envergure, tenant le milieu entre la société de personnes et la société de capitaux. Les sociétés anonymes étaient placées sous le régime de l'autorisation préalable. Le Conseil d'État jouissait d'un pouvoir discrétionnaire pour accorder ou refuser l'octroi à telles conditions qu'il lui plaisait de fixer. Pour les sociétés en commandite par actions, la liberté était au contraire à peu près illimitée. Non seulement elles étaient affranchies de

toute autorisation, mais aucune réglementation légale ne leur était imposée soit pour leur constitution, soit pour leur fonctionnement.

De cette liberté sont résultés les abus les plus graves, et la période comprise entre 1820 et 1840 est restée célèbre par la « fièvre des commandites » dont la plupart n'étaient qu'un instrument d'exploitation, par des financiers sans scrupules, de l'épargne trop confiante.

La loi du 18 juillet 1856, qui a constitué une première étape sur la voie conduisant presque toutes les législations à abandonner le système de l'autorisation pour celui de la réglementation, a apporté deux limites essentielles en établissant un arsenal de formalités constitutives et en soumettant les gérants au contrôle des organes de surveillance de la société.

La loi du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée marque une seconde étape. Ces sociétés, véritables sociétés anonymes sans en afficher le nom, pouvaient désormais, à l'instar des *limited companies* du droit anglais, se constituer librement, à la condition de se conformer à des prescriptions analogues à celles qu'avait établies la loi de 1856.

Le résultat de ces interventions législatives successives était la coexistence de trois types de sociétés par actions fonctionnant parallèlement : la société anonyme d'origine, soumise à l'autorisation gouvernementale, la société en commandite par actions et la société à responsabilité limitée, ces deux dernières placées l'une et l'autre sous le nouveau régime de la liberté réglementée.

Cette législation tripartite ne constituait pas un ensemble cohérent, et une loi du 24 juillet 1867 a procédé à une unification d'ensemble des régimes juridiques consacrant la liberté réglementée. Ce texte est demeuré, avec de nombreuses adaptations, la charte des sociétés anonymes jusqu'à l'intervention de la loi du 24 juillet 1966 portant réforme du droit des sociétés.

C'est cette dernière loi qui, conjointement avec les dispositions du Code civil rénovées en 1978, établit le régime juridique des sociétés en France.

### @ 3. Le régime juridique en France

#### Les types principaux de sociétés

Six types principaux de sociétés coexistent dans notre droit contemporain des affaires, qui a maintenu le principe de statuts légaux impératifs répondant aux nécessités d'ordre public de protection. Il n'est possible que d'en donner une idée sommaire.

La *société en nom collectif* est constituée par deux ou plusieurs associés, dits associés en nom, qui engagent dans l'affaire sociale non seulement leurs apports, mais tout leur patrimoine. Les créanciers de la société pourront ainsi demander à être payés sur tous les biens de ces derniers. Les associés en nom sont tenus indéfiniment et solidairement du passif social. Ils sont d'ailleurs commerçants et mis en faillite avec la société.

La *commandite simple* est constituée par un ou plusieurs commandités et par un ou plusieurs commanditaires. Les commandités sont placés dans la même situation que les associés en nom. Les commanditaires, en revanche, ne sont tenus des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports. Ils ne sont pas commerçants par le seul fait qu'ils sont associés d'une commandite commerciale. Ils ne doivent pas s'immiscer dans la gestion de la société.

La *commandite par actions* est constituée par un ou plusieurs commandités et par de nombreux commanditaires, dits actionnaires. Les commandités sont traités comme dans la commandite simple. Les actionnaires, détenteurs de titres négociables représentant une partie du capital de la société, ne sont tenus des dettes sociales qu'à concurrence de leurs actions, qui représentent leurs apports ; ils ne peuvent pas gérer la société.

La *société anonyme* est l'organisation dans laquelle tous les associés,

dits actionnaires, détenteurs de titres négociables représentant une partie du capital social, ne sont chacun tenus qu'à concurrence de leur mise, représentée par leurs actions.

La *société à responsabilité limitée* ne comprend également que des associés dont l'engagement au regard des dettes sociales est limité, mais ceux-ci ne sont pas détenteurs de titres négociables, leurs parts n'étant pas librement cessibles.

La *société en participation*, enfin, est constituée par deux ou plusieurs personnes et n'apparaît pas aux yeux des tiers. L'un des associés traite avec les contractants, fournisseurs ou clients, comme s'il agissait pour son propre compte. La société n'existe que dans les rapports entre associés sans comporter de projection extérieure.

## @ La société, organisation juridique de l'entreprise

L'évolution contemporaine tend plus que jamais à faire de la société une véritable organisation juridique de l'entreprise. Il résulte de cette évolution des conséquences sur les relations des structures d'entreprises entre elles.

L'ordonnance du 23 septembre 1967 a institué les groupements d'intérêt économique (G.I.E.) afin que les entreprises, pour s'adapter aux dimensions d'un marché élargi, puissent mettre en commun certaines de leurs activités. Le G.I.E., qui offre aux opérateurs une structure juridique intermédiaire entre la société et l'association, a obtenu un succès variable qu'a tenté de relancer la loi du 13 juin 1989.

L'évolution contemporaine met aussi en lumière une véritable dynamique des sociétés commerciales qui, fréquemment, ne peuvent plus être appréhendées d'un point de vue statique et individuel, mais bien dans le cadre nécessaire des liens qui les unissent entre elles.

Le mouvement de concentration, qui donne aux entreprises une

dimension propre à faciliter leur compétitivité, déjà développé aux États-Unis à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, n'a pris son véritable essor en Europe que depuis les années 1960 ; les pouvoirs publics français l'ont largement favorisé par des avantages fiscaux et l'octroi d'aides financières.

Cette concentration se traduit par l'établissement de liens contractuels qui peuvent être de contenu et de durée très variables ; par l'établissement de liens financiers qui permettent, par des prises de participation, la constitution de groupes de sociétés avec une société mère ou un holding, des filiales et des sous-filiales ; enfin, par l'établissement de véritables liens structurels qui s'établissent par des opérations de fusion ou de scission.

## @ 4. L'évolution européenne contemporaine

L'influence du traité de Rome s'est particulièrement marquée sur le droit des sociétés, et un effort notable a été accompli pour coordonner par l'adoption de directives les législations des États membres de la Communauté européenne. La création d'une « société européenne » a été entreprise, mais n'a, pour l'heure, pas donné lieu à l'établissement de règles de droit positif.

### @ L'harmonisation des législations nationales

L'article 54 du traité de Rome définit les tâches qui doivent être réalisées par le Conseil de la Communauté et la Commission de Bruxelles en vue de supprimer les restrictions à la liberté d'établissement.

Concernant plus particulièrement le droit des sociétés, il prévoit la suppression progressive des restrictions relatives à la création d'agences, de succursales ou de filiales ainsi qu'aux conditions d'entrée du personnel du principal établissement dans les organes de gestion ou de surveillance de celles-ci. Le Conseil dispose du pouvoir de coordonner, dans la mesure nécessaire et en vue de les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées des sociétés, dans les États membres, pour protéger les intérêts des associés et

des tiers.

Plusieurs des directives déjà adoptées par le Conseil afin de procéder à cette harmonisation ont entraîné, en France, une adaptation de la loi de 1966.

L'article 220 paragraphe 3 du traité de Rome prévoit, pour sa part, que les États membres doivent engager entre eux des négociations en vue d'assurer la reconnaissance mutuelle des sociétés, le maintien de la personnalité juridique en cas de transfert du siège de pays en pays et la possibilité de fusion de sociétés relevant de législations nationales différentes. Une convention sur la reconnaissance mutuelle des sociétés a été signée à Bruxelles le 29 février 1968.

### @ L'idée de société européenne

L'œuvre d'harmonisation déjà accomplie n'est pas négligeable, mais l'intérêt se fait jour, pour le développement de l'économie européenne, d'aboutir à la reconnaissance d'une société européenne dont le régime juridique serait le même dans tous les États membres et qui ne serait juridiquement rattachée à aucun pays.

La première proposition relative à cette société anonyme européenne date de 1970. Elle a été modifiée en 1975, mais ne fait plus l'objet de discussion par le Conseil des ministres depuis 1982. Toutefois, le projet a été relancé par la Commission elle-même qui a adopté, en vue de sa transmission au Conseil, une proposition de règlement portant statut de la société européenne. Cette proposition a été soumise dès 1989, puis, après modification, une nouvelle fois en 1991.

Le principal objectif de ce projet est de libérer les sociétés intéressées des contraintes juridiques qui résultent de l'existence d'autant de réglementations différentes que d'États membres. Il crée ainsi un droit

indépendant, distinct des droits nationaux, mais la loi nationale du pays du siège resterait applicable en cas de silence du règlement communautaire et des statuts.

Plus modestement, le Conseil a adopté en 1985 un règlement instituant le groupement européen d'intérêt économique permettant, comme le G.I.E. français, de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres et d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité.

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## @ TRAVAIL - Le droit du travail

### ***Prise de vue***

Le droit du travail est la branche du droit qui régit l'ensemble des relations entre employeurs et salariés. Malgré son nom, il ne s'applique donc pas à toutes les formes de travail : il ne concerne que le travail dépendant – c'est-à-dire effectué au service d'autrui – et celui qui est accompli pour le compte d'une personne privée (ou assimilée). Même si la règle comporte des exceptions de plus en plus nombreuses (notamment dans le cas des entreprises industrielles ou commerciales de caractère public), il reste que le travail exécuté sous l'autorité de l'État ou des autres personnes publiques échappe, en principe, au droit du travail pour relever du droit administratif, notamment du statut de la fonction publique.

On ne saurait trop insister sur l'importance de ce droit dans le monde contemporain. Il a d'abord une signification philosophique, dans la mesure où il procède nécessairement d'une certaine conception du travail humain – considéré comme une simple marchandise ou, au contraire, comme un engagement de toute la personne – et c'est pourquoi, d'ailleurs, il entretient un rapport si étroit avec les idéologies. Au plan individuel, il a une incidence directe sur la vie des salariés, et il influe sur les conditions d'existence de plus de 60 p. 100 de la population. Au plan collectif, il joue un rôle capital pour le maintien de la paix sociale, et sa portée politique apparaît de plus en plus nettement de nos jours. Point n'est besoin, enfin, de mettre l'accent sur ses répercussions économiques. Celles-ci n'ont, certes, été

perçues d'abord que de manière empirique – les « conquêtes sociales » ayant pour effet d'accroître les coûts de production –, mais on s'est efforcé bien vite de les faire jouer de façon systématique : dans bien des cas, le droit du travail est ainsi devenu un instrument de la politique économique, au niveau de l'État comme à celui de la profession ou de l'entreprise. À l'inverse, d'ailleurs, il faut noter que les décisions d'ordre économique conditionnent dans une très large mesure le développement du droit de travail.

On peut, dès lors, se demander pourquoi ce droit n'est apparu qu'à une date aussi tardive – au moins sous la forme d'une discipline autonome. On a dit bien souvent qu'il était le produit de la révolution industrielle et du système capitaliste : et il est vrai que, dans la plupart des pays, c'est au cours du XIX<sup>e</sup> siècle qu'il a vu le jour. Jusque-là, les rapports entre employeurs et salariés étaient simplement soumis au droit commun : c'est-à-dire qu'en vertu du double principe de l'absolutisme de la propriété et de la liberté des contrats, l'employeur était pratiquement en mesure d'imposer des conditions très dures aux salariés, et ceux-ci n'avaient même pas la possibilité de se grouper pour faire entendre leur voix. Il en est résulté une exploitation scandaleuse du monde ouvrier, qui a finalement obligé le législateur à intervenir. Depuis lors et sous des formes diverses, le droit du travail n'a cessé de se développer : il a étendu son empire à de nouvelles matières, à de nouvelles personnes et à de nouvelles branches d'activité. Bien plus, il a inspiré très largement le droit de la fonction publique, et certaines des techniques auxquelles il a donné naissance (celle de la grève ou de la convention collective) ont même débordé le monde du travail. Enfin, il s'est également transformé d'une manière assez profonde, au rythme des bouleversements intervenus dans l'ordre économique et social ; en dépit de tâtonnements et de retours en arrière, on peut dire qu'il a évolué dans un sens favorable aux travailleurs, celui du progrès social.

Le phénomène se vérifie à peu près dans tous les pays, et il n'est plus question aujourd'hui de prétendre que l'existence d'un droit du travail est une caractéristique propre des régimes capitalistes. Mais ce n'est certes pas à dire que ce droit présente partout la même physionomie : de même qu'il a évolué dans le temps, il varie dans l'espace. Il n'a ni la même signification ni la même portée suivant qu'il s'insère dans un cadre capitaliste ou socialiste ; ses traits diffèrent

selon l'environnement politique et culturel, les structures économiques et sociales, les traditions nationales, les antagonismes de classe, la puissance des solidarités professionnelles, etc.

Si l'on combine les données de l'histoire avec celles du droit comparé, on est bien obligé d'admettre qu'il y a tout de même certaines lignes d'évolution qui ont une valeur à peu près universelle. Partout, notamment, on s'aperçoit qu'une place accrue est faite à ces groupes puissants et organisés que sont les syndicats professionnels. Partout, aussi, on voit que l'État s'intéresse de plus en plus à l'aménagement des rapports sociaux – et qu'ainsi on passe, plus ou moins complètement, d'un système libéral à un système interventionniste. Cela renforce naturellement l'originalité du droit du travail, du triple point de vue de son objet, de ses techniques et de ses caractères fondamentaux.

## @ 1. L'objet du droit du travail

Dans beaucoup de pays, le droit du travail est né pour régir essentiellement les relations individuelles entre employeurs et salariés ; mais son domaine s'est ensuite étendu aux rapports collectifs qui se nouent au sein des collectivités ou entre les groupements appelés à jouer un rôle dans la vie de travail.

### @ La relation individuelle de travail

La relation individuelle puise – le plus souvent – son origine dans le contrat de travail, c'est-à-dire dans un acte juridique passé entre deux parties théoriquement libres et égales : mais il est bien vite apparu que cette liberté et cette égalité étaient rendues illusoires par la situation d'infériorité économique et psychologique où se trouve normalement le salarié face à son employeur. C'est donc justement pour compenser cette situation et rétablir une sorte d'équilibre que le besoin s'est fait sentir d'un droit propre du travail.

Ce droit s'est développé d'abord dans le domaine des *conditions de travail* – et surtout en faveur des catégories sociales les plus menacées. Ainsi le législateur est-il intervenu en France, dès le 22 mars 1841, pour interdire le travail

des enfants de moins de huit ans dans les entreprises industrielles. Puis de nombreuses mesures ont été prises en faveur des femmes, pour leur assurer une égalité de principe avec les hommes tout en leur réservant, à certains égards, un régime plus favorable et surtout en sauvegardant leur rôle maternel. Enfin, la protection s'est étendue à tous les travailleurs. Le souci de préserver leur intégrité morale et physique n'a pas seulement inspiré une réglementation très complexe en ce qui concerne l'hygiène et la sécurité du travail, il a aussi conduit à limiter progressivement la durée du travail (semaine de 39 heures, congés payés, repos hebdomadaire et jours fériés) et, plus généralement, à prévoir un aménagement du temps de travail (horaires individualisés, travail à temps partiel, etc.).

C'est également dans le domaine de la *rémunération* que, depuis longtemps, le législateur s'est soucie d'imposer aux chefs d'entreprise le respect de certaines normes protectrices des intérêts des travailleurs. Le montant du salaire est de moins en moins laissé à la discrétion de l'employeur : il est souvent fixé par des accords collectifs et il doit, en toute hypothèse, être supérieur à un minimum fixé par la loi (salaire minimum interprofessionnel de croissance). Des dispositions spéciales sont aussi prévues pour que ce salaire soit réellement payé et qu'il serve effectivement à faire vivre le travailleur et sa famille. L'idée est, au fond, que le salaire n'est pas seulement la contrepartie d'une certaine prestation de travail – un peu comme le prix d'une marchandise –, mais qu'il a aussi un caractère alimentaire : et cela influe tout naturellement sur son régime juridique.

Plus récemment, et en raison du développement du risque de chômage, c'est surtout dans le domaine de l'*emploi* que l'on a cherché à défendre les intérêts des salariés. Il s'agit d'abord de faciliter l'accès à l'emploi, en essayant de discipliner le marché du travail et de mettre en œuvre une politique de formation professionnelle. Puis il faut, dans toute la mesure du possible, assurer la stabilité de l'emploi : le but visé est alors de limiter le pouvoir qu'a l'employeur de mettre fin unilatéralement à la relation de travail – et c'est ainsi qu'on en est arrivé à élaborer tout un droit du licenciement. Celui-ci est devenu, depuis deux lois de 1973 et 1975, une partie essentielle du droit du travail, et celle qui donne lieu au contentieux le plus important. À côté d'un « droit commun » du licenciement, il y a des dispositions propres au licenciement pour cause économique ; la loi a même comporté, jusqu'en 1986, un contrôle préventif par l'administration en sus du

contrôle a posteriori par le juge ; elle impose des règles nombreuses en ce qui concerne les motifs du licenciement – il faut une « cause réelle et sérieuse » –, sa procédure et ses conséquences ; elle s'efforce d'atténuer les effets qui peuvent découler d'une brusque rupture – par l'institution d'un délai-congé – et de réparer le préjudice que peut subir le salarié obligé de quitter son poste – par l'octroi de diverses indemnités. Enfin, un effort a été entrepris pour lutter contre diverses formes de précarisation de l'emploi, découlant d'un recours de plus en plus fréquent au contrat de travail à durée déterminée, au travail temporaire ou à la sous-traitance. Le droit commun contractuel subit bien des entorses en ce domaine, sans que pourtant on soit arrivé encore à reconnaître au travailleur une véritable « propriété de l'emploi » : car nul ne peut contester les impératifs d'ordre économique qui rendent nécessaire une certaine mobilité de la main-d'œuvre. La conciliation se révèle donc particulièrement difficile ici entre l'intérêt des travailleurs et celui des entreprises. Dans l'hypothèse où la stabilité de l'emploi ne peut être garantie, c'est au moins la continuité de cet emploi que l'on s'efforce d'obtenir : cela implique que l'on procure, dans les délais les plus brefs, un nouveau travail à celui qui a été licencié. Dans le cas où cela même n'est pas possible, il ne reste plus qu'à mettre sur pied un système d'indemnisation permettant au salarié privé d'emploi de ne pas perdre l'intégralité de ses ressources.

Le chômage n'est d'ailleurs pas le seul des *risques sociaux* qui menacent le salarié : il en est d'autres qui tiennent à sa situation personnelle et familiale, et contre lesquels une protection s'impose de manière aussi pressante. Mais dans la mesure où ces risques ne sont pas directement liés à l'exercice d'une activité professionnelle et où, par conséquent, ils n'affectent pas que les seuls salariés – maladie, vieillesse, charges familiales, etc. –, on peut considérer que la protection à laquelle ils donnent lieu ne fait plus vraiment partie du droit du travail et qu'elle se rattache à un droit distinct : celui de la sécurité sociale. Bien que les deux droits conservent des liens étroits et que l'on puisse voir en eux les deux branches d'une discipline plus large, le droit social, ils n'en diffèrent pas moins nettement par leur objet, leur domaine, leur technique et même leur philosophie.

Mais, si le droit du travail s'est ainsi trouvé amputé de certaines matières dans le domaine de la prévoyance sociale, il s'est en revanche considérablement étendu dans une autre direction : celle des rapports collectifs de travail.

## 📍 Les rapports collectifs de travail

Sans doute les rapports collectifs de travail ne constituent-ils pas un phénomène nouveau, mais, pendant longtemps, le droit les a ignorés – ou, plus précisément, il ne s'en est occupé que pour les contenir dans d'étroites limites ou pour leur faire obstacle. Point n'était même besoin, pour cela, d'élaborer des règles propres au droit du travail : il suffisait de faire appel au droit commun. Marqué par la philosophie individualiste et libérale héritée de la Révolution française, celui-ci frappait d'interdit tous les corps intermédiaires qui s'interposaient entre l'individu et l'État. Les groupements, permanents ou temporaires, qui étaient fondés sur la défense de « prétendus intérêts professionnels » n'échappaient pas à la règle : et les juges, de tendance généralement conservatrice, se montraient ici d'une grande rigueur.

Mais l'évolution des faits et des idées a tout de même été la plus forte et elle a conduit au développement de ces rapports collectifs : des syndicats se sont constitués, des coalitions se sont organisées. Le législateur a bien été obligé d'en tenir compte et il est finalement intervenu pour les réglementer.

Dans un premier temps, il a agi de façon purement négative, en se bornant à supprimer les prohibitions anciennes. Cela s'est fait surtout au cours de la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle : en fait, il ne s'agissait de rien d'autre que de consacrer et de faire respecter certaines libertés essentielles – comme la liberté de coalition ou la liberté syndicale – que l'on n'avait pas voulu reconnaître jusque-là.

Dans quelques pays, certes, l'évolution s'est pratiquement arrêtée à ce stade : ce régime libéral a paru suffisant pour que le dialogue s'établisse entre les « partenaires sociaux » et, notamment, pour que la convention collective devienne un mode normal de détermination des conditions de travail. Cela a été le cas (au moins jusqu'à une date récente) en Suède et en Grande-Bretagne – partout où les syndicats ont été assez forts pour s'imposer sur le plan professionnel avant de jouer un rôle sur la scène politique. Ce sont seulement les usages, voire les conventions elles-mêmes, qui ont donné naissance à un certain nombre de règles destinées à préciser les droits et les devoirs des parties en présence, à organiser la négociation collective ou à résoudre les conflits sociaux ; mais ces règles sont souvent considérées comme n'étant pas techniquement obligatoires et ne pouvant

donner naissance à une action devant les tribunaux.

Dans d'autres pays, au contraire, il a été nécessaire que le législateur fasse un pas de plus et que – pour briser l'opposition des employeurs comme celle des juges – il vienne lui-même organiser d'une façon positive les rapports collectifs de travail. C'est ce qui s'est passé en France, notamment, dans un deuxième temps.

Le législateur français s'est d'abord soucié d'organiser les groupements professionnels qui sont parties aux relations de travail. Du côté des employeurs, il peut s'agir de simples associations, mais, du côté des salariés, ce sont normalement des *syndicats*. Après avoir reconnu l'existence de ceux-ci (en 1884), il a fallu définir leur statut juridique, c'est-à-dire préciser les conditions dans lesquelles ils se constituent et les règles suivant lesquelles ils fonctionnent : un aspect important – et quelquefois négligé – est, à cet égard, celui des rapports existant entre les syndicats et leurs membres. Il a fallu aussi mettre en place un régime qui permette le plein exercice de la liberté syndicale, celle-ci étant entendue aussi bien comme une liberté individuelle (celle des travailleurs d'adhérer ou de ne pas adhérer à un syndicat) que comme une liberté collective (celle du syndicat lui-même de se constituer et d'agir en toute indépendance) et devant être défendue aussi bien contre les employeurs (considérés comme ses adversaires naturels) que contre l'État (appelé à y porter atteinte par les privilèges réservés aux seules organisations dites « représentatives ») et contre les syndicats eux-mêmes (tentés d'exercer des pressions et des contraintes sur les individus pour les amener à se joindre à eux). Il a fallu enfin donner à ces syndicats des moyens d'action efficaces, aussi bien dans le cadre de la profession que dans celui de l'entreprise – et la création de la section syndicale d'entreprise, en 1968, a marqué sur ce point une date importante.

Plus largement, d'ailleurs, c'est cette *entreprise*, conçue comme une communauté où se retrouvent côte à côte la direction et le personnel, qui constitue aujourd'hui un objet important du droit du travail. Il s'agit, au fond, de montrer que les intérêts des employeurs et des salariés ne sont pas tant opposés que complémentaires, car ils sont liés au bon fonctionnement de l'entreprise. Cette sorte de solidarité explique que l'on a pu chercher, d'une part, à limiter les pouvoirs

de l'employeur (pouvoir de direction, pouvoir d'édicter un règlement intérieur, pouvoir disciplinaire), d'autre part, à assurer une certaine participation du personnel à la vie de l'entreprise – participation qui peut elle-même s'exercer soit au niveau de la gestion (par l'intermédiaire d'organismes comme les comités d'entreprise), soit au niveau des bénéficiaires. On peut aussi envisager une représentation du personnel dans les organes dirigeants de la personne morale ayant la qualité d'employeur (c'est le système de la cogestion ou de la cosurveillance, qui fonctionne déjà dans certains pays comme l'Allemagne fédérale, mais se trouve pratiquement limité en France aux seules entreprises du secteur public).

Entre les groupements professionnels comme au sein de l'entreprise peuvent enfin se nouer des relations collectives qui appartiennent à deux types bien différents. Les unes sont des relations de paix, qui se déroulent normalement dans un cadre contractuel : celui de la  *négociation collective* . Depuis longtemps, le droit français régit la convention collective et détermine ses conditions de validité aussi bien que ses effets : mais c'est seulement à l'époque récente qu'il s'est intéressé au processus même de la négociation en instituant (et c'est une nouveauté de la loi de 1982) une obligation de négocier, inspirée du modèle américain. D'autres relations sont, en revanche, de type  *conflictuel*  et donnent naissance à diverses formes d'action comme la grève ou le lock-out. C'est au droit du travail qu'il appartient, bien sûr, de préciser dans quelle mesure ces actions sont licites, de fixer les règles auxquelles elles sont soumises et les conséquences qui en découlent, de mettre sur pied enfin des procédures destinées à régler les conflits de manière pacifique.

Il est évident que les rapports collectifs de travail présentent une physionomie toute différente dans les pays qui ne reconnaissent ni la liberté syndicale ni la liberté de la grève. Certes, il y a tout de même des groupements de salariés qui peuvent porter le nom de syndicats, il est même quelquefois question de conventions collectives – mais ces termes ont une signification tout à fait particulière. C'est le cas, d'abord, dans les régimes autoritaires, où l'on ne connaît que des syndicats officiels, généralement obligatoires, souvent mixtes, c'est-à-dire comprenant à la fois des employeurs et des salariés : la vérité est qu'on se trouve alors en présence d'une structure corporatiste. Ce fut le cas aussi dans les

régimes socialistes, où la mission des syndicats était exclusivement conçue comme une mission d'encadrement et d'éducation des masses sous l'impulsion du parti et le contrôle de l'État. Il n'en existait pas moins, dans ces pays, des rapports collectifs qui naissaient à l'occasion du travail et qui se trouvaient soumis au droit.

Si le développement de tels rapports apparaît, en fait, comme un phénomène universel, il faut bien comprendre toutefois qu'il n'a pas eu pour effet d'éliminer la relation directe et immédiate entre l'employeur et le salarié. La fin ultime du droit du travail reste, en toute hypothèse, la définition d'une sorte de statut du travailleur, que celui-ci ait été inspiré par un souci de protection contre les abus du capital, comme dans les régimes d'économie libérale, ou par le désir d'améliorer la production dans l'intérêt général, comme dans les régimes socialistes. Or cela implique au premier chef une réglementation de la relation individuelle de travail. Mais ce qui est vrai, c'est que cette réglementation apparaît de moins en moins comme pouvant être l'œuvre exclusive de l'État ; elle doit être aussi celle des intéressés eux-mêmes, employeurs et syndicats, qui doivent être en mesure d'élaborer leur propre droit, notamment par le moyen de la négociation ou par celui d'une participation réalisée au niveau de l'entreprise – et c'est là qu'on retrouve la nécessité de rapports collectifs. D'une manière directe ou indirecte, c'est donc toujours le même résultat qu'on vise et c'est toujours le même objet que poursuit le droit du travail.

## @ 2. Les techniques du droit du travail

Le droit du travail fait appel à des techniques propres en ce qui concerne ses sources aussi bien que sa mise en œuvre.

### @ Les sources

Les sources du droit du travail sont à la fois plus nombreuses et plus diverses que celles des autres branches du droit ; elles obéissent aussi à une hiérarchie particulière.

Alors que le droit est, en général, un phénomène étatique et se trouve normalement élaboré par les organes – législatifs ou judiciaires – de l'État, le droit du travail manifeste son originalité en ce qu'il prend aussi naissance à un niveau

infra-étatique et supra-étatique.

Le droit d'origine étatique reste, certes, prépondérant. Dans tous les pays, c'est la *loi* qui constitue la source première du droit du travail. Mais le terme de loi doit ici être entendu au sens large. Il comprend d'abord la Constitution, qui vient souvent consacrer certaines libertés fondamentales comme la liberté du travail ou le droit de grève. Il comprend aussi la loi votée par le Parlement et qui se trouve souvent incluse dans un Code du travail. Il comprend enfin des règlements élaborés par le gouvernement ou par l'autorité administrative et qui sont l'instrument d'une nécessaire diversification. Ces règlements sont d'autant plus importants en France que la Constitution de 1958 a limité la compétence du pouvoir législatif aux « principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical » et qu'elle s'en est remise, pour tout le reste, au pouvoir réglementaire.

Il ne faut pas non plus méconnaître le rôle de la *jurisprudence*, bien que ce rôle soit probablement moins créateur ici que dans d'autres disciplines. On dit souvent que la jurisprudence a plutôt servi à freiner qu'à accélérer le développement du droit du travail, et il est vrai que les juges, formés à l'école du droit civil, sont souvent tentés d'écarter ici les règles dérogatoires pour en revenir à une stricte application du droit commun. Le phénomène est pourtant moins net aujourd'hui qu'autrefois, et il ne se vérifie pas de la même façon pour toutes les juridictions – en fait très diverses – qui sont appelées à se prononcer sur les problèmes de travail : juridictions ordinaires ou spécialisées, tribunaux judiciaires (civils ou répressifs) ou administratifs, organismes d'arbitrage, etc.

Mais avec l'arbitrage, on entre déjà dans le domaine de ce droit qui s'élabore à un niveau inférieur à celui de l'État. Sans doute ne peut-on parler d'un véritable droit professionnel que dans les pays dotés d'une structure corporatiste, où la profession est organisée et reçoit le pouvoir d'édicter des règles. Mais il existe partout, même dans les autres pays, un droit d'origine privée qui prend naissance dans l'une de ces communautés de type professionnel auxquelles appartient le travailleur – que ce soit la branche d'activité, le métier ou l'entreprise.

Ce droit lui-même peut avoir plusieurs sources. Il peut se former de manière spontanée par les *usages* – et il faut reconnaître à ceux-ci un rôle capital

en droit du travail : le législateur y renvoie assez fréquemment, parce qu'il voit en eux l'instrument d'une nécessaire diversification de la réglementation applicable. Il peut émaner aussi de la volonté unilatérale d'une partie, et c'est le cas du *règlement intérieur*, par lequel le chef d'entreprise fixe les règles de discipline, d'hygiène et de sécurité qui vont s'imposer à son personnel : on peut, d'ailleurs, et à bon droit, s'étonner de ce pouvoir normatif qui est ainsi reconnu à l'employeur et qui n'a guère d'équivalent dans les relations de droit privé. Surtout, il y a tout un droit du travail qui est le produit de la négociation entre les parties intéressées. La *convention collective*, qui est un objet du droit du travail, en est aussi une source, et une source considérable. Dans certains pays (États-Unis, Grande-Bretagne, Suède), elle est apparue assez tôt et elle a pu se développer suffisamment (soit en toute liberté, soit dans un cadre imposé) pour rendre largement inutile l'intervention du législateur. Dans d'autres pays, au contraire (France, Italie, Allemagne fédérale), elle n'a réellement pris d'importance qu'à une date plus récente, parce qu'il lui a fallu surmonter à la fois des obstacles juridiques et des résistances de fait : mais elle n'en connaît pas moins, là aussi, de nos jours, une grande faveur.

Plus encore en droit du travail que partout ailleurs, on voit enfin se développer aujourd'hui des *sources internationales* : conventions élaborées sous l'égide de l'Organisation internationale du travail (il y en a plus de 150 qui ont été signées depuis 1919 et qui constituent une sorte de droit uniforme), traités bilatéraux ou multilatéraux, etc. Il faut aussi faire une place spéciale aux sources européennes, et notamment aux traités de Rome et de Maastricht ainsi qu'aux règlements de l'Union européenne, qui affectent profondément le droit interne des pays membres.

La multiplicité même des sources du droit du travail pose le problème de leur *hiérarchisation*. La traditionnelle gradation des normes juridiques se complique ici du fait que le but du droit du travail est toujours d'assurer la meilleure protection possible au salarié. C'est dire que chaque règle fixe seulement un minimum au-dessous duquel il n'est en aucun cas permis de descendre, mais au-delà duquel une autre règle peut toujours aller, même si elle se situe à un échelon inférieur de la hiérarchie, afin d'accorder des avantages supplémentaires au travailleur. Ainsi la convention collective, pourtant considérée comme inférieure à la loi, peut-elle déroger à celle-ci en prévoyant un congé plus long ou une durée du

travail moindre. De même en est-il dans les rapports entre les différents types de convention collective, ou dans les rapports de la convention avec le contrat individuel de travail. Cette idée que le droit du travail constitue un « plancher » beaucoup plus qu'un « plafond » se relie à la conception très particulière que l'on se fait de l'ordre public dans cette discipline.

## @ La mise en œuvre

La mise en œuvre du droit du travail est confiée à la fois à une administration propre et à des juridictions spécialisées.

Rares sont, en fait, les pays où il n'existe pas au moins un embryon d'*administration du travail*. Là même où il est admis que les relations de travail sont essentiellement l'affaire des parties et que celles-ci doivent librement déterminer, par voie de convention collective, le régime juridique qui leur est applicable, on reconnaît que les pouvoirs publics ont quelquefois un rôle à jouer, ne serait-ce que pour organiser la négociation ou pour tenter de régler, par voie de conciliation ou autrement, les différends qui ne peuvent manquer de s'élever entre employeurs et salariés. Là où, en plus, l'État édicte lui-même, par voie législative ou réglementaire, certaines normes directement applicables aux rapports de travail et concernant, par exemple, les conditions de travail, les salaires ou l'emploi, il est normal qu'il intervienne aussi pour en assurer le respect : et c'est alors une tâche essentielle qui incombe à ses agents. De plus en plus souvent, il arrive même aujourd'hui qu'une décision de l'employeur soit soumise à un contrôle a priori ou à une autorisation de l'administration : et c'est notamment le cas pour l'élaboration du règlement intérieur comme pour certaines sortes de licenciements. Il faut enfin tenir compte de toute une série d'autres missions (essentiellement d'information ou de consultation) qui s'exercent dans les domaines les plus divers et qui traduisent l'extension actuelle du rôle de l'État en matière de travail.

Bien sûr, tous les rouages de l'administration sont chargés, dans les limites de leur compétence, d'intervenir dans ce domaine. Mais il existe aussi, le plus souvent, une administration spécialisée qui est placée sous l'autorité d'un ministère distinct : le ministère du Travail. Cette administration contient à la fois des organes centraux et des services extérieurs. La France, par exemple, possède un corps d'inspecteurs du travail qui jouent un rôle important dans le contrôle de

l'application des lois sociales et dans les procédures de règlement des conflits – au point d'exercer, dans certains domaines, une sorte de tutelle sur les chefs d'entreprise. Sans doute est-ce à cette administration que le droit du travail doit, pour une large part, de ne pas rester purement théorique et inefficace.

Mais il le doit aussi, dans une mesure qui n'est pas moindre, à l'activité des *juridictions* spécialisées en matière de travail. Parmi tous les litiges qui s'élèvent dans ce domaine, il en est, certes, un bon nombre qui ne peuvent pas être portés devant les tribunaux. On oppose souvent, à cet égard, les conflits de droits (ou conflits juridiques), qui portent sur l'application ou l'interprétation du droit existant, et les conflits d'intérêts (ou conflits économiques), qui portent sur la modification de ce droit ou l'élaboration d'un droit nouveau. Les uns et les autres ne relèvent pas des mêmes procédures, et l'on a généralement prévu, pour les seconds, des modes de règlement d'un type spécial, qui font appel à la bonne volonté des parties. Seuls les conflits de droits peuvent donc être portés devant les juges. Et, même si l'on cherche à favoriser au maximum la procédure d'arbitrage, il n'en reste pas moins que l'intervention d'un tribunal peut, dans bien des cas, se révéler nécessaire. L'expérience montre d'ailleurs que le contentieux du travail est aujourd'hui partout en nette progression.

Il existe, en ce qui concerne les organes chargés de ce contentieux, une grande diversité suivant les pays. Certains (comme l'Italie) s'en remettent purement et simplement aux juridictions ordinaires du soin de résoudre les litiges qui peuvent s'élever entre employeurs et salariés. Mais d'autres, plus nombreux, ont mis sur pied des tribunaux spécialisés dans le règlement des conflits du travail, ou du moins de certains d'entre eux (que ce soit ceux qui naissent de l'application d'une convention collective comme en Suède, ou au contraire ceux qui s'élèvent à l'occasion du contrat de travail comme en France). Ces tribunaux obéissent à des règles très différentes : ils peuvent exister à un seul degré et être soumis, par le jeu des voies de recours, aux juridictions ordinaires (France) ou constituer une hiérarchie complète et entièrement autonome (Allemagne fédérale). Mais ils présentent aussi certains caractères communs : ils font généralement appel, en tout ou en partie, à des juges non professionnels et ils remplissent le plus souvent des fonctions de conciliation aussi bien que de jugement ; en outre, la procédure y est normalement plus simple, plus rapide et moins coûteuse qu'en droit commun.

L'essentiel est, en tout cas, qu'ils assurent, sur le plan contentieux, une application effective du droit du travail – et de tout le droit du travail, aussi bien celui qui est d'origine étatique que celui d'origine privée.

### 📍 3. Caractères spécifiques du droit du travail

Ce n'est pas seulement d'un point de vue formel, mais aussi matériel que le droit du travail se distingue des autres branches du droit : il présente des caractères propres qui lui assurent une certaine spécificité.

S'il est vrai que tout droit est « social », il apparaît d'abord que celui-ci l'est encore plus que tout autre, en ce sens qu'*il se modèle plus étroitement sur les réalités*. On dit pour cette raison que c'est un droit concret : il vaut plus que sa parfaite adéquation à un certain contexte social et économique que par l'excellence de sa technique. Cela implique naturellement qu'il varie avec le temps : c'est un droit contingent, toujours « en situation » ; il évolue très vite et se trouve très vite périmé. Chaque règle est, en fait, liée à une conjoncture historique qui l'explique et à laquelle elle ne survit pas toujours. C'est d'ailleurs pour limiter les risques de cette instabilité que les salariés se montrent si attachés à l'idée de droits acquis : et l'expérience montre qu'il est en effet très difficile, sauf dans des circonstances exceptionnelles, de revenir sur des réformes déjà réalisées dans la mesure où elles sont favorables aux travailleurs (par exemple, la réduction de la durée du travail ou l'allongement des congés payés). En fait, il apparaît plutôt que ces réformes sont contagieuses et qu'une fois introduites dans un secteur limité elles tendent très vite à se généraliser. Mais le droit du travail n'est pas seulement évolutif, il est aussi différencié – en ce sens qu'à l'intérieur même des frontières d'un pays il varie suivant la région, la branche d'activité, le métier, l'entreprise, la catégorie professionnelle, voire la condition (âge, sexe, nationalité) de chaque salarié. Loin d'être uniforme, il cherche à s'adapter aux besoins de chacun. Cette différenciation est déjà l'œuvre de la loi, mais elle est plus encore celle des règlements, des usages, des conventions collectives, etc. Il en résulte une sorte d'émiettement du droit du travail, qui présente, sans doute, des avantages, mais qui rend aussi plus difficile à la fois sa codification et sa mise en œuvre. Il est certain qu'à la limite le droit du travail cesse d'être du droit s'il se dilue trop dans les cas d'espèce. Et l'on en arrive ainsi à se demander s'il n'existe pas une sorte d'antinomie entre la nature de la règle de droit (règle générale et abstraite) et la

fonction qu'elle doit remplir en droit du travail.

Mais cette contradiction n'est que l'une de celles que l'on rencontre en droit du travail ; il y en a beaucoup d'autres qui accentuent le particularisme de ce droit – et notamment celle qui concerne les *conditions de son application*. D'un côté, on affirme souvent que le droit du travail a un caractère largement impératif : la plupart de ses dispositions sont considérées comme étant d'ordre public, ce qui signifie qu'elles s'imposent de manière absolue aux parties et que celles-ci n'ont pas la possibilité de s'y soustraire. Au surplus, ce caractère obligatoire est encore renforcé par un appareil de sanctions assez perfectionné, aussi bien au plan civil que pénal. Mais, d'un autre côté, force est bien de constater que le droit du travail est peut-être, de tous les droits, le moins effectif et le moins appliqué, celui où le fossé est le plus profond entre la théorie et la pratique. Cela tient d'abord à ce que l'ordre public qui est ici en jeu est un ordre public d'un type un peu particulier – l'ordre public social –, qui ne constitue qu'un minimum et ne joue qu'à sens unique. Si la loi impose un certain salaire, la convention collective ne peut certes pas prévoir un salaire inférieur, mais elle peut prévoir un salaire plus élevé ; et le contrat de travail peut encore accorder au salarié des conditions plus favorables. Cela explique que beaucoup de textes de droit du travail restent bien en deçà de ce que le salarié obtient réellement. Mais, quelquefois aussi, c'est le contraire qui se produit : le minimum lui-même n'est pas respecté, et le salarié ne bénéficie pas effectivement des avantages que lui reconnaît la loi ou la convention collective. Sans doute cela tient-il à une violation de la règle : mais justement il faut noter que les cas de violation sont ici moins rares qu'ailleurs parce qu'ils ne donnent lieu qu'à des sanctions moins efficaces. C'est encore une caractéristique du droit du travail que d'être, sur ce point, un droit imparfait : les mesures prévues pour assurer son application ne peuvent le plus souvent être utilisées, parce qu'elles se heurtent à des obstacles psychologiques (tenant notamment à l'inadéquation, dans bien des cas, de la sanction pénale : il faut mentionner à la fois la crainte d'une « inflation pénale » et la sévérité excessive des peines privatives de liberté), économiques (les condamnations pécuniaires sont trop lourdes pour les salariés alors qu'elles sont insignifiantes pour les employeurs) ou juridiques (le droit ne permet pas toujours d'obliger un employeur à réintégrer un salarié irrégulièrement licencié).

Ce caractère largement illusoire que présentent les sanctions en droit du

travail entraîne une conséquence importante : c'est que les parties sont souvent tentées de se faire justice à elles-mêmes et qu'ainsi on en revient, dans bien des cas, à la loi du plus fort. Cette loi joue normalement en faveur de l'employeur dans les relations individuelles, mais elle peut jouer contre lui dans les rapports collectifs, sitôt qu'interviennent notamment les syndicats ouvriers et que ceux-ci peuvent utiliser des armes telles que la grève. Le recours effectif à la force – ou même la simple éventualité de ce recours – fausse le jeu normal de la règle de droit : et c'est là que réside la plus grande infériorité du droit du travail, celle qui l'apparente d'une certaine façon à un droit primitif et qui fait dire, dans un sens un peu péjoratif, que c'est un droit encore jeune. Sans doute peut-on considérer qu'il y a aujourd'hui un net progrès dans la mesure où le domaine du droit tend à s'étendre aux dépens de celui de la force, et où l'on en vient à réglementer des actions collectives comme la grève ou le lock-out. Mais il semble que l'évolution ne soit pas encore allée assez loin, et l'on peut légitimement penser que le droit du travail n'aura atteint sa pleine maturité que lorsqu'il aura éliminé, autant que faire se peut, tout appel à la force dans les relations entre employeurs et salariés.

Une autre contradiction évidente en droit du travail est celle qui existe *entre les nécessités sociales et les contraintes économiques* dont ce droit doit nécessairement s'inspirer. C'est plutôt, à vrai dire, d'une sorte de tension qu'il faut ici parler : car le droit du travail doit essayer de satisfaire conjointement à des impératifs difficilement conciliables. Il a, certes, pour raison d'être essentielle de protéger les salariés, d'améliorer leurs conditions de vie et de travail – et il apparaît même, à cet égard, comme un droit unilatéral ou, pour le moins, inégalitaire. Les considérations d'ordre social jouent donc ici un rôle moteur : elles sont à l'origine des principales réformes réalisées depuis un siècle. Mais il faut bien comprendre aussi que toutes ces réformes ont entraîné pour les entreprises des charges très lourdes qui ne peuvent être, sans risque, augmentées à l'infini. Le droit du travail apparaît comme largement tributaire de considérations économiques, et celles-ci jouent un rôle de frein. Au fond, l'opposition entre le social et l'économique – opposition qui apparaît à tous les niveaux et qui se fait de plus en plus nette aujourd'hui, parce qu'elle s'accompagne d'une imbrication croissante – recouvre l'opposition entre le souhaitable et le possible ; elle recouvre aussi l'opposition entre le monde des salariés et celui des employeurs, et l'on peut dire, pour cette raison, qu'elle se trouve au cœur de tout le droit du travail.

On ne peut oublier deux dernières contradictions toujours présentes, bien qu'elles se trouvent résolues, suivant les cas, de manière différente. Le droit du travail apparaît d'abord comme écartelé *entre le pôle individuel et le pôle collectif*, du fait qu'il régit à la fois des individus et des groupes. Sans doute l'accent peut-il être mis plus ou moins sur l'un ou l'autre aspect. Dans certains pays, comme la Suède ou les États-Unis, les rapports collectifs ont largement pris le pas sur les rapports individuels et la protection du salarié n'est plus guère assurée que par l'intermédiaire du syndicat. Mais, dans beaucoup d'autres pays comme la France, l'Allemagne fédérale ou l'Italie, et même la Grande-Bretagne, la relation individuelle de travail – voire le contrat individuel – a conservé sa place : il y a coexistence de techniques individualistes (transposées du droit commun) et de techniques collectives (propres au droit du travail), et le cloisonnement entre les deux se révèle d'ailleurs de plus en plus difficile.

Il reste enfin que le droit du travail est aussi partagé entre deux tendances : l'une *libérale*, qui consiste à s'en remettre le plus possible aux intéressés eux-mêmes du soin de régler leurs rapports et qui continue à voir dans le droit du travail une branche du droit privé ; l'autre *interventionniste*, qui implique une action directe de l'État et qui va plutôt dans le sens d'un rapprochement avec le droit public. L'évolution, sur ce point, n'a pas été linéaire et les différences restent considérables d'un pays à l'autre. D'un certain point de vue, il semble normal que l'État joue ici un rôle croissant, puisqu'il peut de moins en moins se désintéresser des problèmes d'ordre économique et social. Mais, d'un autre côté, il apparaît aussi que l'État cherche de plus en plus à favoriser l'élaboration d'un droit du travail d'origine privée – notamment par le moyen de la convention collective. Pour cela, il se contente bien souvent d'imposer un certain cadre à la négociation, et ce sont ensuite les représentants des employeurs et des salariés qui fixent les règles directement applicables aux rapports de travail. On tend ainsi à passer d'un droit législatif à un droit conventionnel : mais ce passage ne s'accompagne nullement d'une démission de l'État. C'est, au fond, le développement des techniques collectives qui permet de dépasser l'alternative classique : libéralisme ou interventionnisme.

Il semble bien que l'on ne puisse mieux faire aujourd'hui que de progresser dans cette voie, car elle a l'avantage de maintenir un certain contrôle de l'État tout

en laissant aux partenaires sociaux la responsabilité de leur destin.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## @ ENVIRONNEMENT (Droit et politique)

### ***Prise de vue***

Depuis la création d'un ministère de l'Environnement en 1971, tout un mouvement d'idées lent mais continu a pénétré l'administration française, les entreprises, les planificateurs, les partis politiques : protection de la nature et lutte contre les pollutions sont devenues non pas une idée à la mode, mais une réalité nécessaire, un impératif de survie. Le droit de l'environnement, expression locale d'un mouvement international, apparaît comme une nouvelle branche du droit non pas isolée des autres, mais au contraire éclairant d'une lumière nouvelle l'ensemble des disciplines juridiques traditionnelles. Le législateur a consacré cette apparition en déclarant dans l'article 1 de la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature : « La protection des espaces naturels et des paysages, la préservation des espèces animales et végétales, le maintien des équilibres biologiques auxquels ils participent et la protection des ressources naturelles contre toutes les causes de dégradation qui les menacent sont d'intérêt général. »

### @ La politique de l'environnement

Alors que des scientifiques et des associations de protection de la nature s'alarmaient depuis fort longtemps devant la dégradation continue du milieu naturel et que l'opinion publique aux États-Unis avait déclenché une vaste campagne de lutte contre la pollution, les pouvoirs publics français commencèrent à se préoccuper du problème dans les années 1969-1970, c'est-à-dire après le choc dû aux événements de mai 1968.

Peu à peu, il apparaissait que, d'une part, les nuisances de la société industrielle sont devenues telles qu'il est d'intérêt général de les réduire et que,

d'autre part, cette nouvelle politique officielle de protection de l'environnement n'est pas forcément en contradiction avec la politique de développement industriel.

Les premières décisions du gouvernement, dirigé alors par Jacques Chaban-Delmas, consisteront à présenter, en 1970, un programme de cent mesures pour l'environnement, qui s'articulait autour de quatre types d'actions : recherche et étude, information et éducation, action concrète sur le terrain et action législative et réglementaire.

### **Création d'un ministère spécialisé**

Sous la pression des événements (intérêt croissant de l'opinion, préparation de la conférence des Nations unies sur l'environnement, qui aura lieu à Stockholm en juin 1972, mise en œuvre du programme des cent mesures), le gouvernement va créer un ministère spécialisé. À l'occasion d'un simple remaniement ministériel, Robert Poujade est nommé, le 7 janvier 1971, ministre délégué auprès du Premier ministre, chargé de la protection de la nature et de l'environnement. La France sera ainsi un des premiers États à se doter d'un tel ministère. Son rôle est double ; d'une part, il exerce des compétences propres de gestion dans les secteurs suivants : établissements dangereux, insalubres ou incommodes, chasse, pêche, parcs nationaux, protection des monuments et des sites à caractère naturel ; d'autre part, il exerce des compétences de coordination entre les diverses administrations pour tous les autres secteurs de l'environnement qui ne lui ont pas été transférés.

Administration nouvelle, animée par des fonctionnaires dynamiques croyant à leur mission, le ministère de l'Environnement allait se heurter à des résistances politiques et administratives. La morale de l'environnement du président Pompidou pénètre difficilement les esprits. Au niveau des structures gouvernementales, le ministère de l'Environnement va connaître alors une vie très mouvementée (neuf ministres et cinq secrétaires d'État de 1971 à 1983) due tout à la fois à des difficultés administratives pour situer et définir la notion d'environnement et à l'importance des conflits avec d'autres priorités.

En 1978, l'administration de l'Environnement fusionnait avec l'ancien ministère de l'Équipement et de l'Urbanisme au sein d'un grand ministère de

l'Environnement et du Cadre de vie. Cette réunion politique et administrative entre les services de l'Équipement chargés de l'urbanisme et de la construction de grandes infrastructures et les services de la protection du milieu naturel fut un événement considérable. Elle traduisait la pénétration des idées de l'environnement dans les administrations traditionnelles et ne faisait que refléter l'influence croissante du droit de l'environnement sur le droit de l'urbanisme. Désormais, l'Urbanisme et l'Aménagement du territoire devront prendre en considération la lutte contre les pollutions et la protection des équilibres écologiques. On a pu craindre que la fusion ne se fasse au détriment de l'Environnement, absorbé par les puissants services de l'Équipement. Mais depuis 1981, l'Environnement est redevenu un ministère autonome et de ce fait isolé, exceptés les brefs retours au secrétariat d'État dans le troisième gouvernement Mauroy et au ministère de l'Équipement dans le gouvernement Chirac entre 1986 et 1988.

## **Environnement et planification**

La réflexion sur l'homme et l'environnement se situe toujours dans une perspective futuriste. Aussi de nombreuses études ont-elles été réalisées pour prévoir l'avenir selon différents scénarios de développement économique et de consommation des ressources naturelles non renouvelables. Les travaux du club de Rome sont les plus connus (*Halte à la croissance* et *Stratégie pour demain*).

En France, la politique de l'environnement va progressivement être intégrée dans le plan national de développement économique et social. Il faudra d'abord être capable de comptabiliser les données de l'environnement ; c'est ce à quoi se consacrera le groupe interministériel d'évaluation de l'environnement, créé par un arrêté du 1<sup>er</sup> juin 1972 et remplacé en 1978 par une commission interministérielle des comptes du patrimoine naturel. Le VI<sup>e</sup> plan comportera quelques dispositions en relation avec l'environnement, surtout en matière de pollution des eaux et de recherches antipollution. C'est avec le VII<sup>e</sup> plan (1976-1980) que l'environnement fait véritablement partie des données nouvelles de l'action économique et sociale. Il est officiellement admis que la croissance économique incontrôlée peut aboutir à détériorer l'environnement et que la priorité jusqu'alors donnée au quantitatif sur le qualitatif doit être abandonnée. « Il faut coupler la recherche de l'efficacité économique à celle de la qualité de la vie. »

Pour renforcer la mise en œuvre du VII<sup>e</sup> plan et accompagner l'action de la nouvelle législature, le gouvernement devait adopter, en janvier 1978, une charte de la qualité de la vie. Celle-ci comportait cent six dispositions et proposait pour les cinq années suivantes des mesures concernant la vie quotidienne des Français, afin de faire progresser encore le souci de qualité de la vie. La préparation du VIII<sup>e</sup> plan intégrait de façon heureuse l'environnement dans les objectifs économiques avec le rapport de l'intergroupe Environnement en 1980.

Le rapport du groupe de travail Environnement du IX<sup>e</sup> plan reconnaissait que la protection du patrimoine naturel est un investissement rentable et une source d'emplois. Il prévoyait une relance de l'effort national en faveur de la protection de l'environnement qui représenterait 2 p. 100 de l'investissement industriel total, soit le taux déjà atteint par le Japon, les États-Unis et l'Allemagne fédérale. Le X<sup>e</sup> plan se montra fort peu disert sur les questions d'environnement alors avec le XI<sup>e</sup> (1993-1997) y a consacré une part essentielle de ses efforts dans le cadre de sa commission Environnement, qualité de vie, croissance.

## 🌱 L'écologie politique

La nouvelle politique de l'environnement va devenir rapidement un thème de propagande politique au sein des partis du fait, essentiellement, que les défenseurs de l'environnement vont eux-mêmes tenter d'entrer dans le jeu politique.

### **Action politique des milieux écologiques**

L'intérêt croissant de l'opinion publique pour la protection de l'environnement aboutit à la création d'une multitude de groupes, associations ou comités de défense de l'environnement, constituant une force imposante mais inorganisée et sans programme. Ayant leurs militants, leur presse, plus tard leurs radios (par exemple Radio verte Fessenheim), leurs grands rassemblements populaires (le Larzac, Fessenheim, Malville), les mouvements écologiques vont se faire connaître à l'occasion des élections présidentielles de 1974 avec le premier candidat écologiste au monde : René Dumont.

Après quelques expériences locales lors d'élections partielles, la

poussée écologique s'est manifestée aux élections municipales de 1977 où plusieurs candidats « verts » furent élus. Pensant pouvoir jouer un rôle important en tant que minorité agissante lors du duel droite-gauche des élections législatives de 1978, le mouvement écologique lança de nombreuses candidatures. Non seulement il n'eut aucun député, mais encore il perdit des voix par rapport à 1977.

À l'occasion des élections au Parlement européen, des listes écologiques ont été présentées dans divers pays du Marché commun. En France ils allaient obtenir 4,4 p. 100 des suffrages exprimés. Aux élections présidentielles de 1981, les voix du candidat écologiste Brice Lalonde (1 116 000 suffrages) pèsent lourd pour le second tour. Ce report des voix écologistes s'accroît encore lors de la réélection de François Mitterrand en 1988 (68 p. 100 des 1 149 000 suffrages d'Antoine Waechter). Reste que l'audience du mouvement n'a pas progressé : elle se situe à moins de 4 p. 100 des suffrages. C'est d'abord la R.F.A. qui offrira une consécration politique au mouvement. En mars 1983, lors des élections générales, pour la première fois des écologistes siègent dans un parlement national avec 5,6 p. 100 des suffrages et 28 élus. Cette percée du parti des Verts (die Grünen) était confirmée l'année suivante par leur entrée au Parlement européen avec 8,2 p. 100 des voix et sept sièges. Les écologistes français les rejoindront en 1989 en obtenant 10,59 p. 100 des voix et huit sièges. Les conseils régionaux et leur représentation proportionnelle leur confèrent ensuite un poids politique en France (13,7 p. 100 aux élections de 1992). Ces progrès électoraux ne suffirent cependant pas à assurer aux deux partis héritiers du mouvement leur entrée au Palais Bourbon en mars 1993, avec seulement 7,7 p. 100 des suffrages.

### **Action écologique des milieux politiques**

Les partis politiques ne vont réagir que lentement à la pénétration des idées nouvelles en matière d'environnement. Lors des élections législatives de 1973, un document général appelé la « charte de la nature », élaboré par un comité regroupant vingt-deux des plus grandes associations de défense de l'environnement, fut proposé aux divers partis politiques et accepté par de nombreux candidats. Ce ne fut cependant pas un thème électoral. Les élections législatives de 1978 vont au contraire laisser une grande place au thème de l'environnement et de la qualité de la vie. On dira que tous les partis se sont mis

« au vert ». En effet, la propagande électorale va aboutir à une vaste unanimité nationale, et les déclarations d'intention de chaque parti seront très proches les unes des autres. Le débat sur l'énergie nucléaire, thème favori des écologistes, sera cependant discrètement évité. Aux élections présidentielles de 1981, les partis soutenant Giscard d'Estaing et Mitterrand mettront en avant leurs propositions écologistes.

## @ Le droit de l'environnement

Le droit de l'environnement est constitué par l'ensemble des règles juridiques relatives à la protection de la nature et à la lutte contre les pollutions. Il se définit donc en premier lieu par son objet. Mais c'est aussi un droit ayant une finalité, un objectif : notre environnement est menacé, le droit doit pouvoir venir à son secours en imaginant des systèmes de prévention, de réparation ou de répression adaptés à une meilleure défense contre les agressions de la société moderne. C'est en cela que le droit de l'environnement est plus que la description du droit existant ; c'est un droit porteur de message, un droit du futur et d'anticipation, grâce auquel l'homme et la nature trouveront un rapport harmonieux et équilibré.

### **Le contenu**

Le droit actuel de l'environnement se caractérise par une grande abondance de textes législatifs et réglementaires et par un apport jurisprudentiel limité. Il existait déjà depuis fort longtemps des textes visant à lutter contre les pollutions ou à protéger les paysages, textes qu'on ne rattachait pas au droit de l'environnement alors inexistant, mais à des régimes de police spéciale. Ainsi, les pollutions industrielles ont été contrôlées depuis un décret napoléonien de 1810 réglementant les établissements dangereux, incommodes ou insalubres ; la protection des monuments historiques remonte à une loi de 1913, la protection des sites et des paysages à 1930.

Après une longue préparation, le ministère de l'Environnement soumettra au Parlement, de 1975 à 1977, une série de grands textes dont certains innoveront totalement, tandis que d'autres réforment et modernisent des lois anciennes. Les mots écologie, équilibre biologique, écosystème entrent dans le

vocabulaire juridique. Ainsi, la loi du 10 juillet 1976 vise à la protection de la nature et la loi du 19 juillet 1976, relative aux installations classées pour la protection de l'environnement, réforme le système de lutte contre les pollutions industrielles. Les lois du 31 décembre 1975 et du 31 décembre 1976 sur l'urbanisme complètent le Code de l'urbanisme en y intégrant les exigences de protection de l'environnement.

La réforme qui aura la plus grande influence sur le processus classique de décision des agents économiques privés et des administrations est incontestablement celle qui résulte de l'article 2 de la loi sur la protection de la nature, instituant une procédure d'étude d'impact. Tout projet d'aménagement et toute décision pouvant avoir des incidences sur l'environnement devront obligatoirement être précédés d'une étude faisant ressortir les impacts écologiques du projet ou de la décision. Cette étude, communiquée au public, devrait conduire les décideurs à respecter l'environnement en toute connaissance de cause.

Cette avalanche de normes juridiques ne doit pas faire illusion. Des difficultés énormes subsistent quant à l'application effective des textes à l'occasion de grands drames écologiques (Seveso, *Amoco-Cadiz* , « boues rouges »). Le droit ne résout pas tous les conflits d'intérêts.

### **Les caractères généraux**

Dans la mesure où l'environnement est l'expression d'une vision globale des interactions et des relations des êtres vivants entre eux et avec leur milieu, il n'est pas étonnant que le droit de l'environnement soit un droit de caractère horizontal, qui recouvre les différentes branches classiques du droit (droit civil, droit administratif, droit pénal, droit international), et un droit d'interactions, que l'on retrouve dispersé dans des réglementations variées. Beaucoup plus qu'une branche de droit nouvelle avec son propre corps de règles, il tend à pénétrer tous les systèmes juridiques existants pour les orienter dans un sens environnementaliste.

C'est aussi un droit du collectif : il vise à protéger l'ensemble de la communauté humaine, ainsi que les biens collectifs tels que l'eau, l'air, les paysages, la nature. La propriété privée doit céder devant les exigences des

écosystèmes naturels qui impliquent l'ouverture des espaces. Aussi le droit de l'environnement va-t-il imposer de nombreuses servitudes à la propriété tant privée que publique (classement de sites, réserves, parcs, etc.).

Le droit de l'environnement est également un droit très technique car, s'il est appliqué par l'homme, il porte sur des éléments naturels ou sur des espèces animales ou végétales. Chaque règle de droit va être accompagnée de dispositions scientifiques très précises. Cela implique que le langage juridique puisse traduire ces normes scientifiques, contribuer à les faire respecter, permettre une évolution en prévoyant une adaptation permanente de la règle de droit aux progrès scientifiques.

C'est enfin un droit de participation, en ce sens que les pouvoirs publics vont s'efforcer de faire du droit de l'environnement non pas un droit autoritaire, mais un droit de concertation. Avec les « pollués », on va développer le mouvement spontané des associations de défense de l'environnement et leur donner des pouvoirs nouveaux (12 000 à 15 000 associations recensées).

Le droit de l'environnement a aussi par essence une dimension internationale. La déclaration sur l'environnement adoptée à Stockholm en juin 1972 proclamait : « L'homme a un droit fondamental à la liberté, à l'égalité, et à des conditions de vie satisfaisantes dans un environnement dont la qualité lui permette de vivre dans la dignité et le bien-être. Il a le devoir solennel de protéger et d'améliorer l'environnement pour les générations présentes et futures. » Le droit de l'environnement est ainsi consacré par la communauté internationale comme un nouveau droit de l'homme de notre temps. C'est en réalité un droit de l'espèce considérée comme un tout et intégrant les espèces animales et végétales indispensables à la survie de l'homme lui-même. La France devrait s'acheminer vers la reconnaissance d'un tel droit. La proposition de loi constitutionnelle élaborée en 1977 par la Commission spéciale des libertés de l'Assemblée nationale disposait en son article 10 : « Tout homme a droit à un environnement équilibré et sain et il a le devoir de le défendre. Afin d'assurer la qualité de la vie des générations présentes et futures, l'État protège la nature et les équilibres écologiques. Il veille à l'exploitation des ressources naturelles. » Le droit à l'environnement consacre l'existence du droit de l'environnement.

## @ EUROPÉEN (DROIT)

### ***Prise de vue***

L'expression « droit européen », assez couramment employée à la dernière époque, revêt plusieurs significations, dont aucune, au reste, ne correspond pleinement à la notion qu'elle devrait traduire.

Théoriquement, en effet, le droit européen devrait être un corps de règles applicables aux États de l'Europe comme, le cas échéant, à leurs ressortissants ou habitants ; elles pourraient être invoquées par les uns et par les autres, et édictées par un pouvoir législatif ou réglementaire européen, de caractère supranational ; théoriquement aussi, ce droit s'étendrait à toute l'Europe « de l'Atlantique à l'Oural ».

### @ Les systèmes de droit en Europe

Ainsi conçu, il va de soi que le droit européen n'a jamais existé et n'existe pas davantage actuellement ; à vues humaines, on ne peut pas non plus penser qu'il prenne naissance dans un avenir prévisible. Tout au plus aurait-on pu dire, avant les profondes transformations économiques et sociales qui, parties en 1917 de l'ancien Empire des tsars, se sont étendues, après la Seconde Guerre mondiale, à un large secteur de l'Europe centrale et orientale, qu'il existait parmi les grands systèmes de droit qui se partageaient alors le monde un système continental européen, nourri au fonds commun du droit romain, dont la renaissance n'est pas à exclure depuis l'effondrement des régimes socialistes en U.R.S.S. et dans les pays de l'Est. On pouvait certes y distinguer, plus ou moins légitimement, une branche proprement française dont la codification napoléonienne avait étendu les ramifications dans les pays limitrophes et au nord de la Méditerranée (Belgique, Luxembourg, Pays-Bas, Espagne, Portugal, Italie, Roumanie) et une branche « germanique », qui couvrait notamment l'Autriche, la

Turquie et, à certains égards, la Suisse.

Mais, pour importantes qu'aient pu être les différences entre telles et telles règles du droit civil français ou allemand (par exemple, quant au rôle respectif de la volonté interne et de la déclaration de volonté dans les actes juridiques ; quant à la sauvegarde de l'équilibre des prestations et au pouvoir d'intervention du juge dans le contrat ; quant au transfert de la propriété et à la publicité foncière – et naturellement, en bien d'autres domaines) et, partant, entre les règles correspondantes des législations qui se rattachent directement à l'un ou à l'autre, l'ensemble du système de droit de l'Europe continentale présentait une profonde unité de structure, de concepts, de terminologie et de méthode. Il traduisait aussi, dans les institutions de la famille légitime, de l'appropriation individuelle des biens et de leur transmission héréditaire, de la liberté contractuelle et de la responsabilité pour faute, des conceptions philosophiques, morales et économiques de la société largement semblables, sinon rigoureusement uniformes.

Géographiquement, cependant, ce système de droit n'était pas européen. D'une part, il débordait largement l'Europe, puisque les législations d'Amérique latine s'y rattachaient étroitement. Mais, d'autre part, il ne couvrait pas toute l'Europe, car l'Angleterre était, comme elle l'est toujours, la mère et l'inspiratrice d'une autre « famille » de droits occidentaux, la *common law*. Or, si les fondements de la société dont la common law fournit l'armature juridique sont essentiellement les mêmes que ceux sur lesquels s'est élevé le système franco-germanique, sa structure, ses concepts et ses méthodes leur confèrent une entière originalité. Ainsi, même au XIX<sup>e</sup> et au début du XX<sup>e</sup> siècle, l'unité du système juridique européen s'arrêtait aux frontières de l'Europe continentale.

Cette unité fut brisée par l'éclosion du système soviétique et son expansion dans les pays liés à l'U.R.S.S., non sans qu'il faille observer – en simplifiant et en grossissant une réalité bien plus complexe – qu'à l'inverse de la common law celui-ci reposait sur des conceptions profondément différentes de celles qui animent les législations occidentales, mais ne s'en éloignait pas radicalement quant à la structure et aux techniques.

Il demeure qu'il existait ainsi en Europe, non pas un, ni même deux, mais trois systèmes de droit : la common law, le système occidental et le système soviétique ou socialiste (ou, si l'on préfère, deux systèmes, l'occidental et le socialiste, dont le premier était à son tour divisé en deux branches très divergentes). On ne peut prédire quelle sera la portée, sur le plan juridique, des bouleversements politiques qu'ont connus les pays anciennement socialistes. Peut-être réintégreront-ils complètement la famille des droits romains-germaniques ? Peut-être aussi les règles nouvelles, notamment dans le domaine du droit des affaires, seront-elles fortement inspirées du droit américain et teintées de common law. Quoi qu'il en soit, soulignons à nouveau que, si la common law forme bien une partie du droit positif du Royaume-Uni, les deux autres systèmes n'étaient pas des droits « européens », car ils n'émanaient pas d'une autorité européenne et n'étaient pas unifiés, ni même harmonisés, dans le détail des institutions. Ajoutons cependant que, sans l'unité maintenue du système occidental, la coordination des institutions de droit positif des pays du Marché commun, dont nous verrons bientôt qu'elle pourrait être un puissant facteur de formation d'un droit régional, matériellement sinon formellement européen, eût rencontré des difficultés encore plus grandes que celles, déjà très sérieuses, qui en ralentissent le processus.

### 📍 Les tentatives d'unification du droit d'inspiration européenne

Cette coordination régionale des droits des États formant les Communautés européennes, de même que l'élaboration plus souple, mais ayant vocation territoriale plus étendue, d'un droit européen uniforme ou harmonisé sous l'impulsion du Conseil de l'Europe peuvent aussi trouver un modèle et un précédent dans les travaux d'unification du droit positif qui se sont poursuivis depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Par les États ou les organismes internationaux qui les entreprennent et par le domaine territorial qu'ils aspirent à couvrir, ces travaux d'unification sont en effet, et surtout étaient à l'origine, sinon exclusivement, du moins principalement européens (pourvu que l'on accepte de ne pas réserver ce qualificatif à une action qui couvrirait la totalité de l'Europe géographique).

On citera d'abord, à cet égard, l'effort systématique d'unification des règles de conflits de lois (qui déterminent la loi applicable aux situations juridiques

de caractère international) et de reconnaissance des jugements étrangers entrepris depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle par la Conférence de droit international privé de La Haye. À l'origine, la Conférence réunissait principalement des États d'Europe continentale ; elle s'est considérablement élargie par la suite, incluant notamment des États du Moyen-Orient, le Japon, depuis 1951 le Royaume-Uni et depuis 1964 les États-Unis. Certaines seulement des conventions multilatérales qu'elle a élaborées sont en vigueur, et encore ne lient-elles qu'une partie des États représentés ; celles du début du siècle, dont la plupart ont du reste été dénoncées par tout ou partie des signataires, étaient essentiellement « continentales » d'inspiration. Il en a encore été ainsi de plusieurs conventions préparées après la Seconde Guerre mondiale (comme celles sur la vente internationale, la reconnaissance des sociétés, les obligations alimentaires envers les enfants, la protection des mineurs) ; les plus récentes (sur la forme des testaments, la reconnaissance des décisions en matière d'adoption, la loi applicable aux successions) tentent une conciliation entre le droit international privé de la common law et celui du système continental. Qu'elles forment ou non le droit positif de certains États, ces conventions constituent une sorte de codification de principes acceptables par un nombre important de systèmes nationaux, à laquelle il est déjà arrivé que les juges se réfèrent pour interpréter et appliquer la législation et la jurisprudence de leur propre pays.

D'autres tentatives ont visé à l'unification du droit matériel lui-même, c'est-à-dire des règles qui ne se bornent pas à désigner la loi étatique applicable, mais régissent directement l'institution considérée ; certaines y sont assez largement parvenues.

C'est ainsi qu'ont été adoptées à Genève, respectivement les 7 juin 1930 et 19 mars 1931, deux séries de conventions, les unes portant loi uniforme, les autres règlement de certains conflits en matière d'effets de commerce et de chèque ; elles ont été ratifiées surtout par des États européens (à l'exclusion du Royaume-Uni), qui ont introduit la loi uniforme dans leur propre législation. Plus récemment ont été adoptées à La Haye (mais non dans le cadre de la Conférence de droit international privé) les conventions du 1<sup>er</sup> juillet 1964 portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels (qui intéresse surtout, en pratique, les ventes commerciales internationales) : elles sont issues de longs

travaux, dont l'initiative avait été prise, dès avant la Seconde Guerre mondiale, par l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) de Rome. Mais il faut noter que, si la conférence qui en a achevé la rédaction réunissait une majorité d'États européens (y compris le Royaume-Uni), tous les systèmes juridiques et tous les régimes politiques y étaient représentés. Le nombre en définitive assez réduit de ratifications obtenues par les conventions du 1<sup>er</sup> juillet 1964 a incité les États à reprendre leurs efforts d'unification dans un cadre plus universel. Leurs travaux ont abouti à la signature à Vienne, le 11 avril 1980, de la convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. On sort donc tout à fait, dans ce cas, du cadre européen.

## 🌐 Le droit des Communautés européennes

C'est en revanche dans un cadre géographique limité à une partie seulement de l'Occident européen que l'on assiste, depuis la création de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (C.E.C.A.), en 1951, et surtout depuis celle de la Communauté économique européenne (C.E.E.) et de la Communauté européenne de l'énergie atomique (Euratom), en 1958, à l'élaboration d'un véritable droit européen, à condition, ici encore, d'accepter cette dénomination pour un système juridique en formation, en partie seulement d'origine supranationale, et qui ne couvre que les territoires des États des Communautés.

Celles-ci, dont les « marchés communs » ne sont pas à vrai dire l'objectif final, mais l'instrument qui doit leur permettre d'atteindre leurs fins économiques et sociales, sinon politiques, sont en effet bien autre chose qu'une zone de libre-échange, voire qu'une union douanière. Elles sont des groupements d'États qui tendent à créer sur leurs territoires les conditions d'une libre circulation des personnes, des marchandises et des capitaux ; à supprimer toute discrimination, fondée sur la nationalité de leurs ressortissants, à l'accès aux activités économiques et à leur exercice ; à assurer le maintien d'une concurrence effective et à promouvoir des politiques communes (en particulier en matière d'agriculture et de transports). Ces résultats ne peuvent pas être atteints sans que soit élaboré, à partir des traités qui en forment la source première, un droit communautaire d'origine supranationale, ni sans que soit réalisée une profonde intégration juridique des États membres, par l'harmonisation de leurs législations nationales et

par la conclusion entre eux de conventions spécifiquement communautaires.

## **Fonctions législatives et réglementaires**

Cette action trouve son fondement dans les traités institutifs des Communautés : traité de Paris, du 18 avril 1951, pour la C.E.C.A. ; traités de Rome, du 25 mars 1957, pour la C.E.E. et l'Euratom. Créant deux marchés communs spécialisés, le premier et le dernier, et surtout le premier, contiennent des dispositions concrètes et détaillées, qui ont pu recevoir immédiatement et directement application. Bien qu'étant également d'application immédiate, le second, qui a institué le marché commun de l'ensemble des produits et services, est beaucoup plus une loi-cadre, posant les principes, fixant les compétences, et confiant aux institutions qu'il crée la mission d'élaborer, en collaboration avec les États membres, le droit communautaire. Il faut ajouter que cette élaboration continue se rencontre aussi dans la C.E.C.A. et dans l'Euratom. Elle est essentiellement l'œuvre de la Commission et du Conseil des Communautés, que l'on appelle quelquefois les « exécutifs », mais qui ont aussi, précisément, un rôle législatif important. Si la première est composée de personnalités indépendantes, le Conseil est, en revanche, composé de représentants des États membres ; mais il n'est pas une conférence diplomatique ; en certaines matières, ses actes, même législatifs, peuvent être adoptés à la majorité qualifiée.

Les fonctions législatives et réglementaires de la Commission et du Conseil s'exercent selon des modalités différentes selon qu'il s'agit de la C.E.C.A. d'une part, de la C.E.E. ou de l'Euratom d'autre part. Dans la première, qui est aussi la plus ancienne, la Commission a hérité des attributions de la Haute Autorité, qui en était l'organe essentiel, à la fois législatif et exécutif. Elle a donc le pouvoir propre d'édicter des textes normatifs généraux : les « décisions », d'application générale et immédiate sur les territoires des États membres, et les « recommandations » qui s'imposent à ceux-ci, sinon directement à leurs ressortissants ; pour les uns et pour les autres, le Conseil doit seulement être consulté, dans les cas prévus par le traité.

Ainsi, dans la C.E.C.A., l'élaboration des règles d'application et de développement du traité était, et est théoriquement toujours, fortement « supranationale ». Les traités de la C.E.E. et de l'Euratom sont, à cet égard,

nettement en retrait. Il en résulte que, dans les deux nouvelles Communautés, la Commission a essentiellement, sinon exclusivement, un rôle d'initiative et de proposition en matière législative, les textes étant adoptés par le Conseil (sauf cependant pour des dispositions de caractère purement réglementaire, qui peuvent émaner de la Commission seule). La terminologie des deux traités les désigne du reste de manière plus adéquate que dans la C.E.C.A. : *règlements* (correspondant aux décisions générales de la C.E.C.A.), véritables textes législatifs de portée générale, qui sont obligatoires dans tous leurs éléments et directement applicables dans tout État membre ; *directives* (qui font pendant aux recommandations de la C.E.C.A.), adressées aux États membres, qui les lient quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens.

Les règlements sont rigoureusement uniformes pour l'ensemble du territoire des Communautés et s'y appliquent à tous ceux qu'ils concernent, du seul fait de leur adoption par l'organe communautaire compétent (Commission pour la C.E.C.A., le plus souvent Conseil pour la C.E.E. et l'Euratom) et de leur publication dans le *Journal officiel des Communautés européennes*, sans aucune intervention des autorités nationales et sans nouvelle publication. Un tel cas se vérifie, par exemple, dans la C.E.C.A., pour les décisions générales relatives au niveau des concentrations d'entreprises houillères ou sidérurgiques bénéficiant d'une exemption générale d'autorisation et, dans la C.E.E., pour les règlements intervenus en matière de concurrence et de sécurité sociale.

Les directives, en revanche, obligent seulement les gouvernements à prendre, chacun selon sa propre Constitution, les normes qu'elles prescrivent ; celles-ci peuvent ne pas être textuellement uniformes, et elles ne lient ceux qu'elles concernent sur le territoire de chacun des États membres, ni ne leur profitent, que lorsqu'elles sont introduites dans le système juridique de cet État au moyen de textes émanant de ses propres autorités, législatives ou réglementaires selon les cas. Il en est intervenu, à ce jour, de très nombreuses, par exemple celles qui sont destinées à mettre en œuvre, dans chaque État, le principe de la liberté d'établissement et de prestations de services (c'est-à-dire la suppression des discriminations entre les ressortissants des États membres quant à l'accès, sur le territoire de ces États, aux activités lucratives indépendantes et à leur

exercice), et celles qui prescrivent aux États membres le rapprochement (ou selon d'autres termes employés par les traités, mais de signification pratiquement équivalente, la « coordination », ou l'« harmonisation ») des législations internes, dans les domaines et dans la mesure où ce rapprochement est nécessaire pour permettre la réalisation des objectifs des traités (par exemple, en matière de sociétés, pour faire disparaître les obstacles juridiques à leur libre expansion dans l'ensemble de la Communauté ; ou, en matière de normes techniques, pour faire disparaître, de ce point de vue également, toute entrave à la libre circulation des produits).

La différence entre règlements et directives conduit ainsi à une distinction entre, d'une part, le droit qui émane exclusivement des organes communautaires et qui est à la fois formellement et matériellement européen et, d'autre part, celui qui, n'atteignant les assujettis (ou les bénéficiaires) que moyennant l'intervention législative ou réglementaire des autorités étatiques, est matériellement européen, car il sera de substance, sinon de rédaction, identique sur les territoires des États membres, mais ne l'est pas formellement, car, à son stade final, il n'est pas de source supranationale.

### **Les conventions**

On retrouve cette même distinction, mais sous un autre aspect, avec un dernier instrument d'élaboration du droit dans le cadre des Communautés : ce sont les conventions que le traité de la C.E.E., en particulier, convie les États membres à conclure entre eux (en matière de sociétés, de reconnaissance des jugements, de faillite), pour compléter l'armature juridique du Marché commun. Ces conventions (dont les premières, sur la reconnaissance mutuelle des sociétés, sur la reconnaissance et l'exécution des jugements et sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ont été signées, d'autres étant actuellement en préparation) sont négociées entre les gouvernements, mais conclues « au sein du Conseil ». Elles sont du droit communautaire par leur objectif, par leur spécificité (car elles traduisent et développent les liens entre les États, en tant que membres des Communautés) et par leur simultanéité et leur uniformité d'application sur tout le territoire des Communautés. Mais elles n'émanent pas des organes communautaires, si bien que, formellement, elles sont non pas *supranationales*, mais *internationales*.

Il demeure que ces divers instruments – décisions générales et règlements, recommandations et directives, conventions – réalisent progressivement l'intégration juridique de l'Europe, dans les matières économiques, sociales et fiscales qui sont de la compétence des Communautés.

L'élargissement et l'approfondissement de la construction communautaire sont aujourd'hui à l'ordre du jour. L'Autriche, la Suède et la Suisse ont demandé leur adhésion aux Communautés. Depuis la disparition du « bloc soviétique », certains pays de l'Est, en particulier la Tchécoslovaquie, ont déclaré leur volonté d'être admis dans la Communauté européenne. Par ailleurs a été signé à Porto, le 2 mai 1992, l'accord sur l'Espace économique européen (E.E.E.) entre, d'une part, la Communauté et ses États membres, d'autre part, les États formant l'A.E.L.E. (Associations européenne de libre-échange : Autriche, Finlande, Islande, Liechtenstein, Norvège, Suède et Suisse). La convention devrait transposer dans les rapports entre les États signataires les quatre libertés sur lesquelles repose le marché unique communautaire (liberté de circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux) ainsi que les règles de concurrence du traité C.E.E.

La signature de l'Acte unique, européen, les 17 et 28 février 1986, représente la première étape de l'approfondissement de la construction européenne que les États membres ont entrepris dans la période contemporaine. L'article 13 de l'Acte unique complète le traité C.E.E. en y introduisant un article 8A ainsi conçu : « La Communauté arrête les mesures destinées à établir progressivement le marché intérieur au cours d'une période expirant le 31 décembre 1992. [...]. Le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions du présent traité. » Les accords conclus à Schengen, les 14 juin 1985 et 19 juin 1990, prévoient, dans le même esprit, la suppression des contrôles aux frontières communes et leur transfert sur les frontières externes. Plus récemment, le traité sur l'Union européenne, adopté à Maastricht les 9 et 10 décembre 1991, étend le domaine d'action de la Communauté, tel que déterminé par les traités fondateurs et l'Acte unique, à un grand nombre de matières qui n'y avaient point ou n'y avaient que peu de place : éducation, recherche-développement, environnement... Parmi les

différentes mesures prévues, les plus marquantes sont l'institution d'une citoyenneté de l'Union, d'un système européen de banques centrales et d'une banque centrale européenne.

## **Principes d'interprétation**

Dans la mesure où il est formellement supranational (c'est-à-dire où il prend corps dans des règlements et directives, et aussi en sa source première, formée par ces trois traités), le droit communautaire ainsi élaboré l'emporte sur les droits des États membres ; ceux-ci manqueraient à leurs obligations en édictant des règles qui y contreviennent, et ces règles devraient être annulées, ou leur application refusée par les autorités nationales selon les procédures propres à chaque État, mais il faut parfois reconnaître que celles-ci demeurent souvent imparfaites.

La nature du droit communautaire et la place qu'il occupe par rapport aux droits nationaux requièrent son interprétation uniforme sur tout le territoire formant les Communautés. Les dispositions du traité de la C.E.C.A. ne sont ni parfaitement claires ni suffisantes pour l'assurer. En revanche, les traités de la C.E.E. et de l'Euratom font obligation aux juridictions nationales statuant en dernier ressort et permettent aux autres de demander à la Cour de justice des Communautés européennes, siégeant à Luxembourg, l'interprétation des textes des traités ou des actes des institutions (règlements ou directives) lorsque cette interprétation est contestée devant elles et que la solution du litige en dépend. L'interprétation donnée par la Cour s'impose dans le litige où elle est demandée, et fera pratiquement autorité par la suite ; la haute juridiction communautaire veille ainsi à l'unité et à l'exacte application du droit communautaire, et la jurisprudence qu'elle élabore dans l'accomplissement de cette tâche (ainsi que dans l'exercice de ses autres compétences juridictionnelles, en particulier celle de contrôler la légalité des actes des institutions communautaires au regard des traités) contribue à son tour à sa formation.

## **@ Les autres organisations européennes**

Plusieurs autres organisations, de caractère politique, économique ou militaire, ont été créées depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, qui groupent

soit exclusivement, soit en majeure partie, des États européens. On citera les plus importantes : l'Organisation européenne de coopération économique, devenue en 1961 Organisation de coopération et de développement économique, le Conseil de l'Europe, l'Union de l'Europe occidentale, le Conseil d'assistance économique mutuelle, dissous en 1992, et l'A.E.L.E., affaiblie par l'intérêt de ses membres les plus importants pour la C.E.E.

Aucun de ces groupements n'a exercé ni n'exerce un pouvoir normatif comparable à celui des Communautés. Les organes qui animent leur action (Comité des ministres, Conseil, Comité exécutif, selon les diverses appellations) disposent généralement d'un pouvoir de *recommandation*, dont l'exercice est sans effet obligatoire pour les États participants ; leur pouvoir de *décision* est limité au fonctionnement interne de l'organisation. En particulier, à la différence des Communautés, l'A.E.L.E. n'élabore pas une législation et n'a pas pouvoir d'imposer aux États membres l'harmonisation de leurs propres lois.

Il faut cependant faire une place à part au Conseil de l'Europe. Selon l'article 15 de son statut, le Comité des ministres examine les mesures propres à réaliser le but de l'organisation, y compris la conclusion de conventions et d'accords. Cette compétence a été largement exercée ; plusieurs dizaines de conventions, dont la plupart sont en vigueur entre certains des États membres, ont été signées dans le cadre du Conseil. Elles portent sur les matières les plus diverses. Les plus importantes sont les conventions relatives aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, signées en 1950 et 1952, et entrées en vigueur entre 1953 et 1958 ; elles représentent à ce jour la contribution la plus effective à la protection internationale des droits de l'homme. Plus généralement, si les conventions du Conseil de l'Europe ne sont pas du droit formellement européen (car elles n'émanent pas d'une autorité européenne supranationale), elles tiennent cependant une place essentielle dans l'effort difficile, mais constant et finalement fructueux, vers l'intégration juridique d'une partie au moins de l'Europe.

## 📌 FISCAL (DROIT)

### ***Prise de vue***

Technique libérale de financement des dépenses publiques, l'impôt est encore bien souvent ressenti par les contribuables comme une intrusion inique et une spoliation, puisqu'il entraîne une amputation des revenus ou du patrimoine, alors que sa contrepartie personnelle n'apparaît pas directement. Les moyens d'intervention de la puissance publique dans le domaine fiscal et les réactions de l'opinion publique constituent un précieux indicateur des relations au sein d'une société ; on peut dire qu'ils sont des faits de civilisation.

Traditionnellement, les pouvoirs publics ont le choix, en matière fiscale, entre la contrainte et l'assentiment. Si, par nature et par héritage historique, l'administration fiscale française a longtemps penché pour un système d'autorité, il convient de remarquer que, depuis un certain nombre d'années, des relations et des procédures de dialogue se sont instaurées dans un domaine où prévaut encore l'affrontement. Cependant, si la collaboration entre le fisc et les particuliers paraît être un moyen d'éviter que l'impôt ne soit psychologiquement considéré comme une contrainte et soit un remède à cette maladie que M. Lauré a baptisée « allergie fiscale », on doit reconnaître que des sujétions contraignantes continueront longtemps encore de peser sur les contribuables. L'exercice du pouvoir fiscal supposera toujours, au profit des administrations financières, des pouvoirs et des prérogatives beaucoup plus importants que ceux des autres administrations, même si ces prérogatives et ces pouvoirs connaissent des limites qui tiennent à l'existence d'un ensemble de règles juridiques.

Dans une première approche, le droit fiscal apparaît comme la branche du droit qui régit cette activité particulière de l'État qui consiste à procurer à la *puissance publique*, à titre définitif, des ressources financières par un prélèvement autoritaire et sans contrepartie.

Plus simplement, le droit fiscal est le droit relatif à l'application des lois d'impôt. Mais, comme le souligne le doyen Vedel, le droit fiscal est un peu « l'enfant perdu des disciplines juridiques. Dans la grande famille du droit, il fait figure, sinon d'orphelin recueilli, du moins d'enfant un peu singulier ». En effet,

l'ensemble des règles juridiques qui constitue le droit fiscal s'applique à des situations, à des personnes et à des biens déjà intégrés dans la vie juridique. Dès lors se pose la question de la place du droit fiscal parmi les diverses branches du droit. Le droit fiscal appartient-il au droit public ou au droit privé ? L'impôt étant un rapport entre le fisc et les contribuables, c'est-à-dire entre l'État et les citoyens vus sous l'angle fiscal, le droit fiscal est une branche du droit public. Mais le droit fiscal doit être étudié séparément, à côté du droit constitutionnel et du droit administratif, car il présente, du fait de sa construction autour de l'idée de pouvoir fiscal, une originalité certaine. On peut résumer ce qui précède en reprenant la définition du doyen Trotabas : le droit fiscal « est la branche du *droit public* qui règle les droits du fisc et leurs prérogatives d'exercice ». L'examen successif des sources et du contenu du droit fiscal, puis l'étude de l'organisation du contentieux fiscal montreront l'originalité de cette discipline. Le droit fiscal est un droit autonome, c'est-à-dire qu'il est gouverné par des principes et des règles propres, distincts de ceux dont s'inspirent les autres branches du droit.

## @ 1. Les sources du droit fiscal

Le droit fiscal est issu de sources que l'on trouve dans toutes les branches du droit : la loi, les textes réglementaires, la jurisprudence et la doctrine. Cependant, en vertu du principe de légalité, les dispositions législatives constituent la seule véritable source du droit fiscal ; les autres éléments auxquels on accorde généralement cette dénomination ne sont, en réalité, que des sources dérivées.

### @ La loi

Le principe de légalité de l'impôt, fondement du droit fiscal, se rattache à la règle traditionnelle du consentement de l'impôt par les représentants des contribuables : il est à l'origine de nos institutions représentatives. Proclamé solennellement par l'article 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ce principe a été plusieurs fois rappelé et a été constamment maintenu. Aujourd'hui, ce principe est réaffirmé par l'article 34 de la Constitution de 1958, qui déclare : « La loi fixe les règles concernant (...) l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ». Toutefois, on peut

observer, depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle, un certain déclin du principe de légalité. D'une part, on assiste, avec la pratique des *décrets-lois*, à des délégations de plus en plus larges du pouvoir législatif en matière fiscale. D'autre part, l'utilisation de la fiscalité à des fins économiques a conduit le gouvernement à se servir des taux de l'impôt pour agir sur la conjoncture économique. Enfin, la technique des agréments fiscaux porte atteinte, dans une certaine mesure, au principe de la légalité de l'impôt. Quoi qu'il en soit, le principe demeure, et, comme le remarque P. Lalumière : « Le Parlement de la V<sup>e</sup> République... par son travail de grignotage des positions gouvernementales, qui a abouti fréquemment à des mesures d'allégement fiscal, apparaît comme le continuateur de toutes les assemblées élues, qui, depuis le XIX<sup>e</sup> siècle, ont essayé de défendre les redevables contre les exigences sans cesse accrues de l'exécutif. ». Mais la loi fiscale présente des caractères originaux tant dans son élaboration que dans son application.

Aux termes de l'article 39 de la Constitution, l'initiative des lois appartient concurremment au Premier ministre et aux membres du Parlement. Mais, en matière fiscale, l'initiative des parlementaires est considérablement limitée par l'article 40 en vertu duquel « les propositions et amendements formulés par les membres du Parlement ne sont pas recevables lorsque leur adoption aurait pour conséquence soit une diminution des ressources publiques, soit la création ou l'aggravation d'une charge publique ». En d'autres termes, les députés et sénateurs ne peuvent proposer des allègements fiscaux. Ils conservent leur droit d'initiative pour ce qui concerne l'augmentation des impôts, mais, pour des raisons faciles à comprendre, ils en usent peu. Cela a pour conséquence que la plupart des dispositions législatives de caractère fiscal sont d'initiative gouvernementale. D'autre part, comme les discussions au Parlement s'engagent toujours sur la base des projets élaborés par l'Administration et comme les parlementaires proposent peu d'amendements, le texte des lois fiscales adoptées par le Parlement est fort peu différent du projet initial déposé par le gouvernement. De ce fait, il arrive fréquemment que le même service de la direction générale des Impôts soit amené à élaborer le projet de loi soumis au Parlement, à en rédiger les décrets d'application et à en commenter la portée. On comprend dans ces conditions le caractère particulier de la législation fiscale.

L'application de la loi fiscale dans le temps et dans l'espace ne présente

pas de grandes différences par rapport à celle des autres lois. En ce qui concerne l'application de la loi dans le temps, on retrouve les deux principes classiques de l'application immédiate et de la non-rétroactivité. Selon les dispositions du Code civil, les lois deviennent obligatoires un jour franc après leur publication au *Journal officiel*, étant entendu que la loi peut fixer elle-même une autre date pour son entrée en vigueur. La loi fiscale s'applique, en principe, immédiatement, mais cela ne va pas sans poser quelques problèmes. Le principe est simple, la nouvelle loi s'applique chaque fois que le fait générateur, c'est-à-dire l'acte ou l'événement qui rend le contribuable redevable de l'impôt, est postérieur à sa publication. Les impôts ou les droits frappant une opération déterminée ne soulèvent pas de difficultés, car le fait générateur est facile à situer. Pour la T.V.A., ce sera soit la livraison du produit, soit l'encaissement du prix ; pour les droits d'enregistrement, ce sera la date de la mutation taxable ou la date de l'acte. Mais, en ce qui concerne les impôts directs, compte tenu du principe de l'annualité, cette application immédiate prend un caractère particulier et il importe de préciser quel est le fait générateur. Pour l'impôt sur le revenu et l'impôt sur les sociétés, la législation applicable pour l'assiette est celle qui est en vigueur à la clôture de la période d'imposition, c'est-à-dire soit le 31 décembre, soit la date de clôture de l'exercice comptable. Ainsi, les dispositions nouvelles jouent pour le revenu ou le bénéfice de l'année ou de l'exercice en cours lors de l'entrée en vigueur de la loi, sans que l'on opère une distinction entre la partie de l'année ou de l'exercice antérieur à la publication de la loi et celui qui lui est postérieur. Pour les impôts directs locaux, on retient, en principe, la situation au 1<sup>er</sup> janvier de l'année qui suit la publication de la loi. En vertu du principe de la non-rétroactivité des lois, la loi fiscale ne dispose que pour l'avenir. Cependant, le législateur peut déroger à ce principe et décider l'application rétroactive de la loi fiscale.

L'application territoriale de la loi fiscale est plus complexe et soulève deux problèmes majeurs ; la double imposition et l'évasion fiscale. La double imposition provient du fait que les États élaborent souverainement leur législation fiscale et définissent librement l'application de cette législation. Il s'ensuit qu'un contribuable ressortissant d'un pays et percevant des revenus dans un autre pays peut être imposé, pour le même revenu, dans deux pays à la fois. Compte tenu du développement des échanges internationaux, une telle situation serait intolérable. C'est pourquoi, pour éviter les phénomènes de double imposition, de nombreux États ont conclu des accords bilatéraux qui règlent le partage des compétences

entre les États. Généralement, ces conventions précisent quel est des deux États, État dans lequel sont perçus les revenus ou État d'origine du bénéficiaire, celui auquel sera attribué le pouvoir d'imposition. Pour certains impôts, en particulier ceux qui frappent les revenus des valeurs immobilières, les conventions laissent à chaque État un pouvoir de taxation, mais prévoient l'imputation, dans certaines limites, de l'impôt payé dans l'un sur l'impôt dû dans l'autre. La France, pour sa part, a déjà conclu plus de trente conventions de ce type. Avec l'évasion fiscale, le problème est inverse. Il ne s'agit plus de protéger les contribuables contre la souveraineté fiscale de l'État, mais de lutter contre l'habileté et l'astuce des contribuables qui profitent du caractère territorial de la souveraineté fiscale pour éluder une partie de leurs impôts en se réfugiant dans un des « paradis fiscaux ».

L'évasion fiscale, c'est-à-dire le fait pour un redevable de soustraire à l'impôt, auquel la législation fiscale d'un pays déterminé l'assujettit, les biens ou revenus situés ou acquis dans un ou plusieurs pays, peut revêtir diverses formes. L'évasion au regard de l'assiette consiste pour le contribuable à localiser, pour échapper aux exigences de la législation de son pays, ses bases d'imposition dans un pays où l'impôt est moins lourd. L'évasion fiscale au recouvrement se produit lorsque le contribuable échappe au fisc avant d'avoir payé son impôt : c'est l'évasion du contribuable. Pour lutter contre l'évasion internationale, des accords ont été conclus pour permettre au fisc d'étendre son contrôle au-delà des frontières, mais l'efficacité de ces accords est très relative.

D'une part, certains pays ont développé sur le plan fiscal une véritable industrie de la fraude, comme Reno sur le plan du divorce, et tirent des ressources importantes de l'hospitalité qu'ils accordent aux capitaux évadés. On conçoit alors qu'ils montrent peu d'empressement à signer des conventions d'assistance administrative pour lutter contre l'évasion fiscale. D'autre part, la clause de sécurité, qui permet à l'État signataire d'opposer un refus à une demande d'assistance si le contrôle fiscal opéré sur son territoire compromet son indépendance politique ou économique, restreint l'efficacité de ces conventions.

## 📍 Les autres sources

La loi constitue la source principale du droit fiscal, mais, comme le législateur ne peut préciser lui-même toutes les modalités d'application des

mesures fiscales qu'il adopte, le gouvernement et l'administration – la distinction a ici une importance toute particulière – jouent un rôle important dans l'application de la loi fiscale. Quant à la jurisprudence, son intervention a pour effet de résoudre les difficultés qui peuvent naître de l'application de la loi fiscale.

Tout d'abord, il appartient au gouvernement de fixer par décrets, décrets en Conseil d'État, ou décrets simples, les détails d'application de la loi fiscale. On doit noter que la matière fiscale, en dépit du principe de légalité de l'impôt, n'est pas exempte de l'attribution de compétences législatives à l'exécutif, comme celles de l'article 16 et surtout celles de l'article 38 de la Constitution. Mais c'est surtout sur le « pouvoir administratif » du fisc qu'il convient d'insister. L'Administration, à la suite de la publication des lois et des décrets d'application, peut prendre des arrêtés, commenter les textes fiscaux à l'intention de ses agents et exposer sa doctrine dans des instructions, circulaires et notes de service. Ces circulaires, qui jouent un rôle considérable dans la pratique, produisent des effets différents suivant leurs destinataires. À l'égard des fonctionnaires de la direction générale des Impôts, ces circulaires constituent des prescriptions impératives puisqu'elles sont l'expression du pouvoir hiérarchique, tandis qu'à l'égard des contribuables elles n'ont, en principe, d'autre valeur que celle d'un avis doctrinal sur l'interprétation de la loi. Les réponses ministérielles aux questions posées par les parlementaires sont comparables, quant à leur force juridique, aux circulaires administratives. Les tribunaux, qui ont pour mission de s'assurer de la régularité de l'application de la loi fiscale, à l'occasion des recours contentieux dont ils sont saisis, exercent un rôle très important dans la mise au point de questions délicates. Mais l'importance effective du juge fiscal comme source du droit est limitée par un certain nombre de données de fait. Il est indéniable que les contribuables éprouvent, sinon une véritable répugnance, du moins une certaine réticence à s'aventurer sur les voies contentieuses avec l'administration fiscale. Cette timidité tient à l'ignorance du contentieux fiscal et des garanties qu'il offre ; le contribuable hésite devant une forme d'escrime qui oppose deux adversaires inégalement armés ; il craint également que le recours déposé contre le fisc ne lui aliène les bonnes grâces de cette administration. D'autre part, les procès sont longs. Enfin, l'attitude de l'Administration à l'égard des décisions jurisprudentielles contraires à sa doctrine est très variable. En principe, l'Administration fait sienne la décision des tribunaux et l'intègre ainsi à sa doctrine. Toutefois, dans certains cas où, en raison du nombre des contribuables intéressés, l'application de la nouvelle

jurisprudence aurait pour effet d'amputer les recettes fiscales, l'Administration limite l'application de la décision au seul contribuable partie au procès. Il arrive même que l'Administration ait recours au législateur pour infirmer les solutions jurisprudentielles qui lui sont défavorables. Ainsi, le Conseil d'État ayant, par un arrêt de principe du 29 mai 1970, admis la déduction de la provision pour congés payés, le législateur a précisé, avec effet rétroactif, par la loi du 9 juillet 1970, que ces indemnités ne sont déductibles que des résultats de l'exercice au cours duquel le salarié prend son congé ; l'application pure et simple de la nouvelle jurisprudence aurait, en effet, entraîné une perte d'environ trois milliards de francs pour le budget.

Le Code général des impôts rassemble, d'une manière méthodique, l'ensemble de la législation fiscale française. Publié en 1950, ce code remplaçait une série de six codes fiscaux, spécialisés par type d'impôts et répondait avant tout à un besoin d'ordre pratique en classant et en mettant à la portée de chacun l'ensemble des dispositions fiscales en vigueur. Ce code comprend plus de deux mille articles regroupant les textes législatifs : livre I, assiette et liquidation ; livre II, recouvrement ; et les textes réglementaires en quatre annexes. Il est complété depuis 1981 d'un livre des procédures fiscales qui regroupe les dispositions relatives aux procédures suivies pour asseoir, contrôler ou recouvrer l'impôt ainsi qu'aux garanties et voies de recours des contribuables. Mais les textes sont sans cesse modifiés, et souvent par des lois qui ne s'y réfèrent pas ; ce qui nécessite des décrets d'incorporation. Mais l'intégration au Code général des impôts de nouvelles dispositions comporte un certain risque d'altération de la portée de la loi dans la mesure où les services du ministère de l'Économie et des Finances ne peuvent pas toujours se limiter à la reproduction pure et simple des textes. La comparaison du décret de codification et des textes qu'il codifie fait ressortir la transformation formelle que subit la loi lorsqu'elle est incorporée au Code général des impôts. Cette transformation est, le plus souvent, nécessaire à la cohésion de l'ensemble, mais parfois l'Administration profite de l'incorporation au Code général des impôts pour modifier le texte ou en altérer la portée. C'est pourquoi, si une différence apparaît entre le texte codifié et le texte original, c'est en fonction de ce dernier que le juge fiscal doit se prononcer.

## @ 2. Le contenu du droit fiscal

Le contenu du droit fiscal peut être considéré comme autonome. Mais, avant de montrer son indépendance par rapport aux autres disciplines juridiques et de relever les manifestations de cette autonomie, il convient de préciser la signification exacte de l'autonomie du droit fiscal. L'expression « autonomie du droit fiscal », qui a été lancée en 1926-1928 par le doyen Trotabas, initiateur de la théorie, est employée pour souligner que, dans certaines circonstances, le droit fiscal s'écarte du droit commun. Le mot est d'ailleurs contesté par certains auteurs, en particulier par L. Mehl, qui voudraient lui substituer le terme « particularisme ». Pour les tenants de l'autonomie, il est possible, à partir du droit fiscal, de dégager un corps de principe homogène, différent des principes juridiques classiques ou généraux, mais cohérent et opposant sa cohérence à celle des autres principes. Les adversaires de cette théorie estiment que l'expression même d'autonomie est de nature à induire en erreur. Certes, il ne s'agit pas de décalquer purement et simplement les notions générales du droit pour les appliquer au domaine fiscal ; le droit fiscal modifie, déforme certaines notions juridiques classiques, mais « le droit fiscal n'est pas plus autonome que le droit commercial ou le droit administratif, qui, eux aussi, se sont affranchis de la tutelle du droit civil. Il serait plus exact de parler de la spécificité du droit fiscal ».

En fait, cette querelle de terminologie apparaît quelque peu secondaire, et pour le doyen Trotabas « peu importe d'adopter cette expression ou toute autre, telle que « spécificité » ou « particularisme », que l'on doit tenir pour équivalente, l'essentiel, c'est de marquer les particularités du droit fiscal ».

### 📍 L'indépendance relative du droit fiscal

La raison principale de l'autonomie du droit fiscal réside dans le fait que le droit fiscal est axé sur la nécessité de procurer à l'État des ressources, voire le maximum de ressources. D'où le réalisme et, dans certains cas, l'amoralisme du droit fiscal qui n'a pas nécessairement les mêmes critères que les autres branches du droit.

Un exemple classique fait comprendre cette proposition. Après la guerre de 1914-1918, le territoire de Belfort avait créé une caisse d'assurances. Les assureurs des compagnies privées demandèrent l'annulation de la délibération du Conseil général parce que, à leurs yeux, il y avait là une concurrence faite par une

personne publique aux entreprises privées et donc violation du principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Dans les circonstances de l'époque, les assureurs avaient raison, mais le département affirmait qu'une autorisation législative avait été donnée aux départements de créer des caisses d'assurances départementales puisque des lois de 1898 et 1907 exemptaient formellement de certains impôts les caisses d'assurances départementales. Pour le département, le législateur avait non seulement implicitement envisagé la création de tels organismes, mais encore il les traitait avec une faveur toute particulière.

Cette affaire fut portée devant le Conseil d'État, et le commissaire du gouvernement Corneille, dans des conclusions célèbres, réfuta l'argumentation du territoire de Belfort, en exposant qu'un texte de droit fiscal ne pouvait pas être invoqué pour résoudre un problème de droit fiscal, mais qui relevait du droit administratif. Le commissaire au gouvernement s'exprimait ainsi : « Qu'est-ce qu'une loi fiscale ? C'est une loi destinée à frapper la matière fiscale, la matière imposable et qui la saisit là où elle se trouve sans s'inquiéter de façon primordiale des conditions où elle s'y trouve, qui la saisit telle qu'elle apparaît en fait, sans se préoccuper de savoir ce qu'elle vaut en droit. » Et, pour illustrer cet amoralisme du droit fiscal, Corneille faisait valoir que la loi fiscale peut très bien prévoir des faits illicites, sans que cela leur confère la licéité. Ainsi le fait que les congrégations non autorisées étaient soumises à une taxe spéciale n'impliquait nullement que ces congrégations fussent licites.

Si l'on voulait voir, dans le droit fiscal, des implications tendant à la licéité ou à l'illicéité de certaines activités, on irait à des paradoxes. Ainsi les tribunaux correctionnels n'ont jamais accepté l'argument suivant lequel les professions de mages, guérisseurs, magnétiseurs seraient licites sous prétexte qu'elles figureraient au tableau des patentes. De la même façon, ce n'est pas parce que les revenus de la prostitution sont soumis à l'impôt sur le revenu au titre des bénéfices non commerciaux que l'État donne sa bénédiction à cette activité. À l'inverse, le juge fiscal estime que l'illicéité d'une activité ne saurait empêcher l'Administration de soumettre les profits illicites à l'imposition dans les conditions du droit commun. Il serait, en effet, choquant que des revenus échappent à l'impôt pour le seul motif qu'ils ont un caractère illicite. Mais l'autonomie du droit fiscal dépasse ce genre d'hypothèse. Ce qu'elle signifie, c'est qu'elle se préoccupe de

découvrir certaines réalités économiques dont l'appréhension complète ne lui est pas possible à travers les cadres ordinaires du droit civil, du droit commercial, voire du droit administratif, parce qu'ils sont faits pour autre chose.

Ainsi, lorsque, après 1914, fut mis en place le système de l'impôt sur le revenu, la question de la définition de la notion « sur le revenu » s'est posée. Le revenu était-il un fruit de la source, comme l'enseigne le Code civil, ou bien un accroissement rattaché à une activité ? Pour s'adapter aux réalités économiques, il fallait que l'autonomie du droit fiscal se fit jour. L'autonomie du droit fiscal, c'est donc la nécessité de saisir une réalité économique qui ne coïncide pas nécessairement avec les cadres juridiques classiques.

### 📍 Les manifestations de l'autonomie du droit fiscal

Il importe d'envisager deux perspectives différentes suivant que cette autonomie est l'expression de la volonté du législateur ou découle de l'interprétation donnée par le juge de la législation fiscale. En effet, le législateur fiscal peut s'affranchir des catégories reçues et des règles habituellement admises dans les autres branches du droit. En fait, il s'agit de notions ou de règles qui n'ont que peu de rapport avec les autres règles du droit commun. Dans ce cas, le juge les appliquera dans leur sens fiscal, mais, si le législateur ne leur a pas donné un sens différent, le juge fiscal est lié par l'application du droit commun. La loi fiscale adopte fréquemment sur telle ou telle question des règles différentes de celles admises par ailleurs. Des exemples variés de cette tendance au particularisme peuvent être donnés. Qu'il s'agisse, par exemple, de la détermination de ce qu'est un immeuble au sens fiscal du mot (pour la taxation du revenu foncier) ; qu'il s'agisse du fait que le législateur fiscal considère comme indissolublement liés, au point de vue fiscal, le mari et la femme tant qu'ils vivent ensemble, même si leur régime matrimonial est un régime de séparation ; qu'il s'agisse du fait que le Code général des impôts frappe d'impôts les services publics dotés de l'autonomie financière, même s'ils n'ont pas la personnalité morale, et leur confère ainsi une personnalité fiscale différente de la personnalité juridique ; qu'il s'agisse, enfin, du fait que, dans le régime des sociétés, le droit fiscal considère la société tantôt comme une personne juridique distincte des associés, tantôt, en recourant à la théorie de la transparence fiscale, comme n'étant que la somme des associés. La législation fiscale, sur toute une série de points, écarte donc purement et

simplement les critères adoptés dans les autres branches du droit. Ainsi, une notion aussi utilisée que celle de domicile prend, en droit fiscal, une dimension qui n'a que peu de rapport avec celle du droit civil. En réalité, il s'agit non pas du domicile, mais de la localisation du sujet de l'obligation fiscale au regard des règles de la territorialité de l'impôt.

Si, maintenant, on se place dans la perspective du juge interprétant la loi fiscale, la situation est un peu différente. Le juge ne dispose pas de la liberté que possède le législateur ; il convient de faire une distinction entre le cas où le législateur fiscal s'est référé à des notions de fait et le cas où il s'est référé à des notions de droit. Dans l'hypothèse où le législateur s'est référé à des notions de fait, le juge doit construire une catégorie juridique propre, sans que, nécessairement, cette dernière recoupe celles qui, à propos des mêmes faits, ont été construites dans d'autres branches du droit. Prenons la notion de commerce. Le Code du commerce donne une définition de cette notion, mais, lorsque le législateur fiscal vise l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux, il ne se rattache pas à la notion commercialiste du commerce ; il prend l'idée de commerce comme celle d'une activité de fait. Dans ces conditions, le juge fiscal n'est pas tenu de construire une catégorie semblable à celle édictée par le droit commercial. Mais, dans d'autres hypothèses, c'est un critère juridique qui est pris en considération par le législateur. Une affaire jugée en 1967 par le Conseil d'État illustre bien cela. Une société avait acheté une voiture automobile ; au lieu d'être immatriculée au nom de la société, elle l'avait été au nom du gérant et servait indifféremment à celui-ci et à la société. Estimant, pour ces raisons, que la société avait en réalité fait une libéralité à l'un de ses membres, l'administration fiscale avait, d'une part, réintégré le montant des amortissements dans le bénéfice imposable de la société sous le prétexte que la voiture n'appartenait pas à celle-ci mais bien à son gérant ; elle avait, d'autre part, imposé personnellement le gérant à l'impôt sur le revenu des valeurs immobilières pour la valeur de la voiture considérée comme bénéfice distribué.

Cette affaire posait bien des problèmes. La voiture devait-elle être regardée comme propriété de la société ou comme propriété du gérant ? Cette question de propriété ne constituait-elle pas une question préjudicielle qui aurait dû être renvoyée à la juridiction judiciaire ? Enfin, et surtout, cette question de

propriété devait-elle être réglée suivant les normes du droit privé ou pouvait-elle être résolue à la lumière d'un critère particulier en vertu du principe de l'autonomie du droit fiscal ?

La société avait suggéré qu'elle devait être tenue pour propriétaire au regard du droit fiscal sans qu'il y ait lieu de se référer à l'article 2279 du Code civil. Mais peut-on être propriétaire au sens du droit fiscal ? Comme l'a montré le commissaire du gouvernement, M. Mehl, « il n'y a pas de notion spécifique de « la propriété » en droit fiscal » lorsqu'il est question de propriété telle qu'elle est définie par le Code civil. Dans l'espèce, il s'agissait donc de savoir qui était propriétaire, au sens du droit civil, de l'automobile. Pour répondre à cette question, le Conseil d'État a dû vérifier si, à l'examen du dossier, il était possible de dire qui, de la société ou du gérant, était propriétaire de l'automobile et, pour ce faire, il a appliqué des règles du droit civil. La question essentielle à examiner était celle de la possession, puisqu'en vertu de l'article 2279 du Code civil « en fait de meubles, la possession vaut titre ». Dans l'espèce, la voiture avait figuré à l'actif social, elle avait été utilisée pour les besoins de la société, entretenue et assurée par elle, la possession était donc patente. Le Conseil d'État s'est donc placé sur le terrain du droit civil et a admis que la société était bien propriétaire du véhicule. Voilà un exemple dans lequel le juge fiscal, en dépit de l'autonomie du droit fiscal, est tenu par les notions qui valent dans les autres branches du droit, parce qu'en réalité, en tant que juge, son autonomie s'applique au droit de qualifier à sa manière des situations de fait, mais non pas de refuser le renvoi à d'autres branches du droit lorsque c'est ce procédé qu'a utilisé le législateur fiscal.

### @ 3. Le contentieux fiscal

Le droit fiscal n'a pas la réputation d'être particulièrement simple et la législation fiscale devient de plus en plus complexe. Ainsi ne faut-il pas s'étonner que l'interprétation et l'application de ce droit soulèvent des difficultés, difficultés d'autant plus grandes que les « protagonistes du drame fiscal », fisc et contribuables, ont des intérêts opposés par nature. Dans ces conditions, l'organisation d'un contentieux fiscal, pouvant porter aussi bien sur la régularité de l'imposition que sur les modalités de son recouvrement, constitue une garantie pour les contribuables contre une application arbitraire de la loi fiscale. Cependant, le contentieux fiscal a pour principal objet le contrôle de l'activité du fisc, et non la

défense des droits subjectifs du contribuable. En effet, le contentieux fiscal est, avant tout, un contentieux objectif : par son statut, qui est de type général et impersonnel, le contribuable se trouve, vis-à-vis du fisc, dans une situation objective. Le contentieux fiscal doit assurer que le statut fiscal sera observé plus qu'il ne doit tendre à la défense des intérêts du contribuable.

L'étude du contentieux fiscal, nécessaire à qui veut connaître le droit fiscal et comprendre ses problèmes les plus fondamentaux, exigerait des développements dépassant largement le cadre qui nous est imparti. Il suffira, ici, d'esquisser les grands traits de l'organisation et de la procédure de ce contentieux pour en faire ressortir l'originalité.

## 📍 L'organisation du contentieux fiscal

L'organisation du contentieux fiscal est dominée par un principe de base : le partage entre la juridiction judiciaire et la juridiction administrative. Suivant la nature des impôts en litige, l'un ou l'autre de ces deux ordres de juridiction sera compétent. Aussi convient-il, avant de voir comment est organisée la répartition des compétences, de rechercher les raisons de ce partage.

### **Le partage des compétences**

Alors que, dans certains pays, le contentieux fiscal est confié à des tribunaux spécialisés, en France, le contentieux fiscal est partagé entre les deux ordres de juridiction suivant la nature de l'impôt. Les contestations concernant les impôts directs et les taxes sur le chiffre d'affaires sont portées devant les tribunaux administratifs, tandis que les litiges portant sur les autres impôts relèvent des tribunaux judiciaires. Les raisons d'être de ce partage sont essentiellement d'ordre historique et, en dépit du maintien de ce principe, le contentieux connaît une unité certaine.

On sait que la Révolution avait détruit le système fiscal de l'Ancien Régime, et l'avait remplacé, sous l'influence des physiocrates, essentiellement par des impôts directs. Dans le même temps, les tribunaux fiscaux spécialisés de l'Ancien Régime avaient été supprimés. Aussi, au début de la Révolution, le contentieux fiscal fut-il transféré aux tribunaux judiciaires, puisque les tribunaux

administratifs n'existaient pas encore. Mais, sous le Directoire, les difficultés financières conduisirent au rétablissement d'impôts indirects sous la forme de droits d'octroi et au développement des droits d'enregistrement. Devant l'impopularité de ces mesures, il parut de bonne politique, pour apaiser les contribuables, de confirmer la compétence des tribunaux judiciaires qui apparaissent comme les gardiens de la propriété et des libertés individuelles. Ce fut l'objet de la loi du 22 frimaire an VII et de la loi du 5 ventôse an XII. Au contraire, lorsqu'on créa les juridictions administratives, il parut naturel de leur confier le contentieux des impôts directs, puisque l'objet de ces juridictions est de juger les litiges entre les particuliers et l'Administration. La loi du 28 pluviôse an VIII, organisant les conseils de préfecture, reconnut la compétence administrative en matière de contributions directes, en précisant que les conseils de préfecture se prononceraient « sur les demandes des particuliers tendant à obtenir la décharge ou la réduction de leur cote de contributions directes ».

Pour justifier le maintien de cette division empirique, la doctrine, au XIX<sup>e</sup> siècle, a imaginé une théorie tirée de la séparation des autorités administrative et judiciaire. D'après cette théorie, les actes de puissance publique seraient normalement de la compétence des tribunaux administratifs et les actes de gestion de la compétence des tribunaux juridiques. Les anciens auteurs affirmaient que le contribuable qui réclame en matière d'impôts directs attaque un rôle nominatif, c'est-à-dire un acte de puissance publique ; il est donc normal que son recours aille devant le juge administratif. En ce qui concerne les impôts indirects, au contraire, il n'y a pas de rôle nominatif, et, si le contribuable forme une réclamation, il n'attaque pas un acte de puissance publique ; dès lors, la compétence appartient aux tribunaux judiciaires. Mais ce raisonnement se heurtait au fait que le statut du contribuable est identique en matière d'impôts directs et d'impôts indirects. En réalité, il n'y a pas de raisons juridiques permettant d'expliquer le partage des compétences.

### 📍 L'unité du contentieux fiscal

Ainsi, des raisons pragmatiques expliquent l'apparition et le maintien du principe de la séparation du contentieux fiscal entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire. Mais la portée de ce principe n'est que relative, elle ne doit pas masquer l'unité du contentieux fiscal. Traditionnellement, les tribunaux

judiciaires sont compétents pour connaître les litiges relatifs aux impôts indirects, les tribunaux administratifs étant compétents en matière d'impôts directs. Mais différentes dispositions, édictées en 1919-1920 et en 1936-1939, ont étendu la compétence des tribunaux administratifs aux taxes sur le chiffre d'affaires et à certains impôts sur la dépense. D'autre part, toujours en matière d'impôts indirects, la juridiction administrative demeure compétente à l'égard des décisions exécutoires individuelles prises par l'administration fiscale. À l'inverse, les tribunaux judiciaires restent compétents pour les questions concernant l'état des personnes, la nationalité ou la propriété, questions que l'on nomme préjudicielles. Les tribunaux judiciaires sont également compétents, quel que soit l'impôt en cause, pour ce qui concerne les actes de poursuite de caractère judiciaire pour ce qui touche au recouvrement de l'impôt. Ces divers exemples attestent de l'identité de nature du contentieux fiscal au sein des deux ordres de juridiction.

L'identité des pouvoirs des deux ordres de juridiction apporte la preuve de l'unité du contentieux fiscal. En effet, les tribunaux judiciaires ainsi que les tribunaux administratifs peuvent apprécier les exceptions d'illégalité soulevées devant eux et concernant des actes d'imposition réglementaire ou individuelle.

Ainsi, il existe une unité profonde du contentieux fiscal, celle-ci a été réaffirmée par la loi du 27 décembre 1963, sur l'unification et l'harmonisation des procédures, délais et pénalités en matière fiscale.

La répartition des compétences soulève peu de difficultés en raison de la netteté de la délimitation des compétences. Les tribunaux judiciaires sont compétents pour les recours concernant les contributions indirectes – autres que les taxes sur le chiffre d'affaires – et l'enregistrement. Les recours contre les impôts directs, les taxes sur le chiffre d'affaires sont portés devant les tribunaux administratifs. Toutefois, à l'intérieur de chacun des deux ordres de juridiction, des règles spécifiques au contentieux fiscal régissent la compétence. La loi du 28 pluviôse an VIII avait attribué au conseil de préfecture le contentieux des impôts directs. Aujourd'hui, le contentieux fiscal est de la compétence des tribunaux administratifs avec possibilité d'appel devant le Conseil d'État, dans un délai de deux mois, à compter de la notification du jugement du tribunal administratif. Mais il n'existe pas, en règle générale, de recours en cassation. Si les impôts contestés

sont des contributions indirectes autres que les taxes sur le chiffre d'affaires, des droits d'enregistrement ou de timbre, les recours doivent être portés devant le tribunal de grande instance. Mais deux particularités doivent être notées. D'abord en ce qui concerne la compétence *ratione loci* : alors que, selon les règles ordinaires de la procédure civile, c'est en principe le tribunal du domicile du défendeur qui est compétent, en matière fiscale, c'est toujours le tribunal du siège de la régie, même si le fisc est demandeur, qui doit être saisi. Cette règle, qui a été établie « dans un intérêt d'ordre et de comptabilité », montre que le contentieux fiscal doit, avant tout, garantir la bonne marche de l'Administration. Il faut, d'ailleurs, préciser que, dans les faits, c'est le contribuable qui est presque toujours demandeur.

D'autre part, il faut relever que le contentieux fiscal, au sein de la juridiction judiciaire, exclut l'appel, sauf si, comme en matière de douane, le tribunal de grande instance est juge d'appel. Plus précisément, les cours d'appel ne sont jamais compétentes pour connaître du contentieux fiscal. Mais, si les jugements des tribunaux judiciaires sont sans appel, ils peuvent être attaqués devant la Cour de cassation qui dispose de pouvoirs particuliers. En effet, alors que, dans les autres matières, la Cour de cassation s'abstient de réviser l'appréciation des faits contenue dans les décisions attaquées, dans le domaine fiscal, elle se réserve d'apprécier l'interprétation des faits et des conventions telle qu'elle résulte des documents qui ont été soumis au juge du fond ; elle admet, même, des moyens nouveaux et des productions nouvelles.

## 📍 La procédure du contentieux fiscal

Les recours devant chacun des deux ordres de juridiction sont soumis à des règles spécifiques qui expriment bien le caractère particulier de ce contentieux. Mais, depuis un certain nombre d'années, le procès du contentieux fiscal a été instruit par les contribuables avec beaucoup de fermeté, et le législateur s'est efforcé d'unifier les procédures contentieuses et de mettre fin à la diversité existante, tout en conservant le partage traditionnel des compétences. La loi du 27 décembre 1963, portant unification ou harmonisation des procédures, délais et pénalités en matière fiscale, a généralisé la procédure de la réclamation préalable auprès de l'Administration. Désormais, le contentieux fiscal est divisé en deux phases successives : une phase administrative devant le service

départemental des impôts, et une phase juridictionnelle devant les tribunaux, si le contribuable n'a pas obtenu satisfaction auprès des services fiscaux.

## **La phase administrative**

Le contribuable qui désire obtenir une révision de son imposition doit présenter une réclamation devant le service territorial de l'Administration fiscale dont dépend le lieu d'imposition. Cette réclamation est soumise à des conditions de forme et de délai.

Les conditions de forme sont relativement réduites. Formulée par écrit et sur papier libre, la réclamation, qui ne peut être qu'individuelle, doit mentionner l'imposition contestée et être accompagnée soit de l'original, soit de la copie du document matérialisant l'imposition : extrait du rôle, avis de mise en recouvrement, quittance. Pour être recevable, la réclamation doit également contenir l'exposé sommaire des moyens que le contribuable entend indiquer et porter la signature manuscrite du contribuable. Le contribuable peut faire présenter sa réclamation par un tiers, mais celui-ci doit justifier d'un mandat rédigé sur papier timbré et enregistré avant la date de présentation de la réclamation. Il existe cependant un certain nombre de personnes qui peuvent agir sans mandat : les avocats, les avoués, les héritiers, les représentants légaux des sociétés, les femmes mariées vivant sous le même toit que leur mari et ne faisant pas l'objet d'une imposition distincte.

En ce qui concerne les conditions de délai, la réclamation doit, pour être recevable, être présentée avant le 31 décembre de l'année suivant celle soit de la mise en recouvrement du rôle, soit de la notification d'un avis de mise en recouvrement, soit du versement de l'impôt contesté, soit enfin de la réalisation de l'événement qui justifie le recours. Le délai de réclamation impartie au contribuable est nettement plus court que celui dont dispose l'Administration pour exercer son droit de reprise, puisque celui-ci est de quatre ans. Mais, lorsque le contribuable fait l'objet d'un redressement, il dispose d'un délai égal à celui de l'Administration pour présenter ses propres réclamations.

La réclamation a des effets sur la situation fiscale du contribuable ; elle confère aux services fiscaux un certain nombre de droits et d'obligations. La

réclamation n'interrompt pas l'exécution de la mise en recouvrement, mais le contribuable a la possibilité d'assortir sa réclamation d'une demande de sursis de paiement de la somme contestée. Ce sursis lui sera accordé s'il présente des garanties suffisantes. L'Administration, après une instruction qui est généralement confiée à l'inspecteur qui a établi l'imposition, statue sur la réclamation dans un délai de six mois suivant la date de présentation. En cas de rejet total ou partiel de la réclamation, la décision de rejet doit être motivée et notifiée au contribuable par lettre recommandée avec accusé de réception.

Le service possède la faculté de soumettre d'office à la décision du tribunal compétent la demande du contribuable qui doit être avisé de ce renvoi. Le contribuable a, de son côté, le droit de porter le litige, en cas de rejet de la réclamation, devant le juge. La phase administrative close, la phase juridictionnelle s'ouvre.

### **La phase juridictionnelle**

Les actions doivent être introduites devant le tribunal administratif pour les impôts directs et les taxes sur le chiffre d'affaires et devant le tribunal de grande instance pour les autres impôts. En dépit de certaines analogies, caractère écrit et inquisitorial de la procédure, et d'un rapprochement des deux contentieux, les procédures demeurent distinctes.

Le contribuable dispose d'un délai de deux mois à partir du jour où il a reçu notification de la décision du directeur pour saisir le tribunal administratif. Si cette notification ne lui est pas parvenue dans les six mois suivant la présentation de sa réclamation au directeur, l'intéressé peut soumettre sans délai le litige au tribunal administratif. Le recours est ouvert par une requête rédigée sur papier timbré. Cette requête doit contenir l'exposé sommaire des faits et moyens, les conclusions, et doit porter la mention du nom et de l'adresse du réclamant. Elle doit être accompagnée de l'avis de la décision du directeur. La requête introductive d'instance est notifiée au contribuable. Au cours de cette phase d'échange des mémoires, l'une ou l'autre partie peut abandonner sa demande : le contribuable peut se désister, l'Administration peut donner satisfaction au contribuable. Pendant le cours de cette procédure, le requérant peut prendre connaissance au greffe du tribunal de l'ensemble du dossier, y compris des documents relatifs aux bénéficiaires

et revenus des tiers qui ont été retenus par l'Administration pour rapporter la preuve lui incombant. Mais, afin de respecter le secret professionnel, les communications relatives aux entreprises ou aux personnes nommément désignées ne doivent porter que sur des moyennes. Par ailleurs, le tribunal peut, soit à la demande de l'une des parties, soit de sa propre initiative, ordonner une expertise.

Cette mesure d'instruction, qui tend à préciser un point contesté, est confiée à un seul expert, si les parties sont d'accord, ou à trois experts désignés respectivement par chaque partie et par le tribunal. Après instruction, le tribunal rend son jugement. Sauf pour les litiges portant sur les impôts sur le revenu, les réclamations sont jugées en séance publique. La décision est notifiée au requérant par les soins du directeur des contributions directes. Si la thèse de l'Administration succombe, celle-ci doit exécuter immédiatement la sentence et accorder les dégrèvements, même si elle fait appel. Si c'est le contribuable qui est condamné, il doit se conformer à la décision du tribunal. Mais, comme le recours n'a pas d'effet suspensif, le contribuable doit payer avant de plaider. Le jugement du tribunal administratif peut être attaqué devant le Conseil d'État.

Le contribuable dispose pour interjeter appel d'un délai de deux mois à partir du jour de la notification du jugement du tribunal. De son côté, le ministre de l'Économie et des Finances peut également faire appel devant la haute juridiction. Quant à son déroulement, la procédure d'appel est, en principe, celle du droit commun. Après instruction, fixation du rôle et tenue de l'audience, l'arrêt du Conseil d'État est rendu, selon les cas, par une seule ou plusieurs sous-sections spécialisées réunies, par la section du contentieux, ou par l'assemblée plénière du contentieux.

La procédure devant le tribunal de grande instance comporte de nombreux particularismes. Elle débute par une assignation donnée par voie d'exploit extrajudiciaire dans le délai de deux mois à compter du jour de la réception de la notification de la décision faisant grief. L'instruction se fait par simples mémoires respectivement signifiés, les observations orales sont possibles, le ministère d'avoué n'est pas obligatoire, les jugements sont rendus sur le rapport d'un juge fait en audience publique et sur les conclusions du ministère public. Ces

jugements sont sans appel ; ils ne peuvent être attaqués que devant la Cour de cassation. Le pourvoi doit être déposé au greffe de la cour dans le délai de deux mois à compter du jour de la signification du jugement et signé de l'avocat du demandeur.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## @ INTERNATIONAL PRIVÉ (DROIT)

### ***Prise de vue***

Au sens large, le droit international privé peut être regardé comme la branche du droit qui prend en charge les relations privées de caractère international, par exemple les mariages conclus entre personnes de nationalité différente ou les contrats entre sociétés établies dans des États différents.

Le droit international privé se distingue du droit international public en ce sens que ses sujets de droit sont non pas des États ou des organisations internationales, mais des personnes privées n'ayant pas normalement accès aux juridictions internationales. À la différence d'un litige entre États, un litige privé international (divorce, contrat) est porté devant le tribunal d'un État déterminé, qui le règle en appliquant son propre droit international privé, distinct de celui des autres États. L'objet du droit international privé est bien international, mais, du fait de son caractère privé, ses sources sont le plus souvent nationales.

La distinction entre droit international public et privé n'est pas toujours aussi claire. Lorsqu'un État conclut un contrat avec une personne privée ressortissante d'un autre État, le lien qui les unit est à la charnière des deux disciplines, au point que certains ont pensé qu'il convenait de soumettre ces « contrats d'État » à un tiers droit échappant aux ordres juridiques nationaux sans toutefois se confondre avec le droit international public. Dans le même ordre d'idées, il est difficile de qualifier au regard de cette distinction les règles qui, dans chaque ordre juridique, accordent aux États étrangers, lorsqu'ils sont en litige avec un particulier, une double immunité, de juridiction et d'exécution.

Dans la conception extensive qui prévaut en France, le droit international privé comprend le droit de la nationalité, la condition des étrangers, les conflits de lois et les conflits de juridictions. Cet ensemble, à première vue disparate, trouve sa cohérence dans la constatation que la nationalité et la condition des étrangers déterminent les sujets du droit international privé, les conflits de lois indiquent le mode d'exercice de leurs droits par ces sujets de droit, tandis que les conflits de juridictions définissent la sanction judiciaire de ces droits. Dans ces différents domaines, le droit international privé doit résoudre un problème de rattachement qui lui donne son unité méthodologique : rattachement d'une personne à un État déterminé, rattachement d'un rapport de droit à un ordre juridique déterminé, rattachement d'un litige aux tribunaux d'un État déterminé.

La partie centrale du droit international privé, à laquelle, dans la conception étroite qui prévaut encore en Allemagne et en Italie, il est souvent identifié, est celle des conflits de lois. Il s'agit de la détermination de la loi applicable à une relation privée de caractère international, c'est-à-dire dont les éléments ne se rattachent pas à la loi d'un seul État. De fait, par la nationalité ou le domicile des personnes qui y sont parties, ou par la situation du bien qu'elle a pour objet, ou encore par le lieu de l'acte ou du fait juridique qui la crée, une relation de droit privé peut ressortir à des systèmes juridiques différents. Le procédé le plus général pour régler une telle relation consiste à déterminer la ou les lois qui la régiront en tout ou en partie. Ainsi, le mariage d'un Français avec une Italienne sera régulier selon le droit français s'il a respecté quant aux conditions de fond la loi française pour le futur époux et la loi italienne pour la future épouse, et quant aux conditions de forme la loi du lieu de leur célébration. En d'autres termes, l'état des personnes est soumis à la loi nationale et la forme des actes à la loi du lieu de la célébration. Ces règles sont dites de conflits de lois, dans l'idée qu'elles résolvent le conflit entre les lois en présence. L'expression n'est pas très heureuse parce que le conflit est purement virtuel, mais elle a acquis droit de cité. Et, pour beaucoup, le droit international privé s'identifie à l'étude des conflits de lois.

## 📍 1. La nationalité

### Définitions

La nationalité est un lien juridique et politique unissant une personne à un État déterminé. Ce lien, encore appelé allégeance, se manifeste par des devoirs de l'individu envers l'État dont il est en quelque sorte le sujet (obligations militaires, loyalisme, dont le défaut peut dans certains cas entraîner la perte de la nationalité) et, en sens inverse, par la protection diplomatique que l'État exerce sur lui. L'appartenance du national à la population constitutive de l'État le fait accéder à un certain statut privilégié – notamment à la jouissance des droits politiques –, dont sont exclus les étrangers.

Le droit international reconnaît à chaque État, sous des réserves mineures, une compétence exclusive pour définir ses nationaux. Le problème est donc, pour le législateur de chaque État, de déterminer les rattachements qu'une personne doit présenter avec cet État pour obtenir sa nationalité. Certains États, comme l'Allemagne, qui ont une conception ethnique de la nationalité, retiennent quasi exclusivement la filiation envers un national, ce qu'on appelle le *jus sanguinis*, le droit du sang. D'autres États, surtout en Amérique, dont le peuplement s'est fait par voie d'immigration, retiennent à titre principal la naissance sur leur territoire – le *jus soli*, le droit du sol. La volonté de la personne est également prise en considération, et elle est même requise par les droits qui ont une conception élective de la nationalité selon laquelle la nation n'existerait que par le consentement de ceux qui la composent.

## @ La nationalité en France

Le droit français de la nationalité a connu de grandes oscillations.

Sous l'Ancien Régime, les « naturels français » étaient ceux qui étaient nés en territoire français, même de parents étrangers. Pour des raisons mal éclaircies, et contre la volonté de Bonaparte, le Code civil de 1804 ne retint, à titre quasi exclusif, que la filiation à l'égard d'un Français comme source d'attribution de la nationalité française d'origine.

L'évolution, depuis cette époque, a été dans le sens d'un élargissement des conditions d'accès à la nationalité française des étrangers établis en France. La nationalité française d'origine a ainsi été attribuée aux enfants de la troisième génération, c'est-à-dire aux enfants nés en France d'un parent étranger lui-même

né en France (loi du 7 février 1851). Depuis la loi du 26 juin 1889, les enfants de la deuxième génération (enfants nés en France de parents étrangers qui eux-mêmes n'y sont pas nés) ont acquis de plein droit la nationalité française à leur majorité, à condition d'avoir leur résidence habituelle en France depuis au moins cinq ans. Quant aux étrangers nés à l'étranger et établis en France, il leur a toujours été possible de demander leur naturalisation, à des conditions devenues assez libérales. À cela s'est ajouté, depuis 1927, le maintien de la nationalité française à la Française épousant un étranger.

Depuis les années quatre-vingt, la crise économique aidant, le droit de la nationalité est devenu en France, en même temps que l'immigration, un problème de société et un enjeu politique de première importance. La loi du 22 juillet 1993, allant au rebours de l'évolution antérieure, a quelque peu rétréci la nationalité française, en supprimant notamment son acquisition de plein droit par les enfants nés en France de parents étrangers qui n'y sont pas nés et en leur imposant, s'ils désirent devenir français, l'obligation d'en manifester la volonté auprès d'une autorité publique, entre les âges de seize et de vingt et un ans.

## 📍 2. La condition des étrangers

### Les personnes physiques

Le problème est de savoir si les étrangers jouissent dans un pays donné des mêmes droits que les nationaux. La réponse affirmative de principe est de plus en plus générale, au moins en ce qui concerne les relations privées par opposition aux droits politiques. Toutefois, cet aboutissement est le résultat d'une longue histoire qui commence dans le monde antique par le refus de tout droit à l'étranger. La rigueur du principe qui mettait l'étranger « hors la loi » a été très tôt tempérée de multiples manières, notamment par les traités, les institutions du patronage et de l'hospitalité. Mais l'ancien principe, disparu dans l'Empire avec l'octroi général du droit de cité par Caracalla (212), reparut quand des relations s'établirent avec les Barbares ; patronage et hospitalité se retrouvent alors. Et, quand la féodalité se développa après la disparition de l'Empire romain, le même ostracisme s'exerça de nouveau à l'égard de l'aubain : s'il ne s'avoue l'homme du seigneur, ce dernier peut le saisir corps et biens. La tradition est tenace selon laquelle l'homme étranger à l'unité politique est étranger à son droit, à tout droit.

L'évolution vers la reconnaissance de la personnalité juridique de l'étranger tenait cependant à des facteurs antagonistes au moins aussi puissants, ne serait-ce que la nécessité de relations entre unités politiques distinctes, et le sentiment corrélatif persistant d'une communauté de nature ne permettant pas de nier à l'étranger les prérogatives inséparables de la qualité d'homme. À la veille de la Révolution, l'évolution s'était achevée sous la seule réserve, pour des raisons complexes, du droit de transmettre et de recueillir à cause de mort.

L'époque moderne a vu le droit des étrangers se fragmenter en deux directions bien différentes. D'une part, on a continué à se demander quels droits devaient être accordés ou refusés, en règle générale, aux étrangers. Bien que l'article 11 du Code Napoléon, toujours en vigueur, eût posé en règle que la jouissance en France des droits civils par les étrangers était subordonnée à une condition de réciprocité diplomatique, la jurisprudence, en entendant restrictivement la notion de droits civils qu'elle opposa à celle de droits naturels, a fini par admettre que les étrangers jouissaient de tous les droits privés et professionnels – mais non des droits politiques – qui ne leur étaient pas refusés par un texte exprès.

D'autre part, cependant, le souci de contrôler une immigration croissante a suscité une réglementation de droit public très mouvante, qui enserrait chaque étranger, pris individuellement, dans un réseau d'autorisations et d'interdictions. Cela commence par le visa d'entrée et toute une série de justifications à fournir à l'entrée en France, se poursuit par la nécessité d'obtenir un titre de séjour et des autorisations de travail, et peut s'achever par une mesure d'éloignement du territoire (reconduite à la frontière ou expulsion, accompagnées ou non d'une mesure d'interdiction du territoire).

De nombreux traités bilatéraux ont été conclus en cette matière pour garantir aux ressortissants d'un État contractant la jouissance de certains droits sur le territoire de l'autre. Le traité de Rome du 25 mars 1957 et les textes qui en sont issus vont plus loin en accordant aux ressortissants de chaque État membre de l'Union européenne sur le territoire des autres le droit au séjour et l'égalité de traitement en matière professionnelle et sociale.

Le renforcement de l'Union européenne a eu pour résultat d'accentuer les discriminations entre étrangers, selon qu'ils ont la nationalité d'un État de l'Union ou celle d'un État tiers. Sur le terrain administratif, la convention de Schengen du 19 juin 1990 a supprimé les contrôles aux frontières intérieures des États contractants et harmonisé, en les renforçant, les contrôles aux frontières extérieures. Certains refus d'admission de ressortissants d'États tiers sur le territoire d'un État de l'Union, notamment les refus du droit d'asile, entraîneront refus d'admission sur le territoire des autres États de l'Union. Sur le terrain de la jouissance des droits, le traité de Maastricht du 7 février 1992, en prévoyant une citoyenneté européenne, accorde aux seuls ressortissants des États membres le droit de vote dans les élections locales des autres États membres, s'ils y ont leur domicile.

### 👤 Les personnes morales

Un problème au premier abord parallèle, et qui est toujours étudié sous la même rubrique de la condition des étrangers, concerne la situation des personnes morales : les sociétés étrangères, pour ne parler que d'elles, ont-elles les mêmes droits en France que les sociétés françaises, et, au départ, leur existence comme personnes juridiques est-elle reconnue et à quelles conditions ?

Pour résoudre ce problème, il faut d'abord déterminer quelles sociétés seront réputées étrangères. Ce droit est souvent dénommé droit de la nationalité des sociétés. Les réponses des textes et de la jurisprudence sont complexes, parce que l'attitude n'est pas toujours la même suivant que l'on envisage quelles sociétés doivent se constituer selon la loi nationale ou que l'on recherche quelles sociétés jouiront des droits réservés aux nationaux.

Sur le premier point, le législateur français soumet à la loi française les sociétés ayant leur siège social réel en France, en contraste avec les pays anglo-saxons qui se contentent du choix par les associés de la loi sous laquelle ils ont décidé de fonder leur entreprise, sans se préoccuper du lieu du siège social. Les tribunaux auraient pu, pour les sociétés non françaises, appliquer la loi sous l'empire de laquelle la société s'est constituée, mais la tendance est encore de leur appliquer la loi de leur siège réel. Sur le second point, l'opposition persiste entre les partisans en principe du siège social et ceux qui voudraient considérer de

manière générale ce qu'on dénomme le contrôle s'exerçant sur la société ou l'association par l'origine des capitaux et la direction effective.

### @ 3. Les conflits de lois

#### Les règles de rattachement

Dans cette matière centrale, qui concerne l'exercice de leurs droits par les sujets du droit international privé, il convient au départ de poser des règles dites de rattachement, c'est-à-dire déterminant la loi applicable aux différents types de problèmes. Ces règles ne sont pas nombreuses : il a déjà été indiqué que l'état et la capacité des personnes (mariage, filiation, protection des incapables) sont soumis à la loi nationale de la personne, ou éventuellement du domicile. Le régime des biens est soumis à la loi du lieu de leur situation. Une jurisprudence séculaire applique à la responsabilité délictuelle la loi du lieu du fait dommageable, et à la forme des actes volontaires la loi du lieu où ils sont passés. Les contrats sont soumis quant au fond, d'une manière générale, à la loi désignée par les parties.

Ces rattachements sont destinés à régler l'ensemble des problèmes que peut poser l'existence des relations en cause. Il s'ensuit qu'il faut classer le problème dans l'une ou l'autre des catégories ainsi définies. Cette opération, qu'on appelle la qualification, est d'autant plus délicate que les frontières entre les catégories ne sont pas toujours fixées avec netteté. À titre d'exemple, la prescription extinctive est-elle matière de procédure ou de fond ? La réponse à ces questions passe par une analyse du droit privé interne, mais elle ne doit pas perdre de vue l'objectif de parvenir à une réglementation praticable des rapports internationaux.

Il a été longtemps considéré que les conflits de lois étaient des conflits entre États et qu'il s'agissait de répartir les situations de droit privé entre les lois des différents États, en respectant le mieux possible la souveraineté de chacun d'entre eux. L'idée qui prévaut aujourd'hui est que le caractère privé de ces situations commande de rechercher les solutions convenant le mieux aux intérêts des personnes qu'elles concernent. Les rattachements à privilégier sont donc ceux qui conduiront à la loi du pays avec lequel la situation présente les liens les plus étroits. À supposer que la règle de conflit parvienne à définir ces rattachements,

leur mise en œuvre reste complexe. Lorsque la règle de conflit prescrit l'application d'une loi étrangère, il faut encore établir la teneur de celle-ci, ce qui peut être une lourde tâche si cette loi est celle d'un pays éloigné pour lequel les sources de documentation sont d'un accès difficile. Cette tâche pourrait incomber au juge (comme c'est le cas, par exemple, en Allemagne), mais, en France, la Cour de cassation juge de façon constante que c'est aux parties qu'il revient de prouver le contenu de la loi étrangère.

Il se peut aussi que l'application de la loi étrangère conduise à un résultat contraire aux conceptions générales prévalant dans le pays du juge au moment où il statue. En pareil cas, le juge invoquera l'ordre public pour écarter cette loi étrangère et lui substituer, en tant que de besoin, sa propre loi. Il le fera d'autant plus que la situation qui lui est soumise présente plus de liens avec son propre juridique. À titre d'exemple, la Cour de cassation de France a jugé en 1993 qu'une loi étrangère (en l'occurrence la loi tunisienne) interdisant la recherche de paternité naturelle était contraire à la conception française de l'ordre public international dans la mesure où son application aurait pour effet de priver un enfant français ou résidant habituellement en France du droit d'établir sa filiation.

Indépendamment de ces difficultés d'application, le procédé de la règle de conflit a été contesté, spécialement aux États-Unis. On lui a reproché de résoudre les conflits de lois sans avoir examiné au préalable le contenu matériel des lois en présence. Des auteurs américains ont préconisé, en cas de réelle divergence entre ces lois sur le point en litige, d'appliquer celle qui souffrirait le plus de ne pas être appliquée ou, dans une autre variante, celle qui est de nature à donner la solution la meilleure. L'expérience a montré que les juges américains qui ont suivi cette méthode ont presque toujours appliqué leur propre loi, considérée comme la meilleure ou celle qui présentait l'intérêt le plus légitime à s'appliquer.

Un autre reproche a été fait à la règle de conflit de lois dans les milieux proches des opérateurs du commerce international. Il a été objecté que les droits internes, à l'application desquels conduit la règle de conflit, ne sont pas adaptés à la spécificité des relations internationales privées. L'idée a été avancée que les agents du commerce international secréteraient spontanément une loi commune des marchands – la *lex mercatoria* – constituée d'usages, de clauses

contractuelles usuelles, de règlements corporatifs et même de principes généraux. Cette loi commune formerait à elle seule un ordre juridique auquel seraient d'emblée soumises les situations privées internationales. Cette thèse hardie demeure très controversée. Elle a connu quelques succès devant certains arbitres du commerce international, mais elle n'a pas pénétré, hors de ce domaine, la jurisprudence des tribunaux étatiques. De fait, l'unification par la voie spontanée des usages ou des contrats types n'a des chances de s'imposer comme un droit digne de ce nom que dans la mesure où elle émane d'un milieu suffisamment homogène pour avoir ses organes d'expression, tels les syndicats ou les chambres arbitrales. Les contrats internationaux passés entre parties ne relevant pas de tels milieux ne paraissent pas pouvoir échapper, dans l'état actuel des idées et des faits, au système classique des conflits de lois.

### 📍 La diversité des règles de conflits

Même si la recherche de la loi la plus proche de la situation juridique à régler inspire aujourd'hui de plus en plus les droits modernes, il subsiste d'importantes différences entre la solution des conflits de lois d'un pays à l'autre. Pour des raisons qui tiennent le plus souvent à son histoire et à son droit interne, chaque pays définit selon ses propres vues à la fois ses catégories et les rattachements qu'il retient pour chacune d'entre elles. L'un rangera, par exemple, le régime matrimonial dans la catégorie du statut personnel, tel autre dans celle des actes juridiques. L'un soumettra le statut personnel à la loi nationale, l'autre à la loi du domicile.

Cette pluralité a souvent paru inacceptable, et maints auteurs se sont faits les champions d'un universalisme qui prétendrait trouver des règles de conflits de lois valables pour tous les systèmes. Cette tendance a prospéré particulièrement à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, alors que les codifications napoléoniennes et celles qui ont suivi avaient largement disloqué le fonds commun des droits européens remontant au droit romain ou au droit canonique. Le fait de la diversité est aujourd'hui regardé non plus comme un pis-aller, mais comme une réalité à reconnaître dans sa légitimité.

Il ne faut pas oublier, en effet, que les questions de droit international privé ont toujours été soumises aux tribunaux ordinaires : une question de divorce

ou de contrat paraît de leur compétence même si elle comporte un élément international tel que la nationalité étrangère de l'une des parties. Et l'ordre international n'a pas développé jusqu'ici de règles positives qui s'imposeraient aux États pour leur législation en ce domaine.

### @ La considération des autres systèmes

Cependant, aucun système juridique ne peut vivre en vase clos, en s'isolant complètement des autres. Les situations à caractère international le contraignent, un jour ou l'autre, à tenir compte des systèmes étrangers. Ainsi, la jurisprudence a été amenée à combiner les règles de rattachement les unes avec les autres. Si la règle de conflit du juge saisi, par exemple, soumet la validité d'un mariage à la loi nationale commune des époux et que l'État national des époux soumet cette question à la loi de leur domicile, supposée différente, le juge saisi pourra accepter ce « renvoi » à la loi du domicile, qui sera souvent la sienne propre.

Certains ont jadis reproché à ce procédé du renvoi d'abandonner le système de conflit du juge saisi contrairement à la finalité même de ce système, qui consiste à désigner la loi applicable et non à abandonner la solution du problème à la règle étrangère ; les tribunaux n'en ont pas moins persisté dans leur attitude, estimant manifestement opportun de tenir compte d'un système étranger qui, par hypothèse, a des liens avec la situation de caractère international qui leur est soumise.

Certains vont même plus loin dans cette direction et recommandent que le tribunal saisi renonce à appliquer son propre système de conflit de lois lorsqu'il s'agit d'apprécier une situation juridique qui s'est créée et développée à l'étranger, sans aucun lien avec l'ordre juridique national, et à une époque où les parties ne pouvaient raisonnablement penser que leur situation serait jamais confrontée à ce dernier.

### @ Tendances à l'unification

Les efforts pour assouplir ce que le jeu des règles de conflits de lois peut avoir d'inadapté ne signifient pas assurément que la situation actuelle soit la seule

concevable. La simplification radicale serait certes l'unification des droits privés internes ou simplement celle des règles applicables matériellement aux relations internationales.

De grands progrès ont été réalisés dans cette voie, en matière d'effets de commerce, de transports, de propriété intellectuelle et, à une époque plus récente, de vente, de crédit-bail et d'affacturage. Il reste que de tels traités sont difficiles à négocier, et ce d'autant plus qu'ils lient des États plus nombreux. Comme ils ne les lient jamais tous, le problème subsiste du choix entre la loi unifiée par traité et la loi d'un État non partie au traité quand la relation en cause a des liens avec deux États de l'une et l'autre catégorie. Au surplus, en tout cas dans le domaine extrapatrimonial et familial, il n'est pas prouvé que l'unification matérielle des législations, qui se traduirait inévitablement par le sacrifice de particularités nationales en elles-mêmes légitimes, soit souhaitable.

Un projet moins ambitieux, quoique encore difficile, consiste à tenter d'unifier tout ou partie des règles de conflits de lois. C'est le but que s'est proposé la Conférence de La Haye de droit international privé qui a tenu sa première session en 1893, la dix-septième en 1993. Elle a établi à ce jour une trentaine de conventions. Celles qui ont obtenu les plus grands succès concernent la procédure civile, la protection des mineurs et les aspects civils de l'enlèvement d'enfants, les obligations alimentaires, la loi applicable aux accidents de la circulation routière. La dernière convention, conclue en 1993, porte sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale. Au sein de la Communauté économique européenne ont été élaborées diverses conventions et, notamment, en matière de conflits de lois, la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

## 📍 4. Les conflits de juridictions

Cette dernière partie du droit international privé concerne la sanction judiciaire des droits. Deux séries de problèmes sont à résoudre. Il faut d'abord déterminer le tribunal ou les tribunaux qui auront compétence pour connaître d'un litige à caractère international. Ensuite, on doit examiner à quelles conditions un jugement rendu dans un pays pourra être reconnu et exécuté dans un autre.

## 📍 La détermination de la compétence

Il s'agit de savoir tout d'abord en quelles circonstances les tribunaux nationaux sont compétents pour statuer sur une relation privée présentant un caractère international. La considération de ce problème est pratiquement inséparable de celle des règles de conflits de lois, dites encore de compétence législative. Si, en effet, ces deux séries de règles coïncidaient, lorsque les premières auraient affirmé la compétence d'un juge français, la loi française s'en trouverait par voie de conséquence applicable. Il n'y aurait donc plus de conflits de lois, mais seulement des conflits de juridictions. Or c'est précisément le phénomène original du droit international privé que de conduire les tribunaux à appliquer dans un certain nombre de cas une loi étrangère. Ce phénomène résulte de la non-coïncidence des règles de compétence judiciaire et de compétence législative. Il est donc d'une importance essentielle à l'intelligence du droit international privé de comprendre pourquoi les deux séries de règles correspondent à des besoins différents et, par suite, ne peuvent coïncider.

Sans entrer ici dans des détails trop circonstanciés, il est possible d'indiquer que les règles de compétence judiciaire tiennent compte pour une bonne part, à côté des exigences d'une bonne administration de la justice, des commodités des plaideurs, et en particulier du défendeur qui, en principe, doit être assigné au tribunal de son domicile. Les règles de conflits de lois tiennent au contraire compte de la qualité des personnes (soit par la nationalité, soit par le domicile) et non d'une seule, mais aussi de la situation des biens en cause ou du lieu où un acte a été passé, où une prestation doit être fournie ; ces règles recherchent l'élément essentiel de la situation pour déterminer la loi qui doit la régir. Les deux points de vue peuvent certes aboutir à des coïncidences telles que la compétence du juge du lieu de l'immeuble et l'applicabilité à cette catégorie de biens de la loi de leur situation, mais les divergences sont cependant nombreuses.

Par ailleurs, les règles de compétence judiciaire donnent souvent au demandeur le choix entre plusieurs tribunaux, par exemple en matière délictuelle, entre celui du domicile du défendeur et celui du lieu où l'accident s'est produit. En matière de conflits de lois, il n'est pas possible d'admettre, en règle générale, que le demandeur ait à lui seul le choix de la loi applicable : ce serait lui conférer a priori un avantage injustifié sur le fond du droit, ce que ne lui procure pas, de soi, la

faculté éventuelle de choisir entre deux tribunaux. Enfin, la loi applicable à une situation juridique, en tout cas pour la validité de sa création, est déterminée par la localisation de ses éléments au jour où elle est née, tandis que le facteur principal de détermination de la compétence judiciaire, à savoir le domicile du défendeur, s'apprécie au jour de l'introduction de l'instance.

Les règles de compétence internationale, comme les règles de conflits de lois, sont assez largement dans la dépendance du droit interne et varient sensiblement d'un droit à l'autre.

On observe notamment, dans les différents droits nationaux, des règles de compétence judiciaire internationale qualifiées d'exorbitantes en ce qu'elles avantagent de façon indue le demandeur, le plus souvent un national du pays qui les édicte, et obligent le défendeur soit à soutenir un procès coûteux devant un tribunal éloigné du centre de ses intérêts et même de la relation litigieuse, soit à risquer d'être condamné par défaut. Il en est ainsi, en France, des articles 14 et 15 du Code civil, qui attribuent compétence aux tribunaux français lorsqu'un Français est en cause et qui peuvent faire obstacle à la reconnaissance en France d'un jugement étranger rendu contre un Français. D'autres législations donnent compétence au tribunal du domicile du demandeur, ou encore de l'État dans lequel le défendeur possède un bien, si minime soit-il (for du patrimoine). D'autres retiennent en principe la compétence du tribunal dans le ressort duquel le défendeur a pu être touché par l'acte introductif d'instance, même si la présence du défendeur en ce pays a un caractère tout à fait accidentel (*forum arresti*). Le demandeur dispose ainsi souvent d'une large faculté de choix du tribunal devant lequel porter son action. S'il connaît les règles de conflit de lois applicables dans les différents États dont un tribunal peut être saisi, il peut faire une anticipation de résultat et porter sa demande devant le tribunal qui appliquera le droit qui lui sera le plus favorable. C'est contre ce *forum shopping* que les États essaient de lutter en unifiant leurs règles de compétence par voie de conventions internationales. Depuis une convention signée à Bruxelles le 27 septembre 1968, faisant suite à divers traités bilatéraux antérieurs de moindre portée, il existe aujourd'hui des règles communes de compétence internationale en matière civile et commerciale, à l'exception toutefois des litiges relatifs au droit des personnes et de la famille, entre tous les États de l'Union européenne. Le succès de cette convention a été tel

qu'une convention parallèle, signée à Lugano en 1988, a étendu cet espace judiciaire unifié aux États de l'Association européenne de libre-échange.

En unifiant les règles de compétence internationale des États contractants, ces conventions font disparaître les compétences exorbitantes au sein de l'espace judiciaire ainsi créé, mais elles les maintiennent, en les aggravant même sur certains points, à l'encontre des défendeurs domiciliés hors du territoire des États contractants.

### @ L'effet des jugements étrangers

Le dernier problème inclus dans les conflits de juridiction est celui de l'effet des jugements étrangers. Le droit d'un État n'a pas à se préoccuper de savoir si les jugements que rendent ses tribunaux seront ou non reconnus et exécutés à l'étranger, mais il doit prendre position à l'égard des jugements étrangers. Le problème est fréquent, car il n'est pas rare qu'un débiteur condamné dans un pays ait des biens saisissables dans un autre. On conçoit que la force publique ne soit pas mise en mouvement sur l'ordre d'autorités étrangères dont les agents d'exécution ne sont pas qualifiés pour déterminer la valeur. Par ailleurs, cette phase finale de la procédure civile implique que l'État où l'exécution est sollicitée prend à son compte l'ensemble des opérations intervenues à l'étranger, aussi bien quant à la régularité de la procédure suivie que quant au bien-fondé de la solution donnée au litige. On conçoit que des précautions s'imposent. Elles étaient connues dès l'ancien droit, même pour l'exécution dans une province des arrêts d'un parlement d'une autre province.

À l'époque contemporaine, le développement des relations internationales a fait apparaître un autre aspect du problème de l'effet des jugements, celui qui concerne leur simple reconnaissance, sans appel à l'exécution forcée : l'époux qui a obtenu un divorce à l'étranger peut-il se remarier en France ? Il faut pour cela que l'ordre juridique français « reconnaisse » la décision étrangère, et ici aussi des précautions s'imposent.

Les textes étant à peu près muets sur la matière, la jurisprudence a dû construire tout le système des conditions de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers. L'évolution dans son ensemble a tendu à un libéralisme

croissant, mais inégal selon les pays. Les conditions ainsi posées concernent, avec d'importantes variantes d'un pays à l'autre, la compétence du juge d'origine du jugement, la régularité de la procédure suivie, surtout au regard du respect des droits de la défense, la conformité à l'ordre public du pays requis et parfois, en tout cas en France, la loi appliquée au litige par le juge étranger. Certains États, mais non la France, subordonnent la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers ou de certains d'entre eux à la condition de réciprocité. Ces divergences ont conduit à la conclusion d'un grand nombre de traités bilatéraux établissant des conditions communes de reconnaissance et d'exécution mutuelles des jugements. La simplification de ces conditions par rapport au droit commun varie en fonction des liens existant entre les États contractants et du degré de confiance que chacun accorde aux tribunaux de l'autre. L'achèvement le plus remarquable, à cet égard, est celui qui a été réalisé en Europe de l'Ouest par les conventions précitées de Bruxelles et de Lugano. Les jugements rendus dans un État contractant sont de plein droit reconnus dans les autres, et leur exécution peut y être obtenue au moyen d'une procédure très simple et même non contradictoire dans sa phase initiale.

La complexité des règles de conflits de lois et de juridictions et la difficulté pour les juristes non spécialisés de les connaître oblige à s'interroger sur l'opportunité d'une codification par voie législative. Depuis une trentaine d'années, les États de l'Europe de l'Est puis la plupart des États de l'Europe occidentale ont procédé à de telles codifications. La France, malgré trois projets élaborés depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, est restée en dehors de ce mouvement, faute sans doute de volonté politique. Certaines dispositions législatives ponctuelles en matière de filiation et de divorce, en 1972 et en 1975, ont été très critiquées et ont dissuadé d'aller plus avant en ce sens. En ratifiant un grand nombre de conventions internationales, la France a montré qu'elle préférerait à une codification nationale une unification internationale progressive des solutions.

## **Prise de vue**

Le phénomène juridique apparaît au moment où une autorité de fait soumet les activités sociales, y compris les siennes, à un mode réglé et prévisible, et « normalise » les conduites des éléments composants de la collectivité. Dans quelle mesure ce phénomène, dont l'apparition, le développement et les contours coïncident à ce point avec ceux de l'État que certains estiment pouvoir confondre l'un et l'autre, peut-il déborder les limites nationales ? Est-il concevable que des activités, que ne borne pas le cadre d'une collectivité étatique et du droit produit par les autorités qui l'incarnent, obéissent à un système de droit qui ne soit pas élaboré par elles seules mais par le concours de plusieurs États ? Le « mode juridique de relations sociales » est-il adaptable à la société interétatique ? Tel est le problème central du « droit international public ».

### **@ 1. Les relations internationales et le droit**

Le droit international public est la branche du droit qui rassemble les règles dont la production et l'application échappent à l'État agissant unilatéralement. Dans cette définition, qui caractérise ce système de droit par l'origine de ses règles et l'oppose ainsi au « droit interne », aucun élément matériel, tiré du contenu des règles en cause, n'entre en ligne de compte, alors que dans l'expression « droit international privé », les deux adjectifs se réfèrent à l'objet même du droit, qui est de régir des relations internationales ressortissant au droit privé. Il est cependant nécessaire de préciser dès l'abord ce que sont les « relations internationales » et en quoi le droit peut s'intéresser à elles.

Une relation sociale est internationale quand elle comporte un « élément d'extranéité », c'est-à-dire quand elle met en cause des personnes qui n'ont pas la même nationalité (un Français épouse une Italienne), ou qui ne se trouvent pas sur le territoire du même État (un Français achète un terrain en Italie), ou qui ont affaire avec un État étranger (un Français séjourne en Italie), ou qui sont elles-mêmes des États (la France traite avec l'Italie). Dans toutes ces relations, la situation échappe par un de ses éléments à l'emprise d'un système juridique unique, dépendant d'un État qui aurait seul vocation à la régir. La chose est

évidente quand il s'agit de relations « interétatiques » : au nom de quoi un État statuerait-il seul sur une relation qu'il noue avec un de ses pairs au sein de la société internationale, où chacun prétend représenter l'intérêt suprême de la collectivité interne dont il est la traduction juridique ? Mais elle l'est à peine moins dans l'hypothèse des relations « transétatiques » (ou transnationales), qui mettent en présence deux personnes autres que des États et habituellement soumises à l'ordre juridique de deux États différents, ou un État et une personne ressortissant principalement à un autre État. Il est certes des cas où chaque État peut régir unilatéralement, par son droit interne, et notamment par certaines des règles de son « droit international privé », de telles situations, mais l'un des objets du droit international public est précisément de définir à quelle condition il peut le faire, et s'il peut passer outre à l'intérêt que d'autres États pourraient porter à cette situation ; il en est d'autres toutefois où il ne peut légalement la régir seul et où, les intérêts de plusieurs États étant en cause, la relation ne peut être soumise qu'à des règles qu'ils ont élaborées ensemble. Le droit international public répartit donc les compétences entre les États, et, là où il ne reconnaît pas leur compétence exclusive, détermine lui-même les règles de fond qu'il ne leur laisse pas le pouvoir d'établir.

## @ 2. L'ordre juridique international : coexistence et coopération

Moins une société est homogène, plus l'ordre juridique qu'elle produit tend à se limiter à des règles garantissant tout au plus la *coexistence* des êtres qui la composent. De fait, le droit international se compose principalement des règles qui doivent permettre à des États juxtaposés de mener leurs affaires sans interférence mutuelle ; droit d'une société individualiste, c'est par conséquent un droit « libéral » : le bien de chaque État n'y dépend pas d'une organisation légale de la solidarité interétatique, mais des possibilités que les autres lui reconnaissent de mener dans sa propre sphère les activités qui l'intéressent de la façon qui lui convient. La *coopération*, qui suppose une société plus intégrée, ne trouve sa place que dans des groupements d'États plus restreints et dès lors plus unis, et aussi, au niveau universel, dans les domaines techniques où l'attachement des États à leur indépendance cède devant les besoins d'action commune nés de leur interdépendance ; ainsi dans le cas des transports internationaux, où la réalisation par chacun de ses propres fins passe par l'aménagement de règles communes qui

ne peuvent être de simple abstention.

Quand il s'agit de coexistence, les rapports entre États reposent principalement sur des règles d'abstention et, comme dans toute collectivité organisée suivant le mode libéral, sur des interdictions de faire ce qui porterait atteinte à la liberté des autres. Cet objectif discret est à la mesure des modes rudimentaires de formation du droit international général (cf. *infra*). Il est relativement aisé en effet de définir par accord entre États les sphères d'activité à l'intérieur desquelles chacun consent à se tenir, à condition que les autres s'abstiennent réciproquement d'intervenir dans la sienne. À ce schéma obéissent la plupart des principes fondamentaux des relations interétatiques. Ceux d'abord qui répartissent les espaces entre eux, déterminant ce qui est « territoire », c'est-à-dire espace réservé en principe à la compétence exclusive de l'État, et ce qui est espace international et, comme la haute mer, ouvert à l'utilisation de tous les États et de leurs nationaux. Mais aussi ceux qui aménagent les compétences et les pouvoirs des États, soit à l'intérieur de leur territoire, soit sans support territorial, et visent tantôt à préciser la notion de souveraineté (non-ingérence dans les affaires intérieures de l'État, non-intervention sur son territoire, etc.), tantôt à donner un contenu positif à l'autorité étatique (principes relatifs à la collation de la nationalité, aux pouvoirs de l'État sur ses nationaux et sur les étrangers). Dans tous ces cas, le contact entre les États ne dure que le temps de définir une règle à l'abri de laquelle ils pourront désormais s'ignorer mutuellement, aussi longtemps qu'ils la respecteront. Définir une règle, décider si elle est respectée : voilà deux activités qui supposent qu'on l'organise d'abord sur le mode juridique, c'est-à-dire qu'on y discerne une légalité, et qu'on puisse y confronter des conduites...

### @ 3. La légalité internationale

#### Souveraineté et formation du droit international

Tout ordre juridique comporte un mode de formation des règles, qui peut s'organiser sur l'un de ces deux modèles : hiérarchique ou anarchique. L'ordre interne, tel que l'a constitué l'État, obéit au modèle hiérarchique ; le « droit objectif » s'y compose de normes primaires émanant de l'État, et qui traduisent les conceptions politiques de ceux qui, dans son appareil, sont investis du pouvoir de les définir. Les unes créent immédiatement des droits et des obligations au profit et

à la charge des « sujets » de l'État qui, même quand ils participent indirectement à la formation de ces règles par leur pouvoir de désignation de ceux qui les posent, ont avec l'État un rapport de soumission. Les autres investissent ces sujets de « pouvoirs légaux », et les habilent à poser, par des actes juridiques tels que le contrat, des normes secondaires qui complètent la légalité objective et ne valent normalement que dans les rapports entre ceux qui ont été associés à leur confection ; cette fois encore, les sujets sont subordonnés à l'État, et leurs stipulations ne produisent d'effets légaux que dans la mesure de leur conformité à la légalité objective qui les encadre.

L'ordre international repose sur de tout autres bases. Si en effet les États y sont légalement égaux, comme le sont les sujets du droit interne, et ne peuvent pas plus qu'eux s'imposer les uns aux autres des obligations, ils sont aussi souverains ; aucun être ne se trouve donc par rapport à eux dans la même situation que l'État par rapport aux sujets internes. Il en résulte que la collectivité internationale ignore, en tout cas sur le plan du droit, la notion de « pouvoir » et le phénomène du droit objectif, ou de la loi établie unilatéralement par un être hiérarchiquement supérieur ; en ce sens, elle est proprement « an-archique » : les stipulations de ses éléments composants y sont le seul mode de production de droit, et leur activité légale n'y est encadrée par aucune « loi » suprême. Les sujets des normes sont en même temps leurs auteurs ; situation singulière dont pourrait seule venir à bout la naissance d'un super-État que rien n'annonce, et d'où découlent deux corollaires.

En premier lieu, la collectivité internationale produit peu de règles générales liant l'ensemble de ses membres. Cela résulte immédiatement du fait que l'État ne peut être obligé que par les normes qu'il consent à subir ; il est en effet relativement aisé d'obtenir le consentement de deux États ou de quelques-uns à la création d'une norme : chacun d'eux voit dans l'acceptation d'une obligation envers les autres le seul moyen d'obtenir que les autres s'engagent réciproquement envers lui, suivant le calcul que font toujours des contractants potentiels, notamment en droit interne. Quand, en revanche, il s'agit de poser entre un grand nombre d'États, et, à la limite, entre tous, une règle ayant le même compas que la loi en droit interne, on imagine combien il est difficile d'obtenir un accord unanime. C'est pourquoi les règles de « droit international

général » sont si rares et si imprécises ; toute activité normative internationale est ainsi soumise à une alternative troublante : ou bien la règle dont certains États ressentent le besoin sera universelle et vague, parce que son manque de netteté et sa faible exigence permettront seuls d'obtenir une approbation générale d'un monde divisé ; ou bien elle aura l'ambition de conditionner davantage la conduite des États, mais un petit nombre d'entre eux seulement l'acceptera.

En second lieu, la légalité internationale constitue un ensemble très faiblement différencié. En droit interne, les normes s'ordonnent dans une hiérarchie qui reproduit à peu près la hiérarchie de leurs auteurs : les normes primaires d'origine étatique encadrent les normes secondaires résultant des stipulations, comme on l'a dit tout à l'heure ; et à l'intérieur de la légalité objective, la constitution, la loi, les normes incluses dans les diverses catégories d'actes administratifs, etc., s'emboîtent dans un ordre rigoureux au sein duquel chacune puise sa validité dans sa conformité à, ou sa compatibilité avec, toutes celles qui lui sont supérieures. Rien de tel dans le droit international, dont le seul ressort est la volonté des États : dès lors qu'un État consent à une obligation, la norme qui la porte a la même valeur que n'importe quelle autre, qui résulte de sa propre volonté ou de celle d'un de ses pairs ; toutes se valent en principe, quel que soit leur mode de formation (coutumier, conventionnel ou autre) et quelque différente que puisse être leur importance de fait : ainsi le plus insignifiant des traités bilatéraux n'a pas moins de valeur en droit que telle convention universelle portant sur de vastes intérêts, du moins dans les rapports entre États qu'ils lient l'un et l'autre, et le premier peut légalement déroger au second ; si donc certains traités remplissent en droit international la même fonction que la constitution ou la loi en droit interne, ils ne tirent pas de là une supériorité hiérarchique sur ceux que leur caractère limité rapproche davantage des contrats. Depuis l'après-guerre toutefois, certains se sont efforcés d'introduire un début de hiérarchisation dans le système juridique international, en y transposant la notion interne d'ordre public : il existerait des règles internationales, dites de *jus cogens*, auxquelles les États ne pourraient pas plus déroger par leurs conventions particulières que les contractants de droit interne ne peuvent, à peine de nullité, stipuler dans leurs conventions des clauses contraires à une disposition impérative de la loi ; on ne peut prévoir si cette tentative, à laquelle certains États s'opposent avec vigueur, parviendra à transformer un droit positif tout entier livré pour l'instant à ce que, par analogie avec le droit français des contrats, on pourrait appeler le principe de l'autonomie

de la volonté des États.

## 📌 Les modes de formation des normes

Condition d'opposabilité à l'État d'une règle ou d'une situation juridique, sinon fondement de leur validité, le consentement s'exprime très librement, et le droit international est moins formaliste que tout autre. Il connaît certes un mode organisé de création de droit, dont les éléments sont posés avec soin : le mode conventionnel, dans lequel les obligations résultent d'un traité entre États, ou plus exactement – car le traité n'est opposable qu'aux États qui ont consenti à ce qu'il les lie – de l'expression du consentement de l'État à être lié par lui, manifesté selon le cas par la ratification, l'adhésion, ou d'autres formalités qui se superposent souvent à la procédure d'adoption, insuffisante pour l'engager.

Mais les autres modes de formation ne font pas une place moindre au consentement. Sans doute les règles coutumières sont-elles fondamentales dans un système juridique où la volonté des sujets trouve trop peu d'occasions de s'exprimer dans des traités, spécialement à l'échelle universelle, et où les règles générales peuvent plus aisément se former sur la base d'un assentiment tacite que par un processus organisé ; mais la plupart des États mettent l'accent sur le caractère volontaire de la formation coutumière : si une pratique de fait uniforme, commune à un groupe d'États, et même à l'ensemble de leur collectivité, se transforme en règle de droit, c'est parce que les États, mis en position de protester contre elle si elle porte atteinte à leurs intérêts, ont tacitement accepté cette transformation, et consenti à la formation de la règle ; une opposition de quelques-uns d'entre eux n'y aurait certes pas fait obstacle si la majorité y aspirait, mais elle l'aurait du moins rendue inopposable aux dissidents, exactement comme en matière de traités. Et que disparaisse l'*opinio juris*, la conviction tacite manifestée par les États que cette pratique de fait doit être, ou rester, une exigence légale, et la norme elle-même disparaît, comme a disparu par exemple la règle selon laquelle la largeur de la mer territoriale est limitée à trois milles, quand un nombre suffisant d'États ont exprimé leur hostilité à son maintien.

Même avec cet appel à la volonté implicite des États et au procédé, typique du droit international, de la « reconnaissance » d'une règle ou d'une situation par un acquiescement qui rend opposable à l'État ce qu'il pouvait d'abord

rejeter, et même en tenant compte du caractère largement fictif de la volonté qu'on prétend quelquefois induire des comportements des États, de telles techniques sont inaptes à la création, selon les procédés législatifs majoritaires que connaît le droit interne, de règles opposables à des États qui les refusent. Or les pays en voie de développement disposent à l'Assemblée générale de l'O.N.U. d'une majorité suffisante pour faire adopter des résolutions incorporant des règles potentielles, auxquelles il ne manque pour devenir réelles et pour être universellement valables que l'acceptation des pays industrialisés à économie de marché, à la charge exclusive desquels la plupart d'entre elles créeraient des obligations. Ces derniers, qui ont fini par adhérer à des règles ainsi incorporées dans des résolutions, comme celles qui ont trait à l'autodétermination des peuples soumis à une autorité étrangère ou à la souveraineté permanente des États sur leurs ressources naturelles, refusent en revanche de voir des règles de droit international général dans la substance de résolutions auxquelles ils se sont opposés ou sur le vote desquelles ils se sont abstenus. Dans l'état actuel du droit, les résolutions des organisations internationales ne créent d'obligations qu'à la charge des États qui, soit à l'avance et de façon globale, soit à propos d'une norme particulière, ont exprimé leur consentement, non seulement à ce que l'acte soit formé, mais à ce qu'il les oblige.

## 🌐 4. Les conduites internationales

Comme tout autre, l'ordre juridique international s'efforce d'articuler des règles et des conduites, c'est-à-dire d'obtenir que les agissements concrets de ses sujets soient conformes aux normes abstraites qu'il leur impose. Mais la normalisation de la conduite des États est imparfaite, du fait de l'inexistence d'autorités supérieures ayant le pouvoir de confronter leurs conduites aux règles, et de les contraindre à s'y conformer.

D'abord l'ordre international ne comporte pas comme l'ordre interne d'obligation de porter devant des tribunaux les contestations nées de l'application de ses règles ; pas plus qu'il ne supporterait un mode unilatéral de création de droit, il n'est compatible avec une adjudication de caractère autoritaire ; les tribunaux internationaux ne peuvent donc être saisis qu'avec le consentement des États parties à un différend, exprimé au moment où il survient ou, plus rarement, à l'avance ; et il est exceptionnel qu'ils soient appelés à résoudre les conflits, dont le

sort dépend dans la très grande majorité des cas de négociations diplomatiques entre les États en cause.

Peut-on du moins compter sur des modes d'exécution forcée des obligations auxquelles les États qui y sont soumis refusent de se conformer ? Cette fois encore, la souveraineté de l'État et l'absence de pouvoir supranational qui en résulte interdisent la constitution d'une force collective apte à mettre en œuvre des mesures coercitives contre les récalcitrants. Et, faute de mieux, il appartient à chaque État, dans la mesure que précisent les règles internationales, de faire pression sur l'État dont il estime qu'il ne s'acquitte pas de ses obligations à son égard, et de déclencher lui-même des « représailles ».

Est-ce à dire que le droit international, dont nul être supérieur à ses sujets n'est garant, est un droit illusoire, livré au bon vouloir de ceux auxquels il prétend s'imposer ? Si l'on veut bien prêter attention à la réalité internationale et ne pas la concentrer sur les seules matières où les intérêts fondamentaux des États sont en cause, on constate au contraire que la très grande majorité des règles sont respectées dans la très grande majorité des cas. Non pas certes grâce aux suites légales organisées, dont la valeur d'intimidation est faible, mais par le jeu de deux mécanismes inégalement originaux. D'abord, et le droit international ne se distingue pas ici du droit interne, l'effectivité des systèmes juridiques repose principalement sur la volonté des sujets de se conformer à leurs obligations, plus que sur l'appareil légal qui peut les y contraindre. Encore faut-il qu'ils y trouvent un intérêt ; or, le droit international est tout entier fondé sur le principe de *réciprocité* : de même qu'il ne s'oblige, au stade de la formation des normes, que pour obtenir des autres qu'ils s'obligent à leur tour, l'État ne manque à ses obligations que dans les hypothèses où il attend plus de profit de son comportement illicite qu'il ne craint d'inconvénients de la réaction d'autres États à ce comportement ; or ceux-ci peuvent soit répliquer de façon strictement réciproque par un manquement équivalent, soit déclencher contre lui des mesures de pression, le plus souvent licites mais inamicales, qui affectent gravement ses intérêts. Le juriste a sans doute peu de chose à dire du mécanisme qui peut amener un État à se conformer à ses obligations à la suite d'un calcul du coût et du profit attendus de ses manquements éventuels ; il ne peut pas pour autant méconnaître le processus politique sur lequel repose en dernier ressort la soumission au droit.

## @ MARITIME (DROIT)

### ***Prise de vue***

Le droit maritime embrasse le droit de la mer et le droit des navires. Transcendant les distinctions traditionnelles, il touche à la fois au droit international et au droit national, au droit public et au droit privé ; quand il est droit privé, il est également droit commercial et droit civil ; il comporte enfin des éléments de droit pénal et de droit du travail.

Tout engin flottant en mer est-il un navire soumis au droit maritime ? La navigation d'un bâtiment de mer sur un fleuve est-elle maritime ? Le particularisme du droit maritime, l'originalité de ses institutions ou de ses solutions donnent à ces questions un grand intérêt pratique. Distinguer les bâtiments flottants d'après leurs caractéristiques s'avère difficile. La structure d'un remorqueur de rivière ressemble à celle de son homologue marin. En France, la Cour de cassation a écarté par un arrêt du 13 janvier 1919 le critère qui permettrait de reconnaître le navire selon son aptitude à affronter les périls de la mer. Le navire est le bâtiment flottant qui, en fait, est exposé aux périls d'une navigation en mer.

La solution est la même dans le code tunisien de 1962 alors que le code libanais ne considère que l'aptitude technique du bâtiment et que d'autres codes mélangent les deux critères : retenant l'un *et* l'autre (l'aptitude et la destination) comme le code grec ou bien admettant plus largement l'un *ou* l'autre (l'aptitude à la mer ou la destination à (une navigation en mer) comme le code polonais. On conçoit d'ailleurs un critère purement formaliste : ainsi, pour le code malgache de 1965, la qualité de navire résulterait d'une immatriculation administrative comme tel, contrôlée par l'administration.

Quand il s'agit non plus d'un événement isolé, mais du statut du navire, par exemple s'il doit être doté d'un rôle d'équipage ou s'il peut être l'assiette d'une hypothèque maritime ou d'une hypothèque fluviale, la jurisprudence française tient compte de la navigation habituelle effectuée par le navire.

## 📍 1. L'exploitation commerciale du navire

### Affrètement

La loi française du 18 juin 1966 a couronné une évolution marquée timidement ou maladroitement par quelques lois étrangères (codes italien, libanais, tunisien ou loi yougoslave) et complètement ignorée encore par de nombreux codes (espagnol, portugais ou allemand).

En 1808 (date d'entrée en vigueur du code de commerce napoléonien) le *contrat d'affrètement* se présente comme l'unique manière juridique d'exploiter les navires ; conclu entre deux parties également fortes, le frèteur et l'affréteur, ce contrat est soumis à la liberté des conventions. Les règles légales sont supplétives de la volonté des parties.

L'établissement de lignes régulières permit aux armateurs de transporter, sans que leurs usagers y participent, des marchandises diverses appartenant à de nombreux chargeurs ; les contrats, dont les clauses en fait sont imposées par les armateurs à leurs clients, s'abritèrent pendant tout un temps sous le même concept. Mais la liberté, justifiée pour les vrais contrats d'affrètement, devenait source d'abus pour les contrats du nouveau genre. Pour ces derniers, le législateur devait intervenir de manière impérative, dans un but de protection sociale.

Le Harter Act (loi américaine de 1893) ouvrit la voie. La convention

de Bruxelles de 1924 sur les contrats de transport sous « connaissance » s'en inspira. Il fallait aller plus loin et fondamentalement distinguer les deux types de contrat. Ce fut l'apport propre de la loi française n° 420 du 18 juin 1966 et du décret n° 1078 du 31 décembre 1966.

Par le contrat d'affrètement, le fréteur s'oblige à mettre à la disposition de l'affréteur, qui en sera l'usager, un navire en bon état de navigabilité. L'objet du contrat est le navire, non la marchandise qu'il porte, et que souvent le fréteur ignore totalement. Son obligation est du type des obligations de moyens et la perte de la marchandise ou son avarie en cours d'exécution du contrat ne prouve rien par elle-même. Il faut d'ailleurs distinguer : le contrat d'affrètement *au voyage* où la relation à effectuer est définie et la cargaison connue ; le contrat *à temps (time charter)* où l'affréteur commande au capitaine tous les services qui entrent dans le cadre géographique et les prévisions de la charte ; le contrat d'affrètement *coque nue* où le navire est livré à l'affréteur sans armement ni équipement, de sorte que l'affréteur en a la gestion nautique. Dans chacun des trois types, un écrit est dressé, la *charte-partie*, qui définit les obligations des deux parties et, entre autres, fixe le fret et les modalités de son paiement.

## 📍 Transport des marchandises et transport des passagers

Le droit maritime a élaboré une réglementation relative au transport des marchandises. Par le *contrat de transport de marchandises*, le transporteur s'oblige à déplacer sur une relation définie une marchandise déterminée. Il va la « prendre en charge » et la « livrer » à l'arrivée. Ces expressions ne signifieraient rien dans le contrat d'affrètement. Le transporteur sera automatiquement responsable si la marchandise, à l'arrivée, est livrée en moindre quantité ou en plus mauvais état qu'à la prise en charge. Pour se libérer, le transporteur doit faire la preuve de l'une des causes d'exonération prévues par la loi française de 1966, à l'imitation de la convention de Bruxelles de 1924 : faute nautique du capitaine ou de l'équipage, vice propre de la chose, vice caché du navire, incendie, grève ou lock-out... Ces causes sont assez

nombreuses et libèrent le transporteur maritime là où un débiteur d'obligation de résultat ne le serait pas suivant le droit commun. Mais ce système est impératif et la convention des parties ne saurait l'améliorer au profit du transporteur (art. 27 et 29). Lorsque sa responsabilité est engagée, le transporteur maritime n'est pas tenu de réparer tout le dommage. Sauf en cas de dol ou si le chargeur a fait une déclaration de valeur, son devoir de réparation ne dépassera pas 3 700 francs par colis ou par unité (francs 1980).

Le transporteur qui prend en charge une marchandise donne un reçu appelé *connaissance*. Les fonctions de ce titre sont nombreuses : il fait d'abord foi de la prise en charge et, si le connaissance est « embarqué », de la mise à bord. Les connaissances, toujours rédigés sur des imprimés établis par les transporteurs, détaillent au verso les « conditions générales de la compagnie » et, de la sorte, constituent la preuve des clauses du contrat. Enfin, une longue pratique a fait du connaissance un titre représentatif des marchandises qu'il décrit, si bien que la détention du titre équivaut à la possession de la marchandise. Cette pratique, propre au droit maritime, facilite la vente des marchandises en mer et le crédit documentaire.

Dans l'intérêt des tiers (acheteurs et banquiers) mais aussi dans l'intérêt des chargeurs, la loi a reconnu le connaissance comme un titre sûr. Elle a prohibé les clauses par lesquelles le transporteur ruinait la valeur du connaissance (clauses « poids inconnu », « quantité non vérifiée », etc.) et prescrit que le transporteur devait délivrer un connaissance net, sans réserves, sauf s'il n'a pas pu vérifier les indications relatives à l'état et à l'importance de la marchandise que lui a fournies le chargeur.

Les navires peuvent servir au *transport des passagers*. Jusqu'à la réforme de 1966 qui leur consacre un titre, le droit, en ce domaine, était entièrement d'origine jurisprudentielle. Il était établi que, comme en matière de transport terrestre, le transporteur maritime avait le devoir de transporter le voyageur à destination sain et sauf. Tout accident corporel durant le voyage engageait la présomption de responsabilité du transporteur.

À la suite de la convention de Bruxelles de 1961, la loi de 1966 a retenu une solution plus nuancée et distinguée : d'une part les dommages subis par les passagers au cours d'un accident collectif (naufrage, incendie, échouement, etc.), qui sont réparés automatiquement par le transporteur, à moins qu'il ne prouve que le sinistre n'est imputable ni à sa faute, ni à celle de ses préposés ; d'autre part l'accident individuel survenu à un passager qui ne rend responsable le transporteur que si le passager établit que ce dernier a mal exécuté les obligations du contrat (art. 37 et 38). S'il est responsable, le transporteur ne doit d'ailleurs pas réparer tout le dommage. Sauf en cas de dol ou de faute inexcusable de sa part, il ne sera tenu de payer au maximum qu'une somme de 82 000 francs par passager ; cela, quels que soient les demandeurs et à quelque titre qu'ils se placent (art. 40 et 42).

### @ Armement et crédit

En 1808, le capitaine était avant tout l'agent commercial de l'armateur. Ses fonctions de commandement nautique et ses capacités techniques étaient secondaires. Le capitaine engageait l'équipage, concluait les contrats d'affrètement ou de transport, recevait les marchandises à son bord et les livrait à l'arrivée ; en cours de route, le cas échéant, il faisait réparer le navire, achetait les voiles de rechange et empruntait pour assurer l'achèvement de l'expédition marchande.

Tout a changé quand les navires de lignes régulières ont touché les mêmes ports. Les armateurs y ont fondé des agences et ce sont les chefs d'agence qui, désormais, se sont chargés de toutes ces opérations commerciales. La loi française du 3 janvier 1969 tient compte de cette nouvelle réalité. Dans les ports que ses navires ne touchent pas fréquemment, l'armateur se contente d'un *consignataire* qui effectue les opérations jusque-là dévolues aux capitaines.

L'utilisation de la vapeur a fait naître l'industrie du *remorquage* : remorquage portuaire pour faciliter et hâter les manœuvres des navires dans les bassins ; remorquage en haute mer pour assister les navires en danger. Le

souci d'éviter des accidents dans les passes ou dans les goulets des ports a incité à poser en règle que les bâtiments devaient y être pilotés. Le *pilote lamaneur* reste cependant sous les ordres du capitaine et les accidents en cours de pilotage sont à la charge du navire piloté.

Il n'existait, en 1808, aucune garantie conventionnelle sous forme de sûreté réelle mobilière, mais la loi accordait un privilège sur le navire à tous les créanciers qui avaient fait crédit à l'armateur (fournisseurs, réparateurs, prêteurs à la grosse) comme à ceux à qui le navire avait causé un dommage. Ces créanciers devaient exercer sans retard leurs droits car les privilèges cessaient lorsque le navire avait effectué un autre voyage en mer. À chaque voyage, le navire représentait donc une nouvelle source de crédit pour l'armateur. Ce système, bien adapté à une époque de transactions rares, de crédit cher et de voyages longs et nettement espacés, ne l'était plus lorsque se produisit la révolution industrielle et qu'apparurent les lignes régulières.

L'*hypothèque maritime*, créée en 1874 et complétée en 1885, devait permettre de mieux utiliser le crédit que l'armateur peut tirer d'un bien aussi coûteux que le sont les navires modernes. Elle fut instituée sur le modèle, d'ailleurs amélioré, de l'hypothèque foncière. Mais pour que les prêteurs de crédit hypothécaires fussent rassurés sur la valeur de leur sûreté et pour tenir compte qu'un navire peut être saisi dans un port étranger, il fallait réorganiser le système des privilèges et le faire sur le plan international. Ce fut l'œuvre d'une convention de Bruxelles de 1926, reprise depuis par une convention de 1967. Les règles retenues par le code de commerce français de 1949 figurent aujourd'hui dans la loi n° 5 du 3 janvier 1967 et le décret n° 967 du 27 octobre 1967. Certaines catégories de privilèges limitativement énumérées par la convention passent avant les hypothèques : créances pour frais de justice, loyers des matelots, indemnités pour abordage ou assistance, contribution aux avaries communes.

## 📍 2. Droits et devoirs du propriétaire

## Le problème de la responsabilité

La responsabilité du propriétaire de navire a traditionnellement été limitée dans le cas où elle se trouve engagée par le fait du capitaine. Pendant des siècles, le propriétaire du navire put cantonner les créanciers, dont les dettes étaient nées des actes du capitaine au cours d'un voyage, au navire qui effectuait ce voyage et au fret qu'il rapportait. C'était l'institution de l'abandon du navire et du fret. Ce système, qui convenait tout à fait à la structure du commerce maritime jusqu'à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, devenait anachronique à une époque de voyages rapprochés les uns des autres et dont l'exploitation respective ne pouvait plus être isolée pour chacun d'eux.

Une convention de 1924, remplacée par une convention de 1957, a imité les solutions anglaises. Le système tend à gagner les législations de tous les pays. Il est passé dans la loi française de 1967. L'abandon en nature du navire et du fret a disparu, mais le propriétaire de navire n'est toujours pas tenu de réparer tous les dommages lorsque sa responsabilité est engagée du fait du capitaine. Il peut en effet constituer un *fonds* dont les créanciers (leur droit étant né du chef du capitaine) devront se contenter. Il est établi un fonds pour chaque événement et le montant en est calculé suivant le tonnage du navire : 1 000 francs Poincaré par tonneau de jauge pour les dommages matériels et 2 100 francs Poincaré pour les dommages corporels (le franc Poincaré équivaut à 58,95 mg d'or fin).

Une convention spéciale (Bruxelles, 1962) a institué, pour les navires à propulsion nucléaire, un système de limitation (avec un plafond élevé de 1 milliard et demi de francs Poincaré) venant compenser le principe d'une responsabilité automatique et absolue qui pèse sur l'exploitant des réacteurs. La loi française a adopté un système semblable (loi n° 956 du 12 novembre 1965, modifiée par la loi n° 1045 du 29 novembre 1968).

### @ Événements de mer

La gravité des sinistres maritimes a suscité des pratiques et des institutions originales. La loi n° 645 du 7 juillet 1967 et le décret n° 65 du 19 janvier 1968 les ont mises au point pour la France en s'inspirant des règles posées par les conventions internationales de Bruxelles de 1910 sur l'abordage et l'assistance en mer.

En cas d'*abordage*, les propriétaires de navires ne sont tenus pour responsables que si leur faute est établie. Les abordages fortuits ou dont la cause est douteuse ne donnent pas lieu à réparation. La responsabilité de plein droit, en cas de dommages causés par des choses inanimées, est alors écartée (art. 1384, alinéa 1 du Code civil). Certes, un tel article vaut en matière maritime, puisqu'il a été appliqué, en effet, dans le cas de dommages causés par des navires considérés, dans ce cas, comme choses inanimées, mais il se trouve sans application possible quand les dommages sont dus à un abordage proprement dit, non imputable à responsabilité.

L'*assistance en mer* des navires en danger est un devoir pour tous les capitaines qui peuvent les secourir utilement et sans danger pour les vies à leur bord. Quand il y a assistance, l'assistant a droit à une indemnisation qui, en fait, atteint des sommes très élevées parce que telle est la tradition, justifiée par les risques de l'opération. Si les parties n'en sont pas équitablement convenues, le tribunal (en pratique, souvent des arbitres) la fixera en tenant compte des divers éléments : succès obtenu, efforts et mérite des assistants, dangers courus, temps employé, valeur du matériel exposé et enfin valeur des choses sauvées.

Les *avaries communes* sont l'institution la plus ancienne du droit maritime ; elles n'existent nulle part ailleurs, ni en droit commun, ni en droit aérien, ni en droit fluvial. Il s'agit des sacrifices ordonnés par le capitaine, seuls moyens pour l'expédition entière d'échapper à un péril pressant. L'exemple le plus ancien en est le jet à la mer de tout ou partie de la cargaison afin d'alléger le navire et de lui permettre de s'abriter dans une rade barrée par des hauts-fonds. Il en est des exemples plus modernes comme le « forçement de

vapeur » qui détériore les machines et que le capitaine prescrit néanmoins quand les circonstances l'exigent. Lorsque des frais ou des dommages peuvent être ainsi « bonifiés » en avaries communes, l'ensemble des intérêts engagés dans l'expédition doit contribuer, à proportion de leur valeur, à les payer. Les règlements d'avaries communes, délicats et longs, sont l'affaire de spécialistes, les *dispatcheurs*.

## @ Assurances maritimes

Premières assurances qui soient apparues sur la scène commerciale, les assurances maritimes ont conservé une certaine originalité. Elles présentent surtout cette particularité d'être très couramment pratiquées par tous les professionnels du commerce maritime : armateurs, chargeurs, transitaires... Les deux grands types en sont l'assurance *sur corps*, contractée par les armateurs, et l'assurance *sur facultés*, contractée par les chargeurs ou destinataires ainsi que par les divers intermédiaires (acconiers, consignataires, transitaires, concessionnaires de transport...). À côté de ces deux catégories, les assurances de responsabilité prennent une place croissante ; elles sont d'ailleurs partiellement incluses dans les précédentes.

Les unes et les autres suivent le principe commun des assurances ; le contrat a une fonction strictement indemnitaire : l'assurance tend à effacer un dommage, elle ne doit pas procurer un enrichissement au bénéficiaire.

À la différence des assurances terrestres, souvent contractées par des non professionnels, de sorte que le législateur a dû intervenir pour protéger les assurés, les assurances maritimes sont toutes contractées par des commerçants avisés qu'il ne s'agit pas de protéger, mais contre les roueries desquels il faudrait plutôt défendre les assureurs. Ce serait un contresens que d'apprécier les assurances maritimes d'après l'esprit qui, en particulier, règne dans la réglementation des assurances de responsabilité automobile.

En France, la loi n° 522 du 3 juillet 1967 et le décret n° 64 du

19 janvier 1968 ont évité cet écueil. On comprend alors qu'ils aient exclu de leur champ d'application l'assurance des navires de plaisance qui se présente comme celle des automobiles, et, pour ce motif, a été soumise à la loi terrestre du 13 juillet 1930.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## @ ISLAM - Les sciences religieuses traditionnelles

### ***Prise de vue***

La civilisation islamique, développée sous l'influx de la religion musulmane, s'est donné tout un ensemble d'expressions culturelles. Certaines d'entre elles portent sur l'islam en tant précisément que religion. Nous les appelons ici « sciences religieuses traditionnelles ». Pourquoi traditionnelles ? Pour deux raisons, c'est-à-dire en deux sens. Ces sciences religieuses sont traditionnelles, d'abord, parce qu'elles sont religieuses. Qui dit religion, dit communauté. Transmettant dans la communauté ce qui lui donne sa vie spécifique, la tradition est inséparable de la religion. Dans le cas de l'islam lui-même, la religion est tout entière fondée sur un livre (le Coran) et un modèle (le Prophète) qui requièrent une tradition pour être maintenus en mémoire, justement et pleinement interprétés, valablement actualisés. Mais, d'un autre côté, ce courant vital s'est souvent fixé et figé, dans l'islam, en traditions d'écoles ou en formules rapportées aux autorités majeures (*hadith, khabar*) : de ce point de vue aussi, les sciences religieuses sont traditionnelles.

Une classification générale des sciences a souvent été faite, dans l'islam, par des institutions d'enseignement ou par des auteurs isolés, mais le vocabulaire technique n'y est pas constant. On distingue deux grands groupes, dont l'un est celui des sciences fondées sur les lois et l'activité de la raison, 'aql, d'où divers mots de même racine pour les désigner : 'aqliyyat, ma'qul... L'autre grand groupe, le premier en vérité, celui qui nous occupe, rassemble les sciences « fondées sur l'audition des autorités » (*sam'iyyat*), ou « transmises » (*manqul*), ou

« fondées sur la Révélation » (*shar'īyya*). Les nommer « sciences religieuses traditionnelles » n'est donc pas une traduction de l'arabe, mais un équivalent.

Il faut noter avec soin que ces sciences « traditionnelles », c'est-à-dire acceptées par la tradition musulmane, ne le sont pas toutes au même degré. Il y a entre elles une hiérarchie. Les sciences du Coran et celles des traditions prophétiques (*hadīth*) occupent fermement les deux premières places, suivies par le droit (ou jurisprudence : *fiqh*) avec la science de ses principes (*usul al-fiqh*). Ensuite vient la systématisation dogmatique : « les principes de la religion » (*usul al-din*, encore appelés *'aqida* : « doctrine de foi ») ; la théologie dialectique (*'ilm al-kalam*) en est une forme rationalisée qui ne fait pas l'unanimité. Quant au soufisme (*tasawwuf*) ou à la gnose spirituelle (*'irfan*), en dépit de leur grande ancienneté et de leur énorme influence passée et présente, ils restent en butte au rejet ou à la suspicion de nombreux musulmans, parfois très représentatifs.

Nos sciences religieuses traditionnelles sont quelquefois dites « arabes ». Elles englobent de fait les sciences du langage arabe, à commencer par sa grammaire et sa lexicologie. C'est que l'arabe est la langue du Coran, parole de Dieu, et la langue du Prophète, dont les paroles personnelles appartiennent aussi à la Révélation. Il s'ensuit une véritable sacralisation de l'arabe, étroitement lié à l'islam.

La religion musulmane est ainsi entourée de sciences qui l'éclairent, la déploient, l'affermissent, mais aussi la limitent et l'entravent. La plupart des courants musulmans contemporains s'accordent à vouloir les rénover, mais s'opposent sur les moyens à prendre pour y parvenir.

## 📍 1. Les sciences du Coran

La religion musulmane est née du Coran. L'impact du Coran sur la civilisation islamique est extraordinaire. Aussi le Livre par excellence a-t-il été très tôt la source et l'objet de questionnements, de réflexions, d'enquêtes où les musulmans n'ont cessé d'étendre, de ramifier, d'approfondir leur connaissance du texte sacré.

## @ L'élaboration initiale

L'extrême richesse du message coranique, la dispersion de chacun de ses enseignements en plusieurs passages de teneur différente, son style souvent très elliptique, son vocabulaire parfois archaïque ou mystérieux ont suscité des questions dès la première génération de l'islam. La compilation, orale puis écrite, des réponses à ces interrogations a donné naissance au commentaire ou explication du Coran, genre littéraire et activité scientifique qui n'ont jamais cessé de se poursuivre dans la communauté musulmane. Mais celle-ci, dans les premiers temps, s'est vue confrontée à une difficulté encore plus urgente. Avant que d'éclaircir les passages difficiles du texte, il fallait savoir *quel texte* était révélé. Les circonstances de la collecte du Coran montrent combien le problème était réel. Mais une fois même adoptée (ou plutôt acceptée) la Vulgate dite de 'Uthman, toute difficulté n'était pas écartée. L'écriture arabe ancienne était défective. Le ductus consonantique des premiers manuscrits pouvait dès lors, pour beaucoup de mots, être prononcé de plusieurs façons. Le sens, dans certains cas, en était changé. D'où l'apparition de nombreuses variantes. Leur divergence provoqua des conflits, leur étude engendra une science spéciale. Sept séries de variantes furent finalement reconnues comme les sept « lectures » canoniques (*qira'at*), en principe également licites. Toute autre variante devint prohibée, à l'issue d'un long processus auquel la polémique brutale d'Ibn Mujahid, chef des « lecteurs » coraniques de Bagdad (mort en 324/936), donna une impulsion décisive.

## @ Les sciences coraniques

Au IV<sup>e</sup> siècle de l'hégire/X<sup>e</sup> siècle, la fixation définitive des « lectures » ôte à la science correspondante l'actualité de premier plan qui était la sienne. Les *qira'at* restent un secteur fondamental parmi les disciplines descriptives et interprétatives du Coran, mais celles-ci sont désormais polarisées par le commentaire (*tafsir*). De ces « sciences coraniques », les meilleurs tableaux nous sont donnés, au début de l'époque classique puis après elle, par deux auteurs de renom. Le *Fihrist* ou « Index », composé en 987 par Ibn al-Nadim, comprend une section (I, 3) sur le Coran et sur les livres en traitant. Après de longues indications sur la collecte du Coran, l'ordre des sourates et ses variantes, les sept lectures canoniques et les autres, il énumère sous vingt-deux chefs près de trois cents ouvrages. Ceux-ci entrent presque tous dans les deux catégories susmentionnées. D'un côté, la science des lectures, avec des branches spéciales telles que la

graphie particulière des manuscrits coraniques, ou le diacritisme et la vocalisation, ou même la simple étude de la lettre *lam* dans le Coran ! Mais d'autre part et surtout, la science du commentaire, elle aussi avec de nombreuses sciences subordonnées, dont les plus importantes étudient : les circonstances de la révélation (*asbab al-nuzul*) de chaque passage ou verset, qui aboutissent notamment à une chronologie relative de ces passages ou versets ; l'abrogeant et l'abrogé (*al-nasikh wal-mansukh*), discipline déterminant pour chaque verset s'il conserve une valeur juridique ; les prescriptions légales (*ahkam*) finalement posées par le Livre ; les versets ambigus (*mutashabih*) faisant difficulté ; enfin les significations (*ma'ani*), c'est-à-dire les implications sémantiques des expressions révélées.

Cinq siècles plus tard, le savant polygraphe al-Suyuti (mort en 1505) compose dans *al-Itqan* un traité complet des sciences coraniques. Son ouvrage, bourré de citations précieuses, est divisé en quatre-vingts chapitres, dont la technicité rigoureuse ne se relâche jamais. Ce genre de chef-d'œuvre avalise une évolution qui s'enracine dans la doctrine, systématisée au XI<sup>e</sup> siècle, de l'inimitabilité du Coran (*i'jaz*). Celle-ci est de plus en plus considérée sous l'angle de l'éloquence, dont l'analyse minutieuse se fixe au début du XIV<sup>e</sup> siècle. Désormais, les sciences coraniques ne correspondent plus seulement à deux objets, mais à trois : le texte du Coran (*qira'at*), son explication littérale (*tafsir*) et son inimitabilité essentiellement stylistique (*i'jaz*). L'étude de cette dernière est divisée en trois sciences qui traitent : 1. des *ma'ani* ou significations, maintenant annexées à l'apologétique scripturaire ; 2. du *bayan* ou exposition (« science de l'expression figurée ») ; 3. du *badi'* ou embellissement stylistique du discours.

En dehors des nombreux ouvrages sur telle ou telle des sciences coraniques, celles-ci ont plus rarement donné lieu à un traitement d'ensemble, comme les quarante et quelques pages de Tabari au début de son commentaire, la remarquable introduction de Shahrastani au sien, l'*Itqan* de Suyuti, ou encore les dix-huit chapitres qui ouvrent *al-Burhan* (Téhéran, 1375/1956), commentaire shi'ite d'al-Bahrani (mort en 1696).

## 📍 Le commentaire coranique

Le commentaire direct et détaillé du Livre, dans l'ordre de ses sourates,

est la forme principale de l'étude musulmane du Coran. L'exégèse musulmane classique présente deux caractères dominants : elle est traditionnelle et linguistique. Le sens du Livre est cherché avant tout dans les textes autoritatifs qui l'éclairent ou même l'expliquent : le Coran lui-même, souvent les *hadiths* du Prophète, toujours les traditions (*akhbar*) remontant (ou du moins attribuées) à un compagnon du Prophète, c'est-à-dire à l'un des musulmans qui ont vécu avec Muhammad. Ce recours aux « autorités », massif dans les trois premiers siècles de l'islam, reste omniprésent par la suite. Bien qu'il soit moins apparent dans les ouvrages qui ne mentionnent plus les chaînes de transmetteurs, il continue d'être le soubassement de l'exégèse : même un Razi s'appuie avec soin sur les traditions, et en cite parfois qu'on ne trouve pas chez Tabari. Le second caractère marquant du *tafsir* est de comporter de longues discussions linguistiques, visant à élucider le vocabulaire, la grammaire, le style du texte sacré. Là encore, l'exposé est nourri de références normatives aux grands linguistes du II<sup>e</sup> et III<sup>e</sup> siècles de l'hégire, et aux exemples tirés des premiers poètes arabes. Bien entendu, l'exégète musulman fait néanmoins usage de son opinion personnelle (*ra'y*). Bien que violemment combattue durant les premières générations musulmanes, et exclue dans le shi'isme où la compréhension profonde et l'application exacte de la révélation ne sont accessibles qu'aux imams, l'opinion personnelle joue déjà un rôle dans les commentaires sunnites les plus traditionnels (*tafsir bil-ma'thur*), car les traditions n'y sont pas choisies et présentées sans arrière-pensée. Cette opinion personnelle s'affirmera ensuite ouvertement, légitimée par une plus grande exigence critique envers l'authenticité des traditions, et appelée par la nécessaire adaptation de l'islam aux civilisations et aux cultures nouvelles que son évolution lui fait rencontrer ou partager.

De tout cela résultèrent de considérables élargissements dans la finalité comme dans la méthode du commentaire coranique. Il ne s'est pas diversifié seulement en fonction des scissions doctrinales de la communauté (divergence du mu'tazilisme et du sunnisme, clivage du shi'isme en imamisme et ismaélisme...). Il a parfois pris un visage différent, soit en assumant le lexique et la perspective de la philosophie islamique, soit en transposant toute l'interprétation du Coran dans le registre de la spiritualité.

Parmi les centaines de commentateurs coraniques, il faut citer au moins

al-Tabari (mort en 310/923, traditionaliste), al-Zamakhshari (mort en 538/1144, mu'tazilite), al-Tabarsi (mort en 548/1153, shi'ite imamite), al-Shahrastani (mort la même année, discrètement mais nettement ismaélien), Fakhr al-Din al-Razi (mort en 606/1210, au gigantesque commentaire encyclopédique et teinté de philosophie), al-Baydawi (mort en 685/1286 ?, shafi'ite grammairien).

## @ L'exégèse musulmane au tournant du millénaire

Malgré les appels d'un tout petit nombre de penseurs musulmans (par exemple Fazlur Rahman, mort en 1988, et Mohammed Arkoun), il n'y a pas encore d'exégèse critique dans l'islam. Pas de critique textuelle, puisque le texte, on l'a vu, est fixé jusque dans ses légères variantes canoniques, presque seules à avoir survécu. Surtout pas de critique « littéraire », c'est-à-dire prenant en compte la personnalité et le milieu d'un auteur humain, puisque le texte est cru révélé jusqu'en chaque détail de son énonciation. A fortiori, pas de critique historique, qui admettrait la possibilité d'un écart entre l'affirmation littérale et la réalité effective.

La situation contemporaine comporte deux aspects. D'une part, le maintien de l'exégèse classique, dont les ouvrages fondamentaux continuent d'être souvent réédités, abondamment lus, officiellement enseignés, allègrement pillés et médiocrement imités. D'autre part, la percée de l'exégèse réformatrice. Elle donne de fait au commentaire une forme nouvelle, beaucoup plus accessible au lecteur contemporain, et faisant siennes les préoccupations de l'actualité. Cela dans deux directions principales : soit l'illusion du scientisme concordiste, soit l'appel à la refonte sociale et politique. Une note apologétique insistante est commune aux deux tendances. Quelques noms : Muhammad 'Abduh (Égyptien, mort en 1905), Ibn Badis (Algérien, mort en 1940), Sayyid Qutb (Frère Musulman, mort en 1966), Tabataba'i (Iranien shi'ite, mort en 1981).

Il faut souligner en conclusion l'importance des « traditions prophétiques ». La science correspondante, *'ilm al-hadith*, occupe toujours la deuxième place, juste après les sciences du Coran, dans la hiérarchie constante des sciences religieuses traditionnelles de l'islam. En réalité, la science des traditions prophétiques fonde (ou reflète) toutes les autres (y compris celle du Coran) : au point qu'elle est parfois désignée, sans autre précision, par le mot de « science » (*al-'ilm*).

## @ 2. La grammaire

C'est du double besoin de fixer le texte du Coran et d'en enseigner la langue aux étrangers convertis qu'est née la grammaire arabe. De même que les autres sciences islamiques, comme l'exégèse, la théologie et le droit, la grammaire s'est constituée, durant la première moitié du VIII<sup>e</sup> siècle, dans les deux métropoles du sud de l'Irak : Basra et Kufa. Dans ces deux grands centres intellectuels, en dehors de toute influence étrangère, se développèrent en effet deux écoles grammaticales, chacune ayant sa méthode pour décrire, analyser et classer les faits grammaticaux. À la fin du VIII<sup>e</sup> siècle, la grammaire se trouve ainsi codifiée dans deux ouvrages : le *Kitab fi l-nahw* du Basrien Sibawayhi (mort en 793) et le *Kitab al-Hudud* du Kufien al-Farra' (mort en 822). De ces deux ouvrages fondamentaux, seul le *Kitab* de Sibawayhi nous est parvenu.

### @ Naissance et développement

Au milieu du IX<sup>e</sup> siècle, lorsque al-Mubarrad (mort en 898) arrive à Bagdad, c'est la méthode de Kufa que les disciples d'al-Farra' y enseignent. Mais, grâce à la clarté de son enseignement et à son traité dans lequel il condense toute la matière du *Kitab* de Sibawayhi, al-Mubarrad impose la méthode de Basra dans la capitale. Dans un premier temps, les grammairiens de Bagdad mélangent les deux méthodes, puis abandonnent petit à petit la méthode de Kufa pour celle de Basra. Ibn al-Sarrag (mort en 928) assure le triomphe définitif de la méthode de Basra en introduisant les divisions de la logique aristotélicienne dans son livre sur les fondements de la grammaire.

Le X<sup>e</sup> siècle est vraiment l'âge d'or des études grammaticales à Bagdad où enseignent trois grammairiens mu'tazilites : al-Sirafi (mort en 979), al-Farisi (mort en 987) et al-Rummani (mort en 994), puis leur élève Ibn Ginni (mort en 1002). Par leurs commentaires sur le *Kitab* de Sibawayhi, leurs sommes sur les fondements de la grammaire et leurs manuels pour l'enseigner, ces savants achèvent la rationalisation de la grammaire, dont ils font une construction logique, fondée sur la notion de norme.

Après une pause d'un siècle dans les études grammaticales, le Persan al-Zamahsari (mort en 1144) compose un traité didactique concis et clair, qui sera

commenté par l'Alépin Ibn Ya'is (mort en 1245), tandis que l'Irakien Ibn al-Anbari (mort en 1181) présente, dans l'un de ses ouvrages, cent vingt et une questions qui ont fait l'objet de divergences entre les grammairiens de Basra et ceux de Kufa, en donnant les arguments des uns et des autres.

Au XIII<sup>e</sup> siècle, l'Égyptien Ibn al-Hagib (mort en 1249) abrège le traité d'al-Zamahsari dans deux opuscules qui seront commentés par le Persan al-Astarabadi (mort en 1289) et, à la même époque, le Syrien Ibn Malik (mort en 1273) condense toute la grammaire dans un poème de mille vers.

Enfin, au XIV<sup>e</sup> siècle, l'Égyptien Ibn Hisam est l'auteur de plusieurs traités didactiques, dont il commente lui-même certains.

Tels sont les principaux grammairiens qui ont développé et approfondi une réflexion originale sur le système grammatical que Sibawayhi avait exposé dans son *Kitab*, et auquel ils n'ont apporté que peu de changements. Comme le montre l'analyse qui suit, ce système diffère profondément du système grammatical gréco-latin.

## @ Les trois parties du discours

Les grammairiens arabes ont reconnu dans leur langue trois sortes de mots : le nom, l'opération et la particule.

– Le nom est le mot qui s'applique à la chose et s'identifie à elle ; le nom ne signifie donc pas la chose, il est cette chose. C'est sous l'influence de la logique aristotélicienne que les grammairiens, à partir d'Ibn al-Sarrag, distingueront le nom signifiant et la chose signifiée. Les noms sont de deux sortes : le nom complet et le nom incomplet. Le nom complet est celui qui n'a pas besoin d'un autre mot pour nommer la chose ; cette chose est soit explicitée par son nom, selon qu'elle est un être animé ou inanimé (= substantif), un procès (= infinitif) ou une qualité (= adjectif), soit implicite au moyen d'une marque (= pronom personnel), soit imprécisée au moyen d'un signe (= pronom démonstratif). Le nom incomplet est celui qui a besoin de l'adjonction d'un autre mot, nom ou opération, pour nommer la chose (= pronom relatif, conjonction). Le nom d'un être est soit général, s'appliquant à toute unité de son groupe (= nom commun), soit particulier, ne

s'appliquant qu'à un individu pour lequel il est une marque prévalente (= nom propre). Quant à ses modalités, le nom est une chose connue ou inconnue ; il est singulier, duel ou pluriel ; il est considéré comme masculin ou féminin ; il peut être diminué.

– L'opération (= le verbe) est constituée par des paradigmes formés pour indiquer le temps de la réalisation d'un procès. Les grammairiens de Basra considéraient que l'opération est tirée du nom du procès, alors que ceux de Kufa estimaient que c'est le nom du procès qui est tiré de l'opération. Un paradigme indique que le procès a eu lieu dans le passé et qu'il a cessé ; un autre indique que le procès a lieu dans le présent et qu'il n'est pas achevé, ou qu'il aura lieu dans le futur et qu'il n'est pas arrivé. Mais les grammairiens de Kufa pensaient que c'est le nom de l'opérant (= participe actif) qui indique que le procès a lieu dans le présent. L'opération est aussi formée pour exprimer le rapport du procès avec celui qui l'opère et avec celui sur lequel il est opéré : un paradigme indique que le procès est accompli par l'opérant, et un autre qu'il est subi par l'opéré. De même, les paradigmes sont construits pour indiquer le rapport du procès avec la personne qui l'opère : celle qui parle (le locuteur), celle à qui l'on parle (l'interlocuteur) et celle dont on parle (l'absent). Enfin, il existe deux sortes d'opérations : celle qui dépasse l'opérant vers un ou plusieurs opérés (= transitive) et celle qui ne dépasse pas l'opérant vers un opéré (= intransitive).

– La particule (= article, préposition et interjection) est définie par les premiers grammairiens comme étant le mot qui n'est ni un nom ni une opération, et qui indique la signification d'une chose et rien d'autre. À l'opposé du nom, qui n'est pas signifiant, la particule est signifiante. Lorsque les grammairiens de Bagdad eurent admis que le nom signifie la chose, ils modifièrent l'ancienne définition de la particule qui devint le mot qui indique une signification non en lui-même, mais dans un autre mot que lui.

De la combinaison de ces trois sortes de mots entre eux résulte un énoncé ; mais, sur les neuf combinaisons théoriques, il n'y en a que deux qui soient possibles : un nom avec un nom, et une opération avec un nom.

## 📍 Les deux catégories de l'énoncé

Un énoncé est constitué par la connexion que le locuteur établit entre deux mots, le premier étant le connecté et le second ce à quoi il est connecté. Aucun de ces deux mots ne peut se passer de l'autre et chacun d'eux a besoin de l'autre : lorsqu'ils sont réunis, ils forment un énoncé complet, qui se suffit à lui-même et après lequel le locuteur peut faire silence. Les autres mots que le locuteur mentionne après l'achèvement de l'énoncé sont superfétatoires et ne font qu'ajouter à l'intérêt de l'énoncé, déjà complet, pour l'interlocuteur.

L'énoncé est de deux sortes :

– l'énoncé dont le premier terme est un nom « attaqué » sur lequel est construit un autre nom qui est une information à son sujet (= prédicat) ;

– l'énoncé dont le premier terme est une opération sur laquelle est construit un nom qui est son opérant (= sujet) ou son opéré (= objet).

Chez les premiers grammairiens, dans les deux sortes d'énoncés, le premier terme est le connecté et le second ce à quoi il est connecté. Mais, chez les grammairiens postérieurs, la notion de connexion ayant fait place à celle d'attribution, on observe un changement de terminologie : dans le premier énoncé, le nom attaqué est ce à quoi il est attribué, et l'information ce qui est attribué, alors que, dans le second énoncé, l'opération est ce qui est attribué, et l'opérant ce à quoi il est attribué.

Au moyen de l'énoncé, le locuteur informe l'interlocuteur de faits qui l'intéressent, mais qu'il ignore. Ceux-ci peuvent être de trois sortes :

– un fait certain, qui est soit une information (affirmative, négative ou exceptive), soit un serment (affirmatif ou négatif) ;

– un fait incertain, qui peut être : une interrogation (affirmative, négative ou réprobative) ; un ordre ou une invocation ; une défense ou une mise en garde ; une rétribution, en cas de réalisation d'une condition ; un souhait ;

– un fait affectif, qui peut être soit une interpellation ou une imploration,

soit une exclamation ou une déploration.

### 📍 Les positions respectives des mots dans l'énoncé

Dans l'énoncé, les mots occupent un certain nombre de positions les uns par rapport aux autres, selon un système binaire :

– par rapport à un nom, un autre nom peut être une information à son sujet ; il peut aussi le qualifier ou le spécifier, ou encore lui être annexé, substitué, coordonné ou adjoint ;

– par rapport à une opération, un nom peut être son opérant ou ce sur quoi, ce dans quoi, ce avec quoi, ce à cause de quoi, ce en compagnie de quoi il est opéré ;

– par rapport à une particule, un nom peut lui être annexé ;

– par rapport à un énoncé, un nom peut être un état, une circonstance de temps ou de lieu, une corroboration ;

– par rapport à un nom, une opération peut être une information à son sujet ; elle peut aussi le qualifier, ou encore lui être annexée ou adjointe ;

– par rapport à une opération, une autre opération peut entretenir avec elle un lien de coordination.

### 📍 Les comportements des mots dans la chaîne parlée

Dans la chaîne parlée, la consonne finale des mots est soit mue par une voyelle, soit non mue. L'état de la consonne finale de certains mots ne varie pas : le mot est alors considéré comme « constitué » selon cet état (voyelle ou absence de voyelle) ; c'est le cas des particules et du paradigme de l'opération indiquant le passé. Si l'état de la consonne finale du mot varie, le mot est alors considéré comme « arabisé » par l'une des trois voyelles ou l'absence de voyelle ; c'est le cas des noms et du paradigme de l'opération indiquant le présent/futur, parce qu'elle est « similaire » au nom de l'opérant (= participe actif).

Le problème, pour le locuteur, est de choisir entre quatre possibilités : voyelle /u/, voyelle /a/, voyelle /i/ ou absence de voyelle ; dans le nom, il a le choix entre l'une des trois voyelles ; dans l'opération, il a le choix entre la voyelle /u/ et la voyelle /a/ ou l'absence de voyelle.

Mais en fonction de quel critère le locuteur choisit-il tel ou tel état ? Il choisit cet état en fonction des « régissants ».

### 📍 La théorie des régissants

Les grammairiens arabes, en effet, ont construit une théorie d'après laquelle certains mots « régissent » l'état de la consonne finale des mots qui les suivent. Les régissants du nom sont nombreux :

- une opération explicitée ou implicite, qui régit soit la voyelle /u/ soit la voyelle /a/ ;
- un nom ayant la même réaction que l'opération, qui régit la voyelle /a/ ;
- un groupe de mots formant un énoncé, qui régit la voyelle /a/ ;
- un autre nom, qui régit la voyelle /i/ ;
- une particule, qui régit la voyelle /i/.

Quant au seul régissant de l'opération, c'est la particule, qui régit la voyelle /a/ ou l'absence de voyelle. Le fait d'être dénué de tout régissant entraîne, dans le nom et l'opération « similaire », la voyelle /u/.

Cette théorie des régissants a été unanimement acceptée par tous les grammairiens, et elle ne fut remise en question qu'en Occident, au XII<sup>e</sup> siècle, par un grammairien zahirite andalou, Ibn Mada' (mort en 1195). Dans sa *Réfutation des grammairiens*, Ibn Mada' critiquait l'abus que les grammairiens font de la recherche des « causes » pour justifier telle ou telle réaction, et rejetait la plupart d'entre elles. Mais la tentative d'Ibn Mada'

n'eut pas de suite, et la théorie des régissants continue de s'imposer aux grammairiens arabes jusqu'à nos jours.

### @ 3. Le droit

Existe-t-il un « droit » musulman ? Le droit dit « musulman » est-il un droit canonique, c'est-à-dire religieux ? Par quoi se distingue-t-il des prescriptions morales imposées aux fidèles de l'islam ? Après en avoir déterminé la nature, les structures et les caractères fondamentaux, il faudra en retracer les grandes lignes dans les divers domaines que le droit embrasse d'une manière générale. Le tableau d'ensemble des normes musulmanes sera suivi d'une vue sur les perspectives d'avenir d'un système multiséculaire, dont l'aire d'application se trouve à l'heure actuelle très réduite. Mais, tout d'abord, un bref aperçu historique renseignera sur les diverses phases de développement du droit musulman.

#### @ Aperçu historique

L'ensemble du message de Mahomet constitue le livre sacré de l'islam appelé Coran (Qur'an). Mais le Coran ne contient qu'un nombre dérisoire de textes ayant un caractère proprement juridique. En l'an 660, la dynastie des Omeyyades (Umayyades) créa un royaume arabe ayant pour capitale Damas, mais le centre de gravité de l'État musulman passa ensuite à Bagdad où les 'Abbasides fondèrent l'empire qui devait donner à la civilisation musulmane son plein essor. C'est alors seulement que l'on constate l'existence d'un droit musulman entièrement élaboré. La première compilation exhaustive qui nous soit parvenue remonte au XI<sup>e</sup> siècle. En fait, tout au cours du I<sup>er</sup> siècle de l'Islam, la communauté musulmane a vécu sous l'empire du droit coutumier qui était alors en vigueur soit au Hidjaz soit en 'Iraq. Sous les Omeyyades, les *qadis* (*qadi*) nommés par les khalifes (*khalifa*) ont dû faire face à une société plus développée. Ils ont rendu la justice en faisant état du droit en vigueur, mais aussi en prenant en considération qu'ils détenaient leur pouvoir du khalife musulman et que le droit applicable devait être un droit adapté à la nouvelle foi. Mais, jusqu'ici, la « science » du droit musulman n'était pas née. La doctrine musulmane n'apparaît dans l'histoire qu'après l'avènement des 'Abbasides. Elle a alors pris corps sous une forme achevée, dans la compilation de Saybani (mort en 189 de l'hégire). Cet auteur se réclame d'Abu Hanifa (m. en 150 hég.) qui a été considéré comme le fondateur du droit appelé, de son nom,

hanéfite. Il mentionne également un autre disciple de ce fondateur : Abu Yusuf Ya'qub (m. en 182 hég.). Tous ces noms que la tradition a conservés n'ont pu, malgré tout, fonder d'un coup tout le système juridique qu'incarne le droit hanéfite. En fait, le système dit hanéfite n'est que la cristallisation d'un droit de source iraquienne qui a été accommodé aux besoins de la société musulmane. Mais, au même moment ou à peu près, un autre droit appelé malékite prend consistance. Il est rattaché à Malik ibn Anas (m. en 179 hég.). En fait, Malik et ses prédécesseurs (les sept jurisconsultes de Médine) ont modelé la coutume médinoise, et le droit dit malékite n'est qu'une nouvelle dénomination du système juridique appelé médinois et qui était toujours opposé, dès avant la fondation des écoles, au système iraquien.

L'histoire du droit musulman a, depuis, traversé trois phases. La première que nous appellerons « préclassique » est celle où les compilations fondamentales ont vu le jour. Le fait prédominant de cette période est celui de la prolifération des écoles. Déjà en Syrie, tout au début de l'époque préclassique, al-Awza'i (m. en 157 hég.) avait essayé de poser les bases d'une école autonome. Mais après la fondation des écoles hanéfite et malékite, à l'intérieur de l'orthodoxie musulmane (sunnites), al-Shafi'i (m. en 204 hég.) fondera l'école shaféite qui établit un compromis entre les deux tendances et fait prévaloir celle de Médine. Puis ce fut le tour d'Ibn Hanbal (m. en 241 hég.), qui opte pour un éclectisme manifeste. Au sein des dissidents (shi'ites), on constate aussi la multiplication des écoles : l'école zaydite fondée par Zayd ibn 'Ali (m. en 145 hég.) et l'école imamite (duodécimains). Signalons enfin l'école zahirite (ou des Zahiriyya) fondée par Da'ud (m. 290 hég.), qui s'attache à la lettre des sources scripturaires. Un autre mouvement à caractère politique appelé le kharidjisme s'est créé une école propre, l'école kharidjite, qui se situe en dehors des sectes sunnites et shi'ites.

L'époque « classique » verra l'éclosion des ouvrages qui au cours des III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> siècles de l'Islam vont exposer, chaque auteur suivant son école, le droit musulman tel qu'il découle des collections fondamentales, mais selon une méthode plus rationnelle. Des tentatives de systématisation ont été dès lors amorcées qui n'ont pu enlever, malgré tout, au droit musulman son caractère empirique. Ces ouvrages continuent, de nos jours, à être invoqués pour établir l'authenticité de telle ou telle solution.

On a coutume de dire que la « porte de l'effort » (*bab al-igtihad*) a été scellée dès la fin du IV<sup>e</sup> siècle de l'hégire. On entend par là que toute liberté d'émettre une opinion a été abolie. Dès lors, la littérature juridique va consister principalement à gloser les ouvrages classiques. Ce sera l'époque que l'on peut appeler « postclassique » et qui s'est étendue jusqu'à nos jours. Mais il faut constater qu'au contact de la civilisation occidentale le droit musulman entre à l'heure actuelle dans une nouvelle phase, qui sera décrite plus loin.

## 🕒 Nature, structure et traits fondamentaux du droit musulman

L'épithète « musulman » appliquée au droit est à l'origine d'un malentendu. Les musulmans ignorent la distinction occidentale entre droit canonique et droit laïc. Il n'existe pas d'Église au sein de l'Islam. Si, en Islam, la ligne de démarcation entre le temporel et le spirituel se trouve être très estompée, en fait, les docteurs de l'Islam distinguent bien le domaine du droit de celui de la morale ou de la religion. Ils prennent toujours soin de relever que l'acte peut être répréhensible en religion (*diyanatan*), alors qu'il est valable en droit, aux yeux du juge (*qada'an*).

Le droit musulman est tout autant un droit positif que le droit romain à l'époque où le *jus* était distingué du *fas*. Il est né et a pris corps sous le califat 'abbaside, qui était un État théocratique n'ayant pas d'autre qualificatif que celui d'État musulman ; c'est pourquoi les jurisconsultes qui l'ont codifié l'ont aussitôt qualifié de musulman. Si ces docteurs de l'Islam ont tenu compte des injonctions de la foi musulmane, notamment dans les matières où les sources scripturaires sont plus abondantes, il n'en reste pas moins vrai que la construction du *corpus juris* ne doit presque rien à ces sources scripturaires. Le droit musulman est un droit positif puisé dans le fonds coutumier oriental où vécurent les premiers jurisconsultes musulmans. Pour bien faire ressortir le caractère proprement juridique du système musulman, il sied de considérer, dans sa structure même, la règle posée par les docteurs de l'Islam.

La règle posée dans les ouvrages de doctrine musulmane possède les caractères communs aux règles de droit. En premier lieu, cette « réalisabilité formelle » dont parle Ihering. La règle s'attache, en effet, au fait externe, sans

considération aucune pour les motifs psychologiques de l'acte. L'intention n'entre en ligne de compte qu'en vue de la sanction morale ou religieuse. Les juristes musulmans étaient conscients de leur tâche : la règle posée doit recevoir application dans la pratique. Et le droit musulman, tel qu'il a été édifié par ces juristes, fut des siècles durant un droit vivant. L'existence d'ouvrages consacrés aux modèles d'actes juridiques, aux subterfuges (*hiyal*) destinés à pallier la rigueur de la loi le prouve à suffisance. Si, en matière pénale, certaines prescriptions semblent avoir été négligées, ce fait est dû à une certaine organisation judiciaire qui a permis par exemple à l'édile curule (*muhtasib*) d'exercer un contrôle d'une manière discrétionnaire sur les voies publiques et les marchés.

La règle posée n'est donc point, comme le pensent certains orientalistes, une règle de déontologie, mais bel et bien une règle de droit positif.

Le droit musulman est à caractère empirique. Les ouvrages de droit musulman ne contiennent point de théories générales. Les divers contrats y sont étudiés successivement sans aucun ordre logique. De même, la responsabilité délictuelle y est traitée dans certains cas déterminés. Dans sa structure externe, le droit musulman est une sorte de *case-law*. C'est le cas singulier (*mas'ala*) qui est surtout visé. La méthode casuistique est à la base de la science du droit musulman. Il faut cependant relever la subtilité raffinée déployée par les auteurs dans l'examen minutieux des détails. Ce ne sont pas uniquement les cas surgis dans la pratique qui retiennent leur attention : leur imagination se donne libre cours pour découvrir les hypothèses les plus éloignées de la pratique. C'est la « casuistique » qui révèle le caractère sémitique de ce droit.

L'esprit général du droit musulman se caractérise par un objectivisme foncier. Tout le système est basé sur une série de présomptions irréfragables qui permettent une sécurité statique inébranlable. Les juristes musulmans ont toujours et partout envisagé l'« objet » du droit plutôt que ses « sujets ». Ils ont visé surtout à établir le règne d'une « justice commutative ». C'est pourquoi la notion d'« équivalence » joue un rôle important dans la théorie du contrat. Elle a été poussée jusqu'à ses limites extrêmes dans la théorie de l'usure.

Et c'est ainsi que le droit musulman se présente à nos yeux comme le résultat de l'activité soutenue par des lignées de juristes dispersés sur plus d'un point du vaste monde musulman. La civilisation qui eut tant d'éclat dans les domaines des sciences et des arts a aussi laissé son empreinte dans le domaine du droit.

## @ Les institutions musulmanes

### **Le droit public**

Le système musulman de gouvernement repose sur une base théocratique. Le khalife représente l'autorité suprême et réunit tous les pouvoirs entre ses mains. Cependant, en tant que théocratique, le pouvoir du khalife ne saurait comprendre le droit de légiférer dans les matières qui ont été, une fois pour toutes, réglementées par la loi musulmane (*sari'a*). En revanche, le pouvoir exécutif ainsi que le pouvoir judiciaire lui appartiennent dans toute leur plénitude. En fait, le khalife délègue son pouvoir exécutif, dans les provinces, aux *walis*, comme il délègue le pouvoir judiciaire aux qadis. Depuis l'époque des 'Abbasides, le khalife se contente de nommer le Grand Qadi qui, lui, subdélègue à son tour de nombreux qadis.

### **L'organisation judiciaire**

L'organisation judiciaire musulmane se distingue par sa simplicité et par son unité. Le tribunal se compose toujours d'un juge unique et celui-ci connaît, en principe, de toutes sortes de litiges. D'autre part, il n'existe pas, dans la justice musulmane, différents degrés de juridictions, tels que l'appel ou la cassation. Malgré tout, dès les débuts de l'ère islamique, une répartition des compétences s'est opérée, d'une manière empirique. Ainsi le *qadi al-'askar* était désigné pour connaître des litiges qui surgissaient entre gens de l'armée. D'un autre côté, une sorte de juridiction administrative a vu le jour sous l'étiquette de *dar-al-mazalim*, qui avait à connaître des plaintes portées contre l'administration. Cette juridiction n'était point astreinte à appliquer la lettre de la loi islamique, mais pouvait juger « en équité ». Il en fut de même, à une époque tardive, du *hagib*, qui avait à connaître des affaires commerciales courantes. Enfin, en matière pénale, le *Sahib as-surta* infligeait généralement les pénalités encourues par les délinquants de droit commun. Il y avait aussi les édiles curules (*muhtasib*) qui s'occupaient de la

police des marchés et des voies publiques.

Comme la preuve administrée par les parties devant la juridiction musulmane repose principalement sur le témoignage, un corps constitué de témoins ('*udu*) était rattaché au tribunal et dépendait d'un membre auxiliaire de la justice, dénommé *sahib al-masa'il*.

### **La justice répressive**

En principe, le qadi était compétent en matière pénale, réserve faite de la compétence du *sahib as-surta* et du muhtasib déjà évoquée. Le qadi devait appliquer le droit pénal musulman – qui repose sur une distinction fondamentale entre le *hadd* (peine fixe) et le *ta'zir* (peine discrétionnaire). Il n'existait de peine fixe que pour six crimes nommément désignés, à savoir : l'homicide, la fornication, la fausse imputation de fornication, le vol, l'usage de la boisson alcoolique et le brigandage ou la rébellion. Pour l'homicide volontaire, la mort était encourue par le coupable, mais la peine était exécutée par la famille de la victime. L'homicide involontaire entraînait seulement le paiement du prix du sang (*diyyah*). Quant à la fornication, elle était punie de la lapidation, lorsqu'elle constituait un adultère. Dans les autres cas, la peine en était la flagellation. Il en était de même de la fausse imputation de fornication et de l'usage de la boisson. Enfin, le voleur avait la main coupée et le brigand ou rebelle était mis à mort (crucifié par exemple) ou amputé de quelque membre. En dehors de ces crimes à peine fixe, le qadi pouvait infliger toutes sortes de peines, laissées à sa discrétion, en châtiment d'infractions non prévues par la loi.

### **Condition de la personne**

Dans l'État théocratique musulman, le lien qui relie la personne à l'État est précisément le lien religieux. Cependant, les sujets non musulmans ont pu jouir des droits de la personnalité et cela en vertu d'une sorte de charte, dénommée '*ahd adh-dhimma*, qui leur octroyait en principe les mêmes droits qu'aux sujets musulmans.

L'état de la personne se trouvait, malgré tout, conditionné par la religion, à laquelle elle appartenait. C'est ainsi que les *dhimmis* (bénéficiaires de la

*dhimma*) étaient soumis à un impôt spécial : la *gizya*. D'autre part, leurs litiges étaient tranchés par les chefs de leurs communautés respectives : l'État islamique s'en désintéressait.

L'étranger, c'est l'*hostis (al harbi)*. En principe, il est démuné de tout droit. Mais l'étranger qui était autorisé à entrer en pays d'islam devenait par le fait même un *musta'min*. Sa personne et ses biens se trouvaient protégés, en vertu de l'autorisation donnée, appelée *aman*. Le séjour de l'étranger ainsi autorisé ne pouvait, en principe, se prolonger au-delà d'un an. Si l'étranger entend demeurer dans le pays, il entre dans la catégorie des dhimmis et sera astreint à payer la *gizya*, comme il sera soumis au statut du *dhimmi* d'une manière générale.

Le musulman jouit, quelle que soit sa condition, de la plénitude de sa personnalité. Il a seul accès, en principe, aux fonctions publiques. Toutefois, si l'islam ne fait point état de la classe sociale à laquelle appartient l'individu, il reste qu'une partie de la population était démunie des droits de la personnalité, du fait de l'esclavage. L'esclave (*'abd*) n'est pas une personne, en droit musulman, mais diverses prescriptions ont tendu à améliorer sa situation sociale et à activer sa libération.

La condition de la femme musulmane était, en droit, égale à celle de l'homme : elle était pourvue d'une complète capacité de jouissance et d'exercice. La femme mariée elle-même conservait cette capacité et n'était pas soumise à la tutelle du mari. Cependant, seule la polygamie (à l'exclusion de la polyandrie) était admise dans certaines limites. D'autre part, seul le mari avait droit à la répudiation (*talaq*). Le divorce (*tatliq*) était prononcé, sur la demande de la femme dans certains cas exceptionnels.

## **Régime des biens**

En droit islamique, les terres et tous autres biens font l'objet d'un droit de propriété individuelle. La propriété s'acquiert notamment par contrat ou par voie de succession. La vente et tous actes translatifs de propriété transfèrent le droit par leur vertu propre. Aucune mesure de publicité n'est envisagée, dans les ouvrages de droit, en matière immobilière. En principe, le droit de propriété est absolu et comporte, avec l'*usus* et le *fructus*, l'*abusus*. Toutefois, les éléments de la

propriété peuvent se trouver dissociés : nue-propriété d'une part et usufruit d'autre part.

Les règles de droit musulman établies pour régir les contrats sont en général impératives. La vente est le contrat type ; elle est formée par l'émission de deux déclarations concordantes ; elle constitue une « cause » (*sabab*). Les effets en seront le transfert immédiat de la propriété de la chose vendue, du patrimoine du vendeur à celui de l'acquéreur. Accessoirement à cet effet, des droits naissent de part et d'autre en fonction de cet effet. Le contrat ne vise donc pas à créer des obligations à la charge de l'une ou de l'autre des parties contractantes. C'est pourquoi la volonté individuelle n'entre pas en ligne de compte.

Les contrats réglementés dans les ouvrages de droit sont au nombre d'une cinquantaine environ. Il y a d'abord les *synallagma* (*mu'awadat*) : vente, louage, transaction. Il y a ensuite les libéralités (donation, testament) et les semi-libéralités (prêt ou cautionnement).

## 🕒 Le droit musulman à l'époque moderne

Vers la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, la Sublime Porte a promulgué la première codification musulmane, appelée la « Méjellé ». Elle reçut application dans les divers pays faisant partie de l'Empire ottoman, à l'exclusion de l'Égypte. Cette codification renferme les textes relatifs aux transactions – actes et contrats – tels qu'ils ont été posés dans les ouvrages de droit hanéfite. La Méjellé n'est plus en vigueur à l'heure actuelle, sauf en Jordanie et au Koweït.

Des codes d'inspiration occidentale ont, un peu partout en pays d'Islam, été promulgués pour régir les divers rapports de droit qui naissent entre particuliers ou qui surgissent entre l'État et les citoyens.

Mais dans tous ces pays – réserve faite de la Turquie –, le droit de la famille est resté un domaine interdit. Dans ce domaine, qui englobe également la matière des successions et des testaments, le droit musulman a conservé son autorité. Il demeure un droit positif vivant dans les divers pays arabes du Proche-Orient (République arabe unie, Syrie, Liban, Jordanie, Iraq) et de l'Afrique du Nord (Libye, Tunisie, Algérie, Maroc), comme dans certaines régions de

l'Afrique noire (Soudan) ou de l'Asie (Iran, péninsule arabique : Arabie Saoudite, Yémen, Koweït).

Le droit en vigueur dans cette partie du monde, c'est le droit musulman, tantôt hanéfite, tantôt malékite ou autre, lorsqu'il s'agit d'une matière relevant du statut personnel.

Cependant, à l'époque contemporaine, l'on ne tient plus toujours au droit musulman classique tel qu'il a été consigné dans les ouvrages de doctrine. Déjà, en 1917, un code ottoman de la famille est venu introduire certaines modifications au droit hanéfite, puisées chez des auteurs appartenant aux autres écoles. Depuis, l'exemple a été suivi : après les lois égyptiennes de 1920 et de 1929, la Jordanie (1951), la Syrie (1953), la Tunisie (1956), le Maroc (1957) et l'Iraq (1959) ont eu leurs propres codes de statut personnel. Seul le Liban continue d'appliquer le code ottoman de 1917. En Iran, une loi de 1967 est venue emboîter le pas aux autres pays d'islam.

Dans toutes ces législations, la famille prend un nouveau contour. Le lien conjugal s'affermi, la polygamie est soumise à des conditions plus restrictives, si elle n'est pas franchement abolie. Le droit à la répudiation est par ailleurs réglementé d'une manière plus limitative.

### 📍 Perspectives d'avenir

Le droit musulman n'est plus à l'heure actuelle que le droit de la famille, dans la plupart des pays d'islam. Il règne, dans ces pays, un dualisme choquant entre un système hérité et des systèmes empruntés à l'Occident. C'est pourquoi un mouvement se dessine en vue d'une réunification des sources.

Le législateur égyptien a posé à l'article premier du Code civil de 1948 que, à défaut de disposition législative ou d'une coutume applicable, le juge statuera d'après les principes du droit musulman. Ce texte doit servir à promouvoir une nouvelle réception du droit musulman.

En attendant, le droit musulman se présente à nos yeux comme un ensemble de collections canoniques auxquelles sont venus se juxtaposer depuis

une date récente quelques textes législatifs.

Tel qu'il est, il constitue une mine inépuisable de concepts dont l'étude présente un intérêt incontestable pour les recherches historiques et comparatives.

## 🕒 4. La théologie

En islam, la théologie a été appelée curieusement « science de la parole » (*'ilm al-kalam*), et ceux qui la pratiquent « ceux qui parlent » (*al-mutakallimun*). On a proposé de cela plusieurs explications ; celle qui prévaut aujourd'hui est que ladite science aurait été ainsi caractérisée non par son objet, mais par son mode d'argumentation. Le discours théologique en islam a été longtemps, en effet, de nature essentiellement polémique ; il s'agissait de réduire à quia un adversaire par un défilé ininterrompu de questions, chaque réponse de l'adversaire recevant aussitôt sa réplique. C'est cet art de la controverse, incontestablement typique, qu'on aurait dénommé « science de la parole ».

C'est une question très débattue que de savoir comment a pris naissance la théologie en islam et à quel moment. Il ne fait pas de doute que, dès la période omeyyade, des problèmes de nature théologique ont été posés, que des doctrines, des écoles ont vu le jour. Mais ce que nous en savons nous est connu presque toujours de seconde main, et pour l'essentiel à partir d'ouvrages doxographiques dont les plus anciens datent de la seconde moitié du III<sup>e</sup> siècle de l'hégire/IX<sup>e</sup> siècle après J.-C.

Tout aussi incertaine est la question des influences subies. On a beaucoup parlé d'une influence possible de la théologie chrétienne ou de la philosophie hellénistique. Qu'il y ait eu certains emprunts est indéniable (par exemple en matière de cosmologie), encore est-il fort difficile d'en reconstituer le cheminement ; et il ne faut surtout pas en exagérer la portée (comme on l'a fait trop souvent). La problématique théologique en islam, les doctrines qu'elle y a suscitées doivent être avant tout abordées et comprises dans leur contexte propre.

Historiquement – outre la question dite de l'« imamat » (c'est-à-dire la direction de la communauté musulmane après la mort du Prophète), de nature plus politique que théologique –, le premier problème posé à la conscience musulmane

a été celui de la foi et des œuvres : pouvait-on considérer comme « croyant » celui qui, bien que se disant musulman, n'observe pas la Loi ? Une première réponse, négative, a été celle des kharidjites : tout musulman pécheur devient, de ce fait, « mécréant ». D'où est née, en réaction, une seconde doctrine selon laquelle tout jugement de cette sorte n'appartenait qu'à Dieu, les hommes n'ayant donc pas ici-bas à s'en charger ; les tenants de cette thèse ont été appelés « murdjites » (littéralement « ceux qui remettent à plus tard »). Un autre problème tôt soulevé a été celui de la responsabilité de l'homme vis-à-vis de ses fautes (le Coran étant, sur ce point, fort ambigu) : l'homme décide-t-il librement de ses actes, ou bien sa conduite est-elle d'avance déterminée par Dieu ? Paradoxalement, les partisans de la première doctrine ont été appelés « qadarites » (alors que *qadar* signifie au contraire la prédétermination de toute chose par Dieu). Leurs adversaires, tenants de la prédestination, ont reçu, quant à eux, le sobriquet de « djabrites » (de *djabr*, « contrainte »).

Très tôt également, certains se sont posé la question de la nature de Dieu, dont le Coran dit qu'« à Sa semblance il n'est rien » (XLII, 11). Comment fallait-il comprendre cela ? Sur ce point, un certain Djahm (m. en 128/745) – par ailleurs partisan des thèses murdjite et djabrite – s'est rendu célèbre en affirmant une radicale transcendance de l'être divin : rien de ce qui est dit de l'homme ne peut être dit de Dieu, et inversement. Djahm niait en particulier que Dieu pût, au sens propre, parler (en dépit de *Coran*, IV, 164) ; le Coran n'était pas réellement Sa parole, mais une parole créée par Lui.

De ces premières « chapelles » du temps de Omeyyades sont issues les grandes écoles théologiques constituées sous le califat abbasside.

La première chronologiquement est l'école dite « mu'tazilite », ainsi nommée, pense-t-on, parce que ses premiers partisans prétendaient « se tenir à l'écart » (*i'tazala*) des deux partis opposés, kharidjite et murdjite, sur la question du statut du musulman pécheur. Née à Basra, elle a dominé la scène jusqu'à l'avènement des Seldjoukides (447/1055), a survécu ensuite en gros jusqu'à la conquête mongole (656/1258). Très tôt (à la fin du II<sup>e</sup> siècle de l'hégire), l'école s'est scindée en deux groupes, celui de Basra et celui de Bagdad. Quelques noms méritent particulièrement d'être cités : chez les « basriens », Abu I-Hudhayl (m. en

227/841), les deux Djubba'i, Abu 'Ali (m. en 303/915) et son fils Abu Hashim (m. en 321/933), 'Abd al-Djabbar (m. en 415/1025) ; chez les « bagdadiens », Bishr b. al-Mu'tamir (m. en 210/825), Abu l-Qasim al-Balkhi (m. en 319/931). De multiples divergences opposent les deux groupes, mais sans jamais, bien sûr, toucher à l'essentiel.

Deux principes fondamentaux inspirent la doctrine mu'tazilite. D'une part, une conception très stricte de l'unicité de Dieu – d'où la négation en lui de tout attribut éternel (compris comme entité conjointe à son essence), et en particulier l'idée que sa parole est créée –, ainsi que de son absolue transcendance – d'où le rejet de toute représentation anthropomorphique (les termes coraniques de cette nature étant à comprendre métaphoriquement), et la négation de toute possibilité de voir Dieu (en dépit de *Coran*, LXXV, 22-23, qu'il convient, là aussi, d'« interpréter »). D'autre part, le principe de la nécessaire justice de Dieu, l'idée que, vis-à-vis des créatures, Dieu est *tenu* d'agir de telle ou telle façon, sans quoi il serait injuste. Cela implique notamment le rejet de l'idée de prédestination : il serait injuste de la part de Dieu de décider à l'avance que tel sera sauvé et tel autre damné, sans que ni l'un ni l'autre ne l'ait *mérité* par ses actes. Non seulement Dieu doit laisser les hommes libres de faire leur salut, mais il doit aussi accorder à tous pareillement sa grâce. Il est tenu de récompenser ceux qui lui auront obéi, de pardonner au pécheur repentant, de refuser au contraire son pardon au pécheur non repentant, etc.

Comme on le voit, les mu'tazilites avaient une approche systématiquement « rationaliste » des problèmes théologiques. Pour eux, c'est fondamentalement par la raison que l'homme est à même de connaître Dieu, son existence, sa nature, son comportement vis-à-vis des êtres créés. La révélation coranique ne peut à cet égard que confirmer ce que la raison a établi, et il suffira donc, en cas de contradiction apparente, de l'« interpréter » convenablement. Sur le plan normatif, il en va de même : notre intelligence est en mesure de connaître par elle seule ce qui est bien et mal ; c'est simplement un supplément d'information que, sur ce point, la révélation nous apporte (qu'il est bon de prier, de jeûner, etc.).

Leur « rationalisme » a conduit par ailleurs les mu'tazilites à élaborer, en marge de leur théologie, toute une cosmologie, fondée sur deux principes : que les corps sont des composés d'atomes ; que l'univers entier est fait de substances

(identifiées aux atomes) et d'accidents inhérents à ces substances. Toutes conceptions, on s'en doute, complètement étrangères au Coran.

C'est cette approche rationaliste qui, dans un premier temps, a suscité, contre les mu'tazilites, la réaction des milieux « sunnites », de ceux qui, tant au niveau du dogme que de la pratique, prétendaient s'en tenir avant tout à la révélation, Coran et *sunna* du Prophète. Chez certains, cette réaction a pris la forme d'un rejet pur et simple du '*ilm al-kalam* ; tel a été le cas notamment d'Ibn Hanbal (m. en 241/855) et de ses premiers disciples, qui, certes, professaient eux aussi un certain credo, mais limité à quelques énoncés, sans l'appareil rhétorique ni tous les à-côtés philosophiques du *kalam* mu'tazilite. D'autres, en revanche, pour faire pièce efficacement à ce dernier, pensèrent devoir mettre au service du credo sunnite tout cet acquis technique et philosophique. C'est ainsi qu'ont vu le jour les grandes écoles théologiques sunnites.

La principale a été fondée par al-Ash'ari (m. en 324/935), et dont les plus illustres représentants ont été al-Baqillani (m. en 403/1013), al-Djuwayni (m. en 478/1085), Fakhr al-din al-Razi (m. en 606/1209). Sur toutes les questions mentionnées plus haut, al-Ash'ari prend le contre-pied des thèses mu'tazilites : affirmation de la réalité des attributs éternels, du caractère incréé de la parole divine ; réalité des attributs anthropomorphiques, qu'il ne faut simplement pas chercher à expliquer ; visibilité de Dieu ; réalité de la prédestination ; absolue liberté de Dieu, à qui nulle règle ne saurait s'imposer, qui accorde arbitrairement sa grâce, son pardon, etc. De telles conceptions sont indubitablement plus proches de la lettre du Coran comme de la tradition prophétique. Ce qui n'empêche que par ailleurs (c'est pourquoi les adversaires du *kalam* les condamneront tout autant) les ash'arites usent des mêmes modes de raisonnement que les mu'tazilites, et reprennent intégralement à leur compte leur cosmologie.

L'école ash'arite est d'origine irakienne, comme l'école mu'tazilite ; ses adeptes étaient surtout shafi'ites et malikites. La deuxième grande école théologique sunnite a pris naissance, elle, en Transoxiane, dans un milieu purement hanafite. Fondée par al-Maturidi (m. en 333/944), elle a compté dans ses rangs notamment Abu l-Mu'in al-Nasafi (m. en 508/1114). Peu de divergences séparent les deux écoles. La plus substantielle concerne le problème du

fondement du bien et du mal. Alors que, pour al-Ash'ari, seule la Loi révélée peut nous les faire connaître, et non notre intelligence, al-Maturidi, proche en cela des mu'tazilites, opte pour le point de vue contraire.

Les chiites, pour leur part, tant zaydites que duodécimains, n'ont pas de doctrine théologique spécifique, sauf, bien sûr, sur la question de l'imamat. L'histoire a voulu que, d'abord partisans de thèses « sunnites » (anti-qadarites en particulier), ils adoptent ensuite les thèses mu'tazilites, en sorte que c'est par eux qu'en islam le mu'tazilisme a survécu.

L'âge d'or de la théologie musulmane prend fin à peu près avec la conquête mongole. Commence alors une longue période de « conservatisme figé », le temps des « manuels » indéfiniment commentés et recommentés. À l'époque contemporaine, le genre a connu un certain renouveau, avec Muhammad 'Abduh (m. en 1905). Mais il n'y a pas encore, de nos jours, une théologie islamique digne de ce nom, ou du moins digne de son passé.

## 🕒 5. La mystique

En l'an 632, lors du Pèlerinage d'adieu et trois mois avant sa mort, le Prophète Muhammad s'adressait à la foule des musulmans et leur demandait : « Ai-je bien transmis mon message ? », et avant de les quitter il leur donnait cette ultime recommandation : « Que celui d'entre vous qui est témoin informe celui qui est absent ! » Le double message de l'islam, à la fois loi (*shari'a*) et vérité spirituelle (*haqiqa*), Coran, parole de Dieu révélée « en langue arabe claire », et sunna, tradition du Prophète constituée de ses propos et de ses actes, était ainsi confié aux croyants, qui avaient pour devoir de le communiquer.

### 🕒 L'islam et l'obligation de l'instruction spirituelle

Selon une autre parole fondamentale de Muhammad : « La recherche du savoir est une obligation pour tout musulman. » Ce hadith est revendiqué par tous les « savants », et plus particulièrement par ceux qui sont éminemment « les héritiers » du Prophète, et dont la fonction est d'enseigner « la science des cœurs » (*'ilm al-qulub*), « la science de la gnose » (*'ilm al-ma'rifa*), ou encore « la science de la vie spirituelle », le soufisme (*'ilm al-tasawwuf*). Cela implique que

celui qui « aspire à Dieu » (*murid*) a besoin d'un maître (cheikh), sans lequel, livré à l'ignorance, il risquerait de s'égarer gravement. 'Abd al-Qadir al-Jilani, le grand saint de Bagdad (mort en 1166), écrit à ce sujet dans sa *Gunya* (II, pp. 184-185) : « Dieu a été l'instructeur direct d'Adam, puis après sa chute ce fut Gabriel qui s'est chargé de son enseignement [...]. Ce fut également Gabriel qui a instruit Muhammad et qui lui a appris notamment comment pratiquer les ablutions (*wudu*) et les gestes de la prière rituelle (*salat*) [...]. Muhammad a instruit ses compagnons (*sahaba*), et à leur tour ceux-ci ont instruit les musulmans de la deuxième génération (*tabi'un*), et ainsi de suite [...]. Les cheikhs, quant à eux, sont le chemin qui mène à Dieu, les guides qui conduisent à Lui, et la porte par laquelle on pénètre jusqu'à Lui [...]. Le *murid* ne doit pas se séparer de son cheikh tant qu'il n'est pas parvenu à son Seigneur, qui se chargera alors de l'éduquer et de le former. »

### 🕉 La sainteté, « amitié divine » (« *walaya* ») et « proximité de Dieu » (« *qurba* »)

Selon la dernière phrase de la citation précédente, le rôle du maître spirituel s'arrête là où commence celui de Dieu à l'égard des êtres d'exception, c'est-à-dire les saints. Le mot qui les désigne habituellement est celui de *wali* (*awliya'* au pluriel). Des versets coraniques (X, 62-64), souvent cités, attestent que : « Les amis de Dieu n'éprouveront plus aucune crainte ni aucune affliction, eux qui auront cru et auront fait preuve de piété. Ils auront reçu la bonne nouvelle dans la vie immédiate... » La racine *wly*, à laquelle appartiennent le mot *wali* et le mot *walaya*, la « sainteté », contient les deux idées d'amitié et de proximité ; les saints du rang le plus élevé seront donc également désignés dans le Coran par le terme *al-muqarrabun* (LVI, 11), « ceux qui sont rapprochés », et qui « devancent » (*al-sabiqun*) les autres croyants.

Ces deux notions d'amitié divine et de proximité de Dieu se retrouvent dans un célèbre *hadith qudsi* (où Dieu parle à la première personne), consigné dans les recueils canoniques de traditions : « Quiconque manifeste de l'hostilité envers l'un de Mes amis, Je lui déclare la guerre. Mon serviteur ne se rapproche pas de Moi par quelque chose qui Me soit plus agréable que l'accomplissement de ce que Je lui ai prescrit, et Mon serviteur ne cesse de se rapprocher de Moi par des œuvres surrogatoires, jusqu'à ce que Je l'aime. Et, quand Je l'aime, Je suis

son ouïe par laquelle il entend, sa vue par laquelle il voit, sa main par laquelle il saisit et son pied avec lequel il marche. S'il M'adresse une demande, en vérité, Je l'exauce !... » Cette tradition, connue sous le nom de *hadith al-walaya*, a fait l'objet d'un long commentaire sous la plume du cheikh yéménite al-Shawkani (mort en 1832), dans lequel il réfute la thèse de l'*ittihad*, c'est-à-dire de l'identification entre le créateur et la créature, soutenue par certains hérétiques.

Une autre tradition, comptée par le hanbalite Ibn Batta parmi les « vérités auxquelles il faut croire », est à rattacher à la précédente : « Quiconque s'approche de Moi d'un empan, Je M'approcherai de lui d'une coudée. Quiconque s'approche de Moi d'une coudée, Je M'approcherai de lui d'une brassée. Quiconque s'approche de Moi en marchant, Je M'approcherai de lui en Me hâtant. »

Au sommet de la hiérarchie des saints se trouvent les envoyés divins (*al-rusul*), les prophètes (*al-nabiyyun*), les justes (*al-siddiqun*), les martyrs (*al-shuhada'*), et les serviteurs parfaits (*al-salihun*). Il est à noter que Marie, la mère de Jésus, est la seule femme qui ait droit dans le Coran (V, 75) au qualificatif de « juste » (*siddiqa*). Ibn 'Arabi, « le plus grand des maîtres » (mort en 1240), précise dans ses *Futuhât* (II, p. 24) que « le *siddiq* trouve, par une nécessité innée [*daruratan*], la lumière de la foi dans l'œil de son cœur », donc naturellement et sans effort.

L'élaboration doctrinale de la notion de *walaya* se fera d'abord chez al-Hakim al-Tirmidhi (mort en 930) – on se référera sur ce point aux travaux de Geneviève Gobillot – et ensuite chez Ibn 'Arabi. Les penseurs de l'islam shi'ite développeront, quant à eux, les notions de « cycle de la prophétie », clos par Muhammad, et de « cycle de la sainteté », qui ne sera clos que par la parousie du mahdi, de l'imam « attendu » et présentement « caché ». On renverra sur ces questions aux travaux d'Henry Corbin et de Christian Jambet.

## @ La voie spirituelle et le soufisme

Celui qui aspire à Dieu, le *murid*, est généralement désigné comme étant un *mutasawwif*, c'est-à-dire un homme qui entre dans la voie spirituelle, le *tasawwuf*, et qui, s'il parvient au terme, sera un *sufi*. Mais le mot *sufi* a pris un sens beaucoup plus large ; il s'applique alors à tout musulman qui se place sous la

direction et la sauvegarde d'un maître, qui, par le pacte initiatique (*bay'a*, *mubaya'a*), lui communique sa bénédiction (*baraka*) et l'autorise à pratiquer méthodiquement l'invocation de Dieu (*dhikr*), dont l'aboutissement espéré peut être la réalisation (*tahqiq*) d'une expérience spirituelle.

C'est à la fin du VIII<sup>e</sup> siècle que l'appellation collective de « soufis » aurait désigné, pour commencer, un certain groupe parmi les ascètes de Kufa, sans doute parce qu'ils se singularisaient par le port d'un vêtement de laine (*suf*) blanche en signe de pénitence. Un siècle plus tard, elle s'applique à la corporation des mystiques de Bagdad, dont les plus notoires sont Junayd, « le seigneur de la tribu spirituelle » (mort en 911), et al-Hallaj (mort martyr en 922). Mais il est important de noter que des théoriciens célèbres de la vie spirituelle, tels que al-Muhasibi (mort en 857-858), l'auteur de *L'Observance des droits de Dieu*, et Abu Talib al-Makki (mort en 996), l'auteur de *La Nourriture des cœurs*, n'emploient pas le mot *tasawwuf*. Quant au mot *sufi*, utilisé rarement par al-Makki, il a plutôt chez lui le sens défavorable d'« extatique ». Il faut signaler aussi qu'au Khurasan, et à la même époque (IX<sup>e</sup> et X<sup>e</sup> s.), s'étaient développées deux formes particulières de spiritualité, celle des « chevaliers de la foi » (*fityan*) et celle des « hommes du blâme » (*ahl al-malama* ou *malamatiyya*), auxquelles Sulami (mort en 1021) consacra deux opuscules. Les soufis de Bagdad bénéficieront de l'apport spirituel des Khurasaniens, notamment d'Abu Hafis al-Haddad (« le Forgeron ») venu donner aux disciples de Junayd une leçon de « chevalerie de la foi » (*futuwwa*). Assez contradictoirement, et pour des raisons qui restent mystérieuses, ce sont des Khurasaniens, notamment al-Sarraj (mort en 988) et al-Kalabadhi (mort en 995) qui engloberont sous le terme de *tasawwuf* les différentes formes de spiritualité. Sulami lui-même, après avoir considéré que la sainteté cachée des « hommes du blâme » était plus proche de Dieu que la sainteté visible des *Sufis* (thèse reprise par Ibn 'Arabi), rangera finalement tous les spirituels sous le vocable de *Sufis*. Les Iraquiens s'approprièrent les vertus sur lesquelles les Khurasaniens mettaient l'accent : la sincérité héroïque et énergique (*sidq*), le fait de donner constamment la préférence à autrui (*ithar*), le fait de tenir secrets les grâces et les prodiges miraculeux dont on fait l'objet de la part de Dieu, et la suspicion à l'égard de sa propre âme afin d'éviter le danger de l'ostentation (*riya*).

📍 Le parcours de la voie spirituelle (« *suluk* ») ; les confréries (« *turuq* »)

En conformité avec le symbolisme arabe de la vie nomade et également avec le Coran, qui parle du « chemin droit » et de la « bonne voie », la vie spirituelle est décrite comme un parcours marqué de nombreuses « étapes » (*manazil*). Mais l'une des conditions préliminaires à l'entrée dans la voie (*tariqa*) est de pratiquer, à l'imitation du Prophète, le renoncement au monde (*zuhd*) et de mener une vie simple et austère. Ce n'est qu'en adoptant une pauvreté volontaire, d'où le terme de *faqir* employé souvent pour le spirituel, que l'on peut prétendre devenir un *salik* (« qui suit la voie »). Les auteurs distinguent les « stations » (*maqamat*) et les « états » (*ahwal*). Les « stations » sont ce qui dépend entièrement de l'homme, et qu'il peut acquérir par ses propres efforts (*makasib*). Il s'agit des vertus spirituelles, généralement énoncées dans l'ordre suivant : le repentir, la piété scrupuleuse, le renoncement, la patience, la pauvreté, l'humilité, la crainte, l'espérance, la remise confiante, l'acceptation du destin. Les « états », tels que l'amour, et l'« extinction » (*fana*) de l'*ego* dans la contemplation (*mushahada*) sont des dons divins (*mawahib*), au contraire des « stations ».

Celui dont la vocation est de cheminer vers Dieu a besoin d'un guide (*murshid*), à qui il devra se soumettre « comme le cadavre entre les mains du laveur des morts » ; et c'est l'un des rôles assumés par le cheikh de confrérie (*tariqa*). Après son initiation, le disciple pourra demeurer auprès du maître dans la *zawiya*, qui est une sorte de couvent temporaire, faisant aussi office d'hospice ou d'hôtellerie (d'autres noms lui sont donnés selon les époques ou les lieux : *ribat*, *khanqah*, *takiyya* ou *tekké*). C'est là qu'il pourra pratiquer le jeûne et la retraite, et participer avec d'autres *ikhwan* (« frères ») ou *fuqara'* (« pauvres ») aux pratiques rituelles : récitation des litanies ou « chapelet » (*wird*), séances collectives d'invocation, portant le nom de *hadra* ou de '*imara* et généralement accompagnées de chants et de musique (*sama'*) destinés à favoriser l'extase (*wajd*, *tawajud*).

Les grands ordres soufis, rattachés au Prophète par une filiation initiatique, aux multiples branches et sous-branches, n'ont fait qu'étendre la pratique de la *suhba* (association maître-disciples). Ils sont apparus et se sont développés, surtout dans les couches populaires, à partir du XIII<sup>e</sup> siècle. Ils portent le nom de leur fondateur : Suhrawardiyya, Kubrawiyya, Mawlawiyya, l'ordre des « derviches tourneurs », fondé par « Mawlana » Jalal al-Din Rumi (mort en 1273), grand poète en langue persane de l'amour mystique ; Qadiriyya, répandu assez

tard après la mort de 'Abd al-Qadir al-Jilani, Shadhiliyya, et Naqshbandiyya, développé surtout dans les pays asiatiques et surtout connus pour la pratique du *dhikr* mental et silencieux.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## @ PÉNAL (DROIT)

### ***Prise de vue***

Que le droit pénal serve à punir, nul n'en doute. La peine est d'abord vengeance privée : tolérée dans l'ancienne Égypte, à Athènes, à Rome sous l'espèce d'un caractère collectif, légalement organisée (l'abandon noxal à Rome, le *wergeld* germanique), elle connaît une lente intégration dans l'histoire du droit pénal. Le caractère expiatoire et la dureté des peines de l'ancienne France laissent voir une part de rémunération privée ; de même, la survivance anecdotique du duel jusqu'à la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle et les décisions d'acquiescement rendues en la matière, malgré un arrêt de la Cour de cassation (France, 1837). Aujourd'hui, la définition de la légitime défense encadre la défense privée, dont le surcroît délictuel indique son origine. La peine évolue. Selon les « deux lois de l'évolution pénale » établies par Durkheim, elle croît avec un pouvoir absolu et une société grégaire, la répression tendant, par ailleurs, vers des peines privatives de la seule liberté et pour un temps variable selon la gravité des crimes.

Mais le droit pénal ne répond pas à la seule question de la peine. Ses lois révèlent un principe politique et social. Accarias le dit en jurisconsulte : les Césars ont réuni entre leurs mains tous les instruments qui font la force du prince. Enfin, le droit pénal est référence obligée à l'ordre d'une transcendance ; s'il n'est obéissance à l'ordre divin, il l'est, sous forme laïque, à la nature et à sa loi, toujours à une réalité extérieure à l'existence humaine, dont Cesare Beccaria dissipera l'ombre portée (*Des délits et des peines*, 1764). Beccaria laisse au théologien la détermination du juste et de l'injuste « quant au for intérieur, eu égard à la méchanceté ou à la bonté de l'acte en lui-même ». Le publiciste est compétent pour établir le rapport du juste et de l'injuste quant à la politique. À la conception,

religieuse ou psychologique et athée, du bien moral apprécié dans l'intériorité de l'âme s'oppose celle, légaliste, qui définit en droit l'acte interdit et non le sentiment ou la tendance. L'évolution de la société est décrite non plus à partir d'une origine, mais dans l'ordre logique d'une évolution de l'esprit qui voit le passage de la passion à la raison vers le seul but de « la plus grande félicité du plus grand nombre ». Ce progrès du pacte social d'hommes plus libres et des lois est celui des « vrais rapports du prince et des sujets ». Le droit pénal se trouve alors placé dans le champ des relations du souverain – nous dirions aujourd'hui de l'État, après avoir dit de la nation – et des sujets – les citoyens. Le droit pénal n'était-il pas seulement le droit des punitions applicables aux criminels, à des non-citoyens en d'autres termes ? Après Hobbes et Spinoza, qui ont vu la question politique des relations des sujets entre eux, Beccaria décrit le droit pénal, applicable à tous, comme le règlement public des relations de conflit des sujets entre eux nées sous l'espèce de la violence. Nous retrouvons ainsi les principes et la division usuels du droit pénal. Définir l'acte interdit et la peine applicable relève du droit pénal général. Le droit pénal spécial étudie chaque infraction pour elle-même. La procédure pénale édicte les règles suivant lesquelles on juge l'auteur.

## @ L'infraction punissable

Toutes les difficultés résident, suivant Faustin Hélie, dans l'« incrimination qui juge et apprécie la moralité des faits, qui pose les différents degrés de leur moralité, qui recherche et analyse les nuances qui les séparent ».

### **La définition de l'interdit**

Dans les traditions de droit écrit issues des droits romain et germanique, la loi est la seule source des incriminations et des peines, ce qui exclut la création d'infractions ou de peines par un juge. Cependant, l'opposition de ces traditions et du droit anglo-saxon n'est pas absolue. La *définition* de l'acte interdit, de la règle violée, et de la peine applicable, afin d'éviter l'arbitraire, apparaît dans chaque système comme l'opération essentielle.

Les deux premiers Codes de l'Assemblée constituante ont organisé, en

France, le régime des délits et des crimes (1791). Le principe de légalité des délits et des peines, principe fondamental du droit pénal français – exprimé par la maxime latine *nullum crimen, nulla poena sine lege* –, est inscrit dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, visée par le préambule de la Constitution de 1958. Il a été repris par le Code pénal de 1810, puis par celui de 1992 : « Nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement. De même, nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi, si l'infraction est un crime ou un délit, ou par le règlement, si l'infraction est une contravention. » Ce principe est fondé sur la séparation des pouvoirs : le législateur définit l'acte interdit, dont il ne juge pas le caractère illicite ; le juge statue sur la constitution de l'infraction, qu'il n'a pas définie dans ses éléments constitutifs. Il a pour fin de s'opposer à l'arbitraire des incriminations.

Deux conséquences en résultent. La première est que l'interprétation judiciaire est restrictive et le raisonnement analogique exclu. Tel n'a pas été le cas dans toutes les traditions de droit écrit (Code allemand de 1810, Code soviétique de 1926, Danemark). La seconde est la non-rétroactivité des lois : le principe procède de la Déclaration de 1789, mais aussi de la Convention européenne des droits de l'homme et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de l'O.N.U. La loi doit définir pour tous l'acte interdit soumis au juge et la sanction applicable par ce dernier. Elle est le mode obligé d'intervention de l'État en la matière, à l'exclusion de normes inférieures (décrets, règlements, etc.). Le Code pénal français de 1810, répressif et utilitariste, a inspiré tous les Codes européens promulgués dans la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle (Codes allemands et notamment le Code pénal prussien de 1851). L'évolution libérale de l'école néo-classique (Guizot) apportera à certains une conception de la peine reposant sur le libre arbitre de l'individu « ni plus qu'il n'est juste, ni plus qu'il n'est utile » (Codes belge de 1867, allemand de 1871, italien de 1889).

Le droit soviétique et celui des autres républiques socialistes ont lentement admis le principe de légalité à partir de la nouvelle politique économique (N.E.P.), mais avec la signification et les contraintes propres au statut et à la création du droit par la loi, sans considération des intérêts particuliers qui sont aussi concernés par l'ordre social. Tout droit entre dans le droit public. Une

évolution a commencé dans les années 1970, puis avec la perestroïka. La Prokuratura a été instituée pour garantir le principe de légalité en associant le rôle du ministère public (en matière criminelle et civile) de « surveillance générale » et l'examen des actes administratifs avec pouvoir de déférer ces derniers devant l'autorité supérieure ou le juge. Le principe de légalité était, dans ce cadre, rapporté non pas à la séparation des pouvoirs mais à leur unité dans l'institution du Soviet suprême, dont la légitimité excluait un contrôle constitutionnel. Un Comité de surveillance constitutionnelle de l'U.R.S.S., créé en 1989 sur le modèle du Conseil constitutionnel français, a été remplacé, après le putsch d'août 1991, par une Cour constitutionnelle de la R.S.F.S.R. sur le modèle de la Cour constitutionnelle fédérale allemande.

Dans un autre esprit, le droit anglo-saxon tient son identité de la *common law* et lui doit son caractère. Son origine est dans les coutumes du XII<sup>e</sup> siècle, unifiées à partir de la conquête normande. Depuis l'habeas corpus de 1215 en Grande-Bretagne, la Déclaration des droits de 1776 et la Constitution de 1789 aux États-Unis d'Amérique, les deux parents du droit anglo-saxon ont confié au juge la protection des individus contre l'arbitraire du pouvoir exécutif. Le précédent fait certes au magistrat obligation de statuer en application des principes qui ont été dégagés par les décisions antérieures. Mais il peut rechercher dans les cas d'espèces celles des circonstances particulières qui lui permettront de justifier une décision nouvelle. En donnant au juge le pouvoir de vérifier toute mesure de détention prise, non par le roi mais par ses suzerains, l'habeas corpus lui a confié le contrôle de la légalité des décisions de justice. Aux États-Unis, le 14<sup>e</sup> amendement (*due process of law*, 1868) interdit de refuser à qui que ce soit le droit « à la vie, à la liberté ou à la propriété sans une procédure régulière », et le 4<sup>e</sup> amendement proclame le « droit des individus à disposer de leur personne en toute sécurité, de leur maison, de leurs papiers et effets, contre des perquisitions et saisies abusives ». Le juge contrôle les conditions dans lesquelles la preuve a été obtenue (régularité des moyens ; existence préalable d'une probabilité d'infraction). Le juge britannique ne dispose pas du contrôle des lois. Aux États-Unis, le contrôle de constitutionnalité, conquis par la Cour suprême, s'est heurté, dans l'histoire (New Deal), aux lois économiques fédérales.

Des convergences existent toutefois entre ces deux traditions.

L'élaboration législative anglo-saxonne (*statute law*), en matière pénale, est importante, et elle a des sources anciennes. Par ailleurs, le juge des pays de droit écrit a un rôle créateur dans l'application des règles aux situations nouvelles, et le juge judiciaire peut être compétent pour apprécier la légalité des actes administratifs (Code pénal français de 1992). Les comparaisons terme à terme sont-elles fructueuses ? Le rôle du juge anglais résulte de la séparation entre l'action d'accuser (ou de demander justice) et celle de juger : les poursuites n'appartiennent pas au juge, qui ne soutient pas l'accusation ; mais c'est en vertu de cette séparation que l'arrestation appartient à la police, qui n'est pas soumise au contrôle du juge. Or le système français implique le contrôle de la légitimité des poursuites en raison de l'autorité du juge en police judiciaire. Un choix pratique, autant qu'intellectuel, exclut l'importation intempestive. La loi est obligatoirement générale et indique la règle ; le juge l'applique. Elle n'intègre pas le catalogue infini des cas d'espèces sans perdre son caractère de loi. En devenant une liste, elle réintroduit l'arbitraire des contingences. À l'inverse, le juge procède à partir du particulier, mais ne peut juger longtemps sans en tirer quelque principe. C'est pourquoi la ligne de partage passe non pas entre deux traditions, mais par l'indépendance réelle du juge, dans la nature du travail législatif et dans l'unité de la création du droit.

Le pouvoir d'établir des incriminations par voie réglementaire est cité comme l'une des atteintes au principe de légalité. Tel est le cas en France, en raison de la définition des domaines de la loi et du règlement (art. 34 et 37 de la Constitution). Les interventions du Conseil constitutionnel ont permis de parler d'une « constitutionnalisation » du droit pénal. Il a ainsi statué sur la définition des éléments constitutifs de l'infraction, sur la détermination des personnes responsables, sur la légalité des peines, sur leur non-rétroactivité et sur l'application immédiate des lois plus douces. À l'opposé, l'admission de sanctions administratives ayant le caractère d'une punition est critiquée et ajoute une source extrapénale au système répressif. Les espèces sur lesquelles il est sollicité éclairent les atteintes que le principe de légalité peut subir à travers le droit pénal : les procédures d'exception, les rétentions administratives, les mesures relevant de la police des étrangers. La variété des sources de droit interne comportant des mesures à caractère pénal est contraire aux principes du droit pénal et à l'unité de son organisation. La référence d'un texte pénal aux dispositions d'un texte d'une autre nature (administrative) revient toujours à poser la question de la légalité.

La variété des sources externes n'est pas non plus sans effets sur les législations et les juridictions nationales. Le droit européen entre dans les droits nationaux en raison de la hiérarchie des normes, et, quoique les traités (Rome, 1957 ; Maastricht, 1992) ne confèrent pas aux autorités communautaires de compétence directe en matière criminelle, une politique criminelle européenne se développe. Une première difficulté est liée à la quantité de textes réglementaires produite en droit économique, en droit des douanes et en droit fiscal. Une seconde tient à la diversité des autorités et des normes, et à la légitimité de leurs sources. Certes, l'esprit de la prééminence du droit dans les règles pénales de fond prévaut : légalité de l'incrimination, proportionnalité des sanctions, non-discrimination entre les justiciables ou encore, en procédure, protection de la vie privée et droit à un procès équitable. La Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme produisent une jurisprudence de référence. Mais la question est posée de savoir quel est, au regard de la légitimité du texte pénal, le procédé d'élaboration de la norme.

### **L'acte matériel et le résultat**

Un acte punissable est un acte défini comme tel par la loi. La pensée n'est pas punissable. Il faut qu'elle s'extériorise dans l'attitude, l'acte, la parole. En ce sens, il n'y a pas de pur délit d'intention. La règle cependant admet des nuances. Le régime des crimes et délits contre la nation apporte une exception non négligeable à l'exigence d'un élément matériel, avec en particulier la notion d'intelligence dont la seule existence compte indépendamment d'un mobile, d'un but poursuivi ou d'un préjudice réel. La difficulté réside dans le risque d'arbitraire qui pèse sur la preuve de l'intention. La préméditation, qui peut, sans manifestation, rester dans le secret de la pensée non punissable, devient, avec le passage à l'acte conduisant à l'infraction, une circonstance aggravante de celle-ci. L'acte matériel exigé peut aussi être incomplet, ce qui conduit à examiner la question de la tentative.

L'*acte accompli*. L'infraction « matérielle » est réalisable par omission aussi bien que par commission (cas le plus fréquent). L'acte d'exécution doit correspondre à la prohibition de la loi (tuer, blesser, diffamer), sous la forme d'un geste (l'usage d'une arme à feu...) ou bien d'une parole ou d'un écrit. Il y a un résultat matériel. Celui-ci est quelquefois indépendant d'un préjudice

(contravention au Code de la route n'ayant pas entraîné d'accident). En principe, l'infraction est indépendante de l'importance du résultat, sous la réserve que le législateur peut retenir le dommage pour la qualification ou le montant de la peine (ainsi en matière de violences dans le Code pénal français). À l'inverse, les infractions « formelles » sont constituées dès que les actes incriminés ont été accomplis et sans que leur réalisation requière un quelconque résultat : c'est, en droit français, l'exemple du crime d'empoisonnement constitué par la seule administration du poison, et dont la réalisation est achevée nonobstant le sauvetage de la victime par le délinquant.

L'omission est fautive lorsque la loi édicte une obligation d'agir (être juré, ne pas porter secours à une personne en péril). Une évolution tend à développer ce type d'infraction, même si tous les Codes n'en ont pas fait des délits distincts ; citons les risques causés à autrui et la circonstance aggravante de mise en danger délibéré (Code pénal français de 1992). Une question difficile est posée par les infractions qui peuvent résulter d'une commission ou d'une omission. Tel est le cas du meurtre. Il s'agit de savoir s'il existe un délit de commission par omission : au lieu de tirer une balle de revolver, l'individu prive quelqu'un d'aliments ou ne lui porte pas secours à l'occasion d'une noyade. La règle est qu'il faut un texte spécial.

La *tentative*. À partir de quel moment l'exécution de l'acte est-elle suffisamment accomplie pour que l'infraction soit réalisée, et que l'auteur soit punissable ? La description de la naissance de l'idée est spéculative, tant elle est proche de la simple pensée, qui n'est pas punissable. En revanche, la préparation et l'exécution extériorisent le projet qui tend vers l'achèvement, mais n'aboutira pas. La tentative est-elle punissable en ses éléments ? et à quel moment ? Le fait répréhensible est techniquement qualifié de commencement d'exécution, plus avancé que les simples préparatifs sur le chemin de l'infraction. Par ailleurs, la tentative est révélée par le fait que l'action de l'individu est interrompue non pas de son fait mais par des circonstances indépendantes. À la conception objective, préoccupée par ce qui est matériellement exigible, s'oppose la conception subjective, plus sensible à l'intention de l'agent. Le droit comparé indique une incrimination générale de la tentative, avec des conceptions différentes, et parfois successives comme en France.

Le commencement d'exécution est visé par l'élément légal, de même que la notion de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur. Le Code laisse au juge la définition du geste et du moment décisifs. Poser la main sur l'objet sera, suivant une conception objective, rattaché à l'un des éléments constitutifs de l'infraction qualifiée de vol ou à un acte constituant par ailleurs une circonstance aggravante (effraction). Une conception subjective reprochera à cette interprétation de ne pas qualifier la main qui se tend vers l'objet quelconque ou une porte et qui est le prolongement (ou le signe ?) d'une intention délictueuse. La définition vient ici du juge (suivre un convoyeur de fonds et se poster en embuscade avec certains instruments ; inspecter un immeuble et vérifier ouvertures et protections, etc.). Pour que le moment de l'interruption fasse échapper l'agent à la repression, il faut que l'abstention de celui-ci soit volontaire, et bien sûr antérieure à la consommation de l'infraction : rapporter la chose volée, porter secours au blessé ne serait qu'un repentir actif tardif.

Pour certaines infractions, la tentative punissable se distingue d'une autre infraction ; ainsi pour le viol, dont le commencement d'exécution se confond par nature avec une agression sexuelle. Si l'infraction n'aboutit pas au résultat qui pouvait survenir en raison de la maladresse de l'agent (tir imprécis), il s'agit d'une infraction manquée qui est punissable, en droit français, en raison des termes du texte qui incrimine la tentative. Si l'infraction n'aboutit pas parce que le résultat ne pouvait pas être atteint (arme inoffensive), il s'agit d'une infraction impossible. La doctrine l'analyse, mais quelle est sa définition légale ? Le Code pénal de 1992 est muet. Le juge français a déclaré une tentative punissable dans l'espèce du « meurtre sur un cadavre » en retenant la perversité de l'auteur d'un crime impossible. Il n'y a pas, en la matière, de base légale, judiciaire, ni rationnelle établie.

La répression de la tentative varie suivant les conceptions objectives et subjectives des droits nationaux. Le Code pénal français reprend la définition intermédiaire du Code de 1810 en faisant la part des deux. La notion de tentative punissable est objective en ce qu'elle exige un commencement d'exécution ; la conception de la sanction est subjective en ce que la tentative de crime, considérée dans son intention, est toujours punissable, c'est-à-dire indépendamment du résultat ; mais il faut un texte spécial pour la tentative de délit.

### *État dangereux et déviance.* Qu'est-ce qu'un état dangereux ?

L'alcoolisme et la mendicité sont évoqués au XIX<sup>e</sup> siècle (mais aussi au XX<sup>e</sup> s. : décret du 7 janvier 1959 sur les vagabonds, en France). Conduite paradélictueuse (Code pénal italien), mode de vie dont on craint l'évolution vers la délinquance (usage de stupéfiants, port d'arme, maladie mentale, etc.), l'état dangereux doit, pour éviter tout arbitraire, être défini dans son élément matériel et constaté dans un élément légal, mais il a toujours pour référence un facteur d'ordre individuel (biologique, anthropologique, psychologique) ou social (cadre politique, économique et milieu humain) qui concerne donc la personne dans son existence, et non le fait prohibé par la règle. C'est pourquoi la forme que prend la réponse sociale est qualifiée de mesure de sûreté, différente de la peine en ce qu'il s'agit non pas de punir une faute mais d'éviter la réalisation du danger.

*L'auteur de l'acte.* L'auteur est considéré en qualité de participant direct ou non à l'infraction (complice, coauteur), à travers la définition spéciale d'une responsabilité pour autrui ou dans sa qualité, nouvelle, de personne morale. La complicité est une modalité précise de participation à la réalisation de l'infraction par l'agent principal. Elle requiert légalement que le fait matériel principal soit punissable et qu'il soit qualifié de crime ou de délit (la complicité de contravention n'est, en principe, pas punissable). Il faut ensuite qu'il y ait une participation matérielle sous l'une des formes prévues par la loi (aide ou assistance facilitant la préparation ou la consommation). En droit français, la qualification supplémentaire d'instigateur n'a pas été retenue (le danger est de réprimer l'intention sans élément matériel), mais la provocation étend les modalités de la complicité. L'office du juge est déterminant. Les conséquences répressives sont importantes. Le complice encourt la même peine que l'auteur principal. En matière de contravention, le coauteur, auteur à part entière, est punissable, le complice non. Il ne bénéficie pas de l'immunité entre parents s'il agit avec le fils qui vole son père. La différence est que le coauteur accomplit entièrement l'infraction.

La responsabilité pénale est strictement personnelle : « Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait » (Code pénal) ; il n'y a pas de responsabilité collective ; c'est la participation individuelle au groupe qui commet l'action illicite qui est incriminée (vol en réunion, complot). Cependant, le législateur, par incrimination spéciale, le juge, par décision en l'absence de texte,

peuvent dire le chef d'entreprise responsable du fait illicite commis par un employé. Le Code pénal français de 1992 a instauré une responsabilité pénale de toutes les personnes morales (privées et publiques), à l'exception de l'État, qui ajoute aux dispositions antérieures consacrées, pour la plupart, à des contraventions. Son caractère est spécial, c'est-à-dire qu'elle est prévue dans les cas institués par la loi. La définition de son régime laisse matière à interprétation (notions de compte, d'intérêt). La loi rappelle que cette responsabilité n'exclut pas celle des personnes physiques. Point important, en cas d'infraction de négligence, d'imprudence, ou de mise en danger délibérée d'autrui, la responsabilité du dirigeant est conjointe à celle de la personne morale. Le montant des amendes est fixé au quintuple de celui des personnes physiques, et neuf peines complémentaires sont prévues pour mettre fin à l'activité (dissolution), l'entraver (fermeture d'établissement) ou la réduire (confiscation).

### **L'intention délictueuse**

L'élément moral désigne la volonté de commettre l'acte matériel. Il est nécessaire pour que l'infraction existe, tant pour les infractions intentionnelles (crimes et majorité des délits) que pour les délits d'imprudence et les contraventions. Dans les premières, l'élément moral est l'intention criminelle (dol pénal) : l'acte et ses conséquences ont été voulus ; dans les seconds, c'est une faute : l'acte a été voulu, mais non le résultat. Certaines législations ont fait de la distinction de l'intention et de la faute un critère de division des infractions en infractions intentionnelles et en infractions non intentionnelles ou contraventions (Codes pénaux norvégien de 1902, italien de 1930, espagnol de 1944). Le Code pénal français dispose « qu'il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre » pour exprimer que l'acte matériel n'est pas incriminable en lui-même ni du seul fait de ses conséquences.

La *faute pénale*. Pour engager sa responsabilité, il faut avoir commis une faute (*culpa*), intentionnelle ou d'imprudence ; involontaire, en la matière, signifie non pas sans volonté, mais sans volonté spéciale des conséquences. La culpabilité est subordonnée à la question de savoir si l'infraction peut être reprochée à l'agent (imputabilité). Tel n'est pas le cas lorsque certains états peuvent altérer sa conscience et la volonté libre avec laquelle il se détermine à l'action (causes subjectives de non-culpabilité). La minorité exclut la responsabilité,

avec des degrés : présomption d'irresponsabilité entre treize et dix-huit ans, non-imputabilité de principe jusqu'à treize ans. La démence est également retenue comme cause subjective de non-culpabilité, mais semble souffrir d'une difficulté d'adaptation des concepts médicaux au texte légal. En France, le Code pénal de 1992 reprend finalement la position du Code de 1810 et distingue l'aliénation mentale totale (irresponsabilité pénale) et partielle (responsabilité atténuée). La contrainte est une troisième cause dans ses aspects physique (force d'origine physique, humaine, animale, ou maladie supprimant toute volonté) et moral (menaces).

L'imputabilité établie, l'élément moral regroupe trois sortes de fautes : les infractions d'intention, d'imprudence et les contraventions matérielles. L'intention n'est pas la simple volonté d'agir (faire feu), ni le mobile (la jalousie), c'est la volonté orientée vers le but de commettre l'acte interdit (tuer quelqu'un). Le mobile n'est donc pas a priori un élément de l'infraction, mais un texte spécial peut l'incriminer (intelligence avec une puissance étrangère, dans le Code français) ou le constituer en circonstance aggravante. Les fautes d'imprudence et l'augmentation des infractions correspondantes sont mises en relation avec le développement de la société industrielle et des technologies (accidents des transports, accidents domestiques, accidents médicaux). C'est justement l'erreur qui est reprochée et non pas excusée. Au sujet de l'erreur, il faut noter, en un sens différent, l'introduction de l'erreur de droit dans le Code pénal français afin d'éviter des injustices résultant de la complexité réglementaire. À l'exception de certaines contraventions (violences, dans le Code français), l'élément moral disparaîtrait-il pour des infractions dites matérielles ? Il est répondu que l'on peut prouver la contrainte ou l'aliénation mentale dans une contravention au Code de la route. À quoi l'on oppose que la faute est déduite de la seule existence du fait matériel, qui en devient ainsi la preuve.

*Faits justificatifs.* Des causes objectives de non-culpabilité peuvent être définies pour exclure la responsabilité. Les faits justificatifs sont des circonstances extérieures à l'agent et ôtent à l'acte interdit son caractère criminel. Pour cette raison, ils constituent des causes objectives de non-culpabilité. L'agent n'est pas responsable s'il a suivi l'ordre ou l'autorisation de la loi (violation du secret professionnel) ; sur ce fondement, on admet, en vertu de la coutume ou des

usages, la justification des coups ou blessures dans la pratique de certains sports ; l'autorisation de l'administration n'est pas admise. De même, le commandement de l'autorité légitime (publique, civile ou militaire) agissant dans le cadre de sa compétence est un fait justificatif pour l'agent qui lui est subordonné et en reçoit l'ordre à ce titre. La légitime défense est admise et définie comme riposte proportionnée à l'attaque de l'agresseur contre soi-même ou autrui ; la légitime défense des biens a formellement été visée par le Code. Enfin, création jurisprudentielle en France, l'état de nécessité figure dans le Code pénal de 1992 ; la non-culpabilité laisse subsister la responsabilité civile de l'auteur en raison de l'acte dommageable qu'il a dû commettre pour éviter un péril (vol d'aliment).

## 📍 La peine

La peine est la sanction historique et de principe de l'infraction. Nombre de manuels traditionnels abordent la définition et la présentation du droit pénal par le fondement et la fin de la peine. L'ancien projet de nouveau Code pénal français (1988) rappelle que la première fonction du droit pénal est répressive. Il ajoute que la peine porte des valeurs collectives qui se traduisent par des interdits dont la peine est faite. L'avant-projet définitif de Code pénal français (1978) estimait que la question de la peine de mort était « au plus haut point politique ». L'un des arguments du maintien (d'autres s'y opposaient) avait pour cause « le développement d'une délinquance odieuse au public » et pour objet « deux ou trois cas exceptionnels qui seraient définis par le droit pénal spécial (exemple : meurtre d'une personne prise en otage) ». L'examen de la dimension politique de la peine et de l'infraction ne relève pas seulement d'une critique sociale et politique, mais se trouve à la racine de l'élaboration de la défense sociale par le droit pénal.

## **Un ordre de gravité**

La peine de mort ne figure plus dans la plupart des législations des pays d'Europe ; et la peine n'est plus la sanction inévitable de l'infraction. En France, le juge (tribunal correctionnel et tribunal de police) peut prononcer la dispense de peine ou l'ajournement (depuis 1975). La privation de liberté et l'amende sont deux des principales peines. Depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle en Europe, et à la suite des travaux de l'école positiviste, les mesures de sûreté fondées sur l'état dangereux se sont ajoutées aux peines. Aux États-Unis comme en Europe, la pénologie a contribué au développement de mesures substituables à la peine (travail d'intérêt

général, retrait de permis de conduire, interdictions professionnelles). En France, le Code pénal leur a étendu le terme de peine. Les peines font l'objet de quatre types de classification : en fonction de leur application (personnes physiques, personnes morales), de leur définition légale (criminelles, correctionnelles et de police), de la distinction entre peines principales et complémentaires et du moyen mis en œuvre (privation de liberté, de droit, jour-amende, etc.).

L'échelle des peines va, pour les peines criminelles, de la réclusion ou de la détention à temps de dix ans à la perpétuité ; une peine de sûreté, créée en 1978, conduit la peine jusqu'à son terme réel ; elle est portée jusqu'à dix-huit ans en cas de condamnation à perpétuité, à vingt-deux ans par décision spéciale et à trente ans pour certaines infractions (meurtre d'enfant accompagné de viol, de torture ou de barbarie). Pour les peines d'emprisonnement correspondant aux délits, on va de six mois au plus à dix ans au plus. À ces peines s'ajoutent le jour-amende, des privations ou restrictions de droit (permis de conduire, confiscation de véhicule ou d'arme, permis de chasse, interdiction professionnelle, interdiction du territoire, interdiction de séjour), le travail d'intérêt général (en remplacement de l'emprisonnement). La peine complémentaire, c'est une difficulté, peut être ajoutée à la peine principale (confiscation d'un objet, fermeture d'un établissement). La pénalité des amendes est en général de 100 000 francs par année de prison encourue sans qu'aucune disposition ne le précise. L'emprisonnement pour contravention a été supprimé suivant la jurisprudence du Conseil constitutionnel (1973). En cette matière, les amendes vont de 250 francs au plus à 10 000 francs au plus (le double en cas de récidive).

## **La mesure des peines**

La fixation par la loi d'une seule peine que le juge doit appliquer n'a plus prospéré depuis son essai durant la Révolution française. Les législations ont généralement adopté une *peine souple* pour l'application de laquelle le juge tient compte des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur. Ce principe est appelé personnalisation ou individualisation de la peine. Le juge dispose, à cette fin, de l'échelle des peines, d'un minimum au maximum qui peut être prononcé (et dont la seule mention est visée par le Code pénal français de 1992). En outre, les peines peuvent être atténuées ou aggravées par divers moyens.

Des mesures semblent aller, dans divers États, vers ce que l'on appelle la dépenalisation (abaissement de l'infraction dans l'échelle pénale) et la décriminalisation (suppression de l'incrimination). Dans cet esprit, des mesures techniques peuvent aussi être données au juge afin d'élargir sa latitude en matière de répression : sursis à exécution de la sanction, ajournement du prononcé de la peine, substituts à la peine d'emprisonnement. À titre principal, le juge peut choisir de ne prononcer que l'une des peines dont une infraction est assortie. Si la peine n'est pas comprise dans les limites d'un minimum spécialement indiqué et d'un maximum (travail d'intérêt général : de 40 à 240 h), il peut descendre au plus bas (un jour, en matière correctionnelle). En France, le législateur a fixé, en matière criminelle, un minimum au-dessous duquel le juge ne peut descendre (deux ans, si la réclusion ou la détention à perpétuité sont encourues ; un an, pour la réclusion ou la détention à temps). Malgré cette large appréciation du juge, la référence du législateur français au seul maximum encouru a entraîné la suppression des circonstances atténuantes. Leur valeur symbolique pouvait être puissante puisqu'elles atteignaient le cœur de la faute, et leur mécanisme pratique abaissait la peine au-delà du seuil qui ne peut, à défaut de majorité, être dépassé par le jury criminel.

À l'abaissement de la peine, judiciaire ou légal, correspond une aggravation par les circonstances aggravantes. Elles sont spéciales – c'est-à-dire obligatoirement prévues par un texte – et résultent des faits qui ajoutent à la gravité de l'infraction (la nuit, l'effraction ou la réunion pour le vol) ; de la qualité personnelle de l'auteur (ascendant ou descendant de la victime) ; ou sont mixtes (parricide, préméditation). En présence simultanée de causes d'aggravation et d'atténuation, on aggrave d'abord et on atténue ensuite.

En cas de pluralité d'infractions, la répression suit les règles de la récidive ou celles du concours réel d'infraction. Cette dernière notion définit la situation de l'agent qui a commis plusieurs infractions sans que celles-ci soient séparées par une condamnation définitive. Plusieurs systèmes de mesure de peine ont été conçus, du cumul de toutes les peines au non-cumul et à la condamnation la plus forte, en passant par la condamnation à la peine la plus forte aggravée par les autres. Le Code français se réfère au cumul et au non-cumul dans le sens de la sévérité. La récidive suppose qu'une condamnation définitive a

déjà été prononcée à l'encontre de l'agent lorsque celui-ci commet, dans une condition de délai ou non, une seconde ou plusieurs autres infractions. Elle entraîne une aggravation de la peine de l'ordre du double. Elle est applicable aux personnes physiques, et aux personnes morales dans les limites du régime de ces dernières quant à leur faculté de dissolution et de constitution.

## **De nouvelles incriminations**

Des crimes prévus par des traités sont intégrés aux droits nationaux. La résolution des Nations unies du 13 février 1946, faisant référence à la Charte du Tribunal international de Nuremberg, a permis à la Cour de cassation d'élaborer une jurisprudence française sur les crimes contre l'humanité que le Code pénal national intègre (génocide, déportation, réduction en esclavage ou pratique d'exécutions sommaires, d'enlèvement de personnes, etc.). Le droit pénal emprunte au droit des gens.

Le souci proclamé de répondre aux réalités et aux attentes de la vie sociale d'aujourd'hui traverse les législations nationales. Le Code pénal français de 1992 en donne un exemple, dont un grand nombre d'infractions nouvelles correspondent à ces interrogations, et font pour certaines directement référence à l'actualité immédiate où la loi et l'opinion se rencontrent. Citons les atteintes au respect dû aux morts, incrimination qui élargit l'ancienne violation de sépulture ; l'incrimination des appels téléphoniques malveillants (délinquance juvénile et urbaine) ; les destructions ou dégradations non dangereuses (le taggage, par extension) ; la circonstance aggravante supplémentaire du vol dans les transports collectifs, qui s'applique au métro.

Un nombre non négligeable de nouvelles incriminations ou d'extensions ont pour objet des questions sensibles : l'homicide par imprudence, redéfini sous les atteintes involontaires à la vie, comporte une circonstance aggravante qualifiée de « manquement délibéré » à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par les textes. Les discriminations sont étendues aux opinions politiques et aux activités syndicales. La même évolution s'observe concernant les atteintes à la personnalité (dénonciation calomnieuse, secret professionnel, infractions liées à l'informatique) ou à la dignité (les conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne) ou encore sur le chapitre des mœurs (responsabilité

médicale, provocation au suicide).

La répression de grandes infractions contre les personnes et les biens est alourdie de façon générale. Circonstances aggravantes, les tortures et actes de barbarie deviennent un crime puni de quinze ans de réclusion, quelles que soient les conséquences pour la victime, avec de nombreuses circonstances aggravantes supplémentaires. Les coups et voies de fait, requalifiés en violences, possèdent de nouvelles circonstances aggravantes liées à la qualité des victimes (les conjoints et concubins). On peut encore évoquer le vol (huit circonstances aggravantes), le proxénétisme (extension du domaine, aggravation des peines, compétence de la cour d'assises spéciale comme en matière de stupéfiants), les infractions de nature sexuelle (renouvellement de l'incrimination et mesures de traitement), etc.

Ces modifications ne sont pas sans conséquences sur l'ordre des incriminations et des peines : l'augmentation de la peine correctionnelle à dix ans fait passer la peine du viol – criminelle – à quinze ans, afin de respecter l'ordre de la qualification. Les risques causés à autrui sont à la fois une circonstance aggravante de la mise en danger délibérée, et une infraction autonome lorsque cette dernière n'a pas eu de résultat : c'est incriminer un état dangereux.

Les peines réagissent à l'actualité ; la création ou l'élaboration du droit de chaque infraction aussi. C'est précisément la tâche du droit pénal spécial d'étudier chaque infraction pour elle-même, sur le fond de la vie des valeurs collectives. Dans les incriminations nouvelles du Code pénal de 1992 se dessinent les attitudes humaines à l'égard de la délinquance quotidienne, des infractions commises contre les enfants, du sida, de la vie sexuelle par Minitel, des profanations de sépulture, de l'affaire Touvier, des accidents médicaux. Le mouvement collectif d'une société à l'égard de l'interdit se tient – comme l'attitude humaine à l'égard du sacré, de la morale, du savoir – dans une relation problématique des mœurs et de la raison.

## ***Prise de vue***

Les Français restent très attachés à la transmission des biens par héritage ; tous les sondages d'opinion publique le confirment. Nos lois successorales forment une des parties les plus stables du Code civil ; depuis 1805, l'institution n'a pas subi de bouleversements. Aujourd'hui encore, malgré l'évolution sociologique contemporaine, le droit successoral n'est guère remis en cause que par le détour du droit fiscal. L'opinion des Français sur les ordres d'héritiers, la place à faire au conjoint survivant, l'existence de la réserve, sa quotité et son attribution est difficile à percevoir. Le terrain est délicat, les sensibilités vives. Les propositions de loi n'abondent pas et le législateur est peu enclin à réformer profondément une institution aussi paisible.

Depuis 1804, date de création du Code civil, les principes de base sont restés presque inchangés ; seules certaines modalités d'application ont connu d'importantes innovations.

Pour l'essentiel, le fondement le plus solide du droit successoral repose encore sur son ancienneté ; l'évolution des temps, l'environnement économique et social contemporain suggèrent pourtant un rajeunissement fondamental de la matière ; un certain nombre de questions se posent, auxquelles le législateur devra donner des réponses qui dépendront nécessairement du fondement que la société contemporaine donne à la dévolution successorale.

## **@ Fondements de la dévolution successorale**

La dévolution successorale, c'est-à-dire la désignation des personnes appelées à recueillir l'héritage, s'articule autour de deux hypothèses possibles selon que le défunt a exprimé ou non sa volonté. Le défunt peut instituer par testament les successeurs (légataires de son choix). En l'absence de volonté exprimée, aucun système juridique ne peut se dispenser d'organiser un mode légal de dévolution. Le système mis en place – le choix des bénéficiaires de la transmission – est tributaire de l'idée que l'on se fait de ce qui justifie le droit à succéder.

Les rédacteurs du Code civil avaient cherché à concilier l'intérêt familial plutôt qu'à faire une œuvre politique ou économique. Le droit de succéder trouve à leurs yeux son fondement dans l'intérêt social qui commande d'empêcher le désordre que ferait naître inévitablement la vacance des biens au décès de son titulaire. Quant au fondement de la dévolution, il se situe tout à la fois dans l'interprétation que fait la loi de la volonté présumée du défunt et dans la mise en œuvre par elle du devoir qui incombait naturellement au défunt de laisser son patrimoine après lui à ses plus proches parents.

Quels peuvent être de nos jours les fondements de la dévolution successorale ?

En dehors de toute conception spiritualiste ou philosophique, il est possible de dire qu'à l'évidence le droit à succéder est dans l'ordre naturel des choses quand il s'agit de succéder à ses auteurs. Mais la dévolution légale trouve aussi son fondement dans l'esprit de famille, les mœurs générales du pays et l'intérêt de l'État.

L'esprit de famille – surtout en milieu urbain – tend aujourd'hui à se limiter au binôme parents-descendants, tout au moins pendant la période où sont dus à l'enfant entretien et éducation ; après quoi, la notion de famille tend à se restreindre à la seule famille conjugale. Dès lors, la cellule familiale c'est le couple. On peut en dégager deux conséquences :

– la dévolution actuelle au profit des parents jusqu'au sixième degré procède d'une conception de la famille en voie de disparition ;

– l'affection présumée doit bénéficier au conjoint envers qui a été accompli par le mariage un acte volontaire et public d'élection préférentielle. La multiplication des donations entre époux signées dans les études de notaire chaque jour en est la preuve irréfutable. L'État a le plus grand intérêt à ce que la dévolution successorale soit bien organisée et, même sans poursuivre de but politique, il doit veiller à organiser une dévolution qui assure la bonne organisation des familles, et partant de la société, c'est-à-dire la paix sociale.

Mais, de nos jours, il réglementera non seulement la dévolution au profit des personnes appelées par la loi, mais aussi le contenu même de la succession, les biens qui composent l'héritage.

Les règles de la dévolution successorale sont donc appelées à évoluer, en raison même des mutations sociologiques. Cette évolution est naturellement influencée par l'idéologie dominante : les droits des régimes socialistes exclurent du champ de la succession certaines catégories de biens, et plus précisément tous les biens autres que ceux de consommation courante (la fonction économique de la transmission successorale disparaissait, laissant la place à la seule fonction sociale elle-même réduite à la transmission du souvenir) ; la plupart des législations réduisent par le recours de la fiscalité l'importance du patrimoine transmis, en proportion de l'état de richesses déjà acquis (cf. le manifeste de J.-J. Servan-Schreiber : *Ciel et Terre*, 1970 ; ou le rapport de la Commission d'étude d'un prélèvement sur les fortunes, dit rapport Ventejol).

En revanche, une société libérale soit maintiendra purement et simplement le « pouvoir privé héréditaire », soit cherchera à l'aménager directement ou indirectement sans remettre toutefois en cause le maintien de la fonction économique au profit des héritiers recueillant certains biens de production.

## 📍 Problèmes actuels

### **La technique successorale**

Le défunt peut laisser à son décès plusieurs personnes au degré successible. Les articles 731 à 738 du Code civil établissent les règles juridiques de la technique successorale. Celles-ci sont connues :

– la règle de l'ordre donne la préférence à un groupe d'héritiers sur les autres ; priorité est donnée aux ordres les uns sur les autres, dans la hiérarchie suivante : 1. enfants et descendants quelle que soit aujourd'hui la nature de leur filiation : légitime, naturelle ou adoptive ; 2. ascendants et collatéraux les plus proches, et qualifiés de ce fait « privilégiés » (père et mère, frères et sœurs et leurs descendants) ; 3. ascendants ordinaires (grands-parents, aïeux) ; 4. collatéraux ordinaires jusqu'au sixième degré (oncles et tantes, cousins) ; 5. conjoint

survivant ; 6. État.

– la règle du degré vient établir à l'intérieur de chaque ordre un système de préférence : le parent au degré le plus proche succède, à l'exclusion des parents d'un degré plus éloigné.

Ce schéma est en fait d'une simplicité trompeuse. Le conjoint survivant vient en qualité d'usufruitier en concours avec tous les autres ordres : il hérite en toute propriété au lieu et place des collatéraux ordinaires. Par ailleurs, le système de la fente – en écartant la règle de la priorité donnée aux ordres les uns sur les autres – permet le partage de la succession échue à des ascendants ou à des collatéraux en deux masses égales recueillies dans chaque ligne maternelle et paternelle par des ordres différents. Dans l'ordre des descendants ou des collatéraux privilégiés, la règle de la représentation des héritiers décédés par leurs propres héritiers vient contredire la proximité des degrés ; critiquable dans sa définition, personne ne met pour autant en doute son utilité pratique et sociale ; elle constitue une règle d'équité.

Malgré leur apparente complexité, ces règles sont ancrées dans les mœurs. D'autres systèmes étrangers apparemment plus simples, consacrent en fait une technique assez proche de la technique française.

### **La dévolution successorale ab intestat**

En l'état actuel de la législation, la succession est, en l'absence de testament, dévolue aux parents par le sang, au conjoint survivant et, à défaut d'héritiers, à l'État.

Leur vocation successorale tant du point de vue de l'opinion publique que de la pratique notariale mérite quelques retouches. La question se pose aussi d'une extension possible de la vocation successorale.

*Les héritiers du sang.* La loi du 3 janvier 1972 a remis au premier plan le lien du sang ; l'existence d'un lien de filiation prime désormais le lien contractuel du mariage. Cela apparaît en premier lieu dans l'ordre des descendants ; l'enfant naturel ou l'enfant adultérin bénéficient depuis 1972 en droit français d'une

promotion tout à fait remarquable ; tous les enfants, qu'ils soient légitimes ou légitimés (donc issus du mariage) ou naturels (donc nés hors mariage), sont désormais placés sur un plan de stricte égalité. L'enfant adultérin a d'abord la qualité de l'enfant naturel avec vocation à l'égalité absolue, mais son droit est paralysé et réduit lors du décès de son auteur s'il se trouve en présence de certains héritiers (enfants légitimes issus du mariage auquel l'adultère a porté atteinte, conjoint survivant victime de l'adultère). Cette exception au principe de l'égalité pose de telles difficultés pratiques d'application qu'on peut en souhaiter pour l'avenir la disparition complète et le retour au strict principe de l'égalité quelle que soit la nature de la filiation (cf. *La Dévolution successorale*, p. 196).

L'attribution du patrimoine d'une personne décédée sans descendance – pour un quart à chacun de ses père et mère (ascendants privilégiés) et pour le surplus à ses frères et sœurs ou leurs descendants (collatéraux privilégiés), ces derniers recueillant éventuellement la part de l'ascendant privilégié prédécédé – revêt un caractère surprenant. Du point de vue de la technique successorale, on remarquera qu'il y a là une nouvelle atteinte au principe de base de la dévolution fondée sur la proximité du degré ; du point de vue du développement économique, la nature des choses voulant que les plus jeunes soient normalement les plus aptes à gérer, exploiter, faire produire et circuler les richesses, leur appropriation en partie par la génération des ascendants paraît antiéconomique ; enfin, du point de vue familial, l'affection présumée ou le devoir familial d'une part, le rétrécissement contemporain de la famille au noyau parents-enfants d'autre part devraient faire préférer les père et mère aux frères et sœurs ou neveux et nièces.

La situation successorale faite au collatéral ordinaire n'a cessé de se dégrader ; le Code civil avait limité la successibilité de cet ordre au douzième degré, qui fut ramenée au sixième degré en 1917. Cette nouvelle restriction correspond au rétrécissement de la famille autour des parents les plus proches. Depuis la loi du 26 mars 1957, la vocation successorale ne subsiste au profit du collatéral qu'en l'absence de tout ascendant ou de conjoint. Sa vocation successorale se fait de plus en plus rare. Toutefois, la réduction du nombre d'enfants par ménage entraînera pour l'avenir l'ouverture de successions sans frères et sœurs ; en l'absence de collatéraux privilégiés et d'ascendants, la vocation successorale des collatéraux risque de renaître. Il y a là une raison

suffisante pour ne pas souhaiter supprimer un ordre dont la vocation héréditaire aujourd'hui amenuisée peut renaître demain.

*Le conjoint survivant.* L'amélioration de la condition successorale du conjoint survivant dans le sens d'un accroissement des droits de celui-ci est une constante législative depuis 1804. De nos jours, le conjoint survivant jouit de divers droits de survie : pension alimentaire en cas de besoin contre la succession, pendant un assez court délai il est vrai (C. civ., art. 207-1), droit à la nourriture, au logement et aux frais de deuil au profit du conjoint survivant commun en biens (C. civ., art. 1481). Il jouit aussi d'une véritable vocation successorale ; cette vocation s'exerce, selon les cas, soit en toute propriété soit en usufruit seulement.

Le défunt peut avoir élargi d'une manière importante les droits successoraux du conjoint survivant ; il aura pris des dispositions testamentaires ou consenti de son vivant une donation à son époux pour cause de mort.

La question aujourd'hui est de savoir s'il faut laisser aux époux qui le souhaitent le soin d'augmenter leurs droits héréditaires réciproques par testament ou donation entre époux, ou si le législateur doit à nouveau intervenir pour accroître à nouveau la vocation successorale du conjoint survivant, les époux pouvant en sens inverse, s'ils le souhaitent, la réduire par le moyen de dispositions testamentaires. Les aspirations des Français, souvent confuses dans leur formulation, sont d'interprétation difficile. Seule apparaît clairement « l'adhésion collective massive et quasiment de principe aux droits successoraux du conjoint survivant » (cf. « Sondages », in *Rev. fr. de l'opinion publique*, 1970, n° 4). Un accroissement des droits du conjoint survivant peut être recherché soit dans un aménagement de la technique des régimes matrimoniaux, soit dans la technique successorale proprement dite par une augmentation sur la propriété de l'héritage, complétée éventuellement par le jeu du mécanisme de l'attribution préférentielle accordant au conjoint un droit de préférence sur le domicile conjugal et la propriété des meubles le garnissant (cf. *La Dévolution successorale*, p. 267 sqq.)

*Les personnes à la charge du défunt.* À côté des héritiers du sang et du conjoint envers lesquels le défunt avait une affection présumée et des devoirs, il peut exister d'autres personnes que le défunt avait pris plus ou moins

complètement à charge, à titre plus ou moins permanent. Ce faisant, il avait accepté d'assumer à leur égard une responsabilité éminente ; son décès va profondément toucher leur situation, voire même les mettre dans une situation précaire. S'il s'agit de personnes n'ayant aucun lien de parenté avec le défunt (enfant orphelin non adopté, vieil ami malheureux, vieux domestique, voire concubin), peut-on envisager de les appeler à la succession de celui-ci et leur donner ainsi une vocation successorale qu'en l'état actuel des textes elles ne peuvent revendiquer ? S'il s'agit de personnes venant en rang utile à la succession (enfants ou parents handicapés), ne peut-on augmenter sensiblement leurs droits de manière à prendre en compte leurs besoins réels ? La question est posée et trouvera peut-être un jour sa solution sous la forme successorale énoncée ci-dessus, soit sous une forme alimentaire plus facile sans doute à mettre en œuvre.

*L'État.* À défaut d'héritiers au sixième degré, la succession est dévolue à l'État (C. civ., art. 770). En droit français, le droit de l'État est fondé non pas sur sa qualité de successible (il n'est pas le continueur de la personne du défunt), mais sur sa responsabilité de gardien de l'ordre public. Faute d'héritiers, la succession est en déshérence et l'État doit éviter les conflits entraînés par la vacance.

Mais à côté de la technique successorale proprement dite, l'État s'est arrogé un droit de créance sur les patrimoines transmis par décès dont l'importance apparaît telle aux yeux de certains qu'ils n'hésitent pas à qualifier l'État de « principal héritier » (M. Coutot). Ce qu'on appelle les droits de succession existe dans tous les pays développés du monde, mais la France est un de ceux où le rendement de cet impôt est relativement élevé : elle occupait en 1978 la septième place parmi les vingt-quatre pays de l'O.C.D.E. (cf. rapport Ventejol). Le système français est régulièrement soumis à de vives critiques ; on lui reproche d'être injuste, frappant autant les catégories moyennes que les « riches », de frapper sévèrement les successions autres que celles qui sont dévolues en ligne directe et de ne pas tenir compte de l'état de fortune des héritiers. Cependant, ce prélèvement fiscal apparaît à tout le moins préférable à l'État comme successible ; du point de vue économique, il favorise les transferts de propriété et donc la circulation des richesses ; les changements qu'il provoque, loin de nuire au dynamisme de l'économie, lui donnent un regain de compétitivité.

## **La dévolution testamentaire : la réserve et ses bénéficiaires**

Toute personne peut, par testament, écarter le modèle légal de dévolution et instituer les légataires de son choix. C'est de sa part un acte de volonté unilatérale qui peut être révoqué discrétionnairement jusqu'au jour du décès.

Quel que soit le goût des citoyens pour la pratique testamentaire, la liberté de tester – en principe totale – ne permet pas de priver certains parents les plus proches (descendants ou ascendants) de l'héritage : les héritiers auxquels la loi réserve une fraction de l'héritage. L'institution de la réserve, sous des noms et avec des modalités d'application diverses, est ancienne. La liberté testamentaire a rarement été absolue dans quelque société que ce soit, à quelque époque que ce soit. Principalement fondée sur l'obligation alimentaire du père, son devoir de solidarité à l'égard de sa famille, la réserve a été et reste critiquée dans son principe.

En faveur de l'institution on fait cependant valoir (*La Dévolution successorale*, p. 364 sqq.) :

– que la liberté testamentaire permettrait de porter gravement atteinte au principe de l'égalité successorale, fondement essentiel de notre droit auquel chacun reste aujourd'hui très attaché ;

– que la réserve, en accordant l'égalité de droits et de chances, évite la concentration des fortunes et des biens dans une seule main et qu'il y a là un gage de paix politique et sociale ;

– qu'en dehors de ses justifications économiques, politiques et sociales, la réserve trouve surtout son fondement dans l'institution familiale elle-même. La réserve définie comme un droit successoral renforcé est la protection juridique obligatoire de l'unité familiale physiologiquement fondée sur le lien du sang. La réserve protège le testateur contre lui-même, ses passions et ses influences. Elle protège l'égalité des enfants entre eux sur au moins une partie de l'héritage. L'opinion publique apparaît à 72 p. 100 favorable au maintien de la réserve, 8 p.

100 souhaitant même la suppression de la quotité disponible (« Sondages », *op. cit.*).

Le législateur en a tenu compte ; la loi du 3 juillet 1971, en modifiant les règles de calcul de la masse successorale et en stipulant que le rapport serait de la valeur du bien au jour du partage d'après son état au jour de la donation, a redonné toute sa vigueur à la notion de réserve, en a renforcé l'efficacité en consacrant à nouveau l'égalité des réservataires. La question se pose encore néanmoins d'une modification des quotas disponibles et indisponibles ; par ailleurs, les bénéficiaires de la réserve étant actuellement les descendants et les ascendants, certains se demandent si le conjoint survivant ne devrait pas être élevé au rang d'héritier réservataire, tandis que la réserve des ascendants serait aménagée, voire supprimée.

### **La dévolution contractuelle**

Le droit français interdit l'utilisation du contrat en matière successorale ; une personne vivante ne peut pas – par contrat avec ses héritiers présomptifs – arrêter la destination de sa succession à venir.

Cette intransigeance apparaît à beaucoup fondée sur un dogmatisme qui ne se justifie plus aujourd'hui et qui encombre inutilement la pratique.

L'autorisation pure et simple des pactes sur succession future paraît aujourd'hui souhaitable. Seules certaines conventions manifestement dangereuses resteraient interdites.

Parmi celles dont la validité est souhaitée, il faut citer le « pacte de famille » destiné non à détourner le patrimoine successoral mais au contraire à en faciliter la transmission. Malgré ces dangers évidents, mais qu'une réglementation bien étudiée pourrait sans doute facilement écarter, on mesure d'avance les effets bénéfiques de ce pacte : sur le plan familial (il s'agit avant tout d'un arrangement familial), sur le plan économique (cette convention va faciliter la transmission de l'entreprise agricole, commerciale ou industrielle en évitant son fractionnement, sa vente ou l'endettement excessif et ruineux du bénéficiaire), sur le plan juridique (cette convention ne dépouille en rien le futur défunt cocontractant qui conserve le

droit d'aliéner à titre onéreux tout ou partie des biens compris en pacte, ce que n'autorise pas la donation-partage).

Dans le cadre d'une refonte de notre droit successoral que beaucoup appellent aujourd'hui de leurs vœux mais qui se fait attendre, il est raisonnable d'espérer une réglementation qui, sans mettre en péril l'ordre social et familial, fournisse aux praticiens les moyens modernes de satisfaire les besoins de leurs concitoyens.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## @ SYNDICAL (DROIT)

### ***Prise de vue***

Le droit syndical, conquis de haute lutte par les travailleurs, est essentiellement ouvrier bien que le syndicalisme se soit étendu à presque tous les milieux professionnels ; il est maintenant très généralement reconnu, les régimes autoritaires eux-mêmes n'osant pas l'ignorer et préférant, à l'instar des démocraties libérales, le proclamer, quitte à en faire parfois un moyen d'intégration politique et à en dénaturer le contenu.

Indispensable aux salariés, alors que les autres catégories sociales peuvent plus aisément mener leur action collective par le moyen de l'association ordinaire, il s'est imposé comme une liberté fondamentale, un droit de l'homme, doté de la vertu d'une idée-force.

Depuis sa reconnaissance définitive qui, dans de nombreux pays comme en France (1884), a précédé celle du droit général d'association (1901), il a évolué, à l'image du syndicalisme ouvrier, dont le visage a changé et se transforme sans cesse. D'abord dans ses structures : dans les pays capitalistes, néo-capitalistes ou socialistes, les syndicats, groupements d'élite à l'origine, sont devenus des mouvements de masse, où les problèmes internes ont pris une ampleur nouvelle, la démocratie syndicale y étant la condition de leur

représentativité. En outre, la place prise par les techniciens et les cadres dans le mouvement syndical oriente davantage ses préoccupations vers les questions d'ordre technique et économique et vers les problèmes de l'entreprise.

L'évolution s'est faite aussi dans ses fonctions. L'élargissement de la revendication des objectifs sociaux aux objectifs économiques, étroitement imbriqués, la technicité accrue des problèmes, l'importance prise par les conditions de travail et la qualité de la vie, ont conduit le législateur à appeler les syndicats à participer à l'élaboration et à la mise en œuvre de la politique économique et sociale. Ils le font, non seulement par la négociation collective, mais aussi en recherchant une participation aux décisions, là où s'effectuent les grandes options. Un certain rapprochement s'opère ainsi entre les fonctions du syndicalisme de type « occidental » et celles des syndicats des pays socialistes.

Toutefois, le risque d'intégration au système politico-économique demeure la hantise de certains dirigeants syndicaux des pays capitalistes. L'opposition reste fondamentale entre les régimes de liberté syndicale et les systèmes de syndicalisme unique et intégré, d'où les difficultés du mouvement syndical international, encore aggravées par le fait que le syndicalisme est tantôt unifié, tantôt divisé, et qu'il est ici plus pragmatique et là plus idéologique.

Enfin, le problème des moyens concrets de l'action syndicale au niveau de l'entreprise et de la protection des militants syndicaux se pose un peu partout, mais avec une particulière acuité dans les pays capitalistes. Le droit syndical ne peut se réduire à une liberté individuelle ; il est tout autant un droit collectif tourné vers l'action des groupements et de leurs militants.

## 📍 1. Systèmes de droit syndical

### Protection internationale

Le préambule des statuts de l'Organisation internationale du travail (O.I.T., 1919) mentionnait, parmi ses principes essentiels, le droit d'association, aussi bien pour les salariés que pour les employeurs ; mais ce n'est qu'après la

Seconde Guerre mondiale que divers textes consacrerent expressément le droit syndical. La Déclaration universelle des droits de l'homme ne contient qu'une affirmation de principe, de même que la Charte sociale européenne. En revanche, la Convention européenne des droits de l'homme (1950) garantit la liberté de constituer un syndicat et de s'y affilier, sous réserve seulement des mesures nécessaires à la sécurité, à la prévention criminelle et à la protection de la morale et des droits et libertés d'autrui. Mais le texte de base est la convention n° 87 de l'O.I.T. (1948), qui pose trois principes : *droit de chacun de se syndiquer*, c'est-à-dire de constituer des organisations et de s'y affilier ; *indépendance* des syndicats par rapport à l'État, garantie surtout par l'absence d'autorisation préalable des pouvoirs publics et de possibilité de dissolution administrative ; enfin, droit des syndicats de se *regrouper* (unions locales, régionales, nationales et internationales). La convention n° 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective (1949) garantit plus spécialement l'exercice du droit syndical dans les rapports entre employeurs et salariés en interdisant tous les actes de discrimination patronale en matière d'emploi ainsi que les actes d'ingérence des employeurs dans la vie des syndicats. Une commission d'investigation et de conciliation en matière de liberté syndicale connaît des plaintes adressées au Conseil d'administration du Bureau international du travail (B.I.T.).

Si le droit de ne pas se syndiquer est passé sous silence, c'est en raison de pratiques, tolérées dans certains pays, qui le restreignent (cf. *infra*, chap. 2). Le partage fondamental entre les régimes divers du droit syndical s'opère entre conception libérale et conception autoritaire, bien que chacune connaisse des variantes appréciables.

## 📍 Conception libérale

### **Une constante dans les législations**

Les législations qui s'inspirent de la conception libérale du droit syndical rangent celui-ci parmi les droits de l'homme et en lient l'exercice à un acte de volonté libre. Groupement privé, le syndicat est indépendant des pouvoirs publics, qui ne doivent ni en entraver la constitution, ni s'immiscer dans son fonctionnement interne, ni prononcer sa dissolution, laquelle ne peut être que judiciaire ; tout au plus quelques formalités peuvent-elles être imposées pour permettre de vérifier la légalité et l'identité du groupement, tel le dépôt des statuts (France) ou un

enregistrement, commandant soit la personnalité juridique, soit l'étendue des droits, mais jamais arbitrairement refusé ou accordé (Italie, Grande-Bretagne, Belgique, Allemagne fédérale, Autriche...). Les syndicats ont une fonction de représentation des intérêts professionnels opposés, en vue aussi bien de la contestation des situations acquises que de la participation à l'organisation de la profession et à l'élaboration de la politique économique et sociale, par la consultation, la négociation collective, voire, dans certains domaines, la gestion.

La constante ne s'arrête pas là. L'acte libre d'adhésion implique la possibilité d'un choix, donc à la fois le caractère facultatif du syndicat et le principe du pluralisme syndical, qui permet de constituer autant de syndicats concurrents qu'il y a de tendances qui s'opposent.

### **Les variantes selon les pays**

La mise en œuvre des deux principes du pluralisme syndical et du syndicat facultatif varie sensiblement, au point qu'on peut opposer le droit français, scrupuleusement respectueux de toutes les implications de la liberté syndicale, aux droits anglo-saxons, beaucoup plus tolérants.

Le pluralisme syndical de droit a pour corollaire l'égalité de traitement juridique des différentes organisations. En revanche, il s'accommode de l'unité syndicale de fait, telle qu'elle se trouve pratiquement réalisée aux États-Unis ou en Grande-Bretagne comme en Scandinavie ou même en Allemagne fédérale. Le principe juridique est sauf dès lors que la liberté est donnée de constituer autant de syndicats concurrents qu'on le veut, même s'il n'existe en fait qu'une organisation, par l'effet combiné d'une discipline du mouvement syndical et d'une orientation plus pragmatique qu'idéologique (à la différence des syndicalismes français ou italien, par exemple).

Mais la situation syndicale de fait ne peut pas ne pas influencer l'application concrète du principe. Ainsi, aux États-Unis, la loi Wagner de 1935, votée dans le cadre du New Deal, en instituant la représentation officielle des salariés par les syndicats dans les négociations collectives, et en faisant de ceux-ci les interlocuteurs obligés des employeurs, a reconnu au syndicat déclaré majoritaire dans l'unité de négociation, soit à l'amiable soit à la suite d'un vote,

l'exclusivité de la représentation de tous les salariés, sous réserve de défendre leurs droits sans opérer de discrimination. Parce que très souvent unique, le syndicat majoritaire se trouve ainsi avoir une certaine autorité sur l'ensemble des salariés, même sur les non-syndiqués ou les adhérents des syndicats minoritaires. Cette rupture de l'égalité est sans commune mesure avec la distinction que le droit français a dû établir entre les syndicats « les plus représentatifs » et les autres, la représentativité étant elle-même « pluraliste » et reconnue à toutes les organisations remplissant certaines conditions (cf. chap. 3, *infra*).

De même, la protection pratique du caractère facultatif du syndicat et de la liberté de choix qu'il implique n'est pas entendue partout de la même manière. En Grande-Bretagne et aux États-Unis, les clauses dites de « sécurité syndicale » sont, pour la plupart, licites dans les accords collectifs conclus avec les employeurs, bien qu'elles incitent (ou même, en fait, contraignent) à l'adhésion au syndicat signataire. En France, surtout depuis la loi du 27 avril 1956, comme en Italie (depuis la loi du 20 mai 1970), toute forme de faveur ou de pression, même par la voie du contrat de label syndical, est interdite. Toutefois, l'écart entre ces deux conceptions serait réduit si la pratique des avantages réservés aux syndiqués par accord entre employeurs et syndicats, maintenant juridiquement reconnue dans certains pays du Marché commun (Belgique), venait à s'étendre.

### @ Conception autoritaire

Si dans les pays où prévaut une conception autoritaire, le syndicat est unique et intégré au système politique, et si son indépendance à l'égard de l'État y disparaît toujours, il y est tantôt obligatoire, tantôt facultatif.

Dans les régimes d'esprit corporatif, le « syndicalisme d'État », instrument entre les mains des pouvoirs publics, exclut totalement la liberté syndicale et constitue un moyen d'organisation de la vie économique par l'autorité publique, comme il le fut dans l'Italie fasciste, et en France sous le régime de la Charte du travail (1942) ; il l'est en Espagne, où les syndicats, même depuis la loi du 17 février 1971, regroupent, dans une organisation unique et obligatoire de droit public contrôlée par le gouvernement, les employeurs et salariés de chacun des groupes de production ; il en est de même au Portugal où, bien que facultatif, le syndicat est unique et tenu de collaborer avec les pouvoirs publics. Le droit

syndical change alors de sens et repose sur la négation des conflits d'intérêts.

Quant aux démocraties marxistes, le syndicat n'y est pas un groupement revendicatif mais un relais entre le parti et les travailleurs, une « école de communisme ». Si, depuis la déstalinisation, les syndicats ont été invités à défendre plus énergiquement les intérêts immédiats des travailleurs, ils demeurent, selon la formule célèbre, une « courroie de transmission » ; et si celle-ci est appelée à tourner désormais dans les deux sens, si le syndicat n'est plus seulement un organisme d'encadrement, il est moins un moyen de revendication que de doléance. En revanche, le syndicat n'est pas obligatoire, même si le bénéfice de certains avantages sociaux importants est attaché à la qualité de syndiqué.

En Union soviétique, en particulier, les syndicats « rallient les ouvriers et les employés autour du parti » (preamble des statuts). Unique pour chaque branche industrielle et enregistré dans une organisation intersyndicale, le syndicat est régi par le centralisme démocratique, en vertu duquel toute organisation syndicale est subordonnée à l'organisation supérieure, les dirigeants des diverses instances et leurs représentants aux instances supérieures étant élus par les syndiqués eux-mêmes. Considérables, leurs attributions sont à la fois politiques (application des directives du parti, formation des cadres syndicaux, émulation socialiste), administratives (inspection du travail, gestion des assurances sociales), et économiques (ils participent non seulement à l'exécution du Plan et à son adaptation aux entreprises, mais, depuis la réforme économique, à sa discussion et au choix des grandes options qui en sont la base). Dans les entreprises, les comités syndicaux concourent à l'élaboration des plans de production, au perfectionnement technique, animent les « assemblées de production » des travailleurs, où se pratique l'autocritique, reçoivent le compte rendu d'activité des dirigeants. Sur le plan social, ils fixent avec la direction les conditions de travail, concluent les conventions collectives avec elle, donnent leur accord au licenciement de tout travailleur, enfin ils sont consultés avant la nomination d'un dirigeant d'entreprise et peuvent demander son changement. En Yougoslavie, le régime de l'autogestion confère au syndicat un rôle de contrôle ouvrier collectif sur les organes d'autogestion en même temps que d'éducation des travailleurs.

## 📍 2. Liberté d'adhésion et protection des travailleurs

Au niveau des relations de travail entre employeurs et salariés, la liberté de l'appartenance et de l'activité syndicales constitue la pierre angulaire de l'exercice concret du droit syndical. Celui-ci risque en effet de rester théorique si le travailleur, placé en situation de subordination juridique, ne bénéficie pas d'un minimum de garanties contre les discriminations de l'employeur à l'égard des syndiqués ; de même, la liberté de ne pas se syndiquer exige une protection contre les pressions syndicales ou patronales.

### 📍 Le droit de se syndiquer

Paradoxalement, le droit positif d'adhérer à un syndicat est moins bien protégé en droit français que celui de ne pas adhérer. La raison en est que le droit syndical se trouve affronté à la fois à la liberté contractuelle de l'employeur et à son pouvoir de chef d'entreprise. Aussi, la loi a-t-elle beau interdire formellement, depuis 1956 en France et 1970 en Italie, à l'employeur de prendre en considération l'appartenance ou l'activité syndicale pour toute mesure concernant un salarié, les pratiques discriminatoires à l'embauche et en cours d'emploi sont difficiles à sanctionner ; ainsi, par exemple, des « listes noires » de syndicalistes circulent d'une entreprise ou d'une ville à l'autre. Le motif syndical du refus d'embauchage est très difficile à prouver pour le candidat éconduit. La clause d'un contrat de travail interdisant l'affiliation syndicale est sans valeur juridique, de même que sont interdites, en vertu d'une jurisprudence récente, les questions posées à l'embauche sur l'affiliation syndicale. Mais les mesures discriminatoires en cours d'emploi, tels le refus d'avancement, la mutation, la rétrogradation, etc., sont aisées à justifier par les besoins du service. Quant au licenciement, il sera, dans les rares cas où sa motivation syndicale peut être établie, déclaré simplement abusif et le syndiqué exclu devra se contenter d'une indemnité, sous réserve toutefois des possibilités de réintégration prévues par la loi italienne du 20 mai 1970. Les difficultés de preuve et l'insuffisance des sanctions civiles et pénales (amende) enlèvent une grande part de son efficacité à la protection théorique du droit de se syndiquer. La menace pèse davantage encore sur les militants et délégués syndicaux, pour lesquels une protection spéciale est nécessaire (cf. *Dans le cadre de l'entreprise*, in chap. 3). En définitive, c'est surtout de la force des syndicats dans l'entreprise que dépend le respect du droit syndical.

## 📍 Le droit de ne pas se syndiquer

L'aspect négatif de la liberté syndicale, corollaire du caractère facultatif du syndicat, exige une double protection contre l'employeur tenté de favoriser un groupement docile ou même d'en créer un, mais aussi contre les pratiques syndicales destinées à contraindre à l'adhésion.

L'ingérence de l'employeur dans la vie d'un syndicat et la pratique du « syndicat-maison » (*company union*), sont très généralement sanctionnées ; aux États-Unis, par exemple, elles constituent une pratique de travail déloyale (*unfair labor practice*) ; en France, la loi Moisan-Lefèvre de 1956 a interdit tout moyen de pression de l'employeur en faveur d'une organisation syndicale quelconque, et en 1963 un employeur a été condamné pour avoir suscité un syndicat uniquement pour conclure avec lui un accord d'intéressement du personnel entraînant des exonérations fiscales. La loi italienne du 20 mai 1970 contient la même interdiction (art. 17).

En sens inverse, la mise à l'index pratiquée par un syndicat est illicite lorsqu'elle est destinée à forcer les salariés d'une entreprise à adhérer, par exemple en menaçant de grève l'employeur qui embauche ou conserve des non-adhérents.

Mais la menace peut être bilatérale et résulter d'un accord conclu entre un syndicat et un ou plusieurs employeurs. La pratique des clauses dites de « sécurité syndicale » est très répandue aux États-Unis et en Grande-Bretagne, où elles sont licites. Aux États-Unis, cependant, la loi Taft de 1947 apporte de sérieuses restrictions à la loi Wagner, notamment en proscrivant la clause de *closed shop* (atelier fermé), qui engage l'employeur à n'embaucher que des adhérents du syndicat. La restriction apportée au droit de ne pas se syndiquer est très variable selon la clause considérée, qui va de l'engagement de l'employeur de licencier tout salarié qui n'adhère pas dans un certain délai (*union shop*) à celui d'embaucher de préférence des travailleurs proposés par le syndicat, de licencier les syndiqués qui viendraient à quitter le syndicat, de prélever les cotisations sur le salaire (*check-off*), ou enfin de réserver les avantages consentis dans l'accord collectif aux adhérents du syndicat signataire (avantages réservés).

Ces pratiques offrent l'intérêt d'assurer le recrutement des adhérents et la stabilité des effectifs syndicaux, et du même coup, elles donnent aux syndicats l'autorité indispensable à la défense efficace des intérêts des travailleurs. En outre, elles répondent à un souci de justice, en faisant supporter les sacrifices de l'action syndicale à tous ceux qui en bénéficient. Elles restreignent néanmoins plusieurs libertés (pour le travailleur celle de rester en dehors des syndicats, pour l'employeur celle de recruter librement son personnel) et sont absolument interdites en France depuis la loi du 27 avril 1956. Cette disposition de circonstance (contrat de label du Livre) ne favorise pas la syndicalisation et contribue à maintenir le caractère minoritaire du syndicalisme ouvrier français. La loi italienne de 1970 permet les accords de retenue des cotisations syndicales sur les salaires, sous la condition du secret ; elle interdit les autres clauses.

Toutefois, la clause d'avantages réservés aux syndiqués, qui incite à adhérer sans trop contraindre, se répand actuellement dans certains pays du Marché commun, en particulier en Belgique où sa licéité n'est plus discutée.

### @ 3. L'action syndicale

Il ne sert à rien de proclamer le droit syndical sans reconnaître au syndicat les moyens de son action. Cette évidence n'a pourtant pas empêché certains législateurs de se contenter longtemps de garantir la liberté de constituer un syndicat et d'y adhérer, tout en se gardant d'en protéger l'activité, en particulier au niveau de l'entreprise. D'où le paradoxe dans certains pays (France, Italie) : « partenaires constants » aux divers niveaux de la vie économique et sociale, les syndicats restaient, en droit, ignorés au niveau de l'entreprise, cadre élémentaire de l'activité, là où s'exerce l'autorité patronale. Les secousses politiques récentes, surtout celle de 1968, ont conduit à un certain rattrapage du retard en ce domaine ; mais le problème des rapports entre l'action syndicale et l'action politique et celui de la représentativité requise pour l'exercice de certains moyens d'action demeurent posés.

#### @ Son objet : l'action politique

Si la défense des intérêts professionnels est la caractéristique du syndicat, constitue-t-elle l'objet exclusif de l'action syndicale ?

Le débat est clos pour l'action sociale (emploi, logement, retraites, etc.), traditionnellement exercée avec bonheur par les syndicats ouvriers, et même devenue un des objectifs actuels essentiels de la négociation collective avec le partenaire patronal ou étatique, consacré par la récente loi française du 13 juillet 1971. En revanche, il ne l'est pas pour l'action politique, qu'il demeure classique pour certains d'opposer à l'action professionnelle. Mais, en réalité, ce débat semble à la fois vain et faux. Vain parce que les faits sont là et que partout les syndicats, non seulement ouvriers mais aussi patronaux, ont à maintes reprises participé à l'action politique (Front populaire en 1936, décolonisation, apartheid, création du Parti travailliste britannique par les Trade Unions, campagnes électorales américaines, etc.), au point que le reproche de politisation souvent adressé à certains syndicats français est quelque peu déplacé. Mais aussi le débat sonne faux tant est artificielle la distinction entre le professionnel et le politique, dont l'imbrication est encore plus évidente depuis l'intervention incessante de l'État dans le domaine économique et social. La politique générale, intérieure ou extérieure, a des conséquences sur les salaires, sur le travail, sur l'activité économique, donc sur le niveau de vie des travailleurs. Le développement des revendications « qualitatives », même si certaines demeurent orientées vers le travail lui-même (cadence, durée, parcellisation, etc.), interdit aux syndicats l'égoïsme professionnel et leur fait un devoir de se préoccuper de questions d'intérêt général (transports, nuisances, etc.), donc politiques au sens propre du terme. Comme l'avait souligné Georges Ripert, il serait paradoxal de déclarer illégitime l'action « qui est dictée par un sentiment désintéressé, et de juger conforme au droit celle qui se propose le but intéressé d'une augmentation de salaire ».

Mieux vaudrait donc écarter toute limitation de ce genre, comme c'est le cas en Italie, aux Pays-Bas, en Suède, en Suisse, en Allemagne fédérale, et même en Grande-Bretagne et aux États-Unis, où les ressources utilisées à des fins politiques doivent seulement être prises sur un fonds affecté.

## @ Conditions de représentativité

La représentativité est d'abord une question de fait : l'efficacité même de l'action syndicale est commandée par la représentativité effective de l'organisation qui la mène, en particulier par le nombre de ses adhérents. Aussi, a priori, le droit

n'a-t-il pas besoin de s'en préoccuper, les faits se chargeant de la sanctionner, donc de l'exiger.

Toutefois, à partir du moment où les syndicats n'ont plus seulement pour rôle de contester ou de revendiquer, mais aussi de participer à l'organisation de la vie professionnelle, économique et sociale, il devient impossible de leur reconnaître sans conditions à tous les prérogatives par lesquelles cette action s'exerce. Aussi, la notion de syndicats « représentatifs » devait-elle faire fortune sous des formes diverses depuis son apparition dans les statuts de l'Organisation internationale du travail (1919).

Résolu d'emblée dans les pays de syndicat unique, le problème se pose dans les pays de pluralisme syndical, la discrimination attachée à la « représentativité » juridique constituant en soi une atteinte à l'égalité de régime entre les syndicats, corollaire du pluralisme. Mais, contrairement aux appréhensions de certains, le syndicalisme organisé et responsable s'en est trouvé renforcé.

Cette notion de représentativité varie sensiblement d'un pays à l'autre. En Italie ou en Belgique, comme en France, la représentativité est elle-même « pluraliste » en ce sens qu'elle peut être reconnue concurremment à plusieurs organisations, dès lors qu'elles remplissent certaines conditions. En revanche, aux États-Unis, la représentativité est réservée à l'organisation majoritaire dans l'unité de négociation (cf. *Les variantes selon les pays*, in chap. 1).

Le cas de la France est particulièrement révélateur des difficultés soulevées par l'exigence de représentativité, dans une situation de pluralité syndicale ouvrière de fait pour l'exercice de prérogatives nombreuses et importantes (conclusion des conventions collectives, présentation des candidats représentants du personnel au premier tour des élections dans les entreprises, conclusion des accords de participation, bénéfice de la loi de 1968 sur la section syndicale d'entreprise et les délégués syndicaux, préavis de grève dans les services publics, participation à de multiples organismes politiques ou administratifs, en général consultatifs, etc.). Les critères de la représentativité généralement retenus sont, à titre principal, les *effectifs*, difficiles souvent à

connaître avec exactitude et, à titre complémentaire, le versement des *cotisations*, la *liberté des adhésions*, l'*indépendance* à l'égard des employeurs, enfin l'*activité* et l'*ancienneté* du syndicat, éléments constituant des conditions d'aptitude à la représentativité, sans lesquels les effectifs ne signifient rien. En outre, la pratique récente a fait apparaître un nouveau critère, celui de l'*audience* ou de l'*influence* du syndicat, que les tests périodiques que sont les élections professionnelles (comité d'entreprise, délégués du personnel) permettent de mesurer avec précision et exactitude dans l'entreprise.

Au niveau national, des décisions gouvernementales ont reconnu la représentativité aux grandes confédérations : Confédération générale du travail (C.G.T.) ; Force ouvrière (F.O.) ; Confédération française démocratique du travail (C.F.D.T.) ; Confédération française des travailleurs chrétiens (C.F.T.C.) ; Confédération générale des cadres (C.G.C.), sous le contrôle du juge administratif, qui a par exemple confirmé la représentativité de la C.F.T.C. « continuée », malgré la relative faiblesse de ses effectifs, au nom d'une conception « qualitative » de la représentativité, cette centrale représentant un courant historique important du syndicalisme ouvrier français. Mais c'est davantage dans le cadre de l'entreprise que la représentativité soulève actuellement les plus sérieuses difficultés, surtout depuis l'apparition, à la suite des événements de mai 1968, de nombreux syndicats « autonomes », dont l'ancienneté est réduite, l'activité faible, le recrutement souvent passager, l'indépendance parfois douteuse.

## @ Le champ d'action

### **Profession et interprofession**

Le regroupement des syndicats ouvriers et patronaux en confédérations a permis à l'action syndicale, ancienne déjà dans le cadre des professions, de s'étendre à l'interprofession, et cela d'autant plus que la représentation des intérêts ouvriers et patronaux auprès des pouvoirs publics s'effectue de plus en plus souvent, au niveau national, dans des organismes à compétence générale. Le développement de la négociation collective interprofessionnelle, spectaculaire en France depuis 1958 et surtout depuis 1968, en matière de retraites, d'emploi, de formation professionnelle et de mensualisation, ne fait qu'accroître le mouvement.

La contestation ou la revendication prend souvent la forme de l'action directe : réunions et manifestations, pétitions, interventions des dirigeants syndicaux auprès des employeurs et des pouvoirs publics, enfin et surtout grève. La mise à l'index ou boycott est moins utilisée maintenant, bien qu'elle soit devenue licite, seuls ses abus étant sanctionnés.

Quant aux moyens de l'action de participation, ils consistent principalement dans la réglementation conventionnelle des relations de travail par la voie des accords collectifs de secteur professionnel, de branche, ou même interprofessionnels, soumis à un régime juridique particulier qui permet de leur faire produire des effets considérables. En outre, les syndicats sont représentés dans des organismes officiels, consultatifs ou parfois gestionnaires, à vocation administrative ou même politique (par exemple, Conseil économique et social en France). Enfin, ils exercent un certain rôle de discipline de la profession par le procédé du label syndical, ou bien en saisissant les tribunaux des violations de la déontologie professionnelle ou des violations de la législation sociale commises par des producteurs ou des employeurs et portant préjudice à l'intérêt de la collectivité professionnelle.

### **Dans le cadre de l'entreprise**

C'est évidemment sur les lieux de travail que commence l'action syndicale ; mais elle y affronte l'autorité patronale, ce qui explique qu'il ait fallu attendre, dans bien des pays, une époque récente pour que soit reconnue la présence du syndicat dans l'entreprise.

L'exercice effectif du droit syndical dans l'entreprise y postule l'admission de l'activité syndicale elle-même. Tel est l'impératif de principe, si l'entreprise n'est plus seulement un lieu d'échange de la force de travail contre un salaire, mais une cellule – voire une communauté – de travail dont le personnel fait partie intégrante. Tel est aussi l'impératif pratique : les lieux de travail sont ceux où se posent le plus immédiatement les problèmes professionnels et où s'en effectue la prise de conscience ; les seuls aussi où il soit possible de tenir les réunions syndicales, étant donné la dispersion accrue de l'habitat des salariés et l'allongement du temps de transport.

Les exigences concrètes concernent en premier lieu les moyens mêmes de l'activité syndicale, c'est-à-dire une *protection spéciale* des délégués syndicaux, plus exposés que les simples adhérents, des *possibilités de formation* et d'information des militants et responsables, enfin des *moyens d'action* indispensables pour eux (crédit d'heures de fonction rémunérées comme temps de travail, droit de circuler dans l'entreprise et de s'en absenter, disposition d'un local pour les réunions syndicales, diffusion des informations syndicales et collecte des cotisations). Mais au-delà, elles vont jusqu'à la reconnaissance de la vocation des syndicats à représenter le personnel auprès de la direction. Or, c'est là que se manifestent à la fois les plus grandes résistances patronales et la divergence des systèmes positifs.

En effet, deux formules de représentation du personnel dans l'entreprise sont possibles. Ou bien la représentation est assurée directement par les syndicats, comme aux États-Unis (syndicat majoritaire), en Grande-Bretagne (*shop stewards*) ou dans les démocraties d'inspiration marxiste ; ou bien, comme en Belgique, en Italie ou en France, les institutions représentatives, tout en faisant une place importante aux organisations syndicales dans leur désignation et leur fonctionnement, en sont distinctes par leurs structures et leurs attributions. Dans le premier système, on peut dire que le problème de l'exercice du droit syndical dans l'entreprise se trouve d'emblée résolu, l'activité syndicale s'y confondant avec la représentation institutionnalisée du personnel. Au contraire, dans le second, il reste entier : même si, comme en France et en Belgique, les syndicats représentatifs jouent un rôle déterminant dans l'élection et le fonctionnement des comités d'entreprise et des délégués du personnel, leur activité propre peut rester juridiquement en marge, clandestine en quelque sorte dans l'entreprise.

Or telle a été la situation en France et en Italie, sous réserve de quelques accords d'entreprise précurseurs, du fait de la résistance patronale fondée sur le souci de sauvegarder l'autorité du chef d'entreprise et de neutraliser les lieux du travail en en excluant toute action syndicale. Il a fallu, en France, la grande secousse de mai 1968 pour que, le constat de Grenelle n'ayant pu aboutir à un accord sur ce point, le gouvernement fasse cependant adopter la loi du 27 décembre 1968 reconnaissant la section syndicale d'entreprise ; elle accorde au syndicat des moyens d'action non négligeables (panneaux d'affichage,

distribution de tracts, local, réunion mensuelle), et confère enfin un statut aux délégués syndicaux (protection spéciale contre le licenciement, crédit d'heures, etc.). Le domaine d'application de cette loi, dont le bénéfice est à juste titre réservé aux syndicats représentatifs, est toutefois limité aux entreprises de cinquante salariés au moins, et, de plus, la plupart des prérogatives des sections syndicales sont exclues des temps et des lieux de travail. De même, l'efficacité de la protection des délégués syndicaux demeure incertaine. Néanmoins, le texte constitue probablement la plus importante conquête syndicale depuis 1884. En Italie, la loi du 20 mai 1970 contient, dans le même esprit, des dispositions analogues ; mais elle va plus loin en reconnaissant au juge le pouvoir d'enjoindre à l'employeur de réintégrer, sous peine de sanctions pénales et civiles, le délégué syndical irrégulièrement licencié, en soumettant la mutation de ce dernier à l'accord de son syndicat, enfin en autorisant des réunions syndicales dans l'entreprise pendant le temps de travail. Ces deux lois récentes sont un signe de l'importance prise par le cadre de l'entreprise dans les relations professionnelles.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## @ ENVIRONNEMENT

### ***Prise de vue***

Pris au sens étymologique, le mot « écologie » signifie « science des habitats » et concerne, dans le mode de vie des animaux, l'ensemble des relations qu'ils entretiennent avec le milieu dans lequel ils se trouvent. Cette acception est très vite devenue trop restrictive, voire inadéquate, en particulier aux yeux des botanistes. Ce n'est pourtant qu'en 1934 que l'éminent zoologiste Marcel Prenant prit fait et cause pour une conception plus cohérente et plus globale des relations entre les organismes et leur milieu, en constatant dans un des exposés de biologie écologique que publiait, sous sa direction, la librairie scientifique Hermann et Cie : « L'idée essentielle de l'écologie est celle d'une adaptation, c'est-à-dire d'une certaine corrélation entre l'organisme et son milieu. En ce sens vague et global, elle a dû s'imposer à la connaissance la plus primitive, à la plus rudimentaire technique de chasse et de pêche. Toutes les tentatives faites ultérieurement pour

la préciser se sont nécessairement inspirées soit de la notion de causalité, soit de celle de finalité, et parfois des deux à la fois. Causales ou finales, les explications de l'adaptation ont d'ailleurs un trait commun : elles ont dû, pour se développer, morceler le problème en le reportant au détail. »

Cette situation explique le caractère anecdotique de nombreuses recherches à orientation écologique du début du XX<sup>e</sup> siècle : ainsi, que signifie un nombre de 13 vers de terre par mètre carré de terre cultivée ? Même si on suppose la localisation connue. Même si cette population animale peut être étudiée en milieu isolé, dans un terrarium, et si l'on en tire des informations sur le rôle des facteurs physiques sur le cycle vital et sur le rendement biologique de l'espèce étudiée, les résultats expérimentaux que fournira l'étude du milieu (au sens causal que ce mot implique depuis Auguste Comte) ne suffisent pas à prédire ce qui se passera dans le contexte naturel.

Le jeu des interactions entre populations va en effet modifier la dynamique des espèces en présence et moduler leur régime vital ; on va donc devoir passer d'une optique *auto-écologique* – étude d'une population – à une conception *synécologique* – reconstitution du système biotique local : l'écosystème.

La modélisation d'un écosystème nécessite le recours aux données quantitatives relatives au métabolisme des populations qui le composent : notions de biomasse et de flux tropho-énergétique, rendements de transfert aux divers niveaux des chaînes alimentaires. Pour obtenir ces données, il faut recourir à des analyses physiques et chimiques qui mettent en évidence les phénomènes de *cyclisation*, dont l'importance apparaît clairement pour la première fois dans l'ouvrage fondamental d'Alfred James Lotka, *Elements of Physical Biology*, paru en 1925. Entrées et sorties d'eau, de gaz carbonique, d'oxygène, de composés azotés traduisent les fonctions vitales exercées par les biocénoses, ou systèmes populationnels, au sein du cadre physique et chimique, nommé biotope, qui les environne. Autrement dit, pour chacun des individus présents dans l'écosystème, les autres organismes (de même espèce ou d'espèce différente), et le biotope, représentent davantage qu'un milieu, c'est-à-dire un simple contexte, et bien plutôt un environnement, c'est-à-dire un champ d'interactivité, voire d'interdépendance

(exemple du réseau trophique).

Ardent défenseur de cette conception, Marcel Prenant marque néanmoins une prudente réserve vis-à-vis des thèses soutenues, vers 1925, par des biogéographes allemands, F. Dahl, R. Hesse, S. Ekman, et le zoologue K. Friederichs, qui va « jusqu'à envisager la nature comme un tout écologique, et théoriquement il n'a pas tort ». Mais Prenant craint que cette approche ne mène « à rien de pratique », et c'est vrai, quoiqu'elle ait déjà permis à W. Vernadsky, entre autres, de décrire la biosphère comme un *système écologique global* dans lequel le carbone organique de la matière vivante serait de l'ordre de  $5 \cdot 10^{14}$  tonnes, contre  $10^{12}$  tonnes dans l'atmosphère, ce qui implique un recyclage continu dans lequel interviennent les carbonates et bicarbonates des milieux naturels, océans et sédiments calcaires.

Le coup d'envoi était malgré tout donné, en France comme dans les autres grandes puissances des années trente, pour promouvoir une conception fonctionnaliste de la biosphère, et, par-delà cette entité peu concrète, une analyse fonctionnelle des écosystèmes dont elle est composée.

Des moyens d'investigation importants allaient être mis à la disposition des biologistes, afin de permettre un meilleur usage des ressources naturelles (lutte contre la surexploitation agricole, essais de repeuplements ou palliatifs mis en œuvre pour empêcher la disparition d'espèces, saumons par exemple).

Tout cela débouche, dans les années cinquante, sur la parution d'importants traités, comme celui d'Odum. Ils font l'inventaire des données quantitatives recueillies dans de nombreux écosystèmes terrestres ou aquatiques.

Les données de base de l'écologie qui s'y trouvaient dégagées ne firent pourtant leur entrée dans les programmes scolaires que dix à vingt ans plus tard. Un écosystème, l'étang par exemple, y est présenté comme un lieu scénique, dans lequel entrent des acteurs ayant un rôle précis (niche écologique) et interagissant de manière à assurer le déroulement du scénario biologique adéquat.

Très vite, il faut reconnaître à l'un de ces acteurs un caractère à la fois

ubiquitaire et dérangeant : l'homme joue autant sa propre partie que celle que tend à lui imposer le milieu et, par suite, insensiblement, la biosphère a tendance à devenir une anthroposphère. Alors se produit un coup de théâtre : la conquête de l'espace vient de commencer en 1967. La mise en orbite des satellites artificiels devait permettre de diffuser d'extraordinaires images de notre planète. Et, brusquement, une évidence s'est fait jour : notre Terre est un vaisseau spatial, aux dimensions finies, et aux ressources limitées. C'est la « Planète bleue » où la vie naît de l'eau et s'entoure de nuées. Nous en sommes responsables, car nos querelles peuvent maintenant conduire au mortel hiver nucléaire, qui anéantirait toute vie.

À la suite de ce qui ressemble fort à un processus d'identification entre la Terre et l'humanité, les hommes de science se mobilisent pour la défense et l'illustration de l'Environnement (avec une majuscule) et ils entraînent enfin derrière eux l'opinion, les hommes politiques, les institutions, partout dans le monde, enfin « sensibilisé » par trop de drames technologiques : Bhopal, Tchernobyl...

Il convient cependant de relativiser cet enthousiasme. Les hommes ont toujours travaillé avec ou contre leur environnement et les difficultés qu'ils ont rencontrées devraient au moins permettre d'évaluer correctement les enjeux du combat.

## 📍 1. L'enjeu biologique

La levée des boucliers des défenseurs de l'environnement a pour point de départ l'instinct de conservation. À cet égard, dans le subconscient de l'humanité, l'horreur d'Hiroshima et de Nagasaki a relayé la terreur de la peste. Aujourd'hui, la peur de la contagion a cédé le pas à la peur de la contamination nucléaire, épée de Damoclès du monde contemporain.

En effet, les progrès de la biologie ont révélé la fragilité du plus précieux de nos patrimoines, le patrimoine héréditaire. En s'attaquant à nos chromosomes, les radiations ionisantes ne vont-elles pas favoriser la cancérogenèse, et altérer, au

niveau des cellules sexuelles, les caractéristiques mêmes de l'espèce ? C'est un risque majeur. Voilà de quoi reléguer bien loin dans la mémoire collective les vieilles craintes des hérédo-infections : la syphilis, voire la tuberculose...

Depuis bien longtemps, certes, l'épidémiologie des maladies infectieuses se fondait empiriquement sur le constat de leur propagation interhumaine. C'est pourquoi la prophylaxie utilisait la mise en quarantaine des suspects, l'abandon des cas désespérés, la destruction par la chaux des cadavres. La crémation ne paraissait pas assez sûre, les fumées étant suspectes. C'est l'époque où l'on redoute la « peste » comme cause de morbidité, et aussi les « miasmes ». Sous sa forme la plus radicale, cette logique aboutit à l'atroce : l'éradication de la lèpre par la liquidation physique des lépreux, en Europe.

À l'époque des Lumières, la variole, elle aussi, a mauvaise réputation, parce qu'elle défigure si l'on en réchappe, ce qui va pouvoir être évité grâce à la variolisation, puis à la vaccination jennérienne, qui représente le tournant fondamental en matière de protection contre les maladies infectieuses.

Paradoxalement, la tuberculose est mieux tolérée par les populations européennes au XIX<sup>e</sup> siècle, où la maladie va prendre une ampleur catastrophique, car elle est – sauf en cas de « phtisie galopante » – d'évolution très lente et elle s'achève souvent en douceur, dans un état de consommation. Cette épidémie aura cependant ceci d'exemplaire qu'elle va très vite être le type de la *maladie sociale*. En ce sens qu'elle frappe partout, c'est vrai, mais qu'elle est impitoyable pour les pauvres, pour ceux qui vivent parqués dans des taudis obscurs et humides. Si elle n'épargne pas les classes aisées, c'est parce que l'expectoration est contagieuse et que le crachat souille l'environnement sans épargner personne.

On sait que l'effort accompli dans le domaine de l'hygiène préventive a cependant été considérable, sans précédent : nourrissons éloignés de leur mère et confiés à des nourrices, développement d'un vaste système de prise en charge des personnes touchées par le mal (préventoriums et sanatoriums). La seule justification « scientifique » à ces mesures de ségrégation était d'invoquer le rôle bénéfique (encore très populaire aujourd'hui) du « bon air ». On sait qu'il fut, pour les gens les plus aisés, l'alibi d'une errance touristique dont le principal mérite a

été d'enrichir le patrimoine littéraire et artistique : Frédéric Chopin, par exemple, fera un séjour climatique (que George Sand relate dans *Un hiver à Majorque*), sans grand bénéfice pour sa santé, à vrai dire.

Heureusement pour les victimes des maladies infectieuses, la fin du XIX<sup>e</sup> siècle verra triompher l'interprétation pasteurienne de la contagion, et même si ce n'est pas Pasteur mais Koch qui isole le fameux bacille de la tuberculose, c'est au premier que tous les milieux scientifiques s'accordent à attribuer le rôle crucial. Il a en effet révélé que les « germes » sont des microbes, c'est-à-dire de microscopiques êtres vivants présents dans notre environnement.

Celui-ci est donc contaminant lorsqu'il est souillé, et il y a donc contagion par l'air qu'exhalent les malades, la toux qui les secoue, l'expectoration qu'ils rejettent, lorsque la maladie frappe leurs voies respiratoires. D'autres maladies sont transmises par les microbes présents dans les déjections et, ensuite, dans le sol ou dans l'eau. Il faut donc promouvoir une hygiène de la salubrité de l'environnement, bien sûr très onéreuse, mais impliquant aussi un changement complet des mentalités : pour l'homme moderne, la saleté ostentatoire des personnages du Caravage n'est-elle pas devenue provocante, inquiétante ? Hélas, les épidémies d'origine environnementale restent bien vivantes partout où le « péril fécal » reste une forte réalité. C'est une préoccupation majeure pour les institutions sanitaires internationales, alors même qu'elles ont réussi l'exploit, grâce à la vaccination systématique de millions d'êtres humains, de faire disparaître le virus de la variole dans la biosphère. Mais sait-on que la mortalité infantile est restée scandaleusement élevée en Europe jusqu'au milieu du XX<sup>e</sup> siècle ?

Notons pourtant que les microbes ne sont plus les seuls « facteurs de risque » et que la morbidité induite par les résidus industriels ou agrochimiques est si préoccupante que l'étude de leur nocivité fait l'objet d'une discipline neuve, l'écotoxicologie, qui cherche à évaluer l'impact des polluants dans les milieux naturels.

## 🌐 2. L'enjeu culturel

En s'efforçant de s'adapter à son environnement, l'homme n'a cessé, depuis la nuit des temps, d'ajuster son statut culturel à son vécu biologique. Il serait ici

hors de propos de reprendre le débat sur le binôme nature et culture, qui fait l'objet d'un article dans cette encyclopédie. Par ailleurs, l'étude des faits culturels que présente l'ethnologie nous dispensera d'échafauder une quelconque démonstration, qui risquerait d'être fort scolastique. Indiquons quand même la fécondité de la voie suivie par les ethnosciences, en soulignant la relativité des savoirs dans les civilisations humaines, en matière d'histoire naturelle des plantes, des animaux, des minéraux.

Quelques remarques seront néanmoins utiles. Tout d'abord sur l'adaptabilité de l'espèce humaine, sa valence écologique, comme disent les spécialistes. Elle est attestée par l'étude des genres de vie des populations actuelles, mais aussi par les apports paléontologiques.

En reconstituant, grâce à des campagnes de fouille systématiques, non seulement la filiation des Hominidés, mais aussi les conditions environnementales dans lesquelles ils vivaient, la paléoanthropologie a démontré que l'évolution du rameau humain et de ses acquisitions culturelles, l'outil, puis le feu, allaient de pair avec son adaptation aux milieux graduellement conquis à partir des savanes de l'Est africain des origines.

Depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle, l'archéologie préhistorique ne cesse de parfaire cette démonstration en s'efforçant de reconstituer les paléoenvironnements.

Dans la caverne où il trouvait refuge, l'homme magdalénien, notamment, nous a laissé non seulement des vestiges de son industrie (au sens générique du terme), mais aussi des témoignages sur son environnement, qu'il avait souci de transcrire en ornements pariétaux. De même verra-t-on les traces de ses préoccupations religieuses par le biais des rites funéraires qu'il accomplissait. Il nous a légué ainsi un double testament : le besoin de l'homme de survivre à la mort, et sa propension destructrice vis-à-vis de la nature, ici symbolisée par l'animal-roi, le mammoth, aujourd'hui exterminé. À certaines espèces, néanmoins, la domestication a offert le salut : pour les rennes, que les Lapons scandinaves ont su intégrer parfaitement à leur univers biologique et culturel, tout serait pour le mieux s'ils n'avaient pas subi, lors de la catastrophe de Tchernobyl,

une forte contamination radioactive, consécutive à un caprice météorologique, qui a suffi à ruiner l'équilibre écologique plurimillénaire dont ils étaient garants.

Ordonner la nature pour des besoins esthétiques constitue une seconde caractéristique de l'activité que l'homme exerce sur l'environnement. Ce n'est pourtant pas un acte gratuit, car il s'agit toujours de dépenser beaucoup d'efforts et d'argent pour retirer de l'aménagement paysager, ou de l'art des jardins, la satisfaction attendue. Chez les Anciens, les jardins suspendus de Babylone, deuxième merveille du monde, ont acquis la dimension mythique. C'est en effet un avatar du lieu de tout repos, de toute quiétude, de ce lieu des bienfaits naturels prodigués sans labeur que l'Antiquité nous a légué sous le nom d'Éden.

L'Éden, autrement dit le paradis terrestre, n'a cessé de hanter l'imagination des hommes, avec de multiples variantes : la Colchide, le jardin des Hespérides, l'île de Circé, etc.

Le caractère magique du lieu n'échappe à personne. Mais cela nourrit l'insatiable curiosité qui pousse l'homme dans sa quête éperdue d'un bonheur surnaturel. Car le paradis terrestre existe, puisque les cartes médiévales le mentionnent, et Christophe Colomb va le rencontrer. Bien plus, l'ayant trouvé, il y retournera avec un acharnement exemplaire, bravant tout pour se conforter dans l'illusion qui le fait vivre. Il écrit qu'au delta de l'Orénoque « il y a de grands indices du paradis terrestre, car le site est conforme à l'opinion des saints et savants théologiens ». Nous sommes alors en 1500 !

La notion d'un espace enchanté relève non seulement de l'irrationnel, donc du sens poétique, mais même de l'onirique. Le mode de parcours en est la marche, dont la lenteur est seule propice à la méditation. D'où les tentatives du cloître bénédictin ou du jardin zen  , qui localisent des univers essentiellement mentaux, et quasi ineffables.

Avec les moyens de translation rapides, le sens spatio-temporel humain change de registre, comme si l'on passait de l'intimisme d'un impromptu de Schubert à l'ouverture de *Tannhäuser*. L'œil apprécie mieux alors les amples ondulations des plans lointains que la netteté des premiers, et cette physiologie

élémentaire informe tout autrement les structures cognitives du cerveau.

Mais, quel que soit le mode de transport, l'homme ne peut échapper au besoin d'explorer et de découvrir. Il peut se contenter pour cela, comme le fit Joseph de Maistre, des limites d'une chambre, ou se délecter, à la manière de Sterne, des étrangetés d'une brève escapade. Il peut aussi vouloir s'évader de son biotope et même de la biosphère pour conquérir l'espace.

### @ 3. L'enjeu éthologique

L'emprise de l'homme sur son environnement se fonde apparemment sur l'appât du gain, qui n'a aucun sens biologique sauf pour permettre à un sujet d'être socialement dominant, comme il en est dans beaucoup d'espèces animales. En revanche, ce qui pousse l'être humain à s'approprier la nature, c'est le besoin d'accaparer l'espace à son usage, même pour n'en rien faire, ce qui, dans le monde animal, constitue l'acte d'occuper un territoire.

La territorialité de l'espèce humaine est multiforme, donc difficile à évaluer, depuis l'acte de « marquage » qui consiste à planter un drapeau, jusqu'à la mainmise hégémonique sur des continents entiers. Les formes de cette territorialité dépendent donc de la structuration des sociétés humaines et de leur statut culturel. Elles relèvent enfin du régime démographique.

En beaucoup d'endroits, cependant, l'emprise territoriale paraît succéder au passage de l'état nomade à l'état sédentaire, qui permet une utilisation plus rationnelle des ressources naturelles grâce au travail du sol.

La tendance générale des civilisations agraires est en effet de parvenir à une répartition spatiale des ressources, que l'on appelle l'équilibre agro-sylvo-pastoral, qui restait, vers 1950, pour beaucoup de biologistes, synonyme de l'âge d'or. Historiquement, dans les civilisations agraires archaïques, les travaux de mise en valeur (irrigation, drainage) apparaissent, très tôt, en plaines souvent inondables, lieux par excellence fertiles. Le contrôle du territoire devait donc se faire d'en haut, grâce à des observatoires naturels ou artificiels. Ce fait n'est sans doute pas étranger au mythe de la montagne, siège des puissances visibles ou invisibles, que l'on retrouve dans maintes civilisations, du mont Sinaï ou de l'Ararat à

l'Olympe, en passant par les monts sacrés de l'hindouisme ou du taoïsme.

Le Nouveau Testament relate, on le sait, que c'est en le transportant sur une haute montagne que le démon tente Jésus : il fait apparaître à ses pieds les mondes habités, lui offrant, par là, le règne temporel sur toute la Terre.

Exemple de durabilité de ce mythe, le site d'Angkor matérialise, d'une manière exemplaire, la façon dont s'opère une sorte de transcendance architecturale de l'environnement. Celui-ci se trouve là entièrement voué à la riziculture irriguée (conquise sur la forêt vierge) et à la dévotion aux dieux tutélaires, dont les temples concrétisent l'Univers.

Il est remarquable de constater que les territorialisations les mieux structurées n'ont jamais pu résister aux déséquilibres démographiques, facteur de perturbation profonde de l'environnement, entraînant des inadéquations socioculturelles et des flux migratoires puissants, sous la pression desquels les vieilles structures volent en éclats.

On ne doit pas oublier qu'à l'échelle locale des difficultés beaucoup plus prosaïques mais très quotidiennes naissent de la confrontation des exigences de modernisation et de remembrement avec celles du respect des droits de propriété.

## @ 4. Les enjeux technologiques

À la fin du XX<sup>e</sup> siècle, la pression démographique est devenue explosion démographique. En 2000, la planète était peuplée de 6 milliards d'êtres humains, inégalement répartis il est vrai puisque la Chine et l'Inde totalisaient à elles seules environ 2,3 milliards d'habitants.

On souligne souvent le décalage des conditions de vie et des niveaux de vie qui semble s'accroître entre les pays économiquement forts, qui bénéficient d'une technologie très avancée, et les pays à économie fragile, voire précaire, qui sont technologiquement les plus en retard. La diffusion incessante d'images télévisuelles provenant du monde entier ne justifie pas complètement cette analyse. En réalité, le progrès technique n'a pas de frontières, sauf peut-être dans

le domaine où celles-ci ne devraient pas être un obstacle, à savoir le domaine sanitaire.

Le phénomène qui témoigne à l'évidence de la mutation en cours d'accomplissement est le phénomène d'urbanisation. Pendant longtemps, les habitants des villes n'ont pas joui d'un confort plus grand que ceux des campagnes. L'adduction d'eau potable (dont ils ont été les premiers à bénéficier), la création d'un réseau d'énergie domestique, l'installation de communications téléphoniques sont des améliorations très récentes. Fruit de la croissance économique entretenue par l'activité industrielle et commerciale, l'amélioration des conditions de vie s'est imposée progressivement comme un modèle valable pour le plus grand nombre, attirant vers les villes un flux migratoire important. Chaque jour, à Mexico par exemple, on accueille des centaines d'arrivants. Autour de son centre historique, la ville s'étend à perte de vue, par monts et par vaux, sur plus de 25 kilomètres en largeur comme en longueur, tendant ainsi à rejoindre ses cités satellites. Elle compte maintenant plus de 25 millions d'habitants, contre seulement 4 millions en 1960. Ainsi sont nées des conurbations considérables dans de nombreux pays, riches ou pauvres.

Or l'*urbs* est un défi écologique à l'encontre du milieu rural. L'équilibre agro-sylvo-pastoral de nos pères est incapable d'assurer aux exploitants agricoles le même niveau de vie que celui des citadins. Pour y atteindre, tout en restant sur place, ils sont contraints de rentabiliser leurs exploitations grâce à l'accroissement des rendements de production. Cela passe par la mise en œuvre des techniques agro-chimiques modernes, par la mécanisation et par l'augmentation de la taille des exploitations. Le coût de cette agriculture industrielle, l'agressivité de ses sous-produits nocifs (pesticides, intrants fertilisants devenus polluants) limitent son développement, surtout face à la concurrence des produits provenant de territoires travaillés par une main-d'œuvre plus abondante et moins chère. D'où les menaces de déprise et de mise en friche de certaines zones agricoles d'Europe, alors même que les grandes zones de culture moderne ont cessé de donner au citadin l'image naïve de la campagne, qui subsiste encore dans les réserves et parcs naturels ou dans les écomusées.

L'activité démiurgique de l'homme ne se borne pas, bien entendu, au

remodelage des paysages ruraux et à l'urbanisation sournoise dont ils sont souvent le théâtre, à la faveur d'une viabilisation progressive des terrains. Elle se manifeste bien davantage dans les grands aménagements industriels ou agro-industriels régionaux, qui bouleversent, sous l'action des puissantes machines qu'utilise le génie civil, des contrées entières. En témoignent en Égypte le bas Nil, après édification du barrage d'Assouan, en Israël le Néguev, irrigué, au Brésil la reconversion des terres arrachées à la sylvie en plantations de canne à sucre destinée au plan Alcool, première tentative d'utilisation, à grande échelle, de la biomasse à des fins énergétiques.

À toutes les époques de son histoire, l'humanité a manifesté ainsi sa propension à bouleverser l'environnement par des travaux gigantesques. La pyramide de Chéops a été édifiée vers — 2500 avant J.-C., et en vingt années de travail selon Hérodote. Le chantier d'Itaipú, le grand barrage du Paraná, au Brésil, long de 8 kilomètres, haut de 195 mètres, a duré neuf ans et mobilisé en permanence 30 000 travailleurs. Avec une capacité de 12 600 mégawatts, il est six fois plus puissant que celui d'Assouan. Entre l'entreprise démesurée à la gloire d'un seul et l'immense chantier destiné à un bénéfice collectif, trois millénaires ont été franchis. Le mouvement ainsi accompli est maintenant irréversible. Il a connu certes des précédents, tels que les grandes entreprises de dérivation de cours d'eau (l'Adour par exemple sous Henri IV) ou d'assèchement de zones marécageuses (bonification des marais Pontins en Italie fasciste), ou de poldérisation (Pays-Bas et marais vendéen) et d'irrigation (Chine, Cambodge) ; mais aujourd'hui le phénomène change d'échelle : il se continentalise, car la multitude humaine pèse désormais de tout son poids.

Deux exemples méritent d'être étudiés, car ils impliquent des prouesses technologiques et d'autre part des transformations du paysage sur une échelle encore jamais atteinte.

Le premier se situe dans le nord du Québec, par 55 degrés de latitude nord, dans la taïga boréale, sur plus de 500 kilomètres, le long de la rivière La Grande, que devaient rejoindre artificiellement quatre autres rivières détournées de leur cours. Commencé en 1971, le chantier ne devait se terminer qu'en 1984 ; un fantastique escalier de barrages hydroélectriques fournissant plus de

10 000 mégawatts a finalement été réalisé. Mais le déroulement des travaux devait être fortement compromis par une procédure judiciaire intentée par les autochtones (7 000 personnes appartenant aux ethnies Cris et Inuit) en vue d'obtenir un droit de regard sur la gestion industrielle, et des compensations matérielles. Par ailleurs, les mouvements écologistes obtinrent de la Société de la baie James, promoteur, une entente avec l'institution Environnement-Canada. Cet accord permit la supervision des travaux sur le terrain par des équipes scientifiques comportant biologistes, botanistes, géologues, zoologues et ethnologues. Ayant dressé l'inventaire de l'état initial du milieu naturel, ils présidèrent à la remise en état des zones bouleversées, faisant planter dix millions de jeunes arbres pour réparer les plaies ouvertes dans le manteau végétal.

Le second exemple, c'est le plan Delta, adopté en 1957 par le Parlement néerlandais. Il avait pour but d'empêcher le retour de la grande inondation du 1<sup>er</sup> février 1953 qui avait submergé 200 000 hectares en Zélande et en Hollande méridionale  . Dix barrages devaient être disposés en travers des bras fluviaux où s'enchevêtraient les cours de la Meuse et de l'Escaut. Cinq d'entre eux étaient côtiers, de façon à arrêter les hautes marées. L'Escaut occidental, qui donne accès à Anvers, devait rester libre. Quant à l'Escaut oriental, il devait être fermé par une digue imperméable aux marées ; la vie des zones humides au cœur du delta était donc menacée, les paysages risquaient d'être transformés et on pouvait craindre que le milieu ne fût intoxiqué par les polluants. De 1974 à 1976, tout fut remis en question sous l'action des défenseurs de l'environnement. Les études furent reprises et un autre projet, laissant passer les marées normales, fut adopté par le Parlement : le barrage de l'Escaut oriental ou Oosterscheldedam serait un barrage « antitempêtes », le seul au monde, mais aussi coûteux à lui seul que l'ensemble des autres barrages déjà édifiés ! Achievé en 1986, il comporte soixante-deux énormes vannes qu'il suffit d'une heure pour fermer et qui résistent à des pressions de l'ordre de 5 tonnes au mètre carré. Bien que chaque réalisation technique soit « unique », un tel ouvrage peut servir de modèle et au moins d'expérience, en vue de réalisations plus vastes, tel le barrage antimarées qui sera peut-être édifié au Bangladesh, dont les basses terres sont périodiquement ravagées par les eaux de la mer  .

## @ 5. Aspect sémantique

Ces deux exemples conduisent à s'interroger sur le sens même du terme environnement, car ils concernent des interventions humaines organisées par et pour la collectivité au détriment d'équilibres écologiques préexistants. Dans les deux cas, ce sont bien des milieux naturels qui sont menacés. Dans les deux cas, c'est au nom de l'environnement, thème fortement teinté d'anthropocentrisme, que ces « sanctuaires écologiques » ont été défendus. Or, pour entraîner l'opinion publique, il faut une cause ou plus exactement un mobile collectif. La crainte de l'irréversible ne serait-elle pas ici le commencement de la sagesse ?

En bon démiurge, l'homme aime autant faire que défaire, et remodeler ce qu'il a déjà modelé le rassure. Au contraire, un milieu vierge doit être façonné ex nihilo : comment ne pas se sentir alors apprenti sorcier ? À cet égard, le mot « environnement » constitue un label assez confortable, impliquant un droit de regard et d'intervention que le mot « milieu », au sens écologique, n'a jamais impliqué – réserve faite de la curiosité scientifique, perçue comme sacralisante, dont il peut faire l'objet.

En somme, le terme d'environnement masque des intentions trop diverses pour qu'il ne paraisse pas nécessaire d'essayer d'en légitimer l'usage.

Une piste relativement simple consiste à se demander si un animal *connaît* son milieu, biotique et physicochimique, donc l'écosystème dans lequel il joue un rôle. La réponse est évidemment négative. Mais ce même animal *perçoit* bel et bien ce milieu où il vit comme constituant *son* « contexte » et il le marque du sceau territorial qui est sien. Toutefois, la manière dont il le perçoit diffère spécifiquement de la nôtre. Le point commun entre les différentes espèces animales, c'est que, dans tous les cas, leur environnement est perçu comme un « vécu relationnel » à dimension spatio-temporelle précise.

Transposant cette constatation au cas de l'homme, nous dirons qu'il perçoit son environnement à la fois comme milieu biotique et comme condition socioculturelle, avec ses composantes économiques et politiques. Dès lors, la notion d'environnement retrouve un sens géographique et se manifeste à nous de façon directement perceptible sous forme de *paysage*.

L'entrée en scène d'un tel vocable risque cependant de brouiller les pistes puisqu'il a été employé, dans des acceptions diverses, par de nombreuses disciplines relevant tant des sciences humaines que des sciences de la nature. Chez celles-ci, il a été réhabilité afin de prendre en compte la réalité des peuplements naturels : animaux et végétaux y constituent des biocénoses fluctuantes recoupant plusieurs écosystèmes en interaction.

L'hétérogénéité que génère un tel dynamisme apparaît comme une structuration de l'espace que la cartographie de la végétation de la France (1955-1985) a bien mise en évidence.

Cette structuration se réalise par étapes avec des successions de stades constituant des « séries ». Les vallées fluviales où se rejoignent plusieurs séries composent des sites naturels (versants, falaises, cultures, bord des eaux et laisses) dont l'interpénétration répétitive organise un paysage caractéristique.

Les composantes climatiques géomorphologiques apportent à ces entités une originalité parfois si forte qu'elle a pu justifier leur classement en réserve naturelle : exemple de la vallée de l'Oder, joyau de la plaine germano-polonaise.

Manifestement, la singularité environnementale que forme une vallée fluviale a toujours constitué une réalité vivante pour l'humanité. Il est donc opportun de la prendre en compte dans son contexte, de façon intégrée, à l'image de ce que font en France, pour des raisons hydrologiques, les agences de bassin, avec un plein succès.

Aussi, l'aménagement du territoire devrait évidemment respecter la personnalité des vallées. D'où l'inquiétude qui s'est manifestée en France, et même en Europe, à propos du projet Loire, qui vise à régulariser le débit du fleuve.

Reste un problème sémantique, qu'il est bien difficile de trancher. On pourrait peut-être préférer le mot milieu quand il s'agit d'écosystèmes ou de biosphère. Le terme d'environnement pourrait caractériser plus spécifiquement l'anthroposphère et par surcroît l'écosphère au niveau de laquelle c'est de l'environnement global qu'il s'agit. Seul le décloisonnement des spécialités permettra ici l'efficacité

souhaitable dans le dialogue souvent difficile entre scientifiques, usagers et décideurs.

## 📍 6. L'enjeu économique et social

Les rapports entre la croissance économique et la protection de l'environnement sont devenus un sujet majeur d'interrogation et de débats dans le monde contemporain.

Après les années de croissance rapide qui ont caractérisé la période d'après-guerre en Amérique du Nord, en Europe et plus encore au Japon, il était naturel que l'on s'interrogeât sur les limites de la croissance. Ces limites tiennent d'une part à l'épuisement des ressources naturelles du sol et du sous-sol (énergie et matières premières) dont beaucoup ne sont pas renouvelables, d'autre part des dommages causés à la nature et aux équilibres naturels par les activités humaines et la surpopulation.

Cette interrogation apparut sous une forme dramatique et sans doute exagérée dans le rapport publié par le Club de Rome à la fin des années soixante. Son titre français, *Halte à la croissance*, en résumait l'esprit et en révélait le caractère excessif, ou du moins prématuré.

La période de croissance ralentie que devait connaître le monde industrialisé à partir de 1973-1974 ne fut nullement désirée par les États et les peuples qui en subirent les conséquences, notamment celle d'un chômage dépassant souvent 10 p. 100 de la population active. Elle eut pour effet de reléguer à l'arrière-plan les préoccupations écologiques. Toutefois, l'idée suivant laquelle la croissance économique et démographique ne peut se poursuivre indéfiniment relève de l'évidence. Le débat porte sur le rythme, les limites et la répartition de la croissance. Jusqu'où peut-on aller ? Jusqu'où est-il raisonnable d'aller ? Comment corriger les déséquilibres qui ont tendance à s'aggraver entre les pays du nord de la planète et ceux du sud ?

Du point de vue de l'environnement, le débat s'est déplacé, sous la triple influence de la crise, de certaines catastrophes écologiques et d'une meilleure connaissance des conditions permettant la poursuite d'une croissance économique

durable (*sustainable growth*). Cependant, la prise de conscience des exigences écologiques de la croissance et la mise en œuvre de politiques adéquates varient beaucoup suivant les pays.

En Europe, les préoccupations écologiques ont pris une importance exceptionnelle en Allemagne : l'opinion allemande, frappée par le phénomène du dépérissement des forêts, a fait de l'écologie, souvent associée au pacifisme, une de ses préoccupations majeures. Toutefois, un sondage effectué en 1986 pour la Commission européenne a révélé que d'autres pays européens, Italie et Grèce en tête, considéraient la protection de l'environnement comme un problème immédiat. La France partageait avec l'Irlande la dernière place dans ce sondage. Si le sentiment de l'urgence est moins fort en France, cela tient sans doute à une certaine irresponsabilité de l'opinion, mais aussi à la situation meilleure qui résulte d'une moindre densité de population et, paradoxalement, d'une moindre pollution atmosphérique, due à la substitution des centrales nucléaires aux centrales électriques utilisant le charbon ou le fioul. C'est l'attitude à l'égard du nucléaire, civil ou militaire, qui fait apparaître le contraste le plus net entre l'évolution de l'opinion en France et en Allemagne, où, comme dans plusieurs autres pays européens, telle l'Italie, l'hostilité au nucléaire n'a cessé de se renforcer.

Néanmoins, dans l'Acte unique européen, qui a révisé et complété le traité de Rome et qui est entré en vigueur en 1987, des dispositions faisant de la protection de l'environnement l'un des objectifs de la Communauté européenne ont été introduites : l'Agence européenne de l'environnement a été créée en 1990 pour recueillir des informations sur la situation de l'environnement et en contrôler la législation.

Sur le plan mondial, on observe également un renouveau d'intérêt pour les problèmes d'environnement à la suite de la prise de conscience des menaces que font peser sur l'ensemble de la planète la destruction de la couche d'ozone, l'effet de serre entraînant un réchauffement général de la température, la destruction accélérée des forêts dans la zone équatoriale-tropicale, l'extension du désert dans le Sahel en Afrique, le gaspillage des ressources et la destruction des sols dans de nombreuses régions du monde, enfin la menace de disparition de nombreuses espèces animales ou végétales, par suite de la destruction de leurs biotopes

naturels. La Conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement (C.N.U.E.D.) qui s'est tenue à Rio en juin 1992 a abordé ces diverses questions, rédigé une *Charte de la Terre* et défini un programme de travail pour le début du siècle suivant.

Les anciens pays communistes, longtemps portés à la négligence écologique par leur doctrine de maîtrise de la nature par l'homme, ressentent les conséquences de leur imprévoyance : l'ex-U.R.S.S. et les pays d'Europe centrale et orientale attendent le concours de la technologie et des crédits occidentaux pour remédier à leur situation écologique désastreuse, encore aggravée par la catastrophe de Tchernobyl.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## @ GRAMMAIRE

### ***Prise de vue***

Dans son acception la plus usuelle, le terme *grammaire* désigne une activité de discours portant sur une langue, qu'on peut appeler la langue-objet. La nature la plus générale de cette activité peut se résumer ainsi : décrire les propriétés de cette langue-objet. Le but est variable : il peut être pratique, faire connaître les propriétés d'une langue donnée à ceux qui les ignorent, soit qu'ils ne parlent pas cette langue, soit que, la parlant, ils ne la parlent pas correctement (étant donné certains critères du correct, reçus dans la communauté pertinente) ; l'illustration la plus évidente de cette situation est fournie par l'enseignement : aussi l'activité grammaticale se trouve-t-elle largement associée à l'instruction et à l'institution de l'école. L'information peut également être destinée, hors institution scolaire, à des sujets cultivés, qui veulent connaître, dans ses détails les plus subtils, la répartition du correct et de l'incorrect. Dans les deux cas, il s'agit de donner des informations.

Mais le but peut aussi être plus désintéressé : décrire à des fins de pure connaissance les propriétés d'une langue, comme on décrirait les propriétés d'un

objet quelconque ; dans ce cas, la grammaire est pensée sur le modèle de la science et devra en respecter les contraintes. Elle rencontre alors un autre discours, beaucoup plus récent qu'elle : la linguistique.

La description proposée par la grammaire est elle-même exprimée en langue ; il peut arriver que la langue-objet et la langue de la grammaire soient différentes (ainsi, une grammaire allemande rédigée en français) ; il peut se faire que la langue-objet et la langue de la grammaire soient la même (ainsi une grammaire française rédigée en français).

Cette activité est certainement fort ancienne. Il est facile de démontrer que l'invention d'un système d'écriture quelconque, aussi primitif qu'il soit, la suppose sous une forme très poussée. Même en l'absence de documents écrits proprement grammaticaux, on peut donc conclure que l'activité grammaticale est plus ancienne que la plus ancienne des écritures attestées. Ce qui ne veut pas dire qu'elle n'existe que dans les langues écrites.

Il peut en effet exister une activité grammaticale dans des langues à tradition purement orale. Au reste, l'activité grammaticale n'est pas seulement ancienne, elle est aussi fort répandue : s'il est vrai que toutes les cultures ne la connaissent pas, il est vrai aussi que beaucoup l'ont pratiquée indépendamment les unes des autres. Ainsi, il existe une tradition grammaticale chinoise, une tradition grammaticale arabe, sanskrite, grecque, gréco-latine, etc. Ce n'est donc pas une invention strictement européenne, même s'il est vrai que, notamment par les activités missionnaires, la terminologie, les concepts fondamentaux et les méthodes mêmes de la tradition européenne se sont largement répandus, aux dépens parfois des traditions grammaticales autochtones. Malgré cette diversité, il semble qu'on puisse définir un concept général de grammaire qui s'applique à toutes les traditions.

## @ 1. L'idée de grammaire

À supposer même qu'on s'en tienne à la seule tradition grammaticale européenne, il convient de prendre en compte une grande diversité historique.

Cette tradition, qui forme le fond de ce qu'on pourrait appeler l'opinion grammaticale courante et qu'on retrouve, plus ou moins semblable à elle-même, dans les grammaires usuelles (scolaires ou non), remonte pour l'essentiel à la grammaire grecque, réinterprétée par les grammairiens latins, puis sans cesse remaniée au fil des siècles. C'est dire que le terme *grammaire* appartient à des configurations intellectuelles fort différentes et même absolument hétérogènes : il y a peu de rapports entre la philosophie stoïcienne où s'est constituée, dans ses grandes lignes, l'usuelle liste des parties du discours et la philosophie, consciente ou inconsciente, des grammairiens modernes qui recourent à une telle liste ; il y a peu de rapports entre la philosophie des maîtres de Port-Royal qui ont fixé l'opposition entre relatives déterminatives et non déterminatives et la philosophie avouée des grammairiens modernes qui reprennent cette opposition, etc. Aussi la notion de grammaire peut-elle être considérée d'un point de vue essentiellement historique. Néanmoins, à travers ces variations, un noyau dur subsiste ; même dans des configurations différentes, on peut le reconnaître. En bref, il n'est pas dépourvu de sens de considérer que la grammaire, comme activité réglée, a aussi des caractères transhistoriques ; après tout, elle a pour objet les langues naturelles, qui, elles aussi, traversent, sans toujours en être affectées, les ruptures de l'histoire.

### @ L'activité grammaticale

Dire que l'activité grammaticale est ancienne, c'est la distinguer nettement d'un autre discours portant sur les langues naturelles : la linguistique. Ce nom même est récent et l'entreprise à laquelle elle correspond l'est également. L'objet des deux discours est matériellement semblable : il s'agit des propriétés des langues naturelles. Néanmoins, le point de vue est différent : la linguistique se réclame exclusivement de la science, en tant que la science se distingue par nature de ses applications. La linguistique est donc saisie dans la différence qui sépare la science fondamentale et la science appliquée. Il n'en va pas de même pour la grammaire. Celle-ci peut, il est vrai, adopter deux points de vue différents, l'un plus pratique (informations sur une langue donnée), l'autre plus théorique (description désintéressée d'une langue) ; il peut même arriver que, dans les faits, les deux points de vue se trouvent séparés. Mais l'hypothèse caractéristique de la grammaire est qu'il n'y a pas de différence de nature entre les deux modes de description, mais seulement une différence de degré de théorisation : le même

terme *grammaire* convient aux deux types d'activité ; la grammaire la plus scolaire se présente toujours comme une théorisation minimale de la langue traitée et la grammaire la plus théorique conserve généralement un mode de présentation, une terminologie, une conceptualisation qui se ressentent des grammaires pratiques.

La linguistique, au contraire, ne connaît les finalités pratiques que sous la forme de l'application ; pris en eux-mêmes, ses concepts et ses démonstrations ignorent tout de celles-ci. Aussi, malgré l'identité des objets traités, ne peut-on confondre les deux discours. Au reste, à ne s'en tenir qu'aux faits, on peut constater que l'existence de la linguistique n'a pas marqué la fin de l'activité grammaticale autonome. Bien des ouvrages paraissent encore qui se réclament de la grammaire plus que de la linguistique, et l'intérêt de l'opinion pour les questions strictement grammaticales demeure vivant, surtout en France, alors même que la linguistique est peu pratiquée. Et cela est vrai non seulement de la grammaire pratique, mais même de la grammaire théorique : on tente encore de construire des doctrines grammaticales générales, qui demeurent autonomes à l'égard de la linguistique. C'est là une situation paradoxale, puisqu'elle suppose la coexistence de deux discours sur la langue, connexes, apparentés même, mais distincts.

### @ Conditions d'effectuation

Pour que le terme *grammaire* soit employé avec un minimum de signification, il faut que soient réunies les hypothèses suivantes :

- Tout ne peut pas se dire – ou il y a un différentiel dans les données de langue. Ce différentiel est généralement présenté sous la forme d'une opposition correct/incorrect. Autrement dit, la proposition de grammaire, dans sa forme générale, consiste en un jugement de la forme : « cette donnée est correcte » / « cette donnée est incorrecte ». Le sujet de ce jugement est une production de langue ; le prédicat est constitué par le différentiel choisi. On peut imaginer d'autres oppositions : acceptable/inacceptable, grammatical/agrammatical, etc. Elles ont généralement ceci de commun : a) qu'elles sont bipolaires (qu'elles soient à deux degrés ou à plusieurs degrés, la classification se fait entre deux pôles) ; b) qu'elles sont évaluatives (des deux pôles entre lesquels se situe la différenciation, l'un est positif, l'autre est négatif) ; c) qu'elles ont la forme logique de la norme (autrement dit, les données affectées d'un signe négatif peuvent parfaitement être réalisées). Cela veut dire que le jugement « ceci ne se dit pas »

est un jugement modal : « ceci se dit, mais ne doit pas se dire ». Voilà ce qu'on décrit quand on dit que le jugement grammatical est *normatif*.

– Le prédicat différentiel (correct/incorrect) peut être attribué, dans la généralité des cas, de manière entièrement interne à la langue. Autrement dit, il est possible d'étudier les données de langue en les déconnectant des situations particulières et toujours changeantes des actes d'énonciation. Ainsi, l'on peut évaluer une phrase en elle-même, sans rien savoir de celui qui l'énonce, sans même supposer qu'elle soit énoncée par un sujet particulier, adressée à un sujet particulier, dans des circonstances particulières. Ce n'est pas que parfois cette information ne se révèle nécessaire, mais elle ne l'est pas communément. Cette hypothèse ne va pas du tout de soi, et elle est contredite par l'apparence. Pourtant, toutes les grammaires la supposent : c'est pourquoi elles se permettent de raisonner sur des exemples qui, par définition, sont constitués d'énoncés séparés de l'acte d'énonciation qui éventuellement les aurait produits. Ce trait est évident lorsque la grammaire raisonne sur des exemples inventés ; il ne l'est pas moins quand elle raisonne sur des exemples réels : ceux-ci ne requièrent pas en effet que le grammairien ou le lecteur de la grammaire reproduisent dans leur intégralité les circonstances (s'il s'agit d'un exemple emprunté à la vie courante) ou le contexte (s'il s'agit d'un exemple tiré d'un texte) d'origine.

– Le prédicat différentiel peut être attribué par types de données et non pas donnée par donnée. On comprend aisément qu'il serait impossible d'étudier chaque production de langue, chaque énoncé ou fragment d'énoncé singulier, le nombre en étant potentiellement ou actuellement infini. Mais cette étude infinie, qui est impossible, n'est pas non plus nécessaire : on peut arriver à des thèses grammaticales valides à partir d'un nombre fini de données. Là encore, on retrouve l'usage des exemples : la phrase proposée en exemple fonctionne comme un type et doit permettre de comprendre ce qui se passe dans la classe (éventuellement infinie) des phrases semblables à l'exemple. On notera que cette similitude ne tient évidemment pas à la matière des mots, ni à la signification ; elle tient à la structure grammaticale qui est le véritable principe de définition du type. Ainsi l'on peut parler de phrases passives, de phrases actives, de phrases relatives, etc. Et c'est pour des types de ce genre que la grammaire présentera des différenciations correct/incorrect.

En ce sens, toute grammaire, explicitement ou implicitement, traite la relation entre l'infinité (actuelle ou potentielle) des données de langue et la finitude

des informations accessibles.

– Le prédicat différentiel est attribué à une donnée de langue sur la base de la disposition interne de ses parties. Autrement dit, on suppose que les données de langue sont crucialement analysables en parties et sous-parties et c'est l'agencement de ces parties et sous-parties qui permet de justifier que le prédicat correct/incorrect soit attribué à chacune. Puisque, par ailleurs, on raisonne en termes de types, ces parties et sous-parties doivent être définies, elles aussi, en termes de types et leurs agencements également sont des types d'agencement.

En tant que les parties forment des types, elles permettent de ranger en classes les éléments constitutifs des données. On retrouve ici la notion de parties du discours : les grammaires peuvent varier quant à la liste des parties du discours ; elles peuvent même renoncer à dresser une liste a priori. Il n'en reste pas moins qu'elles supposent toutes la pertinence de telles parties et de leur agencement. Quelle que soit la liste choisie, elle aura les caractères suivants : a) la liste devra être finie, en sorte que l'on retrouve la logique qui permet de traiter en termes finis des données infinies ; b) elle doit être complète : tous les éléments d'une langue donnée doivent pouvoir trouver dans la liste une catégorie qui leur corresponde ; c) elle doit être univoque : étant donné un élément de la langue, il ne peut trouver qu'une seule partie du discours à la fois qui lui corresponde ; d) elle doit être certaine : on doit toujours savoir quelle partie du discours lui est attribuée et justifier cette attribution.

Ces parties doivent être considérées comme des éléments ; autrement dit, leur combinaison obéit à des lois, mais, pour peu qu'ils respectent ces lois, ils sont librement combinables. Par conséquent, on retrouve les mêmes éléments, différemment disposés, dans des données différentes. On comprend alors que l'activité grammaticale se présente comme une *analyse* : le terme est pris dans son acception usuelle, et il n'y a pas d'incompatibilité entre la signification qu'il prend en grammaire et la signification qu'il prend par exemple en chimie. Dans les deux cas, il s'agit de résoudre une donnée en ses parties constitutives et d'expliquer les propriétés de cette donnée par les propriétés de ces parties et de leur disposition. On comprend aussi que cette analyse se présente comme une série de jugements d'attribution : le sujet de ce jugement est l'élément de langue donné (disons le mot ou le groupe de mots), le prédicat est la partie du discours

appropriée, pourvue des caractères appropriés. Soit « *le* est un article défini, masculin, singulier », « *livre* est un nom commun, masculin, singulier », etc. La technique scolaire de l'analyse grammaticale illustre bien ce type de jugements.

Puisque la proposition d'analyse grammaticale prend la forme d'un jugement d'attribution, et puisque la théorie reçue de ce type de jugement a été formulée par Aristote en termes de catégories, on comprend que l'on retrouve dans la grammaire la notion de *catégorie* ; tout de même qu'Aristote pensait que tout jugement d'attribution, quel qu'il soit, met en jeu une ou plusieurs catégories appartenant à une liste finie (être, quantité, qualité, etc.), de même la tradition grammaticale pense que l'on obtiendra tous les jugements grammaticaux nécessaires en combinant une ou plusieurs catégories appartenant à une liste finie : phrase, nom, verbe, etc. Au reste, on a supposé souvent que les catégories de langue et les catégories de pensée devaient se correspondre, en sorte que les deux listes n'étaient pas seulement structurellement analogues, mais aussi substantiellement reliées. Mais cette supposition n'est nullement nécessaire à la notion même de catégorie grammaticale. En revanche, il est caractéristique de l'activité grammaticale que la liste des catégories se trouve recouper la liste des parties du discours. De la sorte, cette dernière notion se révèle être une notion double. D'une part, elle permet de diviser quelque donnée de langue que ce soit en composants constitutifs, d'autre part, elle permet de caractériser ces composants en leur attribuant, par un jugement d'attribution, le prédicat catégoriel correspondant.

### @ Qu'est-ce qu'une règle ?

Ces hypothèses se combinent entre elles et, prises ensemble, imposent une physionomie générale à ce qu'on peut appeler une grammaire. L'activité grammaticale, réduite à sa forme essentielle, consiste donc à combiner deux jugements d'attribution : le premier situe une donnée de langue relativement au différentiel, en lui attribuant le prédicat correct ou incorrect (si tels sont les pôles de l'évaluation choisie) ; le second donne la justification du premier : en effet, pour juger correcte ou incorrecte une donnée, la grammaire s'appuiera exclusivement sur la nature et l'agencement des parties de cette donnée, nature et agencement qui ont été établis par une analyse, laquelle consiste à attribuer à chaque partie la catégorie qui lui convient. Très souvent, il est vrai, la grammaire dissimulera cette

structure logique, en adoptant un style de présentation prescriptif. Ses propositions prendront alors la forme d'une *règle*, l'attribution du prédicat *incorrect* étant conçue comme l'effet d'une violation de cette règle. On dira ainsi : « en français, le verbe s'accorde avec son sujet », de telle sorte que toute donnée globale (en l'occurrence toute phrase) où cette règle ne serait pas respectée sera jugée incorrecte, *de ce point de vue*. Corrélativement, toute donnée où cette règle serait respectée sera correcte, *de ce point de vue* (ce qui n'empêche évidemment pas qu'elle puisse être incorrecte d'un autre point de vue). Il est facile de montrer que cette présentation revient en fait à combiner les deux jugements : attribution du prédicat différentiel à une donnée et attribution d'une nature catégorielle (en l'occurrence : sujet, verbe, traits d'accord) aux diverses parties de cette donnée. Plus exactement, la règle consiste à relier l'un à l'autre les deux jugements : le contenu de la règle isole l'analyse qui se révèle pertinente pour déterminer l'attribution du prédicat différentiel ; le caractère prescriptif de la règle revient à poser une limite entre respect et violation de la règle, limite oppositive qui coïncide avec les deux valeurs du prédicat différentiel. Il s'agit donc là essentiellement d'une technique de présentation des propositions de la grammaire. Cette technique n'est au reste pas propre à la tradition européenne ; on la retrouve très largement dans les diverses traditions grammaticales. Elle a certainement des défauts, dont le plus grave est qu'elle dissimule la véritable nature logique de l'activité grammaticale, mais le fait qu'elle ait été constituée de manière indépendante dans la plupart des traditions ne peut être dû au hasard ; il faut supposer que la notion de règle et le caractère prescriptif qui lui est associé rencontrent bien quelque chose de l'activité de grammaire et, peut-être, à travers cette activité, quelque propriété des langues naturelles.

Pour s'en tenir à la grammaire, le défaut de la présentation par règle prescriptive est en effet balancé par un grand avantage : il permet de mettre en lumière le fait que l'attribution du prédicat différentiel n'est globale qu'en apparence. Sans doute, en fin de compte, c'est une donnée entière, par exemple une phrase entière, qui est jugée correcte ou incorrecte, mais les raisons de ce jugement ou, si l'on préfère, les causes de la correction ou de l'incorrection sont toujours supportées par une ou plusieurs parties spécifiées de ce tout. Or, ces parties sont des éléments librement combinables que l'on peut retrouver identiques à eux-mêmes dans des tous très différents les uns des autres ; autrement dit, deux phrases, très différentes entre elles, peuvent cependant se ressembler sur un

point et un seulement, et il peut arriver que ce point à lui seul détermine une incorrection. Une phrase n'est donc correcte ou incorrecte que point par point et le jugement grammatical final résulte d'une addition des jugements portant sur chacun des points pertinents. Il apparaît alors qu'il n'y a pas de symétrie parfaite entre les deux valeurs du prédicat différentiel : pour qu'elle soit jugée globalement incorrecte, il suffit qu'une donnée soit incorrecte d'un seul point de vue ; pour qu'elle soit jugée globalement correcte, il faut qu'elle soit correcte de tous les points de vue. On comprend alors que la tradition grammaticale se concentre sur la détermination des incorrections ; le jugement grammatical s'en trouve accompli de manière plus directe. La notion de règle combine donc deux avantages : d'une part, elle détermine l'incorrection plutôt que la correction ; d'autre part, elle isole les uns des autres les facteurs déterminants de l'incorrection – dans l'idéal, il y a une règle par facteur isolable.

### 📍 De la classification des parties du discours à l'hypothèse d'une grammaire universelle

Cela étant dit, la présentation par règle et l'adoption d'un style prescriptif ne sont que des commodités techniques ; d'autres choix sont possibles qui préservent plus clairement l'articulation logique des deux types de jugements grammaticaux, tout en continuant d'isoler aussi soigneusement les facteurs de différenciation entre les données. À cet égard, l'évolution de la théorie linguistique, à partir du moment où celle-ci s'est autonomisée, n'est pas demeurée sans influence sur l'activité grammaticale en général, et en particulier sur la présentation qu'elle doit adopter. En particulier, le développement de la linguistique structurale a conduit à préférer, pour les grammaires qui s'en inspirent, un style plus descriptif, fondé non sur la règle, mais sur le système de l'opposition fonctionnelle. Au contraire, la linguistique d'inspiration générative a remis en honneur le style prescriptif et la notion de règle. Bien qu'ils puissent répondre à des décisions importantes dans le champ de la théorie linguistique stricto sensu, ces choix ne touchent pas l'essentiel de l'activité grammaticale : ce qui est essentiel à cette dernière, ce sont bien les hypothèses qui ont été résumées plus haut et les deux types de jugements d'attribution qui en découlent. Il ne faut donc pas confondre le caractère normatif du jugement grammatical, qui lui est inhérent et tient à son principe, avec le style prescriptif ou non prescriptif d'une grammaire ; de fait, même les grammaires qui ont préféré le style descriptif et non prescriptif recourent

implicitement à un différentiel de structure normative. Il va de soi que l'activité grammaticale, étant essentiellement empirique, se trouvera contrainte également par des propriétés inhérentes aux langues naturelles. En particulier, il apparaît que les facteurs de différenciation des données au regard du différentiel pertinent relèvent de plusieurs paramètres : ainsi, une donnée peut être incorrecte du point de vue de sa forme phonétique sans l'être du point de vue de sa fonction grammaticale, ou inversement, etc. Ainsi les grammairiens grecs avaient-ils distingué le solécisme, qui est une violation de la syntaxe, et le barbarisme, qui est une violation de la morphologie. En bonne logique, la grammaire doit traiter de manière séparée ou tout au moins spécifique ces divers paramètres de l'opposition correct/incorrect. La conséquence est que la grammaire sera constituée de plusieurs parties : syntaxe, morphologie, phonétique (ou phonologie), lexicale. Ces parties de la grammaire définissent chacune un système de différenciation spécifique entre correct et incorrect. Dès lors, une grammaire se présente comme un ensemble d'ensembles de règles permettant de décrire la manière dont se distribue sur les données de langue la différenciation retenue. Elle sera d'autant plus complète que moins de données de langue échapperont à sa description ; elle sera d'autant plus adéquate qu'elle attribuera le prédicat différentiel pour des raisons plus claires.

Les hypothèses rassemblées ci-dessus n'ont rien d'évident par elles-mêmes, le fait que les grammaires dans leur généralité les admettent est donc en soi remarquable. Cette base générale étant énoncée, il faut ajouter que les discours grammaticaux peuvent, malgré tout, se révéler très divers. C'est qu'il est possible d'interpréter différemment des hypothèses pourtant communes.

Ainsi, toutes les grammaires raisonnent, explicitement ou non, en termes de catégories et de parties du discours, mais cela ne signifie pas que la liste particulière qu'elles définissent sera toujours identique. Autrement dit, il n'existe pas nécessairement de grammaire universelle et les diverses théories se sont opposées sur ce point. L'hypothèse de la grammaire universelle a été très répandue au XVIII<sup>e</sup> siècle ; elle allait souvent de pair avec l'hypothèse que la liste classique des catégories entretenait un rapport étroit avec les catégories logiques ; or, celles-ci étaient censées tenir à la nature même de l'entendement, lequel était supposé identique à lui-même au travers des diversités historiques et

géographiques. L'hypothèse de la grammaire universelle a été abandonnée progressivement au cours du XIX<sup>e</sup> siècle ; d'une part, on a renoncé à corréler étroitement les catégories grammaticales et les catégories logiques ; d'autre part, les catégories logiques ont été soumises à une critique sévère – notamment, leur caractère universel a été remis en cause ; enfin, les catégories grammaticales traditionnelles sont apparues trop marquées par les langues classiques pour pouvoir décrire l'ensemble des langues naturelles (de ce point de vue, l'étude des langues amérindiennes – par exemple, le kalispel du Washington – a été décisive). On notera cependant que cette dernière critique prouve seulement que la liste traditionnelle des catégories ou des parties du discours est inadéquate, elle ne prouve pas que le projet d'une grammaire universelle soit en lui-même vain. De fait, ce projet a été repris par le programme génératif.

De même, toutes les grammaires raisonnent en supposant un différentiel et une norme. Mais la manière dont ceux-ci sont déterminés peut varier. Ce point, cependant, réclame des explications plus détaillées parce qu'il occasionne bien des confusions.

## @ 2. Norme et grammaire

La grammaire recherche l'adéquation empirique. Dès lors, il faut que la division qu'elle opère en fonction de son différentiel ait un corrélat objectif et observable. Autrement dit, il lui faut un solide de référence. La question se pose : d'où lui viendra le solide de référence ? Il ne peut venir que des pratiques langagières effectives. Mais ces pratiques elles-mêmes ne peuvent être analysées que par la grammaire. En sorte que le cercle paraît inévitable. À moins que la différenciation que suppose la grammaire ne soit opérée, indépendamment d'elle, par la communauté parlante. Il semble qu'il en soit ainsi. Sans doute, on ne peut nier que certaines différenciations ne soient des artefacts venus de la grammaire apprise – l'influence de l'instruction et de l'école sur les langues est certaine –, en sorte qu'on retrouve la circularité ; mais ce n'est pas vrai de toutes les différenciations : certaines sont spontanément reconnues par un grand nombre de sujets parlants. Mais, justement parce qu'elles sont spontanées, elles sont saisies par des sujets qui ne raisonnent pas en observateurs désintéressés ; du même coup, elles se trouvent investies de significations étrangères à la langue, le plus souvent de significations sociales. D'où le caractère très « socialisé » de la

terminologie grammaticale courante : correction, contraintes, interdictions, fautes, etc.

### Ⓜ Jugement grammatical et jugement de valeur

De la même manière, il apparaît que le jugement grammatical a la forme d'un jugement de valeur. Cela est lié au fait que l'impossible de langue n'est nullement un impossible matériel : une phrase reconnue comme tautologique par tous les locuteurs d'une langue donnée peut toujours, malgré cela, être produite, ne serait-ce que par jeu. Parallèlement, les sujets parlants peuvent produire toute espèce de forme, y compris des formes dites fautives, sans courir aucun risque physique ; la seule sanction consiste dans l'attribution d'une appréciation négative à telle ou telle production. Là encore, il faut un solide de référence : celui-ci prend la forme d'une norme. Or, la norme de langue se confond souvent avec une norme sociale. Qui plus est, les sujets parlants, pour parvenir à donner un contenu de représentation à la valeur purement grammaticale d'une donnée, ont volontiers recours à d'autres valeurs : morales, esthétiques, etc. D'où le vocabulaire de la faute qui revient souvent dans la terminologie grammaticale. De façon générale, l'activité grammaticale est confrontée à la superposition constante entre ses principes et ses données propres et des principes et des données, souvent homonymes, qu'elle rencontre, hors de la langue et hors de la grammaire, dans l'opinion courante des sujets parlants, c'est-à-dire dans la société. Mais ce n'est là, soulignons-le, qu'une homonymie. Il est vrai que, dans les faits, on peut souvent et peut-être toujours mettre en correspondance le différentiel, interne à la langue, dont la grammaire a besoin par principe, et les différenciations sociales, externes à la langue. De là conclut-on souvent que la grammaire n'est rien d'autre qu'une expression de la hiérarchie sociale, que son différentiel n'est rien d'autre qu'un effet artificiel de cette hiérarchie. La déduction est aisée, mais n'est pas logiquement prouvée : de ce que deux systèmes de différenciation se correspondent, de ce qu'un système de différenciation puisse même passer pour une expression de l'autre ne suit pas qu'il soit l'effet de l'autre. L'activité grammaticale, comme toute autre, est socialisée ; cela ne prouve pas qu'elle n'ait pas des principes et des données spécifiques et indépendants.

### Ⓜ Système de la norme

Les diverses grammaires traiteront de manière variable ces

homonymies. Au niveau des principes, elles pourront accepter ou ne pas accepter que la norme grammaticale soit une norme sociale ; elles pourront utiliser ou ne pas utiliser le vocabulaire de la faute, le style prescriptif de la règle, etc. Au niveau des données, elles pourront proposer des réponses différentes aux questions suivantes :

– Quelle est la réalisation du solide de référence ? La tradition grammaticale française, à la suite du reste de certains modèles latins (notamment Cicéron), attribue à cette réalisation des caractères matériels précis : la ville plutôt que la campagne, la capitale plutôt que les villes secondaires, les classes oisives plutôt que les classes laborieuses, les classes socialement élevées plutôt que les classes inférieures, les groupes restreints plutôt que les groupes nombreux. Certains de ces choix paraissent avoir partie liée avec le caractère politique du régime dominant dans la société parlant le français : un État centralisé (monarchie absolue ou république), où les villes dominent les campagnes, où la capitale domine les autres villes, où il existe une classe de loisir quantitativement minoritaire, mais qualitativement prestigieuse.

On notera que, dans d'autres formations culturelles, on trouvera d'autres dispositifs. Ainsi, en Italie, on trouve la même prééminence des villes sur les campagnes, on trouve la même prééminence de la classe de loisir sur les classes laborieuses ; mais, par ailleurs, il n'est pas vrai qu'une ville l'emporte sur les autres et la classe de loisir se trouve représentée, avec un égal prestige, dans plusieurs centres. L'activité grammaticale y prend dès lors un tout autre caractère, plus « régional » qu'en France, étant admis cependant que les régions pertinentes se confondent avec des villes.

– Quelle est la meilleure source d'information, concernant la différenciation ? Suffit-il d'enregistrer ce qui se dit effectivement dans la vie quotidienne (thème de l'usage) ? Ou faut-il préférer les sources littéraires (à supposer qu'elles existent) ? Dans l'un et l'autre cas, toutes les sources se valent-elles ? La tradition grammaticale française suppose ici un accord fondamental entre deux sources d'information. D'une part, les membres de la classe de loisir, éventuellement ignorants, mais porteurs d'une connaissance spontanée de la norme (ce qu'on peut appeler un « sens de la langue ») :

l'illustration la plus explicite de cette référence se trouve chez Vaugelas. Mais aussi, d'autre part, les meilleurs écrivains, lesquels généralement n'appartiennent pas à la classe de loisir : ici encore Vaugelas donne une bonne illustration, puisqu'il confirme les décisions des « honnêtes gens » par celles des meilleurs auteurs. La supposition est qu'un accord harmonieux subsiste entre ces deux sources, en sorte que, spontanément, les membres de la classe de loisir parlent comme écrivent les meilleurs écrivains et que les meilleurs écrivains écrivent comme on parle dans la classe de loisir. Cette supposition demeure toujours vivante aujourd'hui, compte tenu du fait que tel ou tel sujet peut choisir de reconnaître la classe de loisir dans des couches sociales dites marginales : non plus seulement la bonne société des salons, mais tout autant les bandes de jeunes ou la pègre. À cet égard, bien des écrivains réputés populaires ne font, en réalité, que s'inscrire, en la transposant, dans la tradition grammaticale française. Celle-ci, sur ce point encore, se distingue d'autres traditions. Ainsi, il ne semble pas que dans le domaine allemand la norme de la classe de loisir tende aussi fortement à coïncider avec la norme des grands auteurs. De plus, la norme des grands auteurs est elle-même divisée : l'influence de la traduction de la Bible par Luther n'a marqué, bien évidemment, que l'Allemagne protestante ; l'Allemagne catholique (c'est-à-dire également l'Autriche) a d'autres modèles et cela fait deux langues littéraires bien distinctes.

– La norme choisie doit-elle être restrictive ou non ? Est-ce que l'on va multiplier les jugements d'incorrection ou, au contraire, les réduire en nombre et en diversité, en sorte que, à la limite, ne subsisteront plus que des incorrections massives ?

Le choix d'une norme restrictive, dans sa forme extrême, constitue ce qu'on appelle le purisme ; seront réputées incorrectes toutes les données qui ne tomberont pas dans un ensemble constitué par l'accord de quelques écrivains et de quelques usages, appartenant souvent à un passé révolu, sinon lointain. La grammaire puriste existe dans toutes les traditions où existe l'activité grammaticale. Elle existe notamment dans la tradition française. On notera cependant qu'elle n'y est nullement dominante dans les faits. Elle est surtout représentée par ce qu'on peut appeler les amateurs éclairés (ce sont souvent des écrivains : Abel Hermant, André Thérive...) plutôt que par les spécialistes de

grammaire.

– La différenciation est-elle absolue ou relative ? Une donnée de langue est-elle correcte ou incorrecte selon une échelle à deux valeurs ou faut-il supposer plusieurs degrés ?

– Quel statut accorder aux données réputées incorrectes ?

Traditionnellement, l'activité grammaticale se borne à tracer le partage, sans caractériser de manière positive les données exclues. On peut imaginer cependant que certaines données réputées incorrectes relativement à un certain solide de référence possèdent en elles-mêmes leur propre système ; dans ce cas, elles sont susceptibles de recevoir leur propre grammaire, il suffit de changer le solide de référence. C'est le thème de la « grammaire des fautes », selon quoi les données jugées fautives par la grammaire usuelle sont en réalité conformes à un autre type de grammaire, qu'il s'agit seulement de reconstruire. Dans ce cas, il faut admettre qu'au sein de la même communauté coexistent plusieurs systèmes de norme, dont chacun opère un partage différentiel spécifique. Ce point de vue n'est pas répandu dans la tradition grammaticale, où un seul différentiel et une seule norme sont reconnus à la fois. Il est devenu classique cependant chez les linguistes.

### 📍 Grammaire normative et grammaire descriptive

Les discussions accordent une grande importance à la différence entre grammaire normative et grammaire descriptive. On soutient souvent qu'une différence de nature sépare les deux points de vue : le premier consisterait à prescrire des règles, sans avoir égard à ce qui est effectivement attesté par l'usage le plus répandu ; le second au contraire s'attacherait à décrire ce qui se dit, sans se laisser détourner par des notions telles que la faute, la violation, etc. On affirme aussi que le point de vue normatif a régné longtemps et n'a été remplacé par un point de vue descriptif que récemment. En particulier, le rôle de la linguistique scientifique aurait été de démontrer l'inanité du point de vue normatif. Il y a des éléments exacts dans cette présentation ; elle demeure néanmoins superficielle. Ce qu'on appelle la grammaire normative n'est pas moins lié à l'usage que la grammaire dite descriptive ; elle a seulement pour particularité de choisir, parmi les usages possibles, un usage entre tous, généralement ancien et littéraire.

Ce qu'on appelle la grammaire descriptive n'est pas moins liée à un différentiel (et donc à une norme) que la grammaire normative ; comme cette dernière, elle introduit entre les données de langue une inégalité. En ce sens, si l'on convient de tenir pour une norme tout différentiel, toute grammaire est normative. Simplement, elle n'appellera pas nécessairement cette norme correct/incorrect, mais elle emploiera des termes plus neutres. Le plus souvent, également, elle admettra des sources d'information plus étendues et plus modernes : les auteurs cités seront plus récents et plus nombreux. Enfin, la norme choisie sera moins restrictive. En bref, les divers types de grammaires peuvent être séparés par des différences réelles. Mais celles-ci ne mettent pas en cause la supposition d'un différentiel, incarné dans un solide de référence.

## 📍 Grammaire et linguistique

La grammaire a très tôt affronté la question de son statut de science. En effet, même quand elle entend se borner à des fins essentiellement pratiques, elle souhaite présenter des règles claires et efficaces ; c'est ce qu'elle appelle traditionnellement la *doctrine*. Pour ce faire, il lui est toujours apparu qu'elle avait intérêt à se présenter comme une théorie, la plus rigoureuse et la plus exhaustive qui soit. C'est pourquoi il n'y a pas de séparation de nature, dans la tradition grammaticale, entre la grammaire pratique et la grammaire théorique : chacune éclaire et appuie l'autre, même s'il est vrai que les ouvrages qui illustrent l'une ou l'autre peuvent être très différents de style et de présentation. Aussi la tradition grammaticale a-t-elle toujours dû se référer à un modèle théorique. Or ce modèle pouvait être de deux types : d'une part, la grammaire peut se penser comme une discipline essentiellement empirique, comparable par exemple à la botanique ; son but consiste alors à proposer des classifications aussi complètes et précises que possible ; dans la tradition française, ce point de vue a été illustré par Vaugelas et continue d'être illustré par des ouvrages nombreux et très usuels ; d'autre part, la grammaire peut se penser comme une science déductive, comparable à la logique, et notamment à la logique aristotélicienne ; dans la tradition française, ce point de vue a été illustré par Port-Royal et le mouvement de la Grammaire générale qui en est issu. Cette dichotomie ne recouvre pas du tout la dichotomie entre le descriptif et le normatif : ainsi la tradition issue de Port-Royal pouvait à la fois combiner un point de vue normatif restrictif et une présentation déductive des règles. Cette combinaison constitue même une caractéristique remarquable du

projet de la Grammaire générale au XVIII<sup>e</sup> siècle, lequel a dominé la pratique de l'enseignement français jusqu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Dans tous les cas, à la pratique, essentiellement enseignante, la grammaire associe la théorie, présentée idéalement comme une *science grammaticale* (qu'elle soit de type botanique ou de type déductif). D'un point de vue historique, cette disposition a été affectée par la constitution de la linguistique : à partir du moment où la linguistique s'est présentée comme la science du langage et des langues, la grammaire ne pouvait plus revendiquer ce titre et ne pouvait subsister que sous la forme d'une technique ; dans le meilleur des cas, une application des propositions scientifiques établies par la linguistique. En toute hypothèse, grammaire et linguistique désignent alors des discours entièrement séparés, relevant de principes et de méthodes hétérogènes. Cette position a été largement développée à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et demeurait encore régnante, dans les années soixante, au moment où la linguistique revêtait essentiellement la forme structuraliste.

Seule la linguistique structurale pouvait alors se présenter comme une science ; quant au terme *grammaire*, il désignait un discours à la fois trop marqué par les nécessités matérielles de l'enseignement (lesquelles entraînent notamment le style prescriptif, incompatible avec la neutralité d'une science d'observation) et encombré de préjugés issus de modèles théoriques dépassés (notamment, la logique aristotélicienne ou pseudo-aristotélicienne). Dès lors, il n'avait plus qu'à disparaître. Le fait qu'une activité grammaticale autonome subsistait malgré tout ne pouvait être attribué qu'au conservatisme des sujets parlants et à des lourdeurs institutionnelles. Cette doctrine a été contredite par les faits : d'une part, l'activité grammaticale autonome a continué (et elle continue encore) ; d'autre part et surtout, il est apparu que, par rapport à cette activité autonome, la linguistique structurale était loin de se révéler toujours supérieure, notamment en syntaxe où les constructions théoriques ont été incapables de saisir, sans perte d'information, la masse de propositions empiriques construite par les grammaires autonomes ; même d'un point de vue théorique, certaines notions appartenant aux grammaires autonomes se sont montrées plus adéquates, quoique informelles et imprécises, que les concepts, plus rigoureux, de la linguistique structurale.

L'intervention de la grammaire générative a profondément modifié cet état de choses. Celle-ci peut, en effet, s'interpréter dans son ensemble comme une

réévaluation de l'activité grammaticale autonome : a) d'un point de vue empirique, elle soutient que les grammaires autonomes – dénommées « grammaires traditionnelles » – l'emportent sur les présentations structuralistes ; b) d'un point de vue terminologique, elle s'autorise à recourir à nouveau au terme *grammaire* : la linguistique et la grammaire ne désignent plus des disciplines séparées, la seconde étant tout au plus l'application pratique de la première, mais la linguistique est supposée, par définition, produire des grammaires (universelles ou particulières) ; c) d'un point de vue théorique, le programme génératif tient qu'une analogie profonde relie la grammaire, au sens traditionnel, qui décrit les propriétés d'une langue naturelle, et la grammaire d'un système formel – la seconde fonctionne à l'égard de ses productions, comme la première fonctionne à l'égard de sa langue-objet et, dès que la première est formalisée avec la rigueur mathématique nécessaire, elle devient une grammaire formelle parmi d'autres. De cette manière, la linguistique acquiert un statut épistémologique précis : son objet consistant à décrire et à expliquer les propriétés formelles caractéristiques des grammaires des langues naturelles, elle devient une science empirique mathématisée – au même titre que la physique, par exemple. À cette définition, la notion de grammaire est, comme on voit, essentielle.

Or, ce qui apparaît dans cette entreprise, c'est que, pour parvenir à la rigueur formelle, la linguistique n'a pas à inventer de nouvelles procédures de traitement empirique des données : là serait l'erreur de la linguistique structurale. Il convient seulement de rendre rigoureuses et d'explicitier les procédures qui étaient mises en œuvre de manière informelle et implicite par l'activité grammaticale autonome. Une telle relation entre la linguistique et la grammaire pourrait paraître un artifice né de la manière particulière dont le programme génératif a été construit. En fait, l'hypothèse de fond est plus importante. Si l'on se souvient que l'activité grammaticale est fort ancienne, il est remarquable que, tout bien pesé, elle ait été couronnée de succès ; à l'aide des hypothèses résumées à l'instant, on est parvenu à décrire les langues naturelles, à émettre des propositions raisonnables sur leur fonctionnement, à construire des systèmes d'écriture, à les améliorer, à traduire les langues entre elles, etc. Et cela très tôt ; les hommes ont su traiter les langues et les manier de façon réglée, alors que leur maîtrise des processus naturels demeurait extrêmement limitée. Il faut donc que les hypothèses formées par la généralité des grammaires rencontrent des propriétés objectives des langues naturelles.

Dans la plupart des cas, cependant, ces hypothèses sont demeurées implicites. Il convient de souligner le contraste : l'activité grammaticale, en tant qu'activité pragmatique, est ancienne et très tôt efficace ; la théorisation satisfaisante de cette activité est récente. En fait, on pourrait considérer que la linguistique moderne a eu pour l'une de ses tâches la détermination des propriétés des langues naturelles qui expliquent les succès pratiques considérables de l'activité grammaticale. Ainsi est-il remarquable que, dans les grammaires, les catégories soient en même temps des parties constitutives et que, par conséquent, le jugement grammatical soit aussi une analyse (résolution d'un tout en ses éléments) ; cela ne peut s'expliquer que par une propriété remarquable des langues naturelles : c'est ce qu'on a pu appeler leur caractère *articulé*. Réciproquement, ce qu'on entend quand on dit que le langage est articulé, c'est seulement cette double nature des parties du discours. De même, la contradiction apparente entre le caractère fini des parties du discours ou des types de phrase et le fait que les données concrètes sont potentiellement ou actuellement infinies n'a pas, pendant longtemps, reçu de traitement théorique satisfaisant : ce n'est qu'en raisonnant en termes de récursivité qu'on a pu donner un commencement de statut formel à cette propriété, pourtant supposée implicitement par la notion même de grammaire, si informelle qu'elle puisse être. Le fait que toute grammaire raisonne sur des exemples, c'est-à-dire se donne le droit d'émettre des jugements – qu'il s'agisse de l'attribution d'une catégorie à un segment de langue donné ou qu'il s'agisse de l'attribution du prédicat différentiel (correct/incorrect) – sur une donnée disjointe de toute circonstance réelle d'énonciation, cela n'a été véritablement problématisé qu'avec la distinction langue/parole, compétence/performance, etc. Réciproquement, ces distinctions, souvent mal comprises et parfois mal expliquées, n'ont pour fonction que de donner un fondement objectif à l'existence, pourtant fort ancienne, du raisonnement en termes d'exemples. De façon générale, cette relation entre linguistique et grammaire se vérifie dans toutes les théories linguistiques importantes. Peut-être la grammaire générative a-t-elle été la première à l'expliciter ; mais il n'est nullement nécessaire d'adhérer à son programme caractéristique pour reconnaître signification et importance aux questions suivantes : l'activité grammaticale étant un fait constatable, est-elle un artifice né, par exemple, des besoins d'un ordre social, éventuellement oppressif, ou peut-elle être mise en corrélation avec des propriétés objectives des langues naturelles ? Dans cette seconde hypothèse : que faut-il que soient les langues naturelles pour que l'activité grammaticale y soit,

comme on constate, possible ?

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## 📌 PENSÉE ÉCONOMIQUE (HISTOIRE DE LA) - Les grands courants

### ***Prise de vue***

L'économie est une discipline jeune. En faisant abstraction des mentions du juste prix, de la monnaie ou de l'usure qu'on rencontre dans la Bible, chez Aristote ou saint Thomas d'Aquin, on peut considérer que les premiers écrits économiques datent du XVI<sup>e</sup> siècle, avec les mercantilistes. Au XVIII<sup>e</sup> siècle, l'économie est revendiquée en tant que science nouvelle par l'école physiocratique, qui, en France, regroupe les premiers libéraux. Les classiques la désignent par « économie politique » et le terme de science économique, aujourd'hui communément employé pour qualifier cette discipline, apparaît à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, sous la plume des marginalistes.

Les intuitions fortes, les hypothèses de travail, les idées directrices des économistes ont donc été forgées au cours des quatre siècles derniers. L'histoire de la pensée économique est ainsi relativement courte. Cette histoire révèle l'existence de courants de pensée qui diffèrent à la fois sur la place qu'ils accordent à telle ou telle question (la monnaie, la valeur, les inégalités sociales, l'équilibre, l'emploi, le revenu, la finance, l'information...) et sur les réponses qu'ils apportent. Certains courants, tels que le mercantilisme ou la physiocratie, ont quasi disparu. D'autres, qui ont été dominants, telle l'école classique, ou très influents, comme le marxisme, sont aujourd'hui marginalisés. Quant à l'école néo-classique, qui a supplanté à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle l'école classique, elle abrite des approches divergentes.

### 📌 1. L'émergence du libéralisme

Les premiers économistes ne sont pas libéraux. Ceux qu'on désigne par le terme « mercantilistes » prônent l'intervention de l'État et l'activisme monétaire. C'est en réaction et comme alternative au mercantilisme que la pensée libérale naît au XVIII<sup>e</sup> siècle. En France, notamment, ce mouvement apparaît sous la plume des physiocrates.

## @ Le mercantilisme

Le mercantilisme recouvre un ensemble de doctrines et de pratiques politiques et économiques qui s'étend du milieu du XVI<sup>e</sup> siècle au début du XVIII<sup>e</sup> siècle, qui sépare la Renaissance de la révolution industrielle, et qui a accompagné la formation et la consolidation des États modernes d'Europe. Jean Bodin (1576, *De la République* ; 1578, *La Response de maistre Jean Bodin... paradoxe de Monsieur de Malestroict*), Antoine de Montchrétien (1615, *Traité de l'oeconomie politique*), Sébastien Vauban (1707, *Projet d'une dîme royale*) ou John Law (1704, *Essay on a Land Bank* ; 1705, *Considérations sur la monnaie et le commerce*) en France, Martin de Azpilcueta (1556, *Comentario resolutorio de usuras*) ou Tomas de Mercado (1568, *Summa de tratos y contretatos de mercaderes*) en Espagne, Bernardo Davanzati (1588, *Lezione delle monete*) ou Geminiano Montanari (1683, *Della moneta*) en Italie, William Potter (1650, *The Key of Wealth*), John Locke (1691, *Some Consequences of the Lowering of Interest and Raising the Value of Money*), Dudley North (1691, *Discourses upon Trade*) ou Josiah Child (1693, *Traité sur le commerce et sur l'intérêt de l'argent*) en Angleterre sont des figures emblématiques de ce courant. Mentionnons également Thomas Gresham (1519-1578), grand financier de la couronne britannique, qui fonda la Bourse de Londres en 1566-1568, et Jean-Baptiste Colbert (1619-1683), ministre des Finances de Louis XIV, qui encouragea en 1664 la création de manufactures d'État, de manufactures privées et de grandes compagnies commerciales sur le modèle hollandais de sociétés par actions, et qui créa la Caisse des emprunts en 1674.

La pensée mercantiliste est loin de former un ensemble homogène et cohérent. Néanmoins un certain nombre de thèmes rassemblent ces auteurs. D'abord, la puissance de l'État résulte de (et favorise) l'enrichissement de la nation et de ses sujets ; ensuite, l'enrichissement est obtenu par le développement de l'industrie et du commerce qui doivent se traduire par un excédent commercial et,

en conséquence, par une accumulation de métaux précieux ; enfin, la création de colonies et de comptoirs de commerce, la protection des industries et des marchés extérieurs, ainsi que les innovations financières telles que l'institution de bourses et de banques sont les outils de cette politique. Le mercantilisme prône donc la puissance militaire de l'État, son intervention dans l'économie, la réforme fiscale, le contrôle des prix et les protections douanières, les monopoles et l'activisme monétaire.

Le libéralisme s'est constitué en opposition à ces conceptions. Le terme « système mercantile » apparaît d'ailleurs en 1776, sous la plume d'Adam Smith, qui qualifie ainsi la pensée économique qui précède la pensée libérale.

## 📍 La physiocratie

Au XVIII<sup>e</sup> siècle, en France, l'agriculture est fragilisée par la politique colbertiste de bas prix des biens agricoles, l'État est incapable de prélever l'impôt et de limiter son endettement et on garde le souvenir de la banqueroute du système de Law en 1720. C'est dans ce contexte que la pensée libérale s'est forgée, au sein de l'école physiocratique menée par François Quesnay (1756-1757, articles de l'Encyclopédie : « Fermiers », « Grains », « Hommes », « Impôts » ; 1766, *Analyse de la formule arithmétique du Tableau économique*), médecin du roi. Influencés par l'analyse du marché de Pierre de Boisguillebert (1695, *Le Détail de la France* ; 1707, *Factum de la France*) et l'analyse du circuit de Richard Cantillon (1730, *Essai sur la nature du commerce en général*), les écrits des physiocrates s'étalent sur seize années, de 1756 à 1772.

Quesnay construit un *Tableau économique* qui décrit dans quelles proportions le revenu doit être dépensé pour assurer la circulation de toute la richesse produite, en même temps que le renouvellement du capital nécessaire à la pérennité de cette production. Les enseignements du tableau sont multiples. En premier lieu, il faut stabiliser le prix des grains à un niveau satisfaisant. Il faut que le prix de la production agricole soit suffisant pour permettre au fermier de payer la rente et d'acheter à l'industrie les outils nécessaires à son activité, tout en conservant assez de biens agricoles pour sa propre consommation et pour le renouvellement de son cheptel et de ses semences. Il faut aussi éviter l'alternance de périodes marquées par un antagonisme entre, d'une part, les fermiers, qui

profitent de prix élevés et ne peuvent résister à des prix trop bas, et, d'autre part, les consommateurs et les rentiers, dont les revenus ne sont pas indexés sur les prix.

Le deuxième enseignement est qu'il est nécessaire d'élargir le marché des grains afin qu'il puisse absorber les surplus de production des années de bonne récolte, au lieu d'assister à une baisse des prix excessive, et alimenter le pays les années de mauvaise récolte, ce qui permet d'éviter disette et hausse excessive des prix. Bref, ouvrir le marché aux exportations et aux importations.

Le troisième enseignement est que la dépense doit être maîtrisée et que l'impôt ne doit être payé que par les propriétaires fonciers qui vivent de la rente. Car l'impôt ne peut être prélevé que sur le revenu ; or, dans le tableau de Quesnay, la rente est l'unique revenu. Anne Robert Jacques Turgot, contrôleur général des Finances de 1774 à 1776, échouera dans la mise en œuvre d'une politique libérale inspirée de ces principes.

Au niveau analytique, la thèse physiocratique présente trois caractéristiques qui contribuèrent à son déclin accéléré : en premier lieu, elle postulait que seule l'agriculture était productive, à l'exclusion de l'industrie, avec pour corollaire l'idée que seule la rente, et non le profit, était un revenu net ; en second lieu, elle ne développait aucune théorie de la valeur et des prix à l'appui de ces idées ; enfin, elle n'offrait pas d'analyse monétaire. À cet égard, Turgot (1766, *Réflexions sur la formation et la distribution des richesses* ; 1769, *Valeurs et monnaies*), influencé également par Ferdinando Galiani (1751, *De la monnaie* ; 1770, *Dialogues sur le commerce des blés*), Vincent de Gournay (1758, *Considérations sur le commerce*) et la philosophie sensualiste d'Étienne Bonnot de Condillac (1776, *Le Commerce et le gouvernement*), se démarquait des physiocrates et esquissa une théorie de la valeur-utilité et du marchandage ; mais celles-ci ne déboucheront qu'un siècle plus tard. À la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, c'est la théorie britannique de la valeur travail qui allait s'imposer.

## @ 2. Les classiques

La parution en 1776 de l'*Enquête sur la nature et les causes de la richesse des nations* d'Adam Smith (le « père de l'économie politique ») marque le début de

l'école classique qui allait dominer la pensée économique durant un siècle. Pour Smith, la nature de la richesse est réelle ; la monnaie n'est que le moyen de sa circulation : la richesse se compose des marchandises tant industrielles qu'agricoles, qui sont produites par le travail. Le travail étant la source de la valeur, il constitue l'unité de mesure dans les échanges : l'échange des marchandises est réglé par la proportion des quantités de travail que leur production nécessite. La cause de la richesse réside dans la division du travail qui décuple la force productive du travail ; division du travail qui prend de l'ampleur avec les échanges, l'épargne et l'investissement des capitaux dans l'agriculture, l'industrie, le commerce ou la banque. Smith élabore un ensemble cohérent d'analyses qui structurera les débats au sein de l'école classique : ceux-ci porteront, d'une part, dans les années 1815-1820 sur la valeur, la répartition et la croissance ; d'autre part, dans les années 1801-1811, puis 1836-1848, sur la monnaie et le crédit.

### 📍 Valeur, répartition et croissance

La valeur fournit le centre de gravitation des mouvements du prix de marché sous l'effet des forces de l'offre et de la demande. Si la demande est égale à l'offre, le prix de marché coïncide avec la valeur : la vente de la marchandise permet au producteur à la fois de récupérer les coûts en matières premières et de distribuer aux salariés, capitalistes et rentiers les salaires, profits et rentes à leur niveau naturel. Si la demande augmente et excède l'offre, le prix de marché augmente et s'établit à un niveau supérieur à la valeur. Dans ce cas, le producteur réalise un profit plus élevé qui l'incite à accroître sa production. Au fur et à mesure qu'il ajuste ainsi l'offre sur la demande, le prix de marché redescend au niveau de la valeur. Réciproquement, si la demande est inférieure à l'offre, le prix de marché diminue, s'inscrit au-dessous de la valeur et génère des pertes qui incitent le producteur à baisser la production. Le prix remonte et s'ajuste sur la valeur au fur et à mesure que l'offre s'ajuste sur la demande. C'est ainsi que la valeur, qui est indépendante du jeu de l'offre et de la demande, sert de point d'ancrage aux prix. En conséquence, l'utilité et la demande n'ont d'effet sur le prix qu'à court terme. À long terme, le prix s'ajuste sur la valeur qui, elle, est indépendante de l'utilité. L'utilité joue néanmoins un rôle dans la mesure où elle oriente la demande et donc les quantités produites.

À partir de cette base commune, les classiques vont évoluer sur

l'analyse de la valeur, et diverger sur celles de la croissance et de la monnaie. Concernant la valeur, un consensus se dégage autour de l'analyse de David Ricardo (1817, *Principes de l'économie politique et de l'impôt*) qui met en évidence que la valeur n'est pas fonction de la seule quantité de travail dépensée à la production, mais également du montant des capitaux engagés, de la règle d'uniformité du taux de profit et du rapport salaire/profit. Complétée par Robert Torrens (1821, *An Essay on the Production of Wealth*), cette analyse est approfondie, bien plus tard, par Piero Sraffa (1960, *Production de marchandises par des marchandises*). Karl Marx reprochera à l'analyse ricardienne de la valeur d'occulter la nature du profit. Les néo-classiques la rejetteront.

L'analyse de la demande et de la croissance divise les classiques. Pour Smith, Jean-Baptiste Say (1803, *Traité d'économie politique*) et Ricardo, la demande peut différer de l'offre sur les différents marchés, mais au niveau global, la demande résulte du revenu. Qu'il soit consommé ou investi, le revenu est lui-même égal à la valeur de la production, donc de l'offre : ainsi « l'offre crée la demande ». Pour Jean Charles Léonard Sismonde de Sismondi (1803, *De la richesse commerciale* ; 1819, *Nouveaux Principes d'économie politique*) ou Robert Malthus (1820, *Principes d'économie politique*), au contraire, une mauvaise répartition du revenu ou une mauvaise gestion de la dépense publique et de l'impôt, trop favorables à l'épargne, peuvent se traduire par un déficit global de la demande, avec pour effet de faire baisser les prix et de compromettre la croissance. Selon Smith, les obstacles à la croissance résident du côté de l'investissement. En effet, la croissance du revenu nécessite une accumulation du capital. Or cette dernière exacerbe la concurrence, qui engendre la baisse du taux de profit, laquelle provoque la baisse de l'investissement. Pessimiste, le père de l'économie politique explique ainsi la tendance des capitalistes et des entrepreneurs à entraver la concurrence. Ricardo pense que le risque de stagnation réside moins dans le mobile de l'investissement, à savoir la profitabilité, que dans le pouvoir d'accumulation des capitalistes (leur épargne) qui diminue en même temps que le taux de profit. Or la croissance nécessite la mise en culture de terres moins fertiles, ce qui renchérit le prix des biens agricoles. Ceux-ci constituant la composante essentielle des biens de consommation ouvrière, il en résulte une hausse du taux de salaire qui provoque la baisse du taux de profit. Pour éviter ce scénario et faire baisser le prix du blé, Ricardo plaide pour qu'on puisse l'importer, au grand dam de Malthus qui craint l'effet dépressif sur la

demande qu'entraînerait la baisse de la rente des propriétaires fonciers.

L'abolition, en 1846, des Corn Laws rejoint la vision ricardienne qui s'imposa tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle, et au-delà, jusqu'à la « révolution » provoquée par John Maynard Keynes.

En outre, les classiques convergent sur les mérites du développement du commerce international, moteur d'une division internationale du travail. Selon Smith, chaque pays se spécialise dans la production des biens pour lesquels il dispose des coûts de production les plus faibles (théorie de l'avantage absolu). Ricardo approfondit l'analyse en montrant que le commerce peut également être avantageux entre deux pays même si l'un des deux dispose de coûts de production plus faibles pour tous les biens (théorie de l'avantage relatif). Ainsi, si l'Angleterre a besoin de douze heures et de dix heures pour produire respectivement le vin et le drap, alors qu'il faut respectivement huit heures et neuf heures au Portugal, les deux pays ont intérêt à se spécialiser, l'Angleterre dans la production du drap et le Portugal dans celle du vin, et à échanger leurs produits. Au total, la richesse produite et disponible pour chaque pays sera augmentée.

## 🌐 La politique monétaire

Sur la monnaie, les économistes classiques se partagent en deux camps. Tous sont hostiles au mercantilisme et développent l'idée selon laquelle la monnaie doit échapper au prince et obéir à des mécanismes de marché. Cependant les uns se méfient du pouvoir de création monétaire des banques, veulent soit l'interdire, soit la soumettre à des règles strictes, et développent la théorie quantitative de la monnaie. Selon eux, la valeur de la monnaie est inversement proportionnelle à sa quantité : si la masse monétaire double, le niveau des prix double, la valeur de la monnaie est donc divisée par deux. Les autres rejettent, ou nuancent, cette même théorie, plaident en faveur du crédit et du papier-monnaie et soutiennent les politiques discrétionnaires de la Banque d'Angleterre.

Cantillon, David Hume (1752, *Essai sur le commerce, le luxe, l'argent, l'intérêt...*), Ricardo (1810, *Le Haut Prix du lingot* ; 1823, *Plan pour l'établissement d'une banque nationale*) et les membres de la Currency School (1836-1844) forment le premier groupe. Pour eux, la monnaie se confond avec les métaux

précieux et sa valeur s'ajuste automatiquement en fonction de sa quantité et du volume des transactions réelles à effectuer. En conséquence, la monnaie est toujours en quantité suffisante et l'émission de billets, via les opérations de crédit, a pour seul effet de faire monter les prix, de provoquer un déficit commercial, de faire sortir l'or du pays, donc du coffre des banques, ce qui rend ces dernières illiquides, c'est-à-dire incapables d'assurer la convertibilité en or de leurs billets. L'absence de maîtrise des émissions des banques est à l'origine des crises monétaires et bancaires, puis financières et commerciales qui perturbent la croissance de l'économie britannique. Pour les partisans de la Currency School, la « solution » réside dans l'ajustement des émissions sur les flux de métaux entre les pays : les augmenter en cas d'excédent de la balance des paiements, les réduire en cas de déficit. Ainsi, la Banque centrale doit-elle réduire ses émissions lorsque son encaisse métallique diminue.

Au contraire, Smith, Henry Thornton (1802, *Recherches sur la nature et les effets du crédit du papier dans la Grande-Bretagne*), Malthus (1811, *Publications on the Depreciation of Paper Currency*) et les membres de la Banking School (1836-1844) voient dans l'essor du crédit bancaire, et l'émission de monnaie qui l'accompagne, un facteur favorable à l'activité économique. Au moyen de l'escompte, les banques proposent de remplacer, dans la circulation, les dettes privées des marchands, payables à terme, par leur propre dette, le billet de banque. Or celui-ci est payable à vue et offre au détenteur une meilleure garantie de solvabilité. En améliorant ainsi la qualité du crédit commercial et en créant de la liquidité, les banques favorisent les échanges. Ce courant, sans exclure les risques de surémission de monnaie, envisage également les causes réelles, voire psychologiques, des déséquilibres monétaires, des difficultés bancaires et des déficits de la balance des paiements. En conséquence, ces auteurs critiquent les recommandations ricardiennes qui leur semblent inappropriées, voire de nature à aggraver la situation. Par exemple, si une situation de guerre est à l'origine d'une panique et qu'on assiste à une ruée aux guichets des banques des déposants qui demandent le remboursement de leurs avoirs en espèces et en billets de la Banque d'Angleterre, cette dernière doit, même si son encaisse est faible, fournir ces billets. Ce faisant, elle restaure la confiance et enrayer la crise. En tant que prêteur en dernier ressort, alors que son encaisse diminue, la banque centrale doit accroître ses émissions et non les réduire. Dans d'autres circonstances, le déficit de la balance des paiements appelle également ce type de solution contraire aux

idées quantitativistes. En outre, ces auteurs recommandent de jouer sur le taux d'escompte pour orienter les capitaux extérieurs et stabiliser l'encaisse.

Les controverses entre partisans de ces deux approches alternatives de la monnaie culminent avec la réforme en 1844 de la Banque d'Angleterre qui consacre, à nouveau, la victoire de Ricardo. Le succès de cette réforme et la domination, jusqu'en 1914, de la livre sterling sur la finance internationale vont accréditer le bien-fondé de la théorie quantitative et la vision ricardienne du système monétaire international. Là encore, c'est Keynes qui rompra le consensus ricardien.

### @ 3. La critique marxiste

Philosophe de formation, Marx adhère aux idées communistes et, au contact de Friedrich Engels, s'intéresse à partir de 1844 à l'économie politique. Ses travaux (1847, *Misère de la philosophie* ; 1867-1883, *Le Capital*) sont solitaires et se situent à un moment où l'école classique ne produit guère d'idée nouvelle et avant que les premières analyses néo-classiques (1870-1880) ne sortent des milieux académiques. Marx fustige les thèses des socialistes et des anarchistes, notamment celles de Pierre Joseph Proudhon, en s'appuyant sur Ricardo. Puis il reproche à l'économie politique ricardienne d'être un discours bourgeois, sans aucune réflexion critique sur le système capitaliste. Ainsi le taux de profit est-il appréhendé comme une norme, non discutée, sur laquelle est construite la théorie des prix. L'origine du profit n'est pas expliquée. Outre la construction de l'Internationale, Marx consacre sa vie à l'élaboration d'une critique de l'économie politique. Il vise à mettre en évidence la nature du système capitaliste (une société de classes), montrer son caractère historique, et mettre au jour ses contradictions. Son œuvre, inachevée, sera poursuivie par ses disciples de la II<sup>e</sup> Internationale.

S'inspirant de la logique hégélienne, Marx adopte une approche des échanges différente de celle des classiques et centre son analyse sur la circulation monétaire de telle sorte que, contrairement à Ricardo, il pose la question du profit indépendamment de la question des valeurs relatives des marchandises. Cela le conduit au concept de plus-value qu'il explique par l'existence d'un écart quantitatif entre la valeur d'usage de la force de travail (le temps durant lequel elle est employée par le capitaliste) et la valeur d'échange de la force de travail (le temps

de travail dépensé pour produire les biens de consommation que l'ouvrier achète avec le salaire monétaire que lui verse le capitaliste). Ainsi Marx considère-t-il avoir découvert le secret du profit et de la dynamique du capitalisme : l'exploitation du travailleur, qui possède la force de travail, par le capitaliste, qui achète cette force de travail.

Outre son caractère contestable, parce que inégalitaire, aliénant, oppresseur, appauvrissant et liberticide, le capitalisme est historiquement condamné. Encore faut-il que la classe ouvrière puisse saisir les opportunités politiques que lui offre l'instabilité du capitalisme, source des crises périodiques que Marx cherche à expliquer. S'inspirant du tableau de Quesnay, Marx établit des proportions d'équilibre macroéconomique entre production, investissement et consommation (les schémas de reproduction) et doute de la capacité du capitalisme à respecter ces proportions (rigidité des structures productives, sous-consommation due à la baisse des salaires, anarchie du marché). Il s'intéresse aux cycles et élabore une théorie de la baisse tendancielle du taux de profit liée à l'accumulation (au progrès technique) et y voit une cause des chutes périodiques de l'investissement. Il avance également, comme autre facteur explicatif des crises, la question monétaire et, notamment, la tendance à l'autonomie du crédit et de la finance vis-à-vis des lois de l'échange et de l'activité productive. L'essentiel de ces analyses figure dans des manuscrits inachevés qui, contrairement à l'opinion d'Engels qui les publia à titre posthume, présentent des contradictions. La plus nette, mise en évidence par Ladislaus von Bortkiewicz (1907, *Wertrechnung und Preisrechnung im Marxschen System*), réside dans la solution proposée par Marx au problème de la « transformation des valeurs en prix de production ».

Rudolf Hilferding (1910, *Le Capital financier*), Rosa Luxemburg (1913, *L'Accumulation du capital*) et Lénine (1917, *L'Impérialisme, stade suprême du capitalisme*), tout en contestant tel ou tel aspect de la pensée de Marx, approfondiront ses analyses en vue d'expliquer la tendance du capitalisme à l'impérialisme et à la guerre. Ces analyses, dont la qualité supporte aisément la comparaison avec ce que produisait alors la pensée libérale, exerceront une influence notable tout au long du XX<sup>e</sup> siècle, en particulier, mais pas seulement, dans les rangs sociaux-démocrates.

Après la révolution bolchevique et la défaite spartakiste, avec la montée des fascismes en Europe, le marxisme décline et se laisse envahir par l'idéologie stalinienne. On doit cependant mentionner l'existence de travaux originaux qui font le lien avec le keynésianisme naissant tels que ceux de Paul Sweezy (1942, *The Theory of Capitalism Development*), de Paul Baran (1957, *Économie politique de la croissance*) ou de Paul Mattick (1969, *Marx et Keynes*) aux États-Unis, de Mario Tronti (1966, *Ouvriers et capital*) ou d'Antonio Negri (1968-1978, *La Classe ouvrière contre l'État*) en Italie, de Michel Aglietta (1976, *Régulation et crise du capitalisme*) ou de Suzanne de Brunhoff (1976, *Les Rapports d'argent*) en France, mais aussi les recherches, plus critiques à l'égard de Marx, d'historiens de la pensée économique, dont, en France, Carlo Benetti et Jean Cartelier (1980, *Marchands, salariat et capitalistes*) ou Gilbert Faccarello (1983, *Travail, valeur et prix*).

#### @ 4. Le courant néo-classique

À partir du dernier quart du XIX<sup>e</sup> siècle, et tout au long du XX<sup>e</sup> siècle, le courant dit « néo-classique » va progressivement devenir dominant. Si les thèmes de rupture avec les classiques rassemblent les auteurs de ce courant, celui-ci est traversé par de nombreuses écoles qui divergent sur l'analyse de la valeur, de l'emploi, de la politique économique et, de façon générale, sur l'efficacité des marchés.

##### @ La révolution marginaliste

Parallèlement, en Angleterre avec Stanley Jevons (1871, *Théorie de l'économie politique*), en Autriche avec Carl Menger (1871, *Grundzüge der Volkswirtschaftslehre [Principes d'économie politique]*) et en France avec Léon Walras (1874, *Éléments d'économie politique pure*), on assiste à une révolution dans l'analyse de la valeur. L'utilité marginale du bien, c'est-à-dire l'utilité de la dernière unité consommée, qui décroît au fur et à mesure de la consommation, est perçue comme le facteur déterminant de la valeur. Les prix d'équilibre sont tels qu'il y a égalisation des utilités marginales (pondérées par les prix) des différents biens consommés. Ce principe s'applique autant aux biens qui n'ont pas de coût de production, mais qui sont limités en quantité, qu'à ceux qui font l'objet d'une production. Contrairement à la vision des classiques, la demande fournit le facteur

explicatif de la valeur.

Alfred Marshall (1890, *Principes d'économie politique*) opéra une synthèse entre cette révolution de l'analyse de la demande et la théorie classique de l'offre, elle-même modifiée par la prise en compte de rendements d'échelle décroissants, ou croissants. Outre le consensus sur le rôle de la demande, les marginalistes convergent pour abandonner toute référence à l'antagonisme entre salariés, capitalistes et rentiers qui caractérise les analyses ricardiennes et marxistes : le capital et la terre, au même titre que le travail, sont des facteurs productifs ; l'intérêt, la rente et le salaire en sont les prix d'équilibre. Le marché assure l'harmonie sociale.

Le changement d'optique dans l'analyse de la valeur s'accompagne d'un renouvellement de l'analyse du marché et de l'équilibre. Ainsi, assiste-t-on à l'éclosion de conceptions différentes qui subsistent au début du XXI<sup>e</sup> siècle. D'un côté, les travaux d'Antoine Cournot (1838, *Recherches sur les principes mathématiques de la richesse sociale*), Francis Ysidro Edgeworth (1881, *Mathematical Psychics*) et Joseph Bertrand (1883, *Théorie mathématique de la richesse sociale*) concluent à l'existence de plusieurs prix d'équilibre qui dépendent à la fois du nombre d'agents (le degré de concurrence), de leurs stratégies, de leurs statuts. Ils introduisent les approches d'équilibres multiples que l'on retrouvera dans le cadre de la théorie des jeux (John Forbes Nash, 1950, *Equilibrium Points in N-Person Games*). Pour sa part, Walras assimile la concurrence au tâtonnement qui conduit à l'unicité du prix d'équilibre, et ce dans une perspective d'équilibre général. Largement négligée alors, l'analyse walrassienne sera redécouverte et enrichie par Gérard Debreu (1959, *Théorie de la valeur*), Kenneth Arrow et Frank Hahn (1971, *General Competitive Analysis*) dans les années 1950-1970 et imposera son cadre au débat macroéconomique des années 1970-1990.

À la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, et au début du XX<sup>e</sup> siècle, c'est une troisième approche, introduite par Marshall, qui dominait la pensée néo-classique. Développant une méthodologie d'équilibre partiel qui analyse chaque marché en l'isolant de l'influence exercée par les autres marchés, elle introduit ou renouvelle l'analyse de nombreux problèmes comme le bien-être, la justice, l'entreprise, la

concurrence monopolistique, le commerce international. Cependant, dans l'entre-deux-guerres, elle ne parvient à expliquer ni l'instabilité monétaire et financière, ni la montée du chômage.

## 📍 La révolution keynésienne

Keynes (1930, *A Treatise on Money* ; 1936, *Théorie générale de l'emploi, l'intérêt et la monnaie*), élève de Marshall, propose de changer de perspective. Selon Keynes, marshalliens et ricardiens commettent l'erreur commune de raisonner sur un niveau de revenu d'équilibre donné et ne se distinguent qu'à propos de l'analyse de la répartition de ce revenu. Il propose quant à lui de s'intéresser aux déterminants du revenu global et renouvelé, à cet effet, l'analyse de l'offre et de la demande : celle-ci acquiert une dimension macroéconomique. Il ne s'agit plus d'expliquer les prix relatifs des biens mais les déterminants des agrégats globaux de l'économie : le niveau général des prix, le revenu, l'emploi, le taux d'intérêt. La *Théorie générale* de Keynes analyse la détermination simultanée de l'équilibre de l'offre et de la demande sur les marchés des biens, des titres et de la monnaie.

L'étude de l'équilibre du marché des biens est renouvelée par la théorie du multiplicateur. Selon cette dernière, l'offre de biens s'ajuste sur la demande, la production répond aux commandes, la distribution du revenu résulte de la dépense. Or une partie de la dépense, en l'occurrence la consommation, résulte du revenu si bien qu'il existe un effet cumulatif, dit « multiplicateur », entre revenu et dépense ; effet multiplicateur qui trouve sa limite dans le fait qu'une fraction du revenu est épargnée, et non dépensée. L'autre partie de la dépense, à savoir l'investissement privé et la dépense publique, n'est pas liée au revenu. Son montant dépend, pour l'investissement privé de la rentabilité des investissements comparée à leur coût de financement, et pour la dépense publique de la politique budgétaire et financière de l'État. Ce qui conduit Keynes à s'intéresser au marché des titres. À ce niveau également il renouvelle complètement l'analyse en notant que les prix des titres et les taux d'intérêt sur le marché financier résultent non pas des flux d'épargne courante, mais des choix relatifs à l'ensemble des stocks d'actifs financiers détenus par les agents : leurs stratégies de réallocation de portefeuille renvoient à des comportements spéculatifs et à des phénomènes d'incertitude et de liquidité qui sont soulignés par Keynes. Ce faisant,

l'argumentation keynésienne fait jouer aux encaisses monétaires, par nature plus liquides que les titres, un rôle essentiel dans la formation de l'équilibre global de l'économie. Ainsi Keynes renouvelle-t-il une théorie monétaire qui, malgré les efforts de Knut Wicksell (1898, *Interest and Prices* ; 1901-1906, *Lectures d'économie politique*) et d'Irving Fisher (1911, *Le Pouvoir d'achat de la monnaie*), avait peu évolué depuis les années 1840. Après soixante ans, il dotait la théorie néo-classique d'une théorie de la demande applicable à la monnaie et apte à concevoir un équilibre sur un marché de la monnaie.

Muni de ces outils, Keynes explique le chômage par l'insuffisance de la demande et propose d'utiliser la politique économique pour modifier les niveaux du taux d'intérêt, de production et d'emploi. La politique qu'il préconise contraste avec celle des idéologies totalitaires : il ne s'agit ni de contrôler la production (l'offre de biens), laissée à l'initiative des entrepreneurs, ni de contraindre les choix spéculatifs ou de consommation des ménages ; mais de jouer sur la dépense publique et l'offre de monnaie. L'augmentation de la dépense publique crée un supplément de demande de biens, donc une production et une distribution de revenus qui enclenche le processus multiplicateur du revenu ; la politique monétaire vise à faire baisser les taux d'intérêt pour stimuler l'investissement qui, lui aussi, enclenche le processus multiplicateur. Le libéralisme keynésien n'exclut pas l'action de l'État ; il allait dominer durant les Trente Glorieuses qui suivirent la Seconde Guerre mondiale. Bien que Keynes ait déclaré ne pas reconnaître sa théorie dans le modèle IS-LM présenté par John Hicks (1937, *Mr. Keynes and the Classics*), c'est au moyen d'une version modifiée par Alvin Hansen (1953, *Introduction à la pensée keynésienne*) de ce modèle que la pensée keynésienne a principalement été diffusée et discutée. Ce modèle a fourni le cadre à l'essentiel des débats macroéconomiques qui allaient suivre.

Par contre, concernant le système monétaire international, Keynes eut peu d'écho. Il proposa, en vue d'assurer la stabilité des taux de change, la mise en place d'une banque « internationale » qui émettrait une monnaie, le bancor, utilisée pour régler les déséquilibres des balances des paiements, et gérée de telle sorte que la charge des ajustements pèse à la fois sur les pays présentant un déficit des paiements et sur ceux dégagant un excédent. La conférence de Bretton-Woods (1944) a abouti à une architecture différente, centrée sur le dollar

convertible en or, de changes fixes, mais révisables, où l'effort d'ajustements repose sur le seul pays déficitaire. La crise du dollar en 1971, les deux chocs pétroliers de 1973 et 1979-1981, le ralentissement de la croissance, l'inflation montante et la renaissance du chômage à partir des années 1970, ont accru l'audience des critiques monétaristes et néo-libérales qui sont apparues dès les années 1950.

## @ Monétarisme et néo-libéralisme

L'école monétariste est menée par Friedman (1953, *Essays in Positive Economics* ; 1956, *The Quantity Theory. A Restatement* ; 1963, avec Anna Schwartz, *A Monetary History of the United States, 1867-1960* ; 1969, *The Optimum Quantity of Money and Other Essays*) qui, dans les années 1950 et 1960, critique le système de taux de change fixes de Bretton-Woods et les politiques inspirées du keynésianisme. De façon générale, Milton Friedman conteste la possibilité pour les autorités économiques de modifier l'équilibre, d'atteindre des situations supérieures à celles obtenues par le libre fonctionnement des marchés. Ainsi le taux de change est-il un prix d'équilibre dont le niveau est mieux déterminé par le jeu de l'offre et de la demande dans un régime de changes flexibles que par les calculs et les analyses des économistes relayés par des interventions inefficaces des banques centrales. En cas de déséquilibre durable des balances des paiements, ces dernières sont incapables de contrer les spéculateurs qui anticipent et obtiennent les changements de parité.

De même, les politiques keynésiennes de soutien de la demande se heurtent au comportement de long terme des ménages qui ne changent ni leur dépense, ni leurs choix monétaire et financier lorsque l'État change de politique monétaire ou budgétaire. Sans effet durable sur l'emploi, ces politiques ne réussissent qu'à substituer la dépense publique à l'investissement privé ou à créer de l'inflation – à relier au débat sur la courbe de Philips (1958, *The Relation Between Unemployment and the Rate of Exchange of Money Wage in the United Kingdom*) – et à déstabiliser les taux de change. Inefficaces, elles ne sont pas souhaitables. Adoptant, comme Don Patinkin (1965, *La Monnaie, l'intérêt et les prix*), une méthodologie walrassienne d'équilibre général, et, à la suite de John Muth (1961, *Rational Expectations and the Theory of Price Movements*), l'hypothèse d'anticipations rationnelles qui conduit à penser que les salariés vont

rationnellement anticiper le jeu de l'autorité monétaire et donc prévoir correctement l'inflation future, les monétaristes de la seconde génération – Robert Lucas (1972, *Expectations and the Neutrality of Money* ; 1981, *Rational Expectations and Econometrics Practice*, en collaboration avec Thomas Sargent), Thomas Sargent et Neil Wallace (1975, *Rational Expectations, The Optimal Monetary Instrument and the Optimal Money Supply Rule*) ou Robert Mundell (1968, *Barter Theory and the Monetary Mechanism of Adjustment*) – vont systématiser les conclusions de Friedman.

Paradoxalement, le renouveau des recherches sur le modèle d'équilibre général va déboucher sur des résultats inattendus : l'existence de pluralités d'équilibres et d'instabilité de ces équilibres (Hugo Sonnenschein, 1973, *Do Walras Identity and Continuity Characterize the Class of Excess Demand Functions ?*) ; l'absence d'explication satisfaisante de la valeur de la monnaie (Frank Hahn, 1965, *On Some Problems of Proving the Existence of an Equilibrium in a Monetary Economy*) ; l'instabilité et le surajustement du taux de change en régime de changes flexibles (Rudiger Dornbush, 1980, *Open Economy Macroeconomics*).

Fondamentalement, le monétarisme postule l'hypothèse de plein-emploi. Il y a donc une rigidité de l'offre qui explique l'incapacité de la politique keynésienne à modifier le niveau de revenu. Les néo-libéraux, qui se réfèrent à Friedrich von Hayek (1944, *La Route de la servitude* ; 1973, *Droit, législation et liberté*), poussent le diagnostic en attribuant la rigidité de l'offre au « trop d'État » et de réglementation : la pression fiscale et l'indemnisation du chômage encouragent l'oisiveté et diminuent l'offre de travail, le salaire minimum et le droit du travail paralysent l'embauche ; la dépense publique, les services et monopoles publics limitent la liberté de choix des consommateurs, et la concurrence entre les prestataires de services, les réglementations de toutes sortes empêchent les agents de nouer les contrats optimaux et entravent l'initiative privée. Ce courant néo-libéral, dont on trouve les prémisses chez les libéraux français du XIX<sup>e</sup> siècle hostiles à toute réglementation du droit du travail des enfants, postule le fonctionnement harmonieux des marchés, nous renvoie à des discussions philosophiques et, de façon générale, tient peu compte des développements récents du reste de la théorie néo-classique, que ce soit en macroéconomie ou en microéconomie.

## 📍 Coûts de transaction, incertitude, asymétries d'information...

L'introduction de nouvelles notions, telles que les coûts de transaction, l'incertitude, l'acquisition et les asymétries d'information, modifie nombre des a priori de l'analyse néo-classique. Ainsi Frank Knight (1921, *Risk, Uncertainty and Profit*) explique que si les salariés choisissent d'être dans un rapport de subordination à l'égard de l'entrepreneur, c'est en vue de lui transférer les risques liés à la vente du produit de leur travail. Pour Ronald Coase (1937, *La Nature de la firme*), c'est pour réduire les coûts de transaction du produit de ce travail. De même est-ce pour limiter les coûts de transaction que les firmes intègrent verticalement la production plutôt que d'avoir recours à la sous-traitance. Oliver Williamson (1985, *The Economic Institutions of Capitalism*) généralise l'argumentation et montre que les organisations peuvent s'avérer plus efficaces que le marché pour faire circuler les biens, le travail et les capitaux.

De même, la prise en compte de l'incertitude et le problème de l'information, coûteuse à acquérir et inégalement distribuée entre les agents, conduisent-ils à s'interroger sur la flexibilité des marchés et l'efficacité de la loi de l'offre et de la demande : par exemple pour assurer les échanges de biens (Georges Akerlof, 1970, *The Market for Lemons*), pour allouer le crédit (Joseph Stiglitz et Andrew Weiss, 1981, *Credit Rationing in Markets with Imperfect Information*), pour déterminer le salaire de plein-emploi (Akerlof et Janet Yellen, 1986, *Efficiency Wage Models of the Labor Market*), pour éviter les paniques bancaires (Douglas Diamond et Philip Dybwig, 1983, *Bank Runs, Deposit Insurance, and Liquidity*), pour juguler l'instabilité financière (James Tobin, 1998, *Money, Credit and Capital* ; André Orléan, 1989, *Pour une approche cognitive des conventions économiques*, et, 1999, *Le Pouvoir de la finance*).

Dans cette perspective de recherche, la théorie néo-classique, qui emprunte beaucoup à la théorie des jeux, converge parfois avec des idées hétérodoxes (régulationnistes – Robert Boyer, 1986, *Théorie de la régulation : une analyse critique* –, économie des conventions). Plus marquant cependant est le fait qu'elle semble perdre son unité et se disperser en de multiples disciplines : économie du travail, économie industrielle, économie de l'assurance, économie régionale, etc.

## @ ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE - Histoire

### ***Prise de vue***

L'histoire des États-Unis est celle de l'ascension extrêmement rapide de colonies sous domination anglaise au stade de grande puissance mondiale. Les premiers colons débarquent en Virginie ■ au XVII<sup>e</sup> siècle, leurs descendants obtiennent leur indépendance à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, les États-Unis s'imposent comme puissance mondiale au XX<sup>e</sup> siècle. C'est un exemple unique dans le cours de l'histoire.

Les raisons, il faut d'abord les chercher dans le peuplement des États-Unis. À la différence des Espagnols et des Portugais dans l'hémisphère sud-américain, les Anglais se sont trouvés ici sur une terre vierge. Sans doute se sont-ils heurtés dès leur arrivée à des Indiens, qualifiés de Sauvages ou de Peaux-Rouges, mais ceux-ci n'ont jamais opposé une véritable résistance à la pénétration des Européens, bien que le folklore leur attribue un caractère sanguinaire. En raison de la relative facilité d'installation, le continent nord-américain a connu une occupation plus rapide que n'importe quel autre territoire situé hors d'Europe : de quelques centaines de milliers d'immigrants à la fin du XVII<sup>e</sup> siècle, la population passe à 4 millions au moment de l'Indépendance, 23 millions vers 1850, 76 à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, plus de 200 millions actuellement. Cette augmentation s'est faite grâce aux courants d'immigration : de 1840 à la Première Guerre mondiale, les États-Unis ont attiré des millions d'expatriés. Cette population est de par ses origines très hétérogène et, au XX<sup>e</sup> siècle, des tensions ethniques se sont manifestées à l'intérieur de la communauté blanche d'une part, entre celle-ci et les Noirs de l'autre.

Aussi longtemps que les immigrants venaient des pays anglo-saxons et de France, l'assimilation s'est faite facilement. Il n'en a plus été de même avec l'arrivée de Méditerranéens, de Slaves, d'Asiatiques, à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle : les différences de langue, de religion et, surtout, de milieu social ont constitué des

obstacles. Certaines minorités se sont repliées sur elles-mêmes.

Ces difficultés sont mineures en comparaison de ce qu'on appelle le problème noir. Les États-Unis abritent à l'heure actuelle un peu plus de 30 millions de Noirs. Plus de 12 p. 100 de la population américaine est formée de ceux qu'on désigne, avec une nuance de mépris, sous le nom de *coloured people*. Leur situation fut tragique : citoyens américains par le 14<sup>e</sup> amendement ratifié en 1868, ils ont longtemps été mis dans l'impossibilité d'exercer leurs droits civiques dans une grande partie du pays. Descendants, pour la grande majorité, des anciens esclaves libérés par Lincoln en 1863, alors qu'ils atteignaient à peine les 5 millions, ils conservent encore le stigmate de leur origine. Amenés d'Afrique il y a plusieurs siècles, ils ont rompu tout contact avec ce continent. Blancs et Noirs sont donc condamnés à vivre ensemble sur le sol américain et à rechercher un modus vivendi acceptable. Les tensions raciales, qui ont toujours existé, se sont aggravées récemment.

La réussite des États-Unis tient également à la richesse du pays, aux possibilités du sol américain, producteur de blé, de maïs, de coton, de riz, support d'un élevage florissant, comme du sous-sol, qui contient en abondance houille et pétrole, zinc et cuivre, fer et uranium, et qui a fourni dans le passé or et argent. Peu de pays sont aussi bien pourvus, encore fallait-il exploiter toutes ces ressources et les mettre au service de la nation. L'instrument en a été le capitalisme libéral, moteur de l'économie américaine. La révolte des *insurgents* au XVIII<sup>e</sup> siècle a moins été une lutte politique qu'une forme de rivalité économique, un soulèvement contre la tyrannie fiscale et commerciale du Parlement britannique. Les colons s'insurgeaient contre la mainmise anglaise sur leur vie économique, en somme contre l'absence de liberté. Dès ce moment, l'initiative américaine s'ingénia à accroître les ressources, tout en satisfaisant le goût du profit qui se trouve en chaque individu. La rareté de la main-d'œuvre eut un double effet : celui de développer la mécanisation dans tous les domaines de la vie économique et celui de maintenir des salaires élevés, condition fondamentale du bien-être matériel. Ainsi se profilent les caractères d'une économie animée par la recherche du profit et l'initiative individuelle, et fondée sur ce que les économistes appellent les *labor-saving devices*, procédés destinés à diminuer les besoins en main-d'œuvre. Nul pays n'a produit plus de grands capitaines d'industrie :

Vanderbilt, Carnegie, Rockefeller, Ford... ; nul pays n'atteint en moyenne un tel niveau de vie. Sans doute ce succès matériel a-t-il pour contrepartie un certain nombre d'aspects négatifs : chômage chronique et incompressible, lutte très âpre entre les individus, instabilité des situations personnelles. Mais la mobilité quasi permanente du peuple américain, héritage de l'époque des pionniers, tempère partiellement les imperfections du régime économique. Le capitalisme actuel n'est d'ailleurs plus celui du XIX<sup>e</sup> siècle : depuis la crise de 1929, le gouvernement fédéral étend son ingérence au domaine économique et a contribué à créer un *welfare State*, un État providence qui se penche sur le sort des déshérités ; ceux-ci représentent, en effet, encore le quart ou le cinquième de la population américaine.

Cet acquiescement des Américains à un régime économique qui requiert l'effort tient en partie aux institutions. La Constitution de 1787, ce chef-d'œuvre des Pères de la patrie, a pu s'adapter en souplesse à l'évolution du pays, parce qu'elle avait réussi à établir un subtil équilibre entre les pouvoirs et à concilier l'autorité du gouvernement fédéral avec le désir d'autonomie des États. En réalité, l'esprit de la Constitution s'est fortement modifié à l'usage. Le pouvoir effectif a glissé petit à petit des États à l'État fédéral, dont les attributions se sont considérablement étendues depuis une cinquantaine d'années. Pendant plus d'un siècle, le gouvernement fédéral a fonctionné presque sans bureaucratie et pratiquement sans capitale, tant ces attributs de la souveraineté paraissaient inutiles. Aujourd'hui, la suprématie de Washington est incontestée, mais chaque État demeure jaloux de ce que la Constitution lui reconnaît : la justice, l'éducation, la santé, les impôts indirects (autres que les douanes), l'organisation du travail... et le droit de vote des citoyens. Car tout Américain est citoyen de son État avant de l'être de la République fédérale. Ce qui explique, en particulier, pourquoi les Noirs peuvent tantôt voter, tantôt non. Ce partage délicat d'attributions engendre parfois des injustices flagrantes, tel malfaiteur par exemple se réclamant des lois de son État pour échapper à la justice fédérale. Il n'en subsiste pas moins un équilibre qui, à travers les métamorphoses du pouvoir fédéral, a sauvé la liberté et donné aux Américains le sens de la démocratie libérale.

Cet épanouissement rapide de la nation américaine a modifié complètement ses rapports avec ses voisins et les pays européens. À la fin de son mandat présidentiel, George Washington demandait à ses compatriotes, dans son

message d'adieu, de se mêler le moins possible des affaires de l'Europe qui, disait-il, « ne nous concernent pas ». Cette recommandation du Père de la patrie fut scrupuleusement suivie par ses successeurs et reçut une confirmation dans la déclaration de Monroe, énoncée à la suite des visées de l'Europe sur l'Amérique latine et des ambitions de la Russie sur le continent nord-américain. Cette « doctrine »<sup>■</sup> inspira le gouvernement fédéral tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle, à un moment où les tâches intérieures l'emportaient, de loin, sur les aventures du dehors. Cependant, une fois la « Frontière » disparue, aux environs de 1890, les États-Unis deviennent une puissance impérialiste. Dès 1898, ils prennent part à la curée de l'empire espagnol, acquièrent à leur tour des colonies (Cuba<sup>■</sup>, Porto Rico, les Philippines<sup>■</sup>). Le président Theodore Roosevelt sert de médiateur entre les Japonais et les Russes et réussit à leur faire signer le traité de Portsmouth (5 sept. 1905). Dès lors, les États-Unis sont prêts à rejoindre le camp des autres grandes puissances et à jouer un rôle mondial. C'est ainsi qu'ils entrent en guerre aux côtés des Alliés pendant le premier conflit mondial, mais qu'ils déclinent leurs obligations au moment de la signature des traités de paix, et tentent alors de se replier sur eux-mêmes. Dans la Seconde Guerre mondiale, ils sont, non plus un allié, mais le pivot de la coalition. Depuis 1945, ils ne peuvent plus esquiver leurs responsabilités internationales, en Europe, en Corée, au Vietnam<sup>■</sup>, dans le Proche-Orient, et prennent un visage nouveau, celui d'opresseurs pour les uns, de libérateurs pour les autres. À leur tour, ils sont entraînés par les contradictions qui résultent inévitablement de cette politique. Peut-on à la fois soutenir les gouvernements en place et se faire passer pour le défenseur de la liberté ? Peut-on envoyer des *marines* au secours de gouvernements corrompus et défendre la démocratie ?

Un siècle et demi après leur acte de naissance, les États-Unis sont devenus la première puissance mondiale, à la fois par leur richesse, leur avance technique, leur force militaire. Cette ascension subite, avec les responsabilités qu'elle sous-entend, a créé une crise de conscience au sein de la nation américaine, et les remous actuels en sont la manifestation aussi révélatrice que passagère.

## 📍 1. Découvertes et explorations

Le continent nord-américain entre assez tard dans l'histoire, par rapport à l'Amérique centrale et méridionale. Les « grandes découvertes » ont, en effet, pratiquement ignoré les immenses espaces situés au nord du golfe du Mexique, reconnu par Hernán Cortés au cours de son voyage de 1519.

Les premiers explorateurs furent des Espagnols qui découvrirent la Floride et le « Nouveau Mexique ». En 1513, Ponce de León croisa le long des côtes de Floride, sans pourtant s'avancer à l'intérieur du pays. Un peu plus tard, en 1528, Narváez explora la partie septentrionale du golfe du Mexique, de la Floride jusqu'au Texas. À la recherche d'or, Hernando de Soto traversa le sud-est du continent, allant de l'actuel État de Géorgie vers l'Ouest, jusqu'au Mississippi. Partant du Mexique, Vázquez de Coronado parcourut les présents États d'Arizona, du Nouveau-Mexique et du Texas, pour constater que ces territoires, dépourvus d'or, intéressaient peu les Espagnols.

Ces premières explorations aboutirent donc à une grande déception, qui explique l'établissement relativement tardif des Espagnols dans ces régions. Le premier poste permanent fut fondé à Saint Augustine, en Floride, en 1565, point de départ de missions établies le long des côtes. Vers l'ouest, la pénétration espagnole gagna d'abord le Nouveau-Mexique et l'Arizona, où des missions et *encomiendas* étaient établies dès la fin du XVI<sup>e</sup> siècle, puis le Texas, partiellement occupé au XVII<sup>e</sup>, enfin la Californie où, parties du sud, les missions remontèrent jusqu'à Sonoma à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle.

La France et l'Angleterre s'intéressèrent à l'Amérique du Nord dès la fin du XV<sup>e</sup> siècle, mais, découragées par les résultats, cessèrent rapidement toute tentative. Les voyages de Cabot et de Verrazano permirent d'explorer les côtes, du Saint-Laurent à la Caroline du Nord, ceux de Jacques Cartier amenèrent la découverte de ce qui allait devenir le Canada. Pour les contemporains, avides de métaux précieux, ces régions ne présentaient aucun intérêt.

Cependant, la présence au large de ces côtes de bancs très poissonneux attira, dès le début du XVII<sup>e</sup> siècle, un nombre croissant de pêcheurs, français au nord, hollandais au centre, de part et d'autre de l'embouchure de l'Hudson,

suédois au sud, dans ce qui allait devenir le Delaware et la Pennsylvanie. Des contacts s'établirent avec les Indiens, Hurons et Penobscots au nord, Algonquins au centre, Delawares au sud. En 1609, Henry Hudson, Anglais au service de la Compagnie hollandaise des Indes orientales, fonda à l'extrémité de la presqu'île de Manhattan, sur un emplacement déjà reconnu par Verrazano, le poste de Nouvelle-Amsterdam. Des colons hollandais vinrent s'y établir après que le gouverneur Peter Minuit eut acheté l'île pour 24 dollars aux Algonquins en 1624. La fondation de Québec date de 1608, et les premiers établissements suédois de 1638. Des échanges s'instaurèrent avec les populations locales qui demandaient objets et instruments en métal, armes et eau-de-vie, en échange de fourrures, très prisées en Europe.

L'essor de la colonisation coïncide avec l'entrée en scène d'un concurrent nouveau, l'Angleterre, à la fin du XVI<sup>e</sup> siècle.

Dans la lutte contre l'Espagne, l'Amérique du Nord, dont l'importance avait été reconnue par Humphrey Gilbert, constituait une position de premier ordre. Ainsi s'expliquent les missions confiées à Walter Raleigh en 1585 et 1587, le débarquement de colons dans l'île de Roanoke et leur mystérieuse disparition, sans doute sous les coups des Indiens. Le XVI<sup>e</sup> siècle se terminait donc sans que les Anglais eussent réussi à s'installer sur le continent, mais ils allaient prendre leur revanche peu de temps après. En 1607, un groupe de marchands, muni d'une charte au profit de la Virginia Company of London, débarqua dans l'estuaire de la James River et y fonda la ville de Jamestown. Ce fut le début de la colonie de Virginie. En 1620, un groupe de puritains, embarqués sur la *Mayflower*, aboutit au cap Cod et établit la première colonie de Nouvelle-Angleterre.

Partie dernière dans la course coloniale, l'Angleterre rattrapa rapidement son retard. Profitant des conflits internationaux, elle élimina successivement les Suédois, les Hollandais (New Amsterdam tomba entre ses mains en 1674) et, plus lentement, les Français, dont les possessions furent progressivement rognées au XVIII<sup>e</sup> siècle. Dans le même temps, des émigrants débarquaient et peuplaient la plaine côtière : puritains chassés par la réaction anglicane, anglicans et catholiques chassés par la réaction puritaine, huguenots expulsés après la révocation de l'édit de Nantes, Hollandais victimes des crises politiques des

Pays-Bas. Sous la diversité de ces apports successifs et la multiplicité des sectes religieuses existait un lien : la résistance à l'oppression sous toutes ses formes. Tous avaient fui l'Europe en raison de leurs convictions religieuses ou politiques, pour défendre la liberté. De là, le caractère nouveau des colonies créées sur les 3 000 kilomètres de côtes séparant la Floride de la Nouvelle-France.

## @ 2. La période coloniale

Assez vite, chacune des treize colonies prit une physionomie originale, favorisée par une large autonomie. Elles eurent leur régime propre, différent l'un de l'autre, et si elles conservaient des rapports lointains avec Londres, elles n'avaient aucun lien entre elles. Certaines étaient colonies de la Couronne, d'autres colonies à chartes, d'autres encore colonies de propriétaires. Mais toutes avaient des institutions analogues : un gouverneur, choisi parmi les vieilles familles et représentant la Couronne ; une assemblée, élue par les propriétaires et chargée de voter les impôts.

### @ Diversité régionale

Le groupe du Sud – Maryland, Virginie, Caroline du Nord, Caroline du Sud et Georgie – vit de l'exploitation du sol, divisé en plantations sur lesquelles travaillent des esclaves noirs sous la surveillance d'intendants (*overseers*). Le Sud est une région semi-tropicale, favorable à la grande culture de produits complémentaires de ceux de l'Europe ou nouveaux : tabac, maïs, riz, indigotier et, surtout, plus tard, le coton. Les conditions climatiques y rendent le travail très pénible pour des Européens, qui ont préféré importer depuis 1618 des Noirs d'Afrique, vendus comme esclaves par les puritains du Massachusetts ou du Rhode Island sur les marchés locaux ou antillais. La société sudiste est ainsi compartimentée en trois groupes : les Noirs, esclaves, privés de droits ; les planteurs, constituant une aristocratie financière et politique ; les Blancs pauvres, pourvus de droits mais dépourvus d'influence.

Le groupe du Nord – Nouvelle-Angleterre, Rhode Island, Massachusetts, New Hampshire et Connecticut – est peuplé à l'origine par des puritains et des dissidents fuyant la persécution des Stuarts. La vie quotidienne y est profondément marquée par une morale religieuse très rigide, l'esprit d'intolérance à l'égard des

chrétiens non calvinistes et l'hospitalité offerte aux juifs. La théocratie a marqué le gouvernement local, la vie intellectuelle (collège de Harvard, 1636), les relations sociales. Sol et climat rendent aléatoire l'agriculture, qui cède ici la première place au trafic des ports (rhum, mélasses, esclaves) et à de nombreuses activités artisanales (petits ateliers de poterie, d'orfèvrerie, constructions navales). Aussi la vie urbaine y est-elle plus développée que dans le Sud, avec une métropole connue pour son austérité, Boston.

Le groupe du centre – New York, New Jersey, Pennsylvanie et Delaware – est le plus mêlé du point de vue ethnique, car la vallée de l'Hudson a été colonisée par des Hollandais, le Delaware par des Suédois et la Pennsylvanie par des quakers aux mœurs simples et aux idées tolérantes. La position centrale en fait une région de contacts entre le Nord et le Sud, et c'est là que se sont développées les deux grandes villes, New York et surtout Philadelphie, la plus belle et la plus grande ville d'Amérique, avec son plan régulier, imposé par William Penn, et une activité intellectuelle sans rivale.

### 📍 Une double menace

Les Indiens, peu nombreux sans doute le long de la côte, sont toujours présents. À leur égard, les colons adoptèrent des attitudes différentes, allant de la franche hostilité des puritains, qui les considéraient comme des suppôts de Satan, à la bonté des quakers, les seuls à les traiter sur un pied d'égalité. Les Indiens apprirent aux nouveaux venus à cultiver le maïs (*Indian corn*), le tabac, le potiron, et reçurent en échange le cheval, les armes à feu, les métaux, mais furent atteints par la syphilis et d'autres maladies contagieuses. Le grand sujet de friction était la possession du sol, que revendiquaient les colons par droit de conquête et que leur refusaient les Indiens, ignorants de ce qu'était la propriété individuelle. À la différence des Français et des Espagnols, les Anglo-Saxons se mêlèrent peu aux populations locales et préférèrent les repousser vers l'Ouest au prix de guerres qui se traduisaient, en fait, par des escarmouches continues. Ainsi apparaît très tôt la Frontière et se crée un folklore qui remplace le vide culturel de l'Amérique.

D'autres Européens, Espagnols et surtout Français, installés au Canada, cherchent à développer un empire continental qui, par la vallée du Mississippi, rejoigne la Louisiane. Les colons anglais redoutent l'asphyxie qui résulterait de cet

encerclément. Dès la fin du XVII<sup>e</sup> siècle, une lutte s'engage entre les deux puissances pour la domination du continent et tourne à l'avantage de l'Angleterre qui élimine progressivement son adversaire, du traité d'Utrecht (1713) à celui de Paris (1763). Les Espagnols de Floride et du Nouveau-Mexique ne présentaient aucun danger, et les progrès russes le long de la côte du Pacifique sont trop lointains pour être connus.

Si les colons furent reconnaissants aux Anglais d'avoir chassé les Français, ils supportaient de plus en plus difficilement leur tutelle et leur pression fiscale. De là un conflit qui allait entraîner la rupture avec la mère patrie.

### @ La rupture avec l'Angleterre

L'élimination de la France, à laquelle les colons avaient contribué avec leurs milices, avait fait disparaître tout danger immédiat et rendait donc quasi inutile et vexatoire la présence des troupes anglaises. Mais, en même temps, le gouvernement de Sa Majesté estimait légitime de répartir entre tous ses sujets les charges financières nées de la guerre et de remettre en vigueur le pacte colonial. Toutes ces mesures furent jugées illégales par les colons qui n'avaient pas été consultés : tout impôt nouveau, disaient-ils, doit avoir été accepté par les intéressés. À quoi les Anglais répondaient que le Parlement représente tous les sujets de Sa Majesté et peut donc les taxer.

Dès 1765, les esprits s'échauffent de part et d'autre de l'Atlantique, sans que les colons songent toutefois à la rupture : ce qu'ils désirent, c'est seulement être reconnus comme des citoyens à part entière. Le Parlement de Londres, sensible à ces arguments, supprima en 1770 tous les impôts en litige, sauf un, le droit sur le thé. Ce succès, qui ne réglait pas le problème essentiel, celui du droit du Parlement de taxer ses sujets britanniques outre-mer, ne produisit pas l'apaisement escompté. Des incidents éclatèrent entre colons et troupes britanniques et culminèrent avec la « partie de thé de Boston » (16 déc. 1773) au cours de laquelle un groupe de colons travestis en Indiens jeta à la mer une cargaison de thé récemment amenée par la Compagnie des Indes. Le gouvernement anglais répondit par les « lois intolérables » (*intolerable acts*) qui fermèrent le port de Boston et abolirent les franchises du Massachusetts. Toutes les colonies se rangèrent derrière le Massachusetts et décidèrent d'envoyer des

délégués au premier Congrès continental, réuni à Philadelphie en septembre 1774. Il adopta une résolution conciliante : le Parlement de Londres n'avait aucun pouvoir fiscal sur les colonies, qui acceptaient cependant de reconnaître sa compétence en matière commerciale.

De part et d'autre, les esprits s'échauffent, car à la résistance des colons, le gouvernement anglais répond par l'envoi de nouvelles troupes, sans croire encore à une rupture. Du côté des colons, les milices se rassemblent et s'entraînent, des législatures révolutionnaires s'improvisent, des armes sont réunies. Quand des troupes anglaises sont chargées de récupérer celles qu'elles savent être cachées à Concord, près de Boston, elles sont accueillies à coups de fusil et obligées de se retirer précipitamment. Cette « bataille » de Lexington (19 avr. 1775), suivie de celle de Bunker Hill (17 juin 1775), est le signal de la rupture.

### @ 3. Guerre d'Indépendance ou révolution américaine ?

Les historiens américains ont coutume de qualifier de révolution la sécession avec la mère patrie ; ceux des autres pays préfèrent parler d'indépendance. Comment trancher ce débat ?

#### @ Les opérations militaires

Le conflit a mis aux prises des effectifs limités dans des campagnes de type colonial. Les *insurgents* ne pouvaient compter que sur les milices, mal entraînées, insuffisamment armées, formées à la lutte contre les Indiens, mais non à celle contre des troupes régulières, comme l'étaient les régiments britanniques. Elles manquaient d'approvisionnements, de munitions, habituées qu'elles étaient à dépendre de l'Angleterre. Le second Congrès continental, rassemblé à Philadelphie en mai 1775, choisit comme commandant en chef George Washington, un planteur de Virginie, qui avait fait l'apprentissage de la guerre en combattant contre les Français quinze ans plus tôt. Il comprit la nécessité de rechercher un allié, qui ne pouvait être qu'une puissance maritime, et choisit la France, désireuse de prendre sa revanche sur les humiliations subies de la part de l'Angleterre au cours du siècle. La victoire des troupes américaines sur celles de Burgoyne, à Saratoga (17 oct. 1777), et la persuasive insistance de Benjamin

Franklin, envoyé comme ambassadeur à Paris, entraîna l'intervention française. Une alliance fut signée le 6 février 1778, en vertu de laquelle les deux alliés s'engageaient à ne pas signer de paix séparée. La France apportait son appui militaire, avec un corps expéditionnaire commandé par Rochambeau, l'aide des flottes d'Estaing et de De Grasse, l'alliance espagnole. En outre des patriotes allèrent au secours des *insurgents*, comme Lafayette, comme les Polonais Kosciusko et Pulaski, ou, plus simplement des spécialistes, comme le Prussien von Steuben.

L'appui moral, puis matériel, de la France survint au moment où les troupes américaines connaissaient une crise de découragement dans leurs quartiers d'hiver de Valley Forge, aux portes de Philadelphie. Les Français apportaient surtout une force navale, seule capable de briser le blocus des Anglais et de leur arracher la maîtrise des mers, condition du succès. Ainsi s'explique la victoire de Yorktown (19 oct. 1781), décisive dans la mesure où elle mettait fin à la résistance de l'armée et de la flotte britanniques. Les Américains avaient gagné leur indépendance, après une guerre de type classique et avec l'appui de l'ennemie héréditaire de leur mère patrie.

## @ La révolution politique

Sur le plan politique, l'importance de la décision américaine ne saurait être sous-estimée : les treize colonies sont les premières à s'être libérées de la tutelle européenne et forment le premier pays à s'être donné une constitution écrite, à appliquer les principes qui, de Locke à Montesquieu, ont inspiré les gouvernements modernes. La déclaration d'indépendance, rédigée par Thomas Jefferson et adoptée par le second Congrès continental le 4 juillet 1776 – date devenue depuis celle de la fête nationale (Independence Day) –, rappelait les griefs des colons contre l'Angleterre et énonçait un certain nombre de principes : gouvernement fondé sur un contrat entre les intéressés, obligation pour ce gouvernement de protéger les droits naturels, devoir pour le peuple de refuser l'obéissance si ces principes ne sont pas respectés. Après celle du Parlement, les Américains rejetaient l'autorité du roi d'Angleterre. En ce sens, il s'agissait véritablement d'un acte révolutionnaire, le premier d'une longue série qui, par la Révolution française et le mouvement des nationalités, allait conduire à la Révolution russe de 1917. La Déclaration d'indépendance a posé les principes qui

guidèrent ultérieurement tous les mouvements d'émancipation.

Tout aussi révolutionnaire fut l'adoption d'une constitution écrite. Pendant la guerre, le Congrès continental avait exercé les fonctions de gouvernement, par consentement tacite de ses membres. Il prépara une constitution, les « Articles de confédération », inspirés de sa propre expérience et acceptés par tous les États, sauf le Maryland, en 1779. Chaque État conservait sa souveraineté et déléguait au Congrès, formé de mandataires nommés, des droits limités : déclarer la guerre et conclure les traités, nommer les ambassadeurs, créer une monnaie, régler les relations avec les Indiens et résoudre les conflits entre États. Tant que dura la guerre, le gouvernement assumait ses fonctions tant bien que mal. Mais après le traité de Versailles, il révéla ses faiblesses : absence d'un exécutif, règle de l'unanimité dans les votes, manque de continuité. Les nouveaux États sont en proie à l'anarchie, paralysés par des conflits internes, limités par le manque de ressources et le poids des dettes, humiliés à l'extérieur par les Anglais, les Espagnols et même les Barbaresques d'Afrique du Nord. C'est pourquoi les États, à l'exception du Rhode Island, s'entendent pour envoyer des délégués à une Convention qui se réunit à Philadelphie le 25 mai 1787, « pour aviser aux dispositions qui leur sembleraient nécessaires pour rendre la Constitution du gouvernement fédérale adéquate aux exigences de l'Union ». Les débats se déroulèrent jusqu'au 17 septembre 1787, en secret, sous la présidence de Washington. La base de discussion fut un plan de James Madison, prônant l'équilibre entre les pouvoirs de l'État fédéral et ceux des États et l'indépendance de chaque branche, avec, d'ailleurs, une grande souplesse.

## 📍 La Constitution de 1787

La Constitution instaure pour la première fois un gouvernement fédéral fondé sur un partage des compétences : il est souverain pour la politique extérieure, la défense, le commerce avec l'étranger et entre les États, ces derniers conservant leur souveraineté dans tout ce qui n'est pas expressément délégué, comme la justice, la protection des droits individuels, l'instruction. L'Américain est citoyen de son État en même temps que citoyen de l'État fédéral ; il participe donc à la vie politique de l'un et de l'autre, innovation de grande portée en droit constitutionnel.

La répartition des pouvoirs est conçue selon une très stricte séparation. L'exécutif est confié à un président, élu pour quatre ans, et rééligible, assisté d'un vice-président, élu dans les mêmes conditions. Ils sont assistés de secrétaires – nous dirions de ministres – choisis obligatoirement hors du législatif. Les pouvoirs du président sont très étendus, puisqu'il est à la fois chef de l'État et chef du gouvernement, commandant en chef de l'armée, de la marine et des milices d'États, qu'il nomme les ambassadeurs, juges et officiers, conclut les traités, avec l'approbation du Sénat, et promulgue les lois.

Le législatif appartient au Congrès, composé du Sénat et de la Chambre des représentants. Le premier représente les États qui, quelles que soient leur taille et leur population, délèguent chacun deux élus. La Chambre des représentants est l'émanation des citoyens, à raison d'un représentant pour 30 000 citoyens, à l'origine. Ce système est issu d'un compromis entre grands et petits États, ceux-ci craignant d'être écrasés. Rhode Island et Georgie sont donc à égalité au Sénat, mais représentés proportionnellement à leur population à la Chambre. Les sénateurs sont élus pour six ans et rééligibles par tiers tous les deux ans, les représentants pour deux ans seulement. Le législatif vote les impôts, établit le budget, propose les lois au président qui les signe, approuve les traités, à condition qu'une majorité des deux tiers se soit prononcée au Sénat, qui se transforme en haute cour en cas de trahison du président (*impeachment*).

Le judiciaire constitue la plus grande originalité de cette Constitution. Il est confié à une Cour suprême qui a pour fonction de garantir les droits des individus, de juger de tous les cas relevant de l'*equity* pouvant se poser entre des citoyens et l'État fédéral, ou entre citoyens de divers États, et, surtout, d'interpréter la Constitution. Le pouvoir judiciaire est supérieur aux deux autres dans la mesure où les actes de l'exécutif ou du législatif peuvent lui être déférés. Il existe ainsi un véritable pouvoir des juges, qui sert de contrepoids à la puissance des deux autres. C'est ce que les juristes ont appelé le « système des *checks and balance* ».

Libérale, cette Constitution ne pouvait passer pour démocratique. Implicitement, elle laissait à chaque État le soin de décider du mode de suffrage, et aucun n'avait encore reconnu le suffrage universel. Dans le calcul du nombre des

représentants, les esclaves étaient comptés pour les trois cinquièmes de leur total, et on ajoutait ce chiffre à celui des citoyens libres, les Indiens exclus, ce qui avantageait les États du Sud, déjà les plus étendus et les plus peuplés. Pour assurer la pérennité de la Constitution, une procédure très souple d'amendements était prévue : proposés par les deux tiers du Congrès, ils devaient être ratifiés par les trois quarts des États avant d'être acceptés.

Pour entrer en vigueur, la Constitution devait être acceptée par neuf États sur treize, mais il était illusoire de l'appliquer sans avoir le consentement des « grands » – Massachusetts, Pennsylvanie, New York et Virginie : ils l'acceptèrent (les deux derniers en juin et juillet 1788). À ce moment, la plupart des petits États avaient déjà donné leur acceptation, si bien que la Constitution entra en vigueur en janvier 1789, sans plus attendre le Rhode Island, qui y adhéra le 29 mai 1790. Le 4 mars 1789, George Washington fut élu président de la République, inaugurant, en même temps que son mandat, une nouvelle période dans l'histoire des États-Unis.

## 4. L'occupation du continent et son peuplement

En 1789 est né un nouvel État qui va en un siècle devenir une des grandes puissances mondiales et, en un siècle et demi, l'un des deux « Grands ». Comment s'est faite cette prodigieuse ascension ? D'une part, à la suite de l'extension vers l'ouest des treize États originels qui repoussèrent les frontières successives jusqu'à la côte du Pacifique ; de l'autre, par un affermissement du régime et des institutions, au prix de crises qui ont mis en jeu l'existence même de l'Union.

### Le mécanisme de l'expansion vers l'Ouest

En 1789 comme trente ans plus tôt, les États-Unis occupaient une bande de terrain située entre la côte atlantique et les Appalaches, mais plusieurs dizaines de milliers de pionniers avaient déjà franchi ces monts. Qu'allait-on faire des territoires entre Appalaches et Mississippi, sur lesquels plusieurs États avaient affirmé leurs prétentions ? Après discussion, ils en firent abandon à l'Union, et celle-ci en scella le sort dans la grande ordonnance de 1787, contemporaine de la Constitution. Les régions de l'Ouest pourraient former des territoires qui, une fois

les 60 000 habitants atteints, pourraient être admis comme États dans l'Union, sur un pied d'égalité avec les États fondateurs. Formule très souple et libérale qui, plus que le cadre constitutionnel, allait démocratiser le pays.

Dès cette époque, et pour un siècle, sont fixés les grands traits de la Frontière, cette zone pionnière dans laquelle s'établissent des colons en quête de terres et de liberté, plus soucieux d'efficacité que de légalité. Sans admettre totalement la thèse de Frederick Jackson Turner sur le rôle de la Frontière dans la formation de la démocratie américaine, on peut reconnaître son importance dans la psychologie des individus. Le pionnier doit affronter un monde nouveau, étranger à la civilisation, éloigné des centres urbains, exposé au danger des Indiens ; au fur et à mesure de l'avance du front pionnier, ceux-ci étaient dépouillés de leurs terres et rejetés vers l'ouest. En 1763, on pouvait encore penser que les Appalaches seraient une barrière avec le monde inconnu des Indiens. Mais pas plus qu'aucune autre chaîne montagneuse les Appalaches n'étaient infranchissables, si bien qu'il fut nécessaire de passer de nouveaux traités avec les nations indiennes : dès les premières années de la République, les traités de Fort Stanwix avec les Iroquois, de Fort McIntosh avec les Chippewas, Ottawas et Delawares, de Hopewell avec les Cherokees, Choctaws et Chickasaws, et bien d'autres, avaient tenté de cantonner les Indiens et de les soustraire à l'exploitation des colons. Mais les frontières fixées par ces traités étaient violées avant même que le traité n'eût été signé, tellement était irrésistible et incontrôlable l'avance des pionniers. Au mieux, le gouvernement fédéral n'eut que quelques milliers d'hommes pour surveiller des milliers de kilomètres carrés de *no man's land* où tous les abus étaient tolérés.

Devant l'avance désordonnée de ces pionniers apparut une nouvelle solution, celle de déporter les tribus indiennes au-delà du Mississippi, dans ce qui reçut le nom générique d'Indian Territory. De 1800 à 1835, pratiquement toutes les tribus de l'Est furent déportées, dans des conditions de transport et d'installation effroyables, dans leur nouvelle patrie, attribuée « pour toujours ». Seuls quelques Iroquois, Cherokees et Séminoles échappèrent au sort commun, soit par la ruse, soit par la force. La place était libre pour l'installation des Blancs, et de nouveaux États furent successivement admis dans l'Union : Vermont (1791), Kentucky (1792), Tennessee (1796), Ohio (1803).

## 📍 L'application de la Constitution et les partis politiques

Dans l'euphorie de l'Indépendance et oublieux de l'expérience britannique, les Pères de la patrie avaient songé à un développement harmonieux de la Constitution dans l'unanimité des citoyens. Rapidement apparut un clivage et se formèrent deux partis qui, sous des noms et des programmes différents, n'ont pas cessé de dominer la vie politique américaine.

La Constitution de 1787 était un compromis entre partisans du pouvoir fédéral et partisans du pouvoir des États. Les pouvoirs, on l'a vu, avaient été soigneusement répartis et le silence des textes jouait toujours en faveur des États. Devant les problèmes pratiques qui se posaient, un choix s'imposait qui reflétait à la fois une certaine philosophie personnelle, une conception du monde et un milieu social. D'un côté, les partisans du renforcement du pouvoir fédéral, appelés pour cette raison « fédéralistes », estimaient la jeune République encore convalescente. L'expérience des années précédentes avait montré combien était dangereuse une dilution des pouvoirs et aléatoire l'absence d'autorité. La République avait besoin d'une monnaie : fallait-il recourir à une banque centrale ou laisser proliférer les banques locales avec pouvoir d'émission ? Comment assurer à l'État fédéral un minimum de ressources, ne serait-ce que pour l'entretien de son armée et de sa marine ? La seule recette prévue était celle des douanes, mais l'adoption d'un système même légèrement protectionniste n'allait-il pas nuire aux exportations, essentielles pour la vie du pays ? Comment, enfin, honorer la dette que les Confédérés avaient contractée envers certains États européens, en particulier la France et l'Angleterre ?

Pour les fédéralistes, la seule méthode consistait à tirer le maximum des possibilités offertes par la Constitution : créer un véritable État dans la tradition britannique, avec des services centraux, des notables chargés de l'administration, une monnaie solide. Leur porte-parole, Alexander Hamilton, fut le premier secrétaire d'État au Trésor. Brillant avocat de New York, défenseur d'un gouvernement fort dans les colonnes du journal *The Federalist*, représentant des citoyens « riches et bien nés », il se situe très exactement dans la tradition aristocratique anglaise, regrette même l'absence d'une monarchie aux États-Unis, veut en conséquence organiser le nouveau régime à l'image de celui des Hanovres. Il est soutenu par les milieux d'affaires du Nord, l'aristocratie urbaine et

puritaine, les notables eux-mêmes, secrètement partisans de l'Angleterre.

En face, les « républicains » cherchent à affermir une république au sens grec ou romain du terme, en même temps qu'à promouvoir ce type idéal de gouvernement tel qu'il a été défini par Rousseau et les philosophes du siècle des Lumières. Leur idéal est une république agrarienne, décentralisée, mais non démocratique. Comme dans les démocraties antiques, ils s'accommodaient, plus ou moins bien, de la coexistence de l'esclavage avec un régime libéral. Leur porte-parole est Thomas Jefferson, planteur de Virginie, rédacteur de la Déclaration d'indépendance et secrétaire d'État (ministre des Affaires étrangères) de George Washington, architecte de Monticello et de l'Université de Virginie. Les républicains se défient des masses industrielles comme de l'industrie et préfèrent demeurer proches de la nature, donc de l'agriculture, source de toute vie et de toutes vertus. Après le déclenchement de l'expérience révolutionnaire en France, c'est vers ce pays qu'ils tournent leurs regards, et ils deviennent francophiles, alors que les fédéralistes sont anglophiles. De là un nouveau clivage, qui s'accroît avec les guerres napoléoniennes.

S'il est possible de faire des rapprochements, les fédéralistes seraient les précurseurs des républicains actuels, les républicains seraient ceux des démocrates actuels ; les premiers préfiguraient la « droite », les seconds la « gauche ». Il est curieux de constater que cette dernière a souvent eu des patriciens à sa tête, de Jefferson à John F. Kennedy en passant par Franklin D. Roosevelt.

George Washington a tenu à demeurer au-dessus des partis, mais, en dépit de ses attaches virginienne, ses sympathies allaient aux fédéralistes, qui ont détenu le pouvoir jusqu'à la fin de la présidence de John Adams (1801). À ce moment, les républicains font élire Thomas Jefferson, auquel succèdent James Madison (1809) et James Monroe (1817) : pendant vingt-quatre ans, c'est une ère de prépondérance républicaine. Cette longévité s'explique, en partie au moins, par la mort accidentelle d'Alexander Hamilton en 1804 et l'absence de personnalités fédéralistes d'envergure. Sous l'une et l'autre des administrations, le régime se consolide, et les distinctions entre partis s'estompent : malgré leurs appréhensions, les républicains ont autant travaillé à l'affermissement du pouvoir fédéral que leurs

adversaires.

Symbole de la nouvelle République, à laquelle œuvrèrent les deux partis, Washington, siège des services fédéraux depuis Jefferson, son « inventeur », est la nouvelle capitale. La question s'était posée en 1791 de savoir où établir la capitale, sans léser ni avantager aucun des États. Jusque-là, comme au temps des rois Valois, elle avait été itinérante, d'Annapolis à New York, en passant par Philadelphie. Il fut décidé, entre Washington, Jefferson et Madison, de choisir un emplacement central à la limite du Nord et du Sud, sur le bas Potomac, à la fois sur les États de Virginie et du Maryland. Chacun de ces deux États fit abandon d'une parcelle de son territoire pour créer le district de Columbia, placé sous la seule responsabilité du Congrès. Un vétéran de la guerre d'Indépendance, le major Lenfant, fut chargé des plans de la nouvelle capitale ; ceux-ci s'inspirèrent largement des expériences européennes des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles, dans un goût néo-classique que symbolisent la Maison Blanche et le Capitole  ; le gouvernement s'y établit en 1801.

## 5. Les débuts de la vie politique

### Premiers pas dans le monde

À peine nés, les États-Unis se trouvèrent confrontés aux convulsions d'un monde en pleine transformation, du fait de la Révolution française et des guerres franco-anglaises. Sans doute n'avaient-ils pas d'intérêts directs dans un tel conflit. Mais, d'une part, leur position de neutres leur assignait la mission de protéger leur commerce, menacé tantôt par les uns, tantôt par les autres ; d'autre part, on l'a vu, certains partis manifestaient des sympathies pour les Anglais, d'autres pour les révolutionnaires français, qu'ils considéraient comme les porte-parole de la philosophie militante. George Washington réussit à maintenir la stricte neutralité de son pays, qu'il considérait comme trop faible pour se mêler à des aventures extérieures, et à mettre en garde ses concitoyens contre des velléités interventionnistes. « L'Europe, disait-il dans son « Message d'adieu » de 1796, a des intérêts qui ne nous concernent aucunement, ou qui ne nous touchent que de très loin [...]. Quand nous aurons pris des mesures propres à faire respecter notre neutralité, les nations étrangères [...] ne se hasarderont pas légèrement à nous provoquer [...]. Notre véritable politique doit être de n'avoir

aucune alliance permanente. » Ligne de conduite à laquelle les États-Unis demeurèrent fidèles pendant plus d'un siècle.

Dans ce domaine, la tâche la plus rude échet à Jefferson. En 1803, il se vit proposer par Bonaparte, pour la somme dérisoire de 15 millions de dollars, la Louisiane, immense territoire, s'étendant du golfe du Mexique aux Grands Lacs, et du Mississippi aux Rocheuses, d'une superficie supérieure à celle des États-Unis d'alors. Bien que la Constitution ne prévît pas un tel cas, Jefferson, après des hésitations, accepta l'offre et orienta ainsi la République dans la voie de l'expansion vers l'ouest et, croyait-il, d'une démocratie agrarienne.

La reprise des hostilités en Europe après 1805 expose les États-Unis à de nouveaux dangers et, cette fois, ils ne peuvent maintenir leur neutralité. En 1812, la question du droit des neutres entraîne un nouveau conflit avec l'Angleterre, la seconde guerre d'Indépendance. En fait, à aucun moment, l'indépendance des États-Unis n'est remise en cause, mais les Anglais sèment la terreur en brûlant Washington, en envoyant une flotte croiser sur les Grands Lacs, tout en étant battus devant La Nouvelle-Orléans par le jeune général Andrew Jackson qui commence ainsi une brillante carrière. La paix de Gand (1814), avant même cette victoire, confirme le statu quo sans rien régler du droit des neutres.

Les difficultés de l'Espagne avec ses colonies révoltées donnent aux États-Unis une occasion de s'affirmer dans le monde. Dans des circonstances mal élucidées, Jackson occupe en 1818 la Floride que l'Espagne consent à vendre pour 5 millions de dollars. Quelques années plus tard, la double menace d'une intervention européenne pour secourir l'Espagne menacée dans ses possessions américaines, et des progrès russes le long de la côte du Pacifique, donne au président Monroe l'occasion d'affirmer les principes de sa politique. Dans son message au Congrès, le 2 décembre 1823, il confirme la neutralité américaine, léguée par Washington, mais en étend le champ d'application à l'ensemble du continent américain, Nord et Sud. C'est dire qu'il rejette toute velléité d'intervention armée : « Nous ne voulons pas nous immiscer dans les querelles des puissances européennes, la neutralité nous paraît un devoir. En revanche, elles ne doivent pas intervenir aux dépens de colonies qui ont proclamé leur indépendance. Aux Européens le vieux continent, aux Américains le nouveau. » Sur le moment, ces

affirmations impressionnèrent peu les puissances de la Sainte-Alliance, certaines que les États-Unis étaient trop faibles pour les faire respecter et incapables d'en voir les prolongements. Il ne s'agissait encore que d'une doctrine défensive, mais, avec le temps, elle se modifia pour devenir un véritable programme d'action, celui du panaméricanisme, invoquée à ce titre à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle.

### @ L'« ère des bons sentiments »

Au moment de cette déclaration, la vie politique américaine connaît, depuis quelques années déjà, une certaine atonie. Parce que l'exercice du pouvoir a rapproché les deux partis, les différences se sont estompées à ce point que les présidents sont élus sans opposition, ou presque. C'est ce que l'on appelle l'« ère des bons sentiments » (*Era of good feelings*) pendant les années vingt. Les derniers Pères de la patrie, Madison, puis Monroe, maintiennent la tradition aristocratique des grands fondateurs, pendant que le développement des affaires et l'expansion vers l'Ouest absorbent l'essentiel des énergies. D'ailleurs l'histoire américaine se caractérise par un faible intérêt pour les questions politiques et par un désir de s'enrichir et de fonder une société nouvelle, aussi éloignée que possible des vices de l'européenne. Au cours de cette période, la principale préoccupation consiste dans l'amélioration des moyens de transport. L'époque coloniale n'avait légué que de mauvaises routes, limitées à chaque État, à l'exception de la route de poste qui, de Boston par New York, Philadelphie et Baltimore, gagnait le Sud. Ce qui importe désormais, c'est de réaliser la jonction avec les terres de l'Ouest, d'où viennent les peaux, la viande, le whisky, les grains, les métaux, bref la richesse.

Qui allait les construire et comment ? Henry Clay, brillant représentant du Kentucky, définit ce qu'il appela l'« American system », la politique de grands travaux. Une légère augmentation des droits de douanes procura à l'État fédéral des ressources supplémentaires avec lesquelles il finança la construction de routes et, à un degré moindre, de canaux vers l'Ouest. Ainsi fut continuée la fameuse route du Cumberland qui, par Wheeling sur l'Ohio, gagnait le Mississippi à Saint Louis et constitua la grande voie d'accès des pionniers. La législature de l'État de New York soutint de ses deniers la construction du premier grand canal entre la côte et les Grands Lacs, celui de l'Érié, contribuant ainsi à la prospérité du port de New York (1817-1825). Vers 1830, les États-Unis possédaient une voie

d'eau continue entre New York et La Nouvelle-Orléans, desservie par des navires à vapeur, alors que le chemin de fer allait transformer le continent. D'autre part, à l'abri des droits de douane, les industries commencèrent à se développer, en particulier en Nouvelle-Angleterre qui conquiert rapidement le monopole de la filature et du tissage du coton. De plus en plus, les États du Sud devenaient les fournisseurs de matières premières pour ceux du Nord en voie d'industrialisation.

Sur tous les plans, les idées de Hamilton étaient passées dans la pratique une génération après sa mort, et le rêve agrarien de Jefferson s'effondrait.

## @ 6. L'ère jacksonienne

### Un style politique nouveau

Avec l'élection de Jackson à la présidence en 1829 prend fin la période des *Patres patriae* et s'ouvre celle de l'Amérique démocratique, dans le sens où Tocqueville entendait ce terme, dans son ouvrage paru en 1835, *La Démocratie en Amérique*. Pour les historiens américains, c'est l'ascension du *common man*, de l'homme de la rue. Une nouvelle société est en train de se former, qui n'oblitére pas l'ancienne aristocratie des planteurs ou des puritains, mais croît à ses côtés. Pourquoi ? D'abord en raison de l'augmentation de la population, qui passe de 4 millions en 1790 à 9,6 en 1820, 13 en 1830, 17 en 1840, 23 en 1850. La population double à peu près tous les vingt ans, en grande partie grâce à l'immigration qui amène des éléments qualitativement nouveaux : fermiers évincés par les *enclosures* en Angleterre, ouvriers victimes de l'instabilité économique et, un peu plus tard, Irlandais chassés par la Grande Famine. Une société urbaine se développe, dans le Nord-Est, dans les ports, dans les villes industrielles, et aspire à prendre part à la vie publique. De plus, dans l'Ouest, les communautés pionnières se multiplient au fur et à mesure de l'avance et réagissent vivement contre l'hégémonie et le conformisme de l'Est. Ainsi se développe cette société démocratique qui porte Jackson au pouvoir et le soutient, grâce à l'extension du suffrage universel, à la généralisation du *spoils system* et à l'ouverture de terres nouvelles consécutive à la déportation systématique des Indiens ; société qui est précisément celle qu'a décrite Tocqueville.

Andrew Jackson est un président d'un type nouveau : né en Caroline du

Sud, il a vécu le long de la Frontière, dans le Tennessee, au milieu des pionniers, s'est rendu populaire par sa victoire sur les Anglais, à La Nouvelle-Orléans, en 1815, puis sur les Espagnols en Floride. Il incarne à la fois le peuple et l'Ouest, ce qui n'avait été jusque-là le cas d'aucun président des États-Unis. Dans la vie politique, il introduit un style vaguement démagogique, un peu vulgaire, faisant appel aux instincts des masses, à leurs sentiments plus qu'à leur raison. Ce qui explique sa prodigieuse popularité, à travers des actions aussi inconséquentes que la lutte contre la seconde banque des États-Unis, considérée comme le symbole d'un capitalisme aristocratique et liée aux intérêts de l'Est contre les tendances inflationnistes des pionniers, ou la déportation systématique des Cherokees, jugés trop civilisés. Mais il se montre habile politicien lorsque, en 1832-1833, il oppose la fermeté de l'État fédéral à la *nullification* de la Caroline du Sud : à la menace de sécession brandie par cet État qui repousse le tarif douanier protectionniste, il répond par l'envoi d'un navire de guerre dans le port de Charleston, ce qui amène ses adversaires à résipiscence. Mais l'incident est significatif des tensions qui règnent dans l'Union.

### @ La montée des périls

Avec Jackson, l'atonie politique a pris fin et l'alternance des partis scande à nouveau la vie publique. Les républicains, auxquels appartenait Jackson, s'appellent plus volontiers démocrates, et un nouveau parti remplace les fédéralistes disparus : les « whigs ». La lutte pour ou contre les pouvoirs de l'Union, pour ou contre l'alliance avec l'Angleterre, est reléguée au second plan par le problème de l'esclavage.

La question est capitale et met en cause l'existence de l'Union et son avenir. Les progrès de la révolution industrielle en Europe avaient entraîné un accroissement prodigieux de la demande en coton, dès la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, au moment même où l'égreneuse mécanique d'Eli Whitney (1793) décuplait la capacité de production. Cette étonnante conjonction amena, dans un premier temps, la substitution de la culture du coton à celle du tabac dans les États côtiers, Maryland et Virginie exceptés. Cependant, l'épuisement des sols est tel que les planteurs recherchent de nouvelles terres vers l'Ouest et jettent successivement leur dévolu sur la Louisiane (1812), le Mississippi (1817), l'Alabama (1819) et l'Arkansas (1836). Tous ces États sont admis dans l'Union en tant

qu'esclavagistes, dans le sens où la Constitution de 1787 entendait ce terme, en même temps qu'entre un nombre égal d'États non esclavagistes, afin de maintenir, au Sénat, l'équilibre entre les deux groupes. Il s'agit alors de savoir où se trouve la ligne de démarcation : dans l'Est, elle avait jadis été fixée le long d'une ligne imaginaire, la *Mason and Dixon line*, entre la Pennsylvanie au nord, le Delaware et le Maryland au sud. Mais plus à l'ouest ? Deux États présentant simultanément leur admission en 1820, le Maine et le Missouri, un compromis régla la situation : le dernier était admis comme esclavagiste, mais dorénavant, la limite passerait le long du parallèle 36° 40' de latitude nord dans toute l'ancienne Louisiane.

La culture du coton paraissait alors inconcevable sans l'utilisation d'une main-d'œuvre servile, la seule que l'on possédât sur place, la seule aussi qui, aux yeux des planteurs, fût économique, puisque payée en nature, et non en espèces. Au début du XIX<sup>e</sup> siècle, certains hommes politiques comme Jefferson, torturés moralement par cette question en raison de leurs idéaux philosophiques, avaient espéré en la disparition progressive de l'« Institution particulière », selon l'euphémisme alors employé. C'est en ce sens que doit se comprendre l'interdiction de la traite votée par le Congrès à dater de 1808, mesure qui fut d'ailleurs reprise et sanctionnée par le congrès de Vienne en 1815. Effectivement, l'esclavage disparut progressivement au nord de la *Mason and Dixon line*, non pour des raisons morales mais simplement économiques, l'absence de plantations, et l'existence d'une main-d'œuvre salariée au rendement nettement supérieur. Si les Noirs affranchis gagnaient bien leur vie, ils ne participaient aucunement à la vie politique (absence du droit de vote) et faisaient l'objet d'une ségrégation de fait dans tous les lieux publics. Dans le Sud, au contraire, l'esclavage, loin de disparaître, s'affermissait, car la culture du coton s'étendait, la production doublait régulièrement à chaque décennie et, en l'absence de tout approvisionnement, le prix des esclaves croissait rapidement. La possession d'esclaves finit par représenter une fortune aussi importante que les terres sur lesquelles ils travaillaient. Et les planteurs ne tenaient à se défaire ni des uns ni des autres, bien au contraire. Ces esclaves acceptaient leur sort avec une résignation étonnante : si l'histoire a retenu le souvenir de la révolte de Nat Turner (1831) et des atrocités qui l'accompagnèrent (cinquante et un Blancs tués en une seule journée), de tels cas sont finalement rares.

L'Union était-elle condamnée à tolérer l'existence légale de l'esclavage ? Pour les sudistes, pourtant sûrs de leur bon droit, certaines inquiétudes se faisaient jour. Ils se rendaient compte que la progression de l'Union vers l'ouest risquait de jouer contre eux et de détruire l'équilibre qui assurait la survie de l'État fédéral. C'est pourquoi ils soutenaient une politique résolument annexionniste qui se marqua par une colonisation de fait du Texas qui proclama son indépendance en 1835, puis par la guerre contre le Mexique, en 1845, suivie de l'annexion massive des territoires situés au nord du río Grande, du Nouveau-Mexique et de la Californie. Aucun d'entre eux ne se trouvant dans les limites de l'ancienne Louisiane, les principes de 1820 devaient-ils être extrapolés ou non ?

En 1845, le Texas entra dans l'Union comme État esclavagiste, mais la Californie, bien que située en partie au sud du parallèle 36° 40H, avait prohibé l'esclavage dans sa Constitution. La question se transforme en un conflit social entre les planteurs, qui craignaient de voir l'esclavage bloqué vers l'Ouest, et les pionniers, qui eux redoutaient d'être chassés par ces planteurs. C'est pourquoi les États de l'Ouest jouèrent un rôle essentiel dans les luttes relatives à l'esclavage.

La tension des esprits était encore exaspérée par la propagande des « abolitionnistes », après 1830. Les origines du mouvement sont religieuses et doivent être recherchées dans des sectes humanitaires, comme celle des quakers. Mais l'abolitionnisme est considérablement soutenu par les idées philosophiques du XVIII<sup>e</sup> siècle et les progrès, estimés scandaleux par certains, de l'esclavage dans le Sud. Ses premiers partisans – Benjamin Lundy, William Lloyd Garrison – sont des isolés, exaltés prêchant dans le désert. Ils reçoivent cependant l'aide de quelques sectes protestantes du Nord et de prédicateurs, comme Theodore Parker et Henry Ward Beecher. La propagande rejoint les aspirations humanitaires de nombreuses couches de la société, jusque-là peu conscientes du problème, et qui en découvrent brusquement la gravité. De là, le succès croissant du mouvement, son extension, l'influence de sa presse, comme le *Liberator*, l'entrée d'abolitionnistes au Congrès. La tension des esprits s'accroît et développe l'irritation dans le Sud qui s'alarme des interventions dans ce qu'il considère comme ses affaires propres. L'ouvrage de Harriet Beecher-Stowe, *La Case de l'oncle Tom*, en 1852, connaît un succès prodigieux aux États-Unis aussi bien qu'à l'étranger et montre à quel point les idées abolitionnistes se sont propagées et

enracinées.

## 📍 Des solutions de compromis

Dans un climat aussi tendu, seuls des compromis peuvent prolonger l'Union. Le premier est suggéré en 1850, au moment de l'admission de la Californie, par le vieux politicien Henry Clay. L'admission de cet État, sans esclaves, est compensée par la liberté laissée à l'Utah et au Nouveau-Mexique de décider eux-mêmes de l'adoption de l'esclavage. La suppression du commerce des esclaves dans le district de Columbia a pour contrepartie des mesures plus rigoureuses prises contre les esclaves fugitifs qui, profitant de l'*underground railroad*, passaient dans les États du Nord où leurs anciens propriétaires les réclamaient en vain. Mais d'aussi fragiles compromis résistaient difficilement à la tension croissante.

En 1854, un nouveau conflit éclate à propos des deux territoires du Kansas et du Nebraska : Stephen Douglas fait triompher le principe de la liberté de choix, thèse dangereuse pour l'avenir de l'Union. Au même moment, prenant la relève de l'éphémère parti du « sol libre » (Free-Soil party), le Parti républicain est fondé sur un programme antiesclavagiste : contenir l'esclavage dans ses limites actuelles et maintenir à tout prix l'Union. En 1856, il oppose au démocrate James Buchanan son premier candidat, John C. Frémont, qui recueille un tiers du vote populaire. Les passions s'exaspèrent, et la sécession se profile déjà à l'horizon. La décision de la Cour suprême au sujet de l'affaire de l'esclave fugitif Dred Scott (1857) fait sensation : le Congrès ne peut supprimer l'esclavage des territoires où il est implanté. Enfin l'équipée de John Brown contre l'arsenal de Harper's Ferry en Virginie (1859) et sa pendaison poussent les passions à leur paroxysme.

## 📍 7. Lincoln et la Sécession

### L'élection de Lincoln

Les élections de 1860 jouent un rôle décisif ; le Parti démocrate est divisé sur le choix du candidat : les démocrates du Nord présentent le sénateur de l'Illinois, Stephen Douglas, homme de compromis qui veut ménager le Sud, tandis que ceux du Sud lui ont préféré John Breckinridge, partisan de l'esclavage. La convention républicaine préfère Abraham Lincoln à William H. Seward, qu'elle

estime trop engagé. Enfin un quatrième parti, qui prend le nom d'Union constitutionnelle, formé de dissidents des démocrates et de partis mineurs, se rallie sur le nom de John Bell, du Tennessee. Dans l'âpreté de la lutte, aucun des candidats ne remporte la majorité absolue. Lincoln est le vainqueur dans tous les États du Nord et de l'Ouest, avec 1 860 000 voix et 180 mandats électoraux. Malgré ses 1 383 000 voix, Douglas n'a réussi à enlever que deux États, le Missouri et le New Jersey, et apparaît comme le grand vaincu. Breckinridge a entraîné le Sud et, avec moins de voix que Douglas (848 000), dispose de 72 mandats. Enfin Bell obtint une place modeste dans trois États intermédiaires, la Virginie, le Kentucky et le Tennessee (39 mandats). Minoritaire quant au nombre de voix, Lincoln l'emportait largement par le total des mandats. Jamais encore dans le passé la coupure géographique n'était apparue aussi nettement : le Nord et l'Ouest contre le Sud.

L'élection de Lincoln fut le signal de la rupture. Les idées du nouveau président étaient bien connues depuis qu'un débat l'avait opposé, en 1858, lors des élections sénatoriales dans l'Illinois, à Stephen Douglas. Sans doute, il était hostile à l'esclavage, mais, plus encore, fervent partisan du maintien de l'Union, fût-ce au prix de concessions. Mais, sans même attendre la prise de fonctions  , la Caroline du Sud décida de sortir de l'Union (20 déc. 1860), considérant, en vertu de la thèse qu'elle avait opposée à Jackson en 1832, qu'elle en avait le droit. Dans les six semaines qui suivirent, cinq autres États firent sécession : Georgie, Floride, Alabama, Mississippi et Louisiane, tous situés dans le « Deep South ». Rejoints par le Texas, ils rassemblèrent une convention à Montgomery (Alabama) en février 1861, qui prit la décision de former un nouvel État, les États confédérés d'Amérique, avec une Constitution et un exécutif présidé par Jefferson Davis.

## La guerre de Sécession

Le Nord se trouvait placé devant le fait accompli et la question de l'esclavage était singulièrement dépassée. Aucun compromis ne paraît plus possible entre le Nord, qui refuse au Sud le droit de faire unilatéralement sécession, et ce Sud qui s'est déjà donné un gouvernement. Le 12 avril 1861 se produit l'événement décisif : les Confédérés ouvrent le feu sur le fort Sumter, occupé par des troupes de l'Union à l'entrée de la baie de Charleston, et contraignent la garnison à se rendre. La guerre civile avait éclaté  .

Ce conflit met aux prises pendant quatre ans (12 avr. 1861 - 9 avr. 1865) les vingt-trois et bientôt vingt-quatre États du Nord et les onze États confédérés, 22 millions de nordistes contre 9 millions de sudistes (y compris 3,5 millions d'esclaves). Comment, dans ces conditions, a-t-il été aussi long ? Le nombre et la puissance industrielle étaient du côté du Nord, mais le Sud luttait pour sa survie et possédait de réelles qualités militaires, au niveau tant des troupes que du commandement. Dès le début, le général Robert E. Lee fut, pour le Sud, un chef de grande valeur, tandis que Lincoln chercha en vain un stratège et le trouva seulement vers la fin en la personne de Ulysses S. Grant. Le Sud bénéficia de la sympathie des puissances européennes, mais le blocus établi le long de ses côtes par la flotte de l'Union limita les possibilités d'aide militaire et rendit vains les espoirs des planteurs de valoriser leur coton. La puissance militaire a basculé tardivement au profit du Nord qui a pu à ce moment en tirer toutes les virtualités. La guerre de Sécession est, en effet, une guerre de type moderne, fondée sur la puissance industrielle : rôle considérable de l'armement et des chemins de fer, qui s'explique par les effectifs mobilisés (deux millions d'hommes au Nord, près d'un million au Sud) ; ampleur des batailles, qui, contrairement à celles de Magenta ou de Solferino, exactement contemporaines, opposent pendant une semaine parfois des centaines de milliers de combattants.

Cette guerre a laissé une marque indélébile dans la conscience américaine, un peu comme la Révolution française en France. Des familles se trouvèrent séparées et divisées, voire opposées dans les combats ; des ruines, comme celles d'Atlanta, rappelèrent aux survivants l'âpreté de la lutte ; une véritable coupure apparut dans l'histoire américaine, avant et après. Les Confédérés ne pardonnèrent jamais aux « Yankees » leurs excès et les humiliations qu'ils durent subir, et actuellement encore un folklore très vivant entretient sur les anciens champs de bataille du Sud le souvenir des vertus chevaleresques dont firent preuve les grands ancêtres. Plus que la guerre d'Indépendance, la guerre de Sécession fut une révolution. L'Amérique industrielle l'emporte définitivement sur l'Amérique agrarienne, les villes et les ports sur les campagnes, le chemin de fer sur la charrue, les pionniers et les ouvriers sur l'ancienne aristocratie. Dans un certain sens, c'est la revanche de Jackson sur Jefferson.

La campagne de Sherman à travers la Georgie a décidé de l'issue de la guerre. Le 9 avril 1865, le général Lee capitulait dans le modeste tribunal d'Appomattox et, en juin, les derniers vestiges de la résistance des Confédérés avaient disparu. En novembre précédent, Lincoln avait été réélu président, mais, le 14 avril 1865, il était assassiné au théâtre Ford, à Washington, par l'acteur John W. Booth. Cette disparition tragique, au moment le plus critique, allait créer un profond déséquilibre dans la vie politique.

## 📍 Le chaos de la Reconstruction

Lincoln, toujours fidèle à son idéal de l'Union, avait conçu un plan de restauration, fondé sur le retour des États sécessionnistes au sein de l'État fédéral et sur le pardon, à condition que fût acceptée l'abolition de l'esclavage. Tel est le sens de la *Proclamation d'émancipation* (22 sept. 1862) qui affranchit les Noirs des États confédérés à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1863. Elle est reprise en 1865 dans le 13<sup>e</sup> amendement qui met fin définitivement à l'Institution particulière et à la surreprésentation du Sud au Congrès.

Le sort des Noirs n'est pas pour autant réglé. Que faire de ces trois millions et demi d'ex-esclaves qui, brusquement, découvrent la liberté sans savoir ni pouvoir s'en servir ? Fallait-il, du jour au lendemain, les intégrer dans la vie publique en les faisant participer aux rouages de l'État, des États, des communes ? Lincoln avait pris conscience de la complexité du problème et donné, semble-t-il, ses préférences à une assimilation graduelle. L'assassinat du président entraîna le chaos, qu'accrurent encore les extravagances et la concussion du Bureau des réfugiés, libérés et terres abandonnées, chargé d'assurer la transition entre la société esclavagiste et l'autre. Libérés, les Noirs quittèrent les plantations pour s'installer en ville, bien qu'ils ne fussent guère qualifiés pour une autre tâche que celle de manœuvres, ou furent engagés comme métayers sur des exploitations qui survivaient ou avaient été reprises à bas prix par des hommes d'affaires du Nord ; parfois ils eurent la chance de s'installer comme fermiers. Fait significatif : alors que les Blancs avaient eu droit, par une loi de 1862, à une parcelle de 160 arpents pour un prix dérisoire, rien d'analogue ne fut offert aux Noirs libérés, pour lesquels aucune place n'était prévue dans la société nouvelle.

Cet échec résulte des incohérences de la politique de Reconstruction.

Le successeur de Lincoln, Andrew Johnson, aurait souhaité continuer sa ligne de conduite, mais en fut empêché par un Congrès dominé par des radicaux assoiffés de vengeance. Pour eux, il s'agissait moins de reconstruire le Sud que de le reconquérir et de l'humilier. Les États du Sud, bien qu'ils eussent accepté dès 1865 l'abolition de l'esclavage, furent occupés militairement et gouvernés par des politiciens du Nord, des hommes de paille ou des Noirs. Plusieurs mesures tendirent à écarter l'ancienne aristocratie du pouvoir. Le 14<sup>e</sup> amendement (1868), sous couleur d'assurer les droits civiques de tous les citoyens, écartait des fonctions publiques tous ceux qui avaient pris part à la rébellion et annulait la dette des États ex-confédérés. Le 15<sup>e</sup> amendement garantissait le droit de vote à tout citoyen, quelles que soient sa race et sa couleur, même s'il avait connu la servitude. Des hommes d'affaires du Nord ou de simples aventuriers munis d'un sac de voyage (*carpet-baggers*) se ruèrent sur le Sud à la recherche de gains faciles ou de propriétés avantageuses. À la conjonction des Yankees détestés et des Noirs méprisés répondit un contre-terrorisme blanc mené par des sociétés secrètes comme le Ku-Klux-Klan et dirigé contre les traîtres (*scalawags*). La violence et la pratique du lynchage entrèrent dans les mœurs. Déjà traumatisé par la défaite, le Sud le fut davantage encore par les excès de la Reconstruction, décrits avec trop de complaisance par les historiens de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle (Dunning) et du XX<sup>e</sup> siècle (C. A. Beard).

Les tensions finirent cependant par s'apaiser. En 1871, tous les anciens États confédérés avaient été réadmis dans l'Union après avoir accepté le 14<sup>e</sup> amendement. Les Blancs furent peu à peu relevés de leurs incapacités légales et reconquirent le pouvoir par l'élection. Les *carpet-baggers* écartés, les troupes fédérales peu à peu retirées, les « Bourbons » comme on appelait alors les anciens planteurs, retrouvèrent les leviers de commande dans l'indifférence générale des Yankees et des Noirs. À la tyrannie des uns succéda le paternalisme des autres : en dépit de toutes les garanties, diverses mesures discriminatoires, comme les codes noirs, éliminèrent de la vie politique les anciens esclaves avant de les retrancher de la société par une ségrégation rigoureuse.

## @ 8. Développement économique et expansion continentale

La Reconstruction se termine par la réinstallation des « Bourbons » au

pouvoir parce que, entre-temps, les Américains ont été repris par le démon des affaires. Rien n'est plus terne, du point de vue politique, que les trente dernières années du XIX<sup>e</sup> siècle, marquées par une présence presque continue des républicains à la tête du gouvernement fédéral. L'intérêt est ailleurs, dans le prodigieux accouchement d'une Amérique industrielle et capitaliste.

La guerre de Sécession a mis fin aux dernières résistances de la société agrarienne traditionnelle, et plusieurs mesures ont préparé le développement futur. Le tarif douanier Morrill de 1861 a renforcé la protection et favorisé l'essor industriel. Un nouveau système bancaire, destiné à combattre l'anarchie consécutive à la politique de Jackson, est mis en place à partir de 1863. La décision est prise, à la demande des États de l'Ouest, de construire un chemin de fer transcontinental. Enfin, pour fournir la main-d'œuvre indispensable, des travailleurs pourront être importés sous contrat.

## 🌐 L'accroissement démographique

L'immigration a été fortement stimulée par le Homestead Act de 1862, qui accordait 160 arpents aux pionniers. De 1820 à 1860, environ 5 millions d'Européens, dont une bonne moitié de Britanniques, avaient immigré aux États-Unis. Dans les quarante années qui suivirent, 14 millions d'immigrants arrivèrent aux États-Unis, dont plus de 5 millions dans la décennie entre 1881 et 1890. Parmi eux, la proportion de Britanniques diminua constamment au profit des Allemands et des Scandinaves<sup>■</sup>, puis, vers la fin du siècle, des Italiens, des Russes et des Slaves d'Europe centrale<sup>■</sup>. Ces immigrants sont issus, dans leur très grande majorité, de milieux modestes, sinon même franchement pauvres, et constituent une main-d'œuvre peu exigeante, prête à accepter l'exploitation patronale (*sweating system*).

La population du pays, compte tenu de l'immigration et de l'accroissement naturel, passe de 31 millions en 1860 à 50 en 1880 et 76 en 1900. Le vieux fonds anglo-saxon recule devant les apports nouveaux : Allemands et Scandinaves autour des Grands Lacs, Irlandais en Nouvelle-Angleterre, Polonais et Russes dans les grands ports de l'Est. Le rôle jusque-là quasi exclusif des sectes protestantes est progressivement contrebalancé par les progrès du catholicisme et, dans une moindre mesure, du judaïsme et du christianisme

orthodoxe. L'Amérique puritaine est en voie de complète transformation. Certes, la fusion entre les divers éléments est facilitée par l'absence de traditions et l'immensité du pays. Il n'empêche que la langue et la religion maintiennent des îlots de résistance nationale, en contraste avec la facile assimilation du siècle précédent.

## @ L'occupation de l'Ouest

À cette population en rapide croissance, des horizons nouveaux s'ouvrent. La réalisation du premier chemin de fer transcontinental, en 1869, entre Omaha et San Francisco à travers l'Utah, marque une date historique dans l'occupation de l'Ouest : les deux portions du pays sont reliées par la voie ferrée qui amène de nouveaux chercheurs d'or en Californie et en incite d'autres à se fixer en route, sur des terres offertes à bon prix et rapidement valorisées par la proximité des transports. Avant la fin du siècle, quatre autres Transcontinentaux sont venus s'ajouter à l'Union Pacific et au Central Pacific : le Great Northern, de Saint Paul à Seattle (1893) ; le Northern Pacific, de Chicago vers le Nord-Ouest (1881) ; l'Atchison, Topeka and Santa Fe, de Kansas City à Los Angeles et San Francisco (1881) ; le Southern Pacific, de La Nouvelle-Orléans à Los Angeles (1883). L'espace est désormais vaincu et le continent s'offre à ceux qui veulent en profiter [cf. FAR WEST].

La construction des chemins de fer a définitivement brisé la résistance des Indiens et repoussé, puis fait disparaître la Frontière. Depuis 1830-1840, les Indiens de l'Est avaient été parqués sur des réserves situées dans le territoire Indien. Ceux des Plaines voyaient leurs terrains de parcours se restreindre de jour en jour et le bison devenir de plus en plus rare. Cet animal leur fournissait traditionnellement une excellente viande, des peaux très appréciées et un poil laineux qui servait à confectionner des vêtements. L'avance de l'homme blanc entraîna un massacre systématique du bison et une rupture dans l'écologie des Indiens, qui réagirent par la rébellion. Les meilleurs guerriers furent les Sioux qui à plusieurs reprises se soulevèrent et massacrèrent des troupes fédérales. L'affaire de Little Bighorn  , en 1876, au cours de laquelle les troupes de G. A. Custer tombèrent dans une embuscade, déclencha la dernière vaste opération contre Sitting Bull, qui se rendit en 1881, mettant fin ainsi à la résistance des Sioux. Des opérations de police contre les « Nez-Percés » de Chief Joseph en 1877 et les

Dakotas en 1890 achevèrent la « pacification » de l'Ouest. Les survivants furent tous parqués dans des réserves, à l'écart des voies de communications, et les bonnes terres données ou vendues aux Blancs.

Au lendemain de la guerre de Sécession, l'Union comprenait trente-six États, dont deux situés sur les rives du Pacifique, la Californie et l'Oregon (ce dernier État admis en 1859). En 1889, quatre nouveaux États furent admis en même temps dans l'Union : les deux Dakotas, le Montana et le Washington. La même année, le territoire Indien devenu l'Oklahoma est ouvert à la colonisation, et les Indiens repartent pour un nouvel exode. En 1890, l'admission simultanée de l'Idaho et du Wyoming établit une continuité territoriale de l'Atlantique au Pacifique : c'est la fin de la Frontière, l'achèvement d'une longue épopée qui a peu à peu repoussé les limites de la « civilisation »  . Les derniers États continentaux, le Nouveau-Mexique et l'Arizona, sont admis en 1912.

### Une agriculture extensive et spécialisée

L'unité du continent établie, un marché d'une ampleur inconnue pour l'époque stimule la production. Toutes les conditions sont réunies pour donner une impulsion très forte à l'agriculture. Une Europe en pleine industrialisation a préféré s'en remettre aux marchés d'outre-mer pour ses approvisionnements. Si le coton demeure un article d'exportation de premier plan, il est désormais concurrencé par d'autres productions qui ont profité de la guerre de Sécession. Ce que l'Europe réclame de plus en plus, ce sont des denrées alimentaires : du blé et du maïs, qui trouvent leur terrain d'élection dans les grandes plaines entre les Appalaches et le pied des Rocheuses, de la viande, dont le transport est favorisé par les nouveaux bateaux frigorifiques. Du Texas à la frontière canadienne se développe un élevage de bovins qui alimente les grands abattoirs de Cincinnati, puis de Chicago, de Omaha, de Kansas City. La recherche du rendement se traduit par les progrès rapides du machinisme agricole – faucheuse, moissonneuse, batteuse, puis combiné – qui permet une culture extensive, nécessitant peu d'engrais, donc rémunératrice. Le Middle West se couvre de fermes disséminées le long des routes, à proximité des lieux de travail, avec leurs silos cylindriques dans lesquels sont stockés les grains. La spécialisation devient la règle : certains fermiers produisent des grains, d'autres seulement du bétail, d'autres enfin de la volaille. Mais les fluctuations des prix et les variations du marché européen contribuent,

dès 1870, à créer un malaise, et parfois une agitation, dans les milieux ruraux.

## 📍 Ampleur de l'industrialisation

L'industrialisation s'est trouvée facilitée par la merveilleuse richesse du sous-sol américain, qui fournit tous les combustibles et métaux dont a besoin l'usine moderne. La houille est exploitée depuis le début du siècle en Pennsylvanie, mais les nécessités de la guerre, puis de l'après-guerre ont stimulé et élargi l'exploitation en Pennsylvanie, en Virginie-Occidentale, dans l'Alabama, dans l'Ohio. Du pétrole a été découvert en Pennsylvanie pendant la guerre de Sécession et, en attendant qu'il alimente les moteurs, il fournit une matière première recherchée. Le sous-sol est surtout riche d'un minerai de fer d'excellente qualité, en Pennsylvanie, en Alabama et surtout dans le Minnesota. Enfin, la plus grande partie des minerais – plomb, cuivre, zinc – se trouve dans les Rocheuses. À l'industrie ancienne, représentée par le textile en Nouvelle-Angleterre, s'ajoute, à partir du milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, toute une gamme de fabrications nouvelles : métallurgie lourde en Pennsylvanie (région de Pittsburgh), puis dans l'Ohio, l'Indiana et la région de Chicago (Gary), enfin dans l'Alabama (Birmingham) ; industries légères le long de la Fall Line des Appalaches (Caroline et Georgie) ; industries alimentaires très variées, qui vont de la mouture du blé à la conserverie (Swift et Armour) et répondent à une diététique nouvelle, adaptée aux besoins des masses. De nouvelles fabrications apparaissent au fur et à mesure que se créent de nouveaux besoins : raffinage du pétrole, production de l'électricité, fabrication de moteurs à explosion, de voitures, produits chimiques.

Plus que sa puissance et sa diversité, dont on peut trouver des exemples en Europe, ce qui frappe, c'est l'organisation de cette industrie. N'ayant derrière elle aucune tradition artisanale et devant satisfaire un énorme marché en croissance continue, elle se crée sur la base de grandes unités de production, soutenues par une forte armature financière. Dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, des monopoles dominent les grands secteurs : Standard Oil dans le pétrole, Sugar Refining dans le raffinage du sucre, American Tobacco, American Bell Telephone, ainsi qu'United States Steel dans la métallurgie avec un capital d'environ un milliard de dollars. La concentration atteint des proportions telles qu'elle inquiète le pouvoir politique, bien désarmé cependant en face des puissances d'argent (Sherman Anti-Trust Act, 1890).

## 📍 9. Le grand tournant

### Réactions et mécontentement

L'ampleur même du développement économique pose des problèmes sociaux spécifiques, plus graves dans le milieu rural que chez les ouvriers.

Les fermiers sont, en effet, obligés de s'adapter à une économie de marché instable, contrairement à leurs collègues européens, proches des marchés de consommation.

À la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, les fermiers sont victimes de la chute des prix et de l'exploitation par les monopoles. Tous les prix agricoles baissent d'environ 50 p. 100 entre 1870 et 1896, à la suite de la dépression générale et sous le choc de la concurrence de l'Argentine, de la Sibérie. Les fermiers voient donc leurs revenus diminuer quand le seul moyen de compenser leurs pertes est d'acheter des machines, qui se vendent toujours aussi cher, parce que leur production est monopolisée par un petit nombre de grandes firmes. De plus, ils doivent accepter les conditions souvent draconiennes des transporteurs (compagnies de chemins de fer et de navigation) et des divers intermédiaires. De là un sentiment de frustration qui se traduit par des mouvements de révolte : Grangers aux alentours de 1870, Greenbackers vers 1880, alliance des fermiers et populisme dans les années quatre-vingt-dix. Tous ces mouvements ont un trait commun : ils réclament l'inflation monétaire, qu'elle soit de papier ou de métal, seule capable aux yeux des victimes de les sauver de la ruine. L'Ouest rural est inflationniste, par opposition à l'Est, partisan d'une monnaie forte.

Les mouvements de protestation urbaine et ouvrière, en dépit de quelques crises aiguës (massacre de Haymarket, à Chicago, 1886 ■ ; grève Pullman, 1893), n'ont jamais atteint la même ampleur. L'industrie américaine a souffert, pendant toute la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, d'un manque de main-d'œuvre qualifiée (ce qui écartait la menace du chômage) et a produit presque exclusivement pour un marché intérieur bien protégé, donc peu sensible aux fluctuations internationales. De là une stabilité du marché, qui contraste à la fois avec l'agriculture américaine et l'industrie de pays exportateurs comme la Grande-Bretagne. L'apparition du syndicalisme est relativement tardive (Knights of

Labor, 1869 ; American Federation of Labor, 1886) et les revendications se cantonnent sur un plan professionnel : diminution des heures de travail, protection des femmes et des enfants, amélioration des salaires. L'A.F.L. entend d'ailleurs représenter les seuls ouvriers qualifiés, à l'exclusion des manœuvres, des immigrants et des femmes, victimes sans défense du *sweating system*.

La protestation la plus violente contre l'industrialisation vint, non des milieux syndicalistes, mais de romanciers et de journalistes qui dénoncèrent l'exploitation des travailleurs par les patrons et les abus de la révolution industrielle : Theodore Roosevelt les qualifia de *muckrakers* (remueurs de boue). Les *robber barons*, par analogie avec les seigneurs pillards du Moyen Âge, constituèrent leur cible favorite. Parmi ces « contestataires », certains penchaient vers le socialisme, comme Henry Demarest Lloyd ou Henri George, tandis que d'autres, tels Theodore Dreiser, Frank Norris et Upton Sinclair, décrivaient les excès dont se rendaient coupables les grandes compagnies de chemins de fer, les abattoirs, les conserveries. Tous appelaient un changement dans cette société où la loi du plus fort ne subissait aucune limitation.

## 🌐 Le mouvement réformiste

Un besoin de réforme se faisait sentir pour la première fois aux États-Unis. À vrai dire, certains États avaient déjà commencé à œuvrer en ce sens, en limitant la durée du travail, en prenant des mesures de protection pour les femmes et les enfants ; mais, au niveau fédéral, l'absence d'une forte personnalité et la pression du *big business* avaient paralysé toute action, y compris l'application des lois existantes, comme le Sherman Act contre les trusts (1890). Après une éclipse de près de quarante ans, la fonction présidentielle retrouve en 1901 son lustre et sa vigueur avec T. Roosevelt, un républicain, donc de tendances libérales, mais plus sensible que d'autres aux excès de ce libéralisme. Il entame une vigoureuse action contre les trusts, joue le rôle d'arbitre dans des conflits du travail (grève des mineurs de Pennsylvanie, 1902), promulgue une législation des produits alimentaires et pharmaceutiques, cherche à mettre fin aux abus des compagnies ferroviaires, crée des réserves naturelles (parcs nationaux) pour contrecarrer les entreprises malhonnêtes des promoteurs immobiliers. Le pouvoir fédéral retrouve son prestige et la confiance des masses.

Le mouvement réformiste est poursuivi, dans un style différent et avec moins de panache, par un démocrate, Woodrow Wilson, président de 1913 à 1921, précurseur d'un ordre nouveau, le New Freedom. Avec lui la démocratie progresse, par la désignation au suffrage universel des sénateurs (17<sup>e</sup> amendement) et l'extension aux femmes du droit de vote (19<sup>e</sup> amendement). L'État fédéral reçoit le droit de prélever un impôt sur le revenu (16<sup>e</sup> amendement) pour augmenter ses ressources, mais, en contrepartie, les droits de douane sont abaissés. Pour empêcher les excès de la spéculation, le système fédéral de réserve, décentralisé, est créé. L'action contre les trusts est reprise avec une vigueur accrue, grâce au Clayton Act, et soigneusement dissociée des « coalitions syndicales ». Humbles et faibles ont trouvé en l'État fédéral leur défenseur contre les excès du capitalisme.

## 🌐 L'interventionnisme

En même temps, les États-Unis font leur entrée sur la scène internationale 🇺🇸 . Pratiquement, depuis Monroe, ils ne s'étaient manifestés qu'épisodiquement, comme en 1854 à l'occasion du traité signé avec le Japon, en 1867 lors de l'achat de l'Alaska aux Russes ou en 1875 au moment du traité de réciprocité avec les îles Hawaii. À la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, les conditions ont changé : la Frontière a disparu et les États-Unis peuvent maintenant intervenir à l'extérieur ; l'économie américaine a progressé à pas de géant et recherche moins des débouchés que des marchés de matières premières ; enfin le partage du monde approche de sa fin et certains milieux américains se sentent frustrés de n'y avoir pas participé. Un courant impérialiste commence à se manifester, soutenu par des milieux d'affaires, des politiciens, pour l'essentiel républicains, des théoriciens comme A. T. Mahan. La doctrine de Monroe, soigneusement défensive jusque-là, se transforme insidieusement en un instrument d'expansion confiant aux États-Unis la mission de protéger le continent, en fait d'y instaurer son hégémonie.

L'explosion du cuirassé *Maine* à La Havane en 1898 fournit la première manifestation de ces tendances nouvelles. À l'issue de la guerre hispano-américaine, les États-Unis reçurent Porto Rico, acquièrent les Philippines et accordèrent l'indépendance à Cuba moyennant un traité de tutelle (amendement Platt). L'ancienne colonie devenait à son tour une puissance coloniale. Une discrète intervention diplomatique permet à T. Roosevelt de racheter la concession

du canal interocéanique à Panamá, puis, à la faveur d'une révolution « spontanée », de reconnaître la nouvelle République de Panamá détachée de la Colombie et d'y faire mener à bien les travaux que les Français avaient dû interrompre. En 1914, le canal de Panamá est inauguré, qui permet à la flotte américaine de faire l'économie de plusieurs milliers de kilomètres pour passer de l'Atlantique au Pacifique■ .

L'activité des États-Unis ne se limite pas au continent. T. Roosevelt intervient comme médiateur dans le conflit russo-japonais et fait accepter aux adversaires le traité de Portsmouth. Il se fait représenter à la conférence d'Algésiras qui concerne pourtant la France et l'Allemagne, et participe à la conférence de la paix à La Haye (1907). En ce début de XX<sup>e</sup> siècle, les États-Unis font déjà figure de puissance mondiale.

## 🌐 10. Les États-Unis, puissance mondiale

### La Première Guerre mondiale

Sans doute, la déclaration de guerre des États-Unis à l'Allemagne, le 4 avril 1917, peut être considérée comme l'aboutissement de la politique interventionniste esquissée depuis T. Roosevelt. En fait, l'opinion américaine tenait profondément à sa neutralité et considérait qu'elle n'avait aucun intérêt direct dans le conflit en cours. La communauté d'origine pouvait jouer aussi valablement dans les deux sens puisque à côté du vieux fonds anglo-saxon existait une nombreuse colonie germanique. L'argument démocratique n'avait pas davantage de poids, puisque l'autocratique Russie se trouvait dans le camp des démocraties occidentales. En fait, ce qui a motivé l'intervention américaine en 1917, comme la seconde guerre d'Indépendance un siècle plus tôt, ce sont les atteintes aux droits des neutres sur mer, en l'occurrence les torpillages systématiques de la marine allemande. Pour les Américains, la guerre n'est devenue idéologique que du jour où les Russes ont été éliminés, donc plusieurs mois après leur déclaration de guerre.

Si courte qu'ait été l'intervention militaire américaine, elle n'en a pas moins été décisive, car elle est venue au moment où les Alliés étaient en proie à la lassitude. L'arrivée massive d'approvisionnements et de munitions, le

débarquement de troupes jeunes et fraîches eurent un poids considérable dans la décision de 1918 et assurèrent à Wilson un rôle déterminant dans les discussions d'armistice et de paix. Les « quatorze points » servirent de base aux négociations, avec l'accord des autres Alliés qui avaient seuls assumé la charge militaire depuis le début. Ainsi se développa un malentendu que Wilson lui-même ne perçut jamais clairement : les Américains étaient intervenus pour défendre la liberté des mers et, accessoirement, les Alliés, sans tenir à s'engager de façon permanente avec les puissances de la vieille Europe. Wilson, mû par son idéalisme naturel, crut pouvoir engager son pays, et se trouva désavoué par le Sénat quand il lui soumit le traité de Versailles (nov. 1919). Il fut également désavoué par les citoyens qui, aux élections de 1920, votèrent avec une énorme majorité pour un républicain falot, W. C. Harding.

## 🕒 La prospérité

« *Business as usual* », « *return to normalcy* », tels sont les slogans qui assurent aux républicains (1920-1932), une nouvelle période de prépondérance, jusqu'à la crise de 1929. Neuf années de vie matérielle facile, d'illusions, au cours desquelles le visage des États-Unis a changé. Les Américains ont découvert l'automobile, qui transforme leur genre de vie : ils désertent les villes pour aller s'installer dans des banlieues aérées, abandonnant les zones urbaines aux pauvres et aux Noirs. Ils découvrent aussi les avantages de l'électricité dans ses multiples applications ménagères, si bien que leurs demeures se transforment en laboratoires. Les monstres sacrés du cinéma sont représentatifs de ce nouvel univers. Frénétiquement, les Américains se lancent dans les affaires, achètent des actions qu'ils revendent quelques semaines plus tard avec un grand bénéfice. Loin de l'« inconstante Europe », tout semble leur réussir, et avant tout le passage d'une Amérique hier encore imprégnée de puritanisme à une Amérique de plaisirs et de jouissances.

L'envers du tableau fait apparaître bien des tares. D'abord, l'extraordinaire développement du gangstérisme, favorisé par l'impuissance sinon la complicité de la police, stimulé par la prohibition inscrite dans le 18<sup>e</sup> amendement ratifié en 1919. C'est la grande époque des bars clandestins, des maisons de rendez-vous, des *speakeasies*, des *bootleggers*. Une véritable hystérie anti-étrangère se développe dans un pays jadis largement ouvert aux

émigrants. Le Ku-Klux-Klan, inactif depuis la Reconstruction, resurgit au lendemain de la guerre et impose la terreur dans le Sud et plusieurs grandes villes. Pour protéger l'américanisme, le Congrès restreint l'immigration étrangère par un système de quotas, adopté en 1921 et aggravé en 1924. La justice elle-même se laisse gagner par cette psychose chauvine et condamne à la chaise électrique deux anarchistes italiens, Sacco et Vanzetti, pour un crime qu'ils n'avaient pas commis 🇺🇸 🇮🇹 . Cette flambée nationaliste se mue en antipapisme, comme aux beaux jours du puritanisme, et provoque la défaite d'« Al » Smith, candidat démocrate aux élections de 1928. Les États-Unis se donnent à peu de frais bonne conscience, face à une Europe en proie à des convulsions.

Bien que les États-Unis aient rejeté le pacte de la Société des Nations et qu'ils aient signé un traité séparé avec l'Allemagne, ils ne se désintéressent pas pour autant de l'Europe. Jamais auparavant, ils n'ont été plus étroitement associés à son avenir économique. La guerre a eu pour effet de transformer la position financière internationale des États-Unis qui, de pays débiteur, sont devenus créanciers et financent le relèvement européen. Les Alliés ont contracté des dettes qu'ils s'engagent à rembourser dans la mesure où l'Allemagne paiera les réparations. Or l'Allemagne ne peut survivre qu'avec les crédits des anciens belligérants et, en particulier, des États-Unis. De là, un circuit financier qui les lie étroitement à l'Europe et les amène à patronner les plans Dawes (1924) et Young (1929) de relèvement de l'Allemagne. Dans le domaine naval, ils estiment leur sécurité assurée par les accords de Washington (1922) qui limitent le tonnage des flottes de combat. Ils s'associent enfin aux tentatives d'Aristide Briand (pacte Briand-Kellogg) pour mettre la guerre hors la loi. Leur isolationnisme est donc tout relatif et, en tout cas, traduit moins leur volonté de se couper du monde extérieur que celle d'exclure des engagements trop automatiques (*non-entanglement*).

## 📍 Dépression et New Deal

Cette prospérité qui semblait durable prend fin brusquement les 4 et 29 octobre 1929, par une chute spectaculaire des cours en bourse à Wall Street 🇺🇸 🇪🇺 . Quelques craquements s'étaient déjà produits auparavant, mais personne n'en avait tenu compte. Des dizaines de millions de titres sont brusquement jetés sur le marché par des actionnaires affolés, la baisse nourrit la baisse, les banques se trouvent à court d'argent et sont obligées de fermer leurs guichets, les particuliers

et les entreprises sont atteints par la dépréciation de leur capital<sup>■</sup>. En dix jours, les cours moyens ont baissé de 50 p. 100 environ, et ne cessent de tomber. Sans doute ce n'est pas le premier krach boursier, car les Américains sont des spéculateurs et ont déjà connu d'autres paniques financières, mais, fait nouveau, les indices économiques sont alarmants : les fermiers ont depuis plusieurs années des stocks invendables et souffrent de la chute des prix ; les entreprises, dont la trésorerie est gênée, licencient leurs ouvriers. Il y a 4 millions de chômeurs en 1930, 7 millions en 1931, 11 millions en 1932, soit plus du quart de la population active. La machine industrielle se grippe au point que la production tombe, en 1932, à moins de la moitié de son niveau de 1929. À l'optimisme a succédé la torpeur, et bientôt c'est le désespoir des millions de sans-travail, parmi lesquels de nombreux « cols blancs ».

L'administration républicaine alors au pouvoir, dirigée par le bon technicien qu'est le président Herbert C. Hoover, prend des mesures d'urgence, tout en demeurant persuadée que « la prospérité est au coin de la rue », c'est-à-dire que les affaires reprendront d'elles-mêmes comme dans les crises précédentes. Mais, loin d'apporter une solution, les années passent sans que la situation s'améliore, bien au contraire, car les prix ne cessent de baisser. Dans ce contexte dramatique<sup>■</sup>, les élections de 1932 ont une signification symbolique : le candidat démocrate, Franklin D. Roosevelt, l'emporte par 22,8 millions de voix contre Hoover qui en obtient seulement 15,8<sup>■</sup>. Il a la majorité dans 42 États sur 48, c'est un véritable raz de marée qui installe pour vingt ans les démocrates au pouvoir. Le nouveau président a été élu, non sur un programme, mais sur un style, car il a compris que la crise était au moins autant psychologique qu'économique. Il faut redonner confiance aux Américains et, pour cela, agir. Comment ? F. D. Roosevelt n'en sait rien lui-même, car il est opportuniste et compte autant sur son charme personnel, sur ses entretiens « au coin du feu », à la radio, que sur des mesures techniques. Il a le mérite de s'entourer d'une équipe remarquable, la *brain trust*, composée de banquiers et de professeurs, chez qui l'intelligence et le bon sens l'emportent sur la technicité.

En cent jours, du 9 mars au 16 juin 1933, est prise une série de mesures destinées à redresser l'économie. L'État se charge d'amorcer la reprise (*pump-priming*) en ouvrant des crédits aux entreprises, en lançant une politique de

travaux publics, en pratiquant un déficit budgétaire systématique. Pour lutter contre le marasme, il faut élever le niveau de vie des consommateurs en augmentant les salaires, ce qui postule, au départ, l'abandon de l'étalon-or et une dévaluation du dollar. Pour réamorcer le crédit, sans lequel l'économie ne peut se relever, des mesures de sauvetage viennent aider les banques ; fermées souvent depuis plusieurs années, et, par centaines, elles reprennent leurs activités. Pour soutenir les régions défavorisées, de vastes programmes sont financés par l'État fédéral : telle la Tennessee Valley Authority, dont les barrages doivent attirer des industries dans le Sud particulièrement touché par la crise ■ . Les fermiers sont invités à réduire les surfaces cultivées et sont assurés, en contrepartie, d'un prix minimum pour leurs productions (A.A.A. : Agricultural Adjustment Act). De même, les industriels doivent s'entendre entre eux, au moyen de codes de loyale concurrence, pour fixer leurs prix et éviter une concurrence inutile (N.I.R.A. : National Industrial Recovery Act). En quelques semaines, l'économie libérale est balayée par une intervention sans précédent de l'État.

Les mesures prises, pour incohérentes qu'elles soient parfois, redonnent confiance aux Américains. La production repart lentement, le niveau de vie se relève peu à peu, le chômage diminue insensiblement ; ce n'est pas le vigoureux coup de fouet que l'on pouvait espérer. Surtout, des oppositions se développent, parmi les patrons, qui jugent trop pesante la tutelle de l'État, parmi les républicains jaloux du succès de leurs adversaires, des juristes imbus de libéralisme. Elles trouvent leur expression dans la Cour suprême qui déclare inconstitutionnelles deux des mesures fondamentales, l'A.A.A. et le N.I.R.A. (1935 et 1936). Est-ce la fin du New Deal ? Non, car les élections présidentielles de 1936 constituent un véritable plébiscite en faveur de F. D. Roosevelt, qui écrase son adversaire républicain par 27,7 millions de voix et 523 mandats, contre 16,6 et 8 mandats. Victoire sans précédent, au cours de laquelle deux petits États, le Vermont et le Maine, ont voté républicain. Le verdict populaire consolide la position de F. D. Roosevelt en lui permettant de faire l'économie d'un combat contre la Cour suprême, qui se soumet, et de continuer la lutte pour le relèvement de l'économie et la réhabilitation des victimes de la crise. Il entreprend un second New Deal caractérisé par des mesures sociales, dans l'esprit des réformateurs qui, depuis le début du siècle, ne cessaient de dénoncer les injustices du capitalisme américain : reconnaissance légale des syndicats, création de pensions (sécurité sociale), signature de contrats collectifs dans les entreprises ou professions. Les résultats

ne furent pas probants : après une reprise en 1936 et au début du 1937, une violente récession toucha l'ensemble de l'économie américaine à la fin de cette année ■ . Le revenu national tomba de 13 p. 100, l'emploi de 30 p. 100, les profits de 78 p. 100. Une reprise s'amorça en 1938, mais encore bien précaire.

Le New Deal a autant marqué les États-Unis que la crise de 1929, et pourtant, sur le plan des résultats, il ne peut être considéré comme un succès. Dix ans après le début de la crise, les États-Unis n'avaient pas encore retrouvé leur niveau antérieur de production, et pas davantage leur revenu national. Cependant le New Deal demeure fondamental dans la mesure où il a donné un style et une dimension nouvelle à l'État fédéral : il a considérablement accru ses pouvoirs, en particulier dans le domaine économique et social, s'est fait le défenseur des humbles et des opprimés, est devenu le centre d'impulsion et de décision dans l'ensemble du pays. C'est dans ce sens qu'on peut parler d'une « révolution du New Deal », qui a rendu confiance au peuple américain.

## 🌐 La Seconde Guerre mondiale

Absorbé par la politique intérieure, F. D. Roosevelt n'a pu prêter qu'une attention distraite aux problèmes internationaux. La crise inclinait d'ailleurs le pays à se replier sur lui-même, d'autant plus que les États européens, arguant de leurs difficultés, refusaient de payer leurs dettes. Il faut cependant noter la plus grande flexibilité du président à l'égard des républiques latino-américaines et caraïbes et sa conception plus libérale du panaméricanisme. L'emprise américaine sur Cuba, Haïti et la République dominicaine se desserre. À partir de 1935, les menaces qui apparaissent en Extrême-Orient et en Europe modifient insensiblement la position américaine, toujours fidèle à la neutralité : il ne s'agit pas de braquer une opinion publique encore sous le coup des mauvais souvenirs de la Première Guerre mondiale, quoique sensibilisée aux menaces qui pèsent sur la démocratie. Si le Congrès accepte le « *cash and carry* » (payez et prenez) quand éclate la guerre en Europe, le président refuse de soutenir directement la France défaillante de 1940. Mais la réélection de F. D. Roosevelt en 1940, contrairement à toutes les traditions, et en dépit d'une majorité moindre qu'en 1936, consolide sa position et lui permet d'aider au maximum la Grande-Bretagne demeurée seule dans la lutte (loi prêt-bail). Il témoigne ses sympathies au camp des démocraties dans la charte de l'Atlantique, rédigée avec Churchill, dans la

ligne des quatorze points de Wilson. Ainsi les États-Unis s'acheminent peu à peu vers une intervention que précipite l'attaque japonaise sur Pearl Harbor (7 déc. 1941)   .

Pendant quatre ans, leur histoire se confond avec celle de la guerre, qu'il ne saurait être question de résumer ici. L'Amérique devient le pivot de la coalition, aussi bien en ce qui concerne la production que la direction des opérations militaires. Les usines produisent des dizaines de milliers de camions, d'avions, de tanks, de canons, de *liberty ships*. Grâce à l'aide de savants étrangers, des recherches sont poursuivies en vue de la fabrication de l'arme atomique qui explose pour la première fois, au début de 1945, dans le désert du Nouveau-Mexique. Les conférences de Casablanca (janv. 1943), de Téhéran (nov.-déc. 1943), de Yalta (févr. 1945)  jettent les bases de la paix future. Aux élections de 1944, F. D. Roosevelt est réélu à la présidence, mais à peine a-t-il pris les fonctions de son quatrième mandat qu'il meurt (12 avr. 1945), terrassé par les fatigues de la plus longue présidence américaine.

L'épuisement de la Grande-Bretagne et les prétentions de l'Union soviétique donnent aux États-Unis des responsabilités étendues dans un monde en proie au chaos, à la misère et au désespoir. Allaient-ils, cette fois, l'abandonner à son sort ou, au contraire, continuer à mettre à sa disposition, en temps de paix, les moyens dont ils disposent ? L'opinion américaine paraît décidée à ne pas revenir aux errements de 1919. Les États-Unis adhèrent à la charte des Nations unies, proposent leur aide aux peuples libres qui veulent défendre leurs institutions démocratiques acceptent même la signature d'un traité de coopération militaire avec l'Europe occidentale (pacte de l'O.T.A.N., 4 avr. 1949). Les Américains maintiennent des troupes en Europe, prêtes à riposter à toute menace soviétique (blocus de Berlin, 1948-1949), aussi bien qu'en Extrême-Orient où, de 1950 à 1953, la Corée a vu s'affronter les forces des camps impérialiste et communiste  . À la paix tant espérée s'est substituée la guerre froide qui, à peine terminée en un point du globe, se rallume ailleurs. Du moins, la possession de la bombe atomique crée-t-elle l'« équilibre de la terreur ». Les Américains sont condamnés à un rôle de gendarmes dans un monde en ébullition.

## 11. Les difficultés de l'apogée

Les années cinquante et soixante, dans la mémoire collective des Américains, restent l'âge d'or des États-Unis : puissants, riches et respectés, ils dominaient le monde et chacun vivait bien – ou pouvait espérer vivre mieux bientôt ; capitalisme et démocratie étaient les mamelles de la réussite et de la prospérité. La fin de la Seconde Guerre mondiale inquiète pourtant les Américains : il faut passer de la guerre à la paix, à l'extérieur comme à l'intérieur, et la prouesse semble d'autant moins aisée à réaliser que le plus grand président qu'aient connu les États-Unis est mort à la veille de la victoire.

Un ancien chemisier en faillite, qui a gravi peu à peu les échelons de la machine démocrate jusqu'à devenir vice-président des États-Unis, Harry S. Truman, accède à la présidence par le hasard de la mort de Franklin D. Roosevelt. La situation est d'autant plus préoccupante que l'homme a été soigneusement tenu à l'écart de toute décision : un homme sans qualités détient le pouvoir dans un moment extraordinaire et il s'en tirera fort bien, à la surprise générale. Même l'opinion, plutôt réticente, le réélit contre toute attente en 1948.

Il faut d'abord terminer la guerre. En Europe, la reddition allemande (8 mai 1945) suit de quelques semaines la disparition de F. D. Roosevelt. En revanche, le Japon résiste. Truman se résout à lancer la bombe atomique sur Hiroshima le 6 août et sur Nagasaki, le 9 août 1945. La décision demeure controversée mais l'objectif est atteint : le 14 août, le Japon accepte l'armistice sans condition. La guerre, à l'Ouest comme à l'Est, est finie. Les États-Unis espèrent en empêcher la réapparition par la création d'organisations multilatérales chargées de sauvegarder la paix, notamment en favorisant le développement économique : l'O.N.U. (Organisation des nations unies, San Francisco, juin 1945) ou le F.M.I. (Fonds monétaire international, Bretton Woods, juill. 1944).

Le retour à la paix achève d'accréditer la normalité de l'interventionnisme fédéral et de la domination présidentielle qui se sont manifestés depuis le New Deal. La présidence se donne alors les moyens d'action qui ne manqueront pas de lui permettre la tentation impériale : création du Council of Economic Advisers en 1946, de la C.I.A. (Central Intelligence Agency) et du National Security Council en 1947.

## 📍 La reconversion réussie

La reconversion vers une économie de paix provoque quelques soubresauts : l'inflation et le chômage croissent, le pouvoir d'achat diminue, des grèves massives éclatent (107 millions de journées de grève en 1946) et les agriculteurs semblent porter le coup de grâce au gouvernement démocrate en se refusant à livrer leurs produits sans augmentation des prix. Les effets des difficultés économiques et de l'agitation sociale ne se font pas attendre : les élections législatives de novembre 1946 sont un raz de marée républicain. La loi Taft-Hartley, qui restreint les prérogatives syndicales, est votée en 1947, dans la foulée, par la nouvelle majorité conservatrice. Pourtant, l'État réussit à rétablir à la fin de la décennie la situation économique (l'industrialisation massive, réalisée à coup de crédits fédéraux pour l'effort de guerre, va permettre de répondre rapidement à la demande civile : équipement ménager et travaux publics relancent la machine) et sociale (G.I. Bill of Rights de 1944, qui permet aux soldats démobilisés d'entreprendre des études universitaires, et augmentation du salaire minimum en 1949). L'économie demeure cependant fragile : c'est une nouvelle guerre, la guerre de Corée (1950-1953) qui établira vraiment la prospérité ■ .

L'évolution extérieure n'est pas plus aisée. Malgré son raidissement rapide et croissant, Truman en paye les conséquences intérieures. Politique étrangère et politique intérieure constituent pour lui l'enjeu d'attaques sur plusieurs fronts. Sur sa droite, les républicains l'accusent d'être mou face au communisme international et de laisser des communistes ou leurs amis, à l'intérieur même du gouvernement, déterminer la politique du pays – ce qui n'empêche aucunement ces conservateurs de rogner systématiquement les crédits demandés par le gouvernement démocrate pour « contenir » la menace communiste. À gauche, une alliance hétéroclite (de Henry Wallace, ministre de l'Agriculture, aux communistes en passant par Albert Einstein ou le célèbre journaliste Walter Lippman) lui reproche sa dureté à l'égard de l'U.R.S.S. et redoute une militarisation croissante des États-Unis.

## 📍 La double doctrine Truman

Harry Truman va prendre à revers tous ses opposants. Le 12 mars 1947, il propose la doctrine Truman : les États-Unis interviendront

économiquement ou militairement lorsqu'ils le jugeront nécessaire afin de préserver leurs intérêts stratégiques ou économiques ; c'est la prise en charge de la doctrine du *containment* (endiguement)  . Le plan Marshall (proclamé par le secrétaire d'État George Marshall le 5 juin 1947) se met alors en place pour aider les États européens à se relever économiquement et à se défendre à l'Est. Au même moment, une sorte de doctrine Truman à usage interne est aussi annoncée : le décret présidentiel du 21 mars 1947 permet dorénavant de vérifier le loyalisme politique des fonctionnaires. Devant la menace idéologique qu'il redoute pour les États-Unis, Harry Truman a enclenché les redoutables mécanismes de la guerre froide et du maccarthysme, dont il sera la première victime et qu'il sera fort difficile d'arrêter.

Général commandant en chef des troupes alliées sur le théâtre européen, héros de la Seconde Guerre mondiale, président d'université, Dwight Eisenhower, premier président républicain depuis vingt ans, est l'homme tranquille qui rassurera et rassérénera une opinion inquiète. Il sera le président le plus populaire de l'après-guerre.

Les Américains gardent le souvenir que cette période fut heureuse. Mais l'époque est plus vibrante que tranquille et les succès ne sont pas toujours là où on les attend. En politique étrangère, être la plus grande puissance du monde a des coûts, notamment moraux, que les États-Unis ne sont pas toujours prêts à assumer. En économie, ces trente glorieuses de la croissance et de la prospérité n'empêchent pas ces à-coups brutaux qui caractérisent la situation américaine et dont les effets négatifs sont inégalement répartis. D'ailleurs, sur le plan social, les bénéfices de l'expansion sont rarement partagés comme la justice le voudrait. Même lorsque des présidents démocrates comme John F. Kennedy et, surtout, Lyndon B. Johnson inventent une politique vraiment redistributive (avec la création, par exemple, en 1965 de programmes publics de couverture santé pour ceux qui en ont le plus besoin : Medicare pour les personnes âgées et Medicaid pour les pauvres), les avantages prévus ont une tendance fâcheuse à ne pas autant servir les destinataires qu'il serait souhaitable, les intermédiaires n'ayant pas oublié de se servir au passage. Qui plus est, les effets pervers sont fréquents : réserver les allocations familiales (Aid to Families with Dependant Children, 1962) aux familles pauvres et monoparentales, c'est pousser les pères à l'abandon et marginaliser les

plus défavorisés.

## 📍 Les droits individuels

Cette période est enfin – on l'oublie trop souvent – symbolisée par la Cour Warren (1953-1969) qui va littéralement accoucher des droits individuels, jusque-là restés dans l'ensemble fort théoriques : égalité à l'école, égalité devant la justice, égalité aux urnes, égalité devant la loi deviennent un droit pour tous, Noirs, pauvres, communistes ou simples citoyens d'États moins progressistes et plus répressifs que d'autres. Ainsi, de *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954) sur l'intégration scolaire à *Baker v. Carr* (1962) qui établit le principe d'« une personne, une voix » aux élections, de *Gideon Wainwright* (1963) qui garantit l'assistance judiciaire à *Engel v. Vitale* (1962) qui conforte le droit de ne pas pratiquer une religion, de *Sweezy v. New Hampshire* (1957) qui renforce la liberté d'expression y compris des marxistes à *Griswold Connecticut* (1965) où la Cour Warren parachève son œuvre par la reconnaissance d'un droit à l'intimité, d'ailleurs resté fort controversé. Toutes choses bien considérées, Earl Warren (1891-1974) s'avère le plus grand président qu'ait connu la Cour suprême depuis John Marshall (1755-1835) : ce que Marshall a fait en bâtissant un État fédéral puissant simplement esquissé par la Constitution de 1787, Warren l'a complété en construisant des droits individuels pour tous qui n'étaient qu'en germe dans la Déclaration des droits de 1791.

Les conservateurs n'auront de cesse qu'ils ne renversent cette majorité progressiste : ils y mettront vingt ans, de la nomination par Richard Nixon de William Rehnquist (1972) à celle par Ronald Reagan d'Anthony Kennedy (1987). Peu à peu, les avancées de la Cour Warren sont démantelées : ainsi, en 1989, la Cour suprême a autorisé les États à appliquer la peine capitale aux mineurs (au moment des faits) et aux débilés mentaux, et elle a affirmé en 1990 que les étrangers inculpés par les États-Unis n'avaient pas droit aux mêmes garanties judiciaires que les citoyens américains.

La Cour suprême, dans une large mesure, et plus même que le président, réussira à réduire le cancer maccarthyste. Dwight Eisenhower ne voudra jamais attaquer de front le sénateur McCarthy (il ne défendra même pas son supérieur, le général Marshall, contre les attaques iniques de McCarthy) et

préfère temporiser. Ainsi se refusera-t-il à gracier Ethel et Julius Rosenberg qui, en pleine hystérie antirouges, montent sur la chaise électrique le 19 juin 1953 bien que leur culpabilité n'ait pas été démontrée lors d'un procès bâclé. Mais Joe McCarthy commet une erreur fatale en s'attaquant au loyalisme de l'armée elle-même. Celle-ci se rebiffe. Les auditions armée-McCarthy se déroulent au Sénat au printemps de 1954 : le charme est rompu car l'opinion, grâce à la télévision, se rend compte de la brutalité et de la cruauté des méthodes du sénateur républicain. Il est censuré par le Sénat en décembre 1954 : c'est la fin du maccarthysme. Ses effets dureront longtemps : la controverse intellectuelle est stérilisée ; surtout, les fonctionnaires, qui devraient pouvoir conseiller en toute liberté, sont paralysés : l'aventure vietnamienne en est largement la conséquence.

En effet, les difficultés ne cessent de surgir : être la plus grande puissance du monde ne va pas sans entraîner les États-Unis plus loin qu'ils ne le voudraient, au nom d'un anticommunisme obsessionnel. Qui plus est, ils n'en finissent pas de régler leurs propres problèmes. À peine la guerre de Corée se termine-t-elle (54 000 morts américains et plus d'un demi-million de morts coréens) avec l'armistice de Panmunjom (27 juill. 1953) que commence en fait la guerre du Vietnam : en refusant de signer, avec le Vietnam du Sud, les accords de Genève (juill. 1954), les Américains mettent le doigt dans un engrenage qui leur coûtera cher – moins, il est vrai, qu'aux Vietnamiens (50 000 morts américains, 400 000 morts sud-vietnamiens et 900 000 morts vietcongs et nord-vietnamiens). Les États-Unis s'engagent d'autant plus profondément aux côtés du Vietnam du Sud qu'ils ont le sentiment de retrouver la main de Moscou dans tous les conflits régionaux. L'expansionnisme soviétique semble irrésistible, et l'U.R.S.S. paraît même capable de conquérir l'espace sans coup férir, laissant les États-Unis loin derrière : alors que les Soviétiques mettent en orbite avec succès le premier satellite Spoutnik (oct. 1957), le monde entier sourit à l'échec (nov. 1957) du Pamplemousse américain. C'est une douche froide pour les Américains, qui attribuent notamment leur retard à l'insuffisance de leurs méthodes éducatives.

John Kennedy, jeune, beau et triomphant, fera du retard américain son cheval de bataille électoral. Ayant violemment attaqué Eisenhower pour une politique qu'il accuse d'avoir endormi l'Amérique, laquelle se serait laissé militairement distancer par l'Union soviétique (missile Gap), il est élu de justesse

en novembre 1960 contre le vice-président Nixon. Il va nettement accroître les budgets militaires à partir de 1961 et semble capable de damer le pion aux Soviétiques : il en administre la preuve au monde lors de l'affaire des missiles de Cuba (oct. 1962) . Il n'hésite pas à aller « jusqu'au bord du gouffre », mais fait reculer Nikita Khrouchtchev, qui retire les missiles « entreposés » à Cuba .

La capacité de Kennedy à être un homme d'État restera cependant, pour l'essentiel, invérifiée et virtuelle : John Kennedy est assassiné, dans des circonstances qui demeureront toujours obscures, à Dallas, le 22 novembre 1963, endeuillant toute une génération qui, de par le monde, se sent un peu orpheline.

Succéder au bien-aimé fauché en pleine gloire n'est jamais facile. Lyndon Johnson, son vice-président, s'y emploie avec des succès mitigés. Il réussit, mieux que son prédécesseur, à mettre en route une véritable politique sociale de lutte contre la pauvreté. Il est d'ailleurs triomphalement élu en 1964, avec 16 millions de voix d'avance sur son adversaire, le sénateur Barry Goldwater, tellement réactionnaire qu'il fait redouter à une majorité la fin de toute protection sociale et la guerre nucléaire. Mais le président Johnson va trouver sa perte politique au Vietnam : il n'osera même pas se représenter à l'élection présidentielle de 1968.

## 📍 La tragédie vietnamienne

Loin de démontrer leur capacité d'endiguer le communisme alors triomphant, les Américains vont peu à peu s'enliser au Vietnam et y abandonner, à leurs propres yeux, une part de leur aura civilisatrice et de leur invincibilité : n'est-ce pas la première guerre de leur histoire qu'ils vont perdre ?

Eisenhower, en refusant de respecter les termes de Genève (élections avant juin 1956 dans l'ensemble du Vietnam sur la question de la réunification) et en aidant le Sud à former une armée, et Kennedy, en augmentant considérablement le nombre des conseillers militaires américains au Vietnam du Sud et en les envoyant au combat (les trois premiers soldats américains trouvent la mort le 2 janvier 1963), ont commencé la deuxième guerre d'Indochine. Lyndon Johnson va lui donner toute son ampleur (il y aura jusqu'à 550 000 soldats américains au Vietnam et les premiers bombardements du Nord commencent en

février 1965) et suivra personnellement et au jour le jour les opérations militaires. Sous prétexte d'une attaque navale du Vietnam du Nord (dont il est aujourd'hui démontré qu'elle fut imaginaire), il obtient carte blanche pour intensifier la guerre avec la résolution du Tonkin adoptée le 7 août 1964 à des majorités écrasantes (88 contre 2 au Sénat, 416 contre 0 à la Chambre ■ ). Malgré son opposition croissante, le Congrès ne refusera jamais une ligne de crédit pour la poursuite de la guerre jusqu'au cessez-le-feu de 1973. L'armée fournit des rapports toujours plus optimistes : l'offensive du Têt (janv.-févr. 1968) ■ en démontre la vanité et coûte la présidence aux démocrates. Richard Nixon remporte l'élection présidentielle de 1968 contre le vice-président Hubert Humphrey.

Il s'agit dorénavant de finir la guerre sans perdre la face. Avec l'aide du subtil Henry Kissinger, Nixon combine les retraits de troupes et l'intensification des bombardements sur le Nord, tout en négociant à Paris. Un cessez-le-feu est enfin signé le 27 janvier 1973. C'est la fin de la guerre américaine – bien que les États-Unis continuent à aider par des bombardements (sur le Cambodge en particulier) leurs alliés sud-vietnamiens, sans réussir à éviter la chute de Saïgon (printemps de 1975). Jamais le gouvernement du Vietnam réunifié ne touchera un sou pour les destructions massives ■ infligées au pays.

Lorsque, dans les romans ou les films, la tragédie est abordée, ce n'est que par ses effets délétères sur les combattants américains (*Né un 4 juillet*) ou sur une société (*Voyage au bout de l'enfer*) que la « sale guerre » a profondément divisée. Des succès remportés ailleurs (voyage spectaculaire dans cette Chine rouge que Richard Nixon avait jusque-là toujours refusé de reconnaître, en février 1972 ■ ; accord de désarmement nucléaire, S.A.L.T., signé en mai 1972 lors d'un voyage à Moscou) ne calment pas ces tensions qu'exacerbent les questions intérieures. Les États-Unis sont d'abord malades de leur problème racial : de 1964 à 1968, les ghettos éclatent en émeutes les uns après les autres. L'égalité de jure, en effet, à peu près acquise entre 1954 (arrêt Brown) et 1964 (vote de la loi sur les droits civiques), ne se traduit pas dans les faits où persistent ségrégation et inégalités, exaspérant une communauté qui sera bientôt (dans les années quatre-vingt) ravagée par la drogue et le sida.

Les Américains commencent ensuite à s'inquiéter déjà de ce qu'ils

craignent être un irrémédiable déclin économique : ils se rendent compte qu'eux non plus ne peuvent à la fois payer les canons et le beurre, et qu'ils sont atteints de stagflation. La situation est telle que Richard Nixon décide de tuer un mythe coûteux : le 15 août 1971, il supprime la convertibilité-or du dollar.

## @ Du Watergate à l'Irangate

Enfin, le scandale du Watergate va sérieusement ébranler la « présidence impériale » aux yeux des Américains. Le 18 juin 1972, en pleine campagne électorale, les bureaux du Parti démocrate à Washington sont cambriolés. Les responsabilités républicaines sont rapidement établies mais, en haut lieu, on préfère nier. La tactique est d'abord payante : le président Nixon est triomphalement réélu contre le démocrate George McGovern. Peu à peu, cependant, sous les coups de boutoir de la justice et du Sénat (la presse n'ayant en fait joué qu'un rôle mineur), l'obstruction présidentielle cède. Lorsque la Cour suprême exige que soient rendus publics ses entretiens privés, le président Nixon comprend que l'ampleur de ses malversations va être révélée et préfère devenir le premier président des États-Unis à démissionner (9 août 1974).

On eût pu croire que la leçon serait comprise de ses successeurs. Pourtant, moins de quinze ans plus tard, à l'automne de 1986, le président Reagan est pris en flagrant délit de non-respect des règles démocratiques (Irangate). N'acceptant pas de s'incliner devant le refus explicite du Congrès de ne pas aider militairement la Contra nicaraguayenne  , Ronald Reagan tente d'imposer secrètement et illégalement sa politique antisandiniste. Populaire – au contraire d'un Nixon dont l'opinion se méfie –, le président Reagan réussira à ne pas être convaincu de mensonge lorsqu'il affirme n'avoir personnellement rien su ni rien voulu. Il n'empêche que, à tout le moins, ses adjoints les plus proches ont une vision peu constitutionnelle des relations entre l'exécutif et le législatif. Bien que le Congrès, dans la foulée des fiascos du Vietnam et du Watergate, ait réaffirmé ses prérogatives en matière de politique étrangère (loi sur les pouvoirs de guerre de 1973) et de finances (loi sur la procédure budgétaire de 1974), les effets en sont très limités.

Les présidences de Gerald Ford et de Jimmy Carter ne seront que des intermédiaires, le premier parce qu'il ne lui sera pas pardonné d'avoir gracié Richard

Nixon (avant même que celui-ci n'ait été jugé) et le second parce qu'il ne lui sera pas pardonné de vouloir une Amérique plus modeste : ses hésitations permanentes et, surtout, la crise des otages de l'ambassade de Téhéran (pris en otages le 4 novembre 1979, ils ne seront libérés, dernier coup de pied de l'âne khomeyniste, que le jour de l'entrée en fonctions de Ronald Reagan, le 20 janvier 1981) lui coûteront popularité et réélection.

Ronald Reagan, charmeur, communicateur de talent, politicien consommé, remporte les élections de 1980 et de 1984. Idéologue mais ayant un sens aigu des rapports de forces, il préside en réalité au déclin accru des États-Unis, même si une immense majorité de ses compatriotes, auprès desquels il est très populaire, estiment au contraire qu'il a permis la renaissance des États-Unis. En fait, si une très longue expansion (après une grave récession en 1981 et 1982) reprend en décembre 1982, son coût est prohibitif ; c'est une reprise vicieuse qui laisse les États-Unis exsangues : la dette fédérale a triplé entre 1980 et 1988, les entreprises sont couvertes de dettes pour avoir non pas investi mais spéculé, et les ménages, dans la même situation, ont largement contribué au grave déficit de la balance commerciale ; pays crédeur depuis 1913, les États-Unis sont désormais le pays le plus endetté du monde (plus de 500 milliards de dollars à la fin de 1988), et une part croissante de leurs avoirs a été rachetée par des capitaux étrangers. Surtout, les problèmes qui apparaissent déjà juste après la guerre du Vietnam n'ont cessé de s'aggraver : l'infrastructure (routes, ponts, transports), le système éducatif, l'entreprise industrielle et le logement se dégradent ; la drogue pervertit une portion croissante de la société.

## 🌐 12. Les contradictions d'une superpuissance

### Le nouvel ordre mondial

La désintégration de l'Union soviétique, symboliquement manifestée par la destruction du Mur de Berlin en 1989, laisse les États-Unis en position de seule superpuissance mondiale. En 1990, un conseiller du président Bush lance l'idée de « nouvel ordre mondial ». De multiples conflits menacent la paix : terrorisme, prolifération des armes de destruction massive, guerres civiles, religieuses, ethniques, violences des processus de construction nationale, violations des droits de l'homme. Mais les États-Unis n'ont ni la volonté ni les moyens de porter seuls le

poids du leadership mondial. Et, alors que la crédibilité des organismes internationaux (O.T.A.N., O.N.U.), est continuellement mise à l'épreuve, la population américaine rechigne à participer à la résolution de conflits qui ne semblent pas la menacer directement. Avec l'éloignement du danger communiste, elle demande à ses élus de s'occuper en priorité des problèmes intérieurs (tensions raciales, drogue, violence des adolescents, économie). Il ne s'agit pas pour autant d'isolationnisme, mais, comme dans les années 1920, de faire passer « l'Amérique d'abord ». La fin de la guerre froide élimine un adversaire qui assurait contre lui l'union des alliés des États-Unis, mais aussi favorisait la cohésion sociale à l'intérieur. Saddam Hussein, président de l'Irak et soutenu par les États-Unis lors de sa guerre contre l'Iran, reprend en partie ce rôle. En janvier 1991, le président américain George Bush lance l'opération « Tempête du désert », menée sous l'égide de l'O.N.U., afin de faire plier Saddam Hussein, qui avait envahi le territoire du Koweït en août 1990. C'est un succès militaire, mais qui ne résout pas le différend avec l'Irak, accusé de se réarmer clandestinement. En 1998, Bill Clinton fait bombarder des sites suspectés d'abriter des armes chimiques. Cette décision, survenant à un moment où le président Clinton était mis en difficulté par l'affaire Lewinsky, est apparue comme un moyen de détourner l'attention de l'opinion américaine.

Si le discours américain en appelle à la paix mondiale et au respect des droits de l'homme, dans les faits les intérêts économiques sont privilégiés. Le Moyen-Orient et le Golfe sont des zones stratégiques d'approvisionnement, où le statu quo est un impératif menacé. En Asie, la Chine est ménagée, malgré les violations répétées des droits de l'homme. La volonté de conquérir de nouveaux marchés se manifeste en Afrique, suscitant une réaction d'hostilité de la part des populations. Envers les États de l'ex-Union soviétique, la prudence est de règle, afin de freiner la prolifération des armes nucléaires. Avec la signature d'accords de paix en Irlande du Nord (accord du 10 avril 1998) et entre Israël et la Palestine (à Wye Plantation, Maryland, en octobre 1998), Clinton remporte quelques victoires, fragiles. En fin de compte, la politique extérieure des États-Unis est caractérisée par l'ambiguïté. Ils aspirent à une stabilité internationale qui favoriserait les relations commerciales, mais ils bafouent eux-mêmes les accords internationaux, par exemple en imposant unilatéralement des embargos (Cuba, Irak), ou en n'acceptant que les règles commerciales qui leur sont favorables (« guerre de la banane »).

## 📍 Les enjeux de la politique intérieure

Le fonctionnement politique des États-Unis est paralysé par une lutte sans merci entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif, entre le gouvernement fédéral et les États fédérés, tandis que les véritables questions – aggravation des inégalités sociales, augmentation de la pauvreté malgré un taux de chômage très faible, absence de couverture sociale pour les plus pauvres, tensions raciales, immigration –, restent sans réponses.

En 1988, le vice-président George Bush succède à Ronald Reagan. Plus intéressé par la politique extérieure que par les questions intérieures, il se contente de continuer la politique de laisser-faire et de limitation du rôle de l'État fédéral. Il semble en position de force pour aborder les élections de novembre 1992, au cours desquelles il affronte le gouverneur démocrate de l'Arkansas, William Jefferson Clinton, et un indépendant, le milliardaire texan Ross Perot. Bill Clinton, élu, devient le plus jeune président des États-Unis. La présence d'un tiers a suscité un intérêt nouveau parmi les électeurs, et le taux de participation électorale atteint 55 p. 100 de la population en âge de voter, soit le plus haut depuis 1972. Six ans plus tard, il retombe à 36 p. 100, le niveau le plus bas depuis 1942.

### **Le Parti républicain et le Sud**

Bill Clinton présente un projet politique mêlant mesures sociales et libéralisation des mœurs, et voit se dresser contre lui une puissante coalition conservatrice dans laquelle le nouveau Sud, la *Bible Belt*, fort de sa croissance économique et démographique, joue un rôle important. En 1994, les onze États ex-confédérés, plus le Kentucky et l'Oklahoma, élisent 137 représentants (17 de plus qu'en 1960) ; en 1996, ils sont 145, soit le tiers de la Chambre des représentants. Cet accroissement s'accompagne d'une double polarisation. Depuis 1980, les démocrates ont peu à peu perdu la majorité dans une région qui était un de leurs bastions traditionnels. En 1990, les treize États avaient encore élu 83 démocrates et 46 républicains ; en 1994, ils envoient à la Chambre des représentants 59 démocrates et 78 républicains. De plus, le réalignement adopte des lignes raciales : la Georgie par exemple, avant le découpage électoral et l'addition d'un siège, avait neuf représentants démocrates, dont un Noir, et un représentant républicain. En 1995, elle élit trois démocrates noirs et huit

républicains blancs. Des associations religieuses minoritaires, mais très actives et très puissantes dans le Sud, comme la Coalition chrétienne, exercent une influence croissante dans le Parti républicain, pèsent sur la désignation des candidats, et essaient d'imposer leurs choix de société (lutte contre l'avortement, contre la libéralisation des mœurs, contre l'immigration, mise en avant de la religion et des droits des États).

### **Congrès républicain contre président démocrate**

La victoire des républicains aux élections de la mi-mandat en 1994 leur donne, pour la première fois depuis 1952, la majorité dans les deux chambres du Congrès. Le nouveau président de la Chambre des représentants, Newt Gingrich, annonce à grands cris un « Contrat avec l'Amérique », qui consiste à accentuer le démantèlement des mesures sociales du New Deal et des années 1960, et à limiter l'action du gouvernement fédéral. Entre autres dispositions, il propose la réduction de la dette publique (4 500 milliards de dollars) sur sept ans, et une diminution des impôts de 245 milliards de dollars, en bonne partie au bénéfice des plus hauts revenus. Clinton a beau jeu de s'opposer à un projet qui conduirait à réduire les financements fédéraux dans l'aide médicale aux personnes âgées (Medicare), dans le logement, l'éducation et la formation permanente.

Les pressions portent cependant leurs fruits. En août 1996, briguant un second mandat et désireux de ne pas s'aliéner l'électorat conservateur, Clinton signe sans conviction une loi d'inspiration républicaine qui supprime l'aide fédérale aux familles avec des enfants – une aide votée soixante et un ans plus tôt, à l'époque du New Deal. Cette aide est transférée aux États qui reçoivent une somme dont ils déterminent l'utilisation. Afin de diminuer leurs dépenses, ceux-ci encouragent les chefs de famille vivant de l'aide sociale (la plupart sont des mères élevant seules leurs enfants) à trouver du travail. Un autre aspect de la loi menace les immigrants qui, même légaux, sont écartés du bénéfice de l'aide sociale, réservée aux citoyens américains. Cette décision entraîne une forte augmentation des demandes de naturalisation.

La guérilla menée contre le président Clinton par les républicains, les mouvements chrétiens fondamentalistes et différents groupes de pression, trouve un nouveau souffle lorsque le procureur indépendant Kenneth Starr, nommé pour

enquêter sur une affaire de financements, découvre que le président a entretenu une liaison avec une employée temporaire de la Maison-Blanche. Bill Clinton commet l'erreur, dans un premier temps, de vouloir cacher cette aventure. L'année 1998 est marquée par les interventions médiatiques de défenseurs autoproclamés de la morale publique qui déversent complaisamment, aux heures de grande écoute, les détails les plus salaces sur les activités sexuelles extra-conjugales du président des États-Unis. Les pères fondateurs, lorsqu'ils avaient institué le système de contrepoids mutuels (*checks and balance*) dans la Constitution de 1787, n'avaient certainement pas imaginé que la procédure de mise en accusation d'un président pour haute trahison (*impeachment*) pourrait être utilisée dans le domaine de la vie privée. Or, s'ils blâment sa conduite, les électeurs font clairement savoir, lors des élections à mi-mandat de novembre 1998, qu'ils ne souhaitent pas sa destitution. La Chambre des représentants, dominée par une majorité républicaine, persiste et vote en décembre 1998 la poursuite de la procédure au Sénat, sur deux chefs d'inculpation : faux témoignage devant une Haute Cour et obstruction à la justice. Un verdict de destitution ne peut être rendu que par une majorité des deux tiers (soit 67 voix sur 100). Le 12 février 1999, les sénateurs, réunis en tribunal spécial, acquittent le président de l'accusation de faux témoignage (55 voix seulement pour la culpabilité) et de celle d'obstruction à la justice (50 contre 50).

Tandis que le bras de fer entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif retarde le vote de mesures sociales, la Cour suprême, dont plusieurs membres ont été nommés par Ronald Reagan ou George Bush, arbitre en faveur des mouvements conservateurs. Une loi de 1963 avait interdit la prière à l'école pour garantir la neutralité religieuse. Mais à la suite d'un jugement de la Cour suprême de 1990, qui déterminait que les bâtiments scolaires pouvaient être utilisés en dehors des cours par des groupes religieux, les « groupes de prière » se multiplient. En 1997, la Cour suprême réaffirme les droits des États (*Printz v. United States*) et déclare que la loi Brady sur le contrôle des armes à feu adoptée en 1993 leur porte atteinte en les obligeant à rechercher les antécédents des acheteurs d'armes à feu.

## @ Une société divisée

Noirs et Blancs, hommes et femmes, riches et pauvres, Américains de

souche (nés aux États-Unis de parents eux-mêmes nés aux États-Unis) et immigrants, s'opposent pour l'accès aux ressources. En 1996, le salaire annuel moyen d'un homme noir représente 80 p. 100 de celui d'un homme blanc, celui d'une femme blanche 73 p. 100, celui d'une femme noire 65 p. 100, celui d'un homme hispanique 64 p. 100 et celui d'une femme hispanique 56 p. 100. Plus généralement, la pauvreté a augmenté aux États-Unis ; elle atteignait en 1993 le taux de 15 p. 100 d'Américains au-dessous du seuil de pauvreté, soit le taux le plus élevé depuis trente ans.

La société américaine est dure pour les faibles, même si le rêve américain connaît un nouvel élan avec la reprise économique et l'extraordinaire développement de l'informatique et des communications grâce au réseau Internet. Des millions d'immigrants, légaux ou clandestins, arrivent d'Amérique latine et d'Asie. Inquiets de la concurrence pour l'emploi, classes moyennes et pauvres demandent la diminution des entrées. En septembre 1996, une loi sur l'immigration renforce les contrôles à la frontière, et autorise le gouvernement à expulser plus rapidement les clandestins. Cependant, Bill Clinton refuse de ratifier une mesure qui autoriserait les États à refuser toute scolarisation aux immigrants illégaux.

### **La persistance du problème noir**

Les relations entre Noirs et Blancs restent un des principaux problèmes sociaux de la décennie de 1990, et il ne s'agit pas d'une question marginale. La musique rap, qui prend pour inspiration la vie dans les quartiers noirs défavorisés, émerge comme un courant musical à part entière dès 1991. Les conséquences de la dégradation des ghettos sont projetées sur la scène publique lorsque de violentes émeutes raciales éclatent à Miami en 1989, à Crown Heights, un quartier de Brooklyn, en 1991, et, surtout, à South Central (Los Angeles) en avril 1992 (faisant 52 morts, 21 millions de dollars de dommages). Dans cette dernière affaire, quatre policiers blancs, qui avaient passé à tabac un conducteur noir, Rodney King, furent acquittés par un jury constitué presque exclusivement de Blancs, malgré la preuve flagrante qu'apportait la vidéo tournée par un témoin. Dépassant l'opposition entre Noirs et Blancs, la violence est rapidement dirigée contre des immigrants récents, mexicains et surtout coréens, soulignant l'importance de la question de l'immigration. Un an plus tard, la condamnation des policiers par un jury fédéral et l'attribution de crédits dans les quartiers noirs

permettent de calmer la tension, même si la pauvreté, les luttes entre gangs et le commerce de drogue persistent. Le rapport entre le revenu par tête des Noirs et des Blancs, qui était de 57 p. 100 en 1980 n'est encore que de 60 p. 100 en 1995.

Le procès d'Orenthal James Simpson, en 1995, confirme la polarisation raciale. Ancienne vedette du football américain, très riche, marié à une Blanche, il est l'exemple même du Noir qui a réussi. Accusé de l'assassinat de son ex-femme et de l'ami de celle-ci, il est déclaré non coupable, malgré des indices troublants, à l'issue d'un procès fleuve de neuf mois abondamment relayé par les médias, mettant en vedette les meilleurs avocats des États-Unis. Les réactions de la population reflètent les préjugés raciaux traditionnels : 63 p. 100 des Blancs le pensent coupable et 83 p. 100 des Noirs le considèrent innocent. Des extrémistes tentent d'utiliser cette frustration et, en 1995, la « marche du million d'hommes noirs », organisée par le dirigeant de la Nation de l'Islam, Louis Farrakhan, rassemble environ 400 000 manifestants à Washington.

### **Des progrès contre la discrimination**

Les années 1990 envoient à ce sujet des signaux contradictoires. D'un côté, minorités et femmes ont obtenu des avancées indéniables. Dans le secteur éducatif, la volonté de mieux rendre compte de la diversité de la population et de l'histoire des États-Unis, a donné lieu, sous l'appellation assez pauvre de « multiculturalisme », à une vive contestation de la prédominance de l'histoire et de la littérature européennes, et à la valorisation de l'apport des minorités.

Les femmes sont de plus en plus nombreuses à travailler, mais il leur reste à conquérir une véritable égalité salariale, par un plus large accès aux emplois bien payés. Depuis 1979, elles sont majoritaires à l'université, mais c'est moins un signe de promotion que le résultat du choix de nombreux jeunes hommes qui, grâce à l'économie, peuvent trouver un travail bien rémunéré même sans posséder de diplôme universitaire. Plus d'égalité signifie aussi plus de respect sur le lieu de travail. Le nombre de cas de procès pour harcèlement sexuel est passé de 6 900 en 1991 à 15 500 en 1998.

Mais ceux qui se reconnaissent dans la catégorie « hommes blancs », et qui s'estiment désavantagés par les mesures de promotion des minorités et des

femmes, ont eux aussi marqué des points. L'action du gouvernement fédéral en faveur des minorités (Affirmative Action), inscrite dans la loi sur les droits civiques de 1964, et qui avait permis l'amélioration de la situation sociale d'une partie de la population noire, est progressivement démantelée à partir de 1996, d'abord en Californie puis dans l'État de Washington.

## **Le XXI<sup>e</sup> siècle sera-t-il américain ?**

On pourrait le croire au vu d'un dynamisme économique qui tire le meilleur parti de la mondialisation. Cependant, le modèle américain, libéral, individualiste et prédateur doit trouver des réponses à des questions majeures : la dégradation de l'environnement et de la qualité de la vie, les menaces que font peser sur la vie privée les médias (presse à scandales et Internet, qui des émeutes de Los Angeles au procès du président Clinton ont tenu le haut du pavé), la montée de la violence chez les adolescents, l'exigence de plus de démocratie, la protection sociale pour les pauvres (les immigrants illégaux ou non sont les premiers visés par les mesures de restriction), et les retraites (les personnes âgées seront de plus en plus nombreuses avec le vieillissement de la génération du baby-boom). Le rejet, par le Congrès, du projet de restructuration du système de santé proposé par Bill Clinton en 1992, s'il ne préjuge pas de l'avenir, n'est à cet égard guère encourageant.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## **CHANGE - L'intégration monétaire européenne**

### ***Prise de vue***

L'intégration monétaire est une situation où plusieurs économies – entre lesquelles la mobilité des capitaux est parfaite – ont soit des monnaies liées entre elles par des taux de change fixes, soit une monnaie unique (union monétaire). Mais l'expression est aussi utilisée pour désigner le processus – plus ou moins long – au cours duquel l'intégration est en voie de réalisation. La fixité des taux de change et la mobilité des capitaux sont alors loin d'être parfaites et, a fortiori, on est loin de la monnaie unique, mais ce sont des objectifs plus ou moins clairement

affichés. Dans tous les cas, l'intégration monétaire renvoie à la stabilité des taux de change et est associée à une perte plus ou moins grande d'autonomie de la politique monétaire nationale.

On peut faire remonter l'histoire moderne de l'intégration monétaire européenne au XIX<sup>e</sup> siècle. En 1865, la constitution de l'Union monétaire latine – à laquelle participent la Belgique, la Bulgarie, la France, la Grèce et la Suisse – répond déjà à la volonté d'établir une zone de stabilité des changes en Europe. Cet objectif ressurgit entre les deux guerres mondiales quand s'imposent les changes flexibles et l'instabilité monétaire qui les accompagne. Mais, plus raisonnablement, c'est à la fin de la Seconde Guerre mondiale qu'il faut revenir. De grands hommes politiques européens tirent alors les leçons de la crise des années 1930 et des conflits qui ont dévasté l'Europe, afin d'éviter que de tels événements se reproduisent. Le projet d'intégration européenne est donc animé, dès le début, par des motivations autant politiques – empêcher le retour de la guerre en réconciliant durablement France et Allemagne – qu'économiques – réinsérer l'Europe au sein de l'économie internationale d'après guerre. Il en sera toujours ainsi par la suite. Même si l'économie semble jouer le rôle intégrateur, la dimension politique reste au cœur de la dynamique européenne.

Les explications de l'intégration monétaire européenne privilégient l'une ou l'autre de ces deux dimensions. Dans les approches centrées sur les facteurs économiques, elle est la conséquence de l'intégration des marchés des biens – la réduction des obstacles tarifaires et non tarifaires dans le cadre du Marché commun a alors un rôle décisif – ou des capitaux – qui vient limiter les marges de manœuvre de la politique monétaire. Les approches privilégiant le politique insistent sur la politique intérieure – plus précisément sur l'uniformisation des préférences et des idées des responsables européens en matière de politique économique –, sur les compensations politiques et fonctionnelles – tout particulièrement entre la France et l'Allemagne – ou encore sur la politique étrangère – avec la volonté de faire contrepoids à la puissance des États-Unis (Henning, 1998). En réalité, tous ces facteurs sont étroitement imbriqués et il est bien difficile de les démêler. Dans ces conditions, mieux vaut suivre le fil de l'histoire.

## 📍 1. L'Europe dans le système de Bretton Woods

L'idée d'une Europe unie naît simultanément dans beaucoup de lieux différents. Dans les années qui suivent immédiatement la Seconde Guerre mondiale, elle s'exprime avec force en Europe même – où, par exemple, Winston Churchill appelle de ses vœux en 1947 « les États-Unis d'Europe » – mais aussi aux États-Unis – où l'Administration et le Congrès apparaissent entièrement acquis à la cause d'une Europe unifiée (Marjolin, 1999). Sans se prononcer sur le poids des uns et des autres, on s'accorde pour dire que le Plan Marshall a joué un rôle décisif dans le démarrage du processus d'intégration de l'Europe occidentale.

### 📍 Le plan Marshall et l'Union européenne des paiements

#### **Le problème des relations monétaires dans l'Europe en reconstruction**

En 1945, les Alliés veulent éviter les erreurs des années 1930. Un système monétaire mondial très contraignant est mis en place à Bretton Woods (1944) autour de la convertibilité en or du dollar, monnaie de référence sur laquelle s'ancrent les autres monnaies, avec une marge de fluctuation limitée à 1 p. 100. Il garantit la stabilité monétaire au niveau international – grâce à la fixité des parités – et consacre la suprématie du dollar américain. Un retour rapide à la convertibilité externe des monnaies et une discipline dans la défense des parités sont préconisés. Ce système est censé favoriser les échanges internationaux. Les États-Unis, grands vainqueurs en 1945, favorisent la réhabilitation du commerce international en profitant de leur statut de leader économique et monétaire. Ainsi, chaque État s'engage à régler ses paiements extérieurs en dollars. Les accords de Bretton Woods se fondent sur les propositions anglo-américaines, guidées par le souci d'éviter que ne se reproduisent l'instabilité des taux de change et le protectionnisme des années 1920, pour les Américains, ainsi que la crise des années 1930, pour les Britanniques. En matière monétaire, la préférence commune de ces deux pays pour des taux de change fixes ou ajustables explique le succès des accords.

C'est dans ce cadre que s'inscrivent deux événements majeurs pour

l'Europe : le plan Marshall, qui, en astreignant les pays bénéficiaires à coordonner leur reconstruction, est à l'origine de la création de l'Organisation de coopération et de développement économiques (O.C.D.E.) ; l'Union européenne des paiements, qui va faciliter le développement du commerce intra-européen (Eichengreen et Kenen, 1994).

L'Europe sort ruinée du second conflit mondial. Démunies de réserve de change, dans l'impossibilité d'importer, privées de leurs réseaux d'échanges pourtant indissociables de la relance économique, les économies des pays européens sont totalement désorganisées. Les productions industrielles nationales sont au plus bas. En 1946 et 1947, l'aide massive des États-Unis permet d'adoucir les pénuries alimentaires, de remettre sur pied des services de base et de favoriser de modestes redressements de l'activité économique. Cette reprise reste cependant déséquilibrée et insatisfaisante. Le commerce extérieur est au centre de la crise. La poursuite de politiques macro-économiques expansives combinée au maintien des contrôles des prix institués pendant la guerre est à l'origine d'un excès de demande. L'aide bilatérale américaine ne suffit pas pour financer le déséquilibre extérieur qui en résulte et un grand nombre de pays doivent puiser dans ce qui leur reste de réserves de change pour acheter des marchandises aux États-Unis.

Le manque de réserves en devises fortes conduit les gouvernements à mettre en place des contrôles des changes de plus en plus contraignants pour les importations en provenance des autres pays européens. Dans ces conditions, les échanges intra-européens sont pénalisés. Parce qu'il est alors plus facile d'acheter à crédit aux États-Unis – par les canaux commerciaux normaux ou en ayant recours aux lignes de crédit du gouvernement américain –, on préfère importer des produits américains, même s'il existe des possibilités d'approvisionnement moins onéreuses ailleurs en Europe. Pour des raisons analogues – le refinancement des comptes clients est plus facile à New York –, on préfère exporter vers les États-Unis. L'inconvertibilité des monnaies nationales et le non-fonctionnement des marchés du crédit, alors que le marché des capitaux américain est ouvert, conduisent à un détournement des échanges en direction des États-Unis et des autres pays à devises fortes. En 1947, la situation en Europe se caractérise par un effondrement des relations commerciales multilatérales ; les échanges sont

strictement bilatéraux : un pays ne veut exporter vers un autre que s'il peut immédiatement importer de celui-ci des marchandises de valeur comparable. L'économie européenne se trouve dans une situation si difficile que, dans certains pays – notamment en France et en Italie –, on craint un effondrement des gouvernements démocratiques.

## **L'Organisation européenne de coopération économique et le plan Marshall**

Pour traiter ce problème, le gouvernement américain décide d'accorder son aide et ses crédits sur une base multilatérale pour régénérer l'Europe occidentale en tant que bloc intégré. Le Programme de reconstruction européenne (P.R.E.) est approuvé par le Congrès américain en avril 1948. Lorsque l'Administration demande au Congrès d'approuver le P.R.E., elle prône également la création d'une organisation européenne permanente ayant pour objectif d'organiser leur coopération. Paul Hoffman, chef de l'Economic Cooperation Administration à Washington, responsable du P.R.E., appelle alors à la formation en Europe d'un « grand marché unique », au sein duquel le commerce et les paiements seraient totalement libres. Se joignant aux États-Unis, seize pays fondent l'Organisation européenne de coopération économique (O.E.C.E.). L'O.E.C.E. doit approuver, sur la base de plans présentés par chaque État membre, toute aide ou tout crédit au titre du plan Marshall. L'une des priorités est d'aider les pays à réduire les déficits budgétaires et à pratiquer une politique monétaire plus restrictive pour lutter contre l'excès de demande. L'élimination des tensions inflationnistes apparaît comme un préalable nécessaire pour rétablir la convertibilité monétaire et la stabilité des changes et ramener les économies à l'équilibre. À partir de 1948, les crédits américains encouragent les économies d'Europe occidentale à s'acheter réciproquement des produits. Les aides au titre du plan Marshall sont utilisées comme un levier pour éliminer les restrictions quantitatives aux échanges extérieurs entre nations européennes. Tous les pays doivent soumettre à l'O.E.C.E. un programme de libéralisation progressive des systèmes de contingentement et d'autres contrôles directs.

En septembre 1950 est créée l'Union européenne des paiements (U.E.P.), organisme chargé de la compensation multilatérale à taux de change fixes des règlements entre économies européennes (Triffin, 1957). L'U.E.P. est

financée par des lignes de crédit des États-Unis (le dollar servant de moyen de règlement et d'unité de compte) et a pour but de relancer les relations commerciales, tout en s'efforçant d'économiser les devises, aucun paiement n'étant plus effectué directement d'un pays à l'autre. Cet accord permet notamment la transférabilité intégrale des monnaies participant au système. C'est en ce sens que l'U.E.P. a pu être qualifiée d'« union monétaire régionale », voire de premier essai de « coopération monétaire organisée » (Patat, 1992). L'U.E.P. peut être aussi considérée comme une forme extrême de contrôle des mouvements de capitaux et une mesure interventionniste, d'inspiration keynésienne, visant à faire face à la pénurie de dollars en favorisant le commerce intra-européen par rapport au commerce avec les États-Unis.

Au cours de la même année – le 9 mai 1950 –, Robert Schuman, ministre français des Affaires étrangères, propose, dans une déclaration historique inspirée de Jean Monnet, la mise en commun des ressources de charbon et d'acier de la France et de l'Allemagne. Cette déclaration jette les bases de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (C.E.C.A.), instituée en 1951 par le traité de Paris, que signent la France, l'Allemagne, l'Italie et le Benelux. La libéralisation des échanges commerciaux est pratiquement achevée en 1952. Les déficits des paiements des différents pays sont largement comprimés.

L'Accord monétaire européen (A.M.E.) est signé le 5 août 1955. Il repose sur deux piliers. D'abord un Fonds européen, destiné à aider financièrement, de façon temporaire, les États membres soumis à des difficultés de balance des paiements, et ce dans le but de faire fonctionner le plus harmonieusement possible le système de règlements. Si l'U.E.P. était motivée par le souci d'assurer la convertibilité des monnaies, l'A.M.E., pour sa part, va faciliter les règlements entre les monnaies désormais convertibles, grâce à un nouveau système établi pour assurer aux banques centrales le règlement des engagements pris par les pays déficitaires. L'accord va prévoir également la réduction des marges de fluctuation entre les dix-sept monnaies participantes. Un écart de 0,75 p. 100 entre ces dernières est envisagé contre 1 p. 100 par rapport au dollar, comme il était stipulé dans les accords de Bretton Woods. L'A.M.E. 25, comme l'U.E.P., va ainsi permettre aux monnaies européennes d'atteindre la convertibilité, grâce à quoi l'Europe pourra de nouveau participer aux circuits d'échanges

économiques internationaux.

À la fin des années 1950, les États européens ont suffisamment reconstitué leurs réserves en or et en dollars pour instituer la convertibilité de leurs monnaies en dollars. Une fois les devises européennes de nouveau convertibles entre elles sur le marché des changes, l'U.E.P. n'a plus lieu d'être. Ce mécanisme est effectivement dissous le 27 décembre 1958. Sir Alec Cairncross – chef des conseillers économiques auprès du gouvernement britannique au début des années 1960 – dresse le bilan du P.R.E. : « rétablissement de l'équilibre interne et externe, maîtrise de l'inflation et amélioration des conditions permettant une expansion du commerce intra-européen sur des bases multilatérales et plus libérales ». À ses yeux, « seul le plan Marshall pouvait provoquer le revirement de la politique française en faveur de l'Allemagne, ce qui a jeté les bases du rapprochement franco-allemand, du plan Schuman et de la Communauté européenne ».

## 📌 Le traité de Rome

Le 25 mars 1957 les Six (Belgique, France, Allemagne, Italie, Luxembourg, Pays-Bas) signent à Rome deux traités instituant la Communauté économique européenne (C.E.E.) et la Communauté européenne de l'énergie atomique (Euratom), lesquels sont depuis lors dénommés « traité de Rome ». Il ne prévoit pas explicitement l'institution d'une zone monétaire européenne, mais comprend quelques dispositions relatives à la coordination des politiques monétaires : les paragraphes 103 à 107 disent explicitement que chaque pays membre considère que sa politique conjoncturelle et sa politique de change constituent une question d'intérêt commun, et instaurent un Comité monétaire, regroupant un représentant de la banque centrale et un représentant du ministère des Finances de chaque pays ainsi que des représentants de la Commission. Le principal fondement théorique aux choix monétaires du traité de Rome est une prise de position en faveur des taux de change fixes conforme aux dispositions des accords de Bretton Woods. Comme les six États fondateurs de la Communauté continuent de participer au système monétaire international mis en place par ces accords, la création d'un système parallèle est inutile. Dans le cadre du Marché commun, l'objectif est d'assurer simultanément l'équilibre externe et l'équilibre interne des économies sous un régime de taux de change étroitement liés les uns

aux autres. Dans le cadre de l'Union douanière, on souhaite alors assurer une certaine stabilité monétaire et une plus grande coordination des politiques monétaires, le tout étant supervisé par le Comité monétaire.

Le traité instituant la Communauté européenne consacre la liberté de circulation des capitaux dans le marché commun : « toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres sont interdites » (article 73 B, paragr. 1). Il oblige les États membres, au cours d'une période transitoire, à supprimer progressivement les entraves à la circulation des capitaux, dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du Marché commun. Cependant, à l'expiration de la période transitoire, cette obligation ne se voit accorder aucun effet direct, l'idée étant que les mouvements de capitaux risquent de nuire au bon fonctionnement du Marché commun en déstabilisant la politique économique des États membres. Jusqu'à la fin des années 1980, si certains États connaissent une telle liberté, d'autres vont maintenir, en conformité avec le droit communautaire, des restrictions aux mouvements des capitaux.

### 📌 Le rapport Marjolin et les perturbations du système monétaire international

Dès les premières années du Marché commun, la nécessité d'une harmonisation monétaire se fait jour. En l'absence d'une monnaie communautaire unique, il faut recourir à l'emploi d'unités de comptes dans de nombreux domaines de la Communauté, les ajustements de taux de change pouvant perturber le fonctionnement de l'union douanière et de la politique agricole commune. La politique agricole commune (P.A.C.) est mise en place à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1962, quand le Conseil adopte les premiers règlements en vue de créer un marché unique des produits agricoles et d'assurer la solidarité financière par l'intermédiaire d'un Fonds européen d'orientation et de garantie agricole (F.E.O.G.A.). Pour empêcher les fluctuations des prix agricoles et maintenir les revenus des agriculteurs, les taux de change verts sont introduits. Ils dépendent des taux de change en vigueur, mais fluctuent beaucoup moins. Cette création est accompagnée de celle des « montants compensatoires monétaires » prenant la forme de droits à l'importation et de subventions à l'exportation. Ces dispositions renforcent la prescription du Fonds monétaire international (F.M.I.) relative à la fixité des taux de change. Mais, jusqu'au début des années 1960, chaque fois que

les pays membres connaissent des difficultés en matière de balance des paiements, ils ont recours en premier lieu à l'assistance du F.M.I. et à celle des États-Unis.

L'idée d'un système de parités de change fixe entre les Six commence à cheminer dans les esprits. La Commission lance le débat en octobre 1962. Le 24 octobre 1962 est présenté par Robert Marjolin un mémorandum indiquant la volonté d'adopter la fixité des taux de change, et ce en vue de créer une union monétaire. Cette initiative rend compte de l'intégration économique croissante des États européens, plus que jamais soumis au besoin de stabiliser leurs taux de change, une politique commerciale commune pouvant difficilement se passer d'une politique monétaire commune. Avant de parvenir à une union monétaire, le mémorandum suggère d'entreprendre les premiers pas en direction d'une politique monétaire concertée.

En 1964, une étape importante est franchie. Le Conseil prend la décision de créer un Comité des gouverneurs des banques centrales et donne ainsi une meilleure assise institutionnelle à la coopération des politiques monétaires. Ce système de consultations entre États membres doit permettre l'ébauche d'une position commune en matière de relations monétaires internationales.

À partir de 1965, les perturbations du système monétaire international (S.M.I.) font apparaître la faiblesse de l'Europe dans le jeu économique mondial. Le système de taux de change fixes commence à être mis à mal. En novembre 1967, la livre sterling fait l'objet d'attaques spéculatives. Relativement modéré jusqu'en 1958, le déficit de la balance commerciale des États-Unis devient croissant et massif. Pour les pays étrangers, le déficit américain se traduit par un gonflement rapide et excessif des liquidités internationales, provoquant ainsi une poussée inflationniste mondiale, elle-même accentuée par le développement anarchique du marché des « eurodollars ». La crédibilité du dollar est érodée. Les autorités françaises critiquent les États-Unis qu'elles accusent d'abuser des privilèges que leur confère leur place dans le S.M.I. en enregistrant des déficits de leur balance des paiements courants et en utilisant le dollar pour prendre le contrôle de firmes européennes. Les autorités allemandes font de même en critiquant le financement monétaire des déficits budgétaires résultant de la guerre

du Vietnam, ce qui se traduit par une exportation de l'inflation vers l'Europe.

En février 1968, la Commission adresse au Conseil un premier mémorandum, dans lequel elle suggère des concertations avant tout changement de parité, l'élimination des fluctuations journalières de change entre les monnaies et l'adoption de marges de fluctuations identiques à l'égard des pays tiers. Elle propose aussi la mise en place dans le cadre de la Communauté d'un dispositif de concours mutuel et la définition d'une unité de compte européenne, qui serait utilisée dans tous les domaines de l'action communautaire requérant un dénominateur commun.

En mars 1968, le pool de l'or, instauré en 1960 par les banques centrales, est dissous et le cours du métal jaune sur le marché libre cesse d'être régularisé. Durant l'été de 1968, c'est au tour du franc français et du deutsche Mark d'être en proie à de fortes tensions, le premier à la baisse, le second à la hausse.

L'union douanière est effective dès le 1<sup>er</sup> juillet 1968, soit avec dix-huit mois d'avance : il n'y a plus de droits de douane à acquitter dans le cadre d'échanges intra-communautaires et les tarifs appliqués aux importations sont les mêmes dans les six pays de la C.E.E. Après une dizaine d'années consacrées à la mise en place de l'union douanière, les questions monétaires reviennent sur le devant de la scène à la fin des années 1960. La Communauté ayant établi l'union douanière ainsi que la P.A.C., il semble tout naturel de franchir une nouvelle étape. Le 27 décembre 1968, le Conseil, le Parlement et la Commission procèdent à un échange de vues sur les perspectives des Communautés. Il donne lieu à un débat sur la nécessité de démocratiser les mécanismes institutionnels des Communautés, de renforcer et d'élargir ces Communautés, d'assurer l'avenir d'Euratom et d'établir une coopération étroite dans le domaine monétaire.

## @ Le plan Barre

Le 12 février 1969, un mémorandum de la Commission – plus connu sous le nom de premier plan Barre – stipule la nécessité pour l'Europe de converger, parallèlement à l'intégration économique, vers une meilleure coordination des politiques macroéconomiques et un rapprochement des politiques

monétaires. Il fait de nouvelles propositions pour mieux assurer la concertation et le rapprochement des politiques économiques des États membres et pour amorcer une coopération monétaire. En juillet, le plan Barre est entériné par le Conseil des ministres. Une période transitoire de dix ans est envisagée pour atteindre l'union économique et monétaire (U.E.M.), celle-ci ne pouvant s'accomplir qu'au terme d'un plan de mesures de solidarité commune.

Les remous monétaires qui avaient été observés en 1968 se poursuivent, obligeant les autorités françaises à dévaluer le franc de 11,1 p. 100 le 8 août et à renforcer les contrôles de mouvements de capitaux. Quelques semaines plus tard (le 24 octobre), le deutsche Mark est réévalué de 9,3 p. 100. Au sommet de La Haye (décembre 1969), les chefs d'État et de gouvernement des Six retiennent « un plan par étapes [...] en vue de la création d'une union économique et monétaire ». De plus, ils conviennent « de faire examiner la possibilité d'instituer un Fonds de réserve européen auquel devrait aboutir une politique économique et monétaire commune ». La préoccupation première est de préserver les acquis de la construction, en particulier la politique agricole commune, menacés par les fluctuations monétaires et les déséquilibres économiques généraux dans les pays membres. Mais l'objectif n'est pas seulement économique. L'U.E.M. apparaît comme le passage obligé vers l'Europe politique. Pour la Commission, « la mise en place de l'union économique et monétaire impliquera des progrès dans le domaine de l'unification politique ». Sur la base des propositions du plan Barre, le Conseil européen décide de confier au comité Werner l'élaboration d'un rapport ayant pour but de dégager les options censées permettre la réalisation par étapes d'une U.E.M.

Un deuxième plan Barre est présenté le 4 mars 1970. Il souligne que coordination économique et solidarité monétaire sont désormais indissociables. À cette époque commence à émerger un débat qui ne cessera d'animer la construction monétaire européenne. D'un côté, notamment chez les Allemands, on retrouve les partisans de l'école dite « économique » ou du « couronnement », dont la thèse est que tout progrès réel dans l'intégration monétaire doit être lié aux avancées parallèles dans l'interpénétration des économies, dans la coordination des politiques économiques et dans l'élargissement des compétences des institutions communautaires. De l'autre, on a les défenseurs de la thèse dite

« monétaire » ou « institutionnelle », défendue notamment par les Français, pour qui l'intégration monétaire doit entraîner l'intégration économique, la convergence des économies n'étant plus un préalable, mais une conséquence de l'union monétaire. Pour ces derniers, en fixant un calendrier qui donne réalité à la perspective de l'U.E.M., on multiplie les chances de modifier le comportement des acteurs économiques.

## @ 2. À la recherche de la stabilité des changes

Face à la détérioration du système de Bretton Woods, des initiatives sont prises pour constituer une zone de stabilité des changes en Europe. La première – le plan Werner – est très ambitieuse, puisque le Conseil de la Communauté européenne ratifie, en 1971, un plan pour la réalisation, en 1980, de l'union économique et monétaire, un programme qui sera abandonné quelques années après. Les deux suivantes – le serpent monétaire et le Système monétaire européen – sont en retrait, même si c'est dans ce contexte qu'est créée l'unité de compte européenne (European Currency Unit, E.C.U.), qui peut être considérée comme le précurseur de l'euro. Elles se limitent à la recherche de la stabilité des changes alors qu'existent encore dans la plupart des pays des mesures de contrôle des mouvements de capitaux.

### @ Le plan Werner

Le rapport Werner, présenté le 8 octobre 1970, tient compte à la fois de la thèse économique et de la thèse monétaire, en posant comme affirmation du principe de faire progresser parallèlement l'intégration monétaire et la convergence des politiques économiques. Walter Hallstein qualifie à ce propos le rapport de « compromis entre les deux tendances, avec un léger penchant vers la thèse économiste ». Il définit ainsi la notion d'union monétaire : « Une union monétaire implique à l'intérieur la convertibilité totale et irréversible des monnaies, l'élimination des marges de fluctuation des cours de change, la fixation irrévocable des rapports de parité et la libération totale des mouvements de capitaux. » Et d'ajouter : « L'union économique et monétaire permettra de réaliser une zone à l'intérieur de laquelle les biens et les services, les personnes et les capitaux circuleront librement et sans distorsions de concurrence, sans pour autant engendrer des déséquilibres structurels ou régionaux. »

Le rapport Werner prend également en compte l'indispensable transfert de compétences du national vers le communautaire, grâce à l'initiative institutionnelle de la mise en place d'un système communautaire des banques centrales. Un rôle de plus en plus important est prévu pour le Comité des gouverneurs des banques centrales en matière de coordination de la politique monétaire et du crédit. Il doit en particulier définir en ce domaine les orientations générales de la Communauté. Il doit pouvoir adresser des avis et des recommandations aux banques centrales des pays membres et donner des avis au Conseil et à la Commission.

Le rapport Werner prévoit, en fonction d'un « horizon temporel », que l'U.E.M. soit réalisée progressivement, par étapes :

– La première étape (1970-1971) devrait voir s'accélérer l'intégration des marchés financiers, notamment par l'accroissement des mouvements de capitaux. En conséquence de quoi, obligation est faite aux États d'adopter des mesures d'harmonisation fiscale. En ce qui concerne la coordination des politiques économiques, il est proposé de mettre en place un système d'indicateurs d'alerte, afin de rendre plus efficace la coordination des politiques conjoncturelles. De plus, les grandes orientations à moyen terme en matière de politique budgétaire doivent être définies en commun.

– La deuxième étape (1972-1975), jugée « décisive », doit être « principalement consacrée à assurer la convergence des évolutions économiques des pays membres et à amorcer la formation d'un ensemble monétaire individualisé ». Pour ce faire, les lignes directrices de la politique économique globale sont définies en commun, en fixant spécifiquement les orientations de la politique conjoncturelle et budgétaire. Au niveau monétaire, il est prévu une limitation à 1 p. 100 des écarts de cours entre les monnaies des pays membres. Au terme de cette deuxième étape, il est prévu que le Conseil procède à un examen d'ensemble, puis apprécie si la Communauté peut aborder l'U.E.M.

– La dernière étape (à partir de 1976 ou de 1978) doit consacrer l'union monétaire avec, en particulier, des changements institutionnels et politiques importants. Il est attribué « aux institutions communautaires des pouvoirs

nécessaires pour assurer le bon fonctionnement de l'union économique et monétaire ; [de plus, il est créé] un Conseil des gouverneurs des banques centrales en vue de la mise en place d'un système communautaire des Banques centrales » (C-29-1 et 3). Les marges de fluctuation entre les monnaies européennes sont irrévocablement éliminées. Un mécanisme de solidarité, le Fonds européen de coopération monétaire, vient parachever l'ensemble des conditions nécessaires à la réalisation de l'U.E.M.

Ce schéma évolutif (trois étapes) et daté (dix ans) du rapport Werner peut satisfaire à la fois les « monétaristes » et les « économistes ». La première des trois étapes (1970-1971) prévoit un renforcement de la coordination des politiques économiques doublé d'un affermissement des consultations dans le domaine des relations monétaires. Le principe du parallélisme est respecté. De plus, l'échéance de 1980 devait permettre une convergence d'attitude de la part des acteurs en vue de constituer un ensemble monétaire individualisé.

À la fin du mois d'octobre 1970, la Commission adresse au Conseil des ministres des propositions reprenant l'essentiel du rapport Werner mais sans définition d'un « calendrier précis et rigide » pour l'ensemble du plan sauf pour la première étape, de manière à conserver une certaine souplesse. En février 1971, écartant les points litigieux comme le contenu des deuxième et troisième étapes de l'union économique et monétaire et les institutions, le Conseil des ministres acquiesce aux conclusions du rapport Werner et exprime, sous forme de résolution, sa volonté politique de créer une union économique et monétaire par étapes.

### @ Le serpent monétaire européen

Le contexte monétaire international vient compromettre le lancement de l'union économique et monétaire proprement dite. Les ambitions du plan Werner sont progressivement réduites.

La période 1971-1973 est marquée par un essai de concrétisation de la première étape du plan. En mai 1971, la spéculation frappe le dollar, ce qui entraîne « la mise en hibernation du plan Werner ». Les capitaux affluent en Allemagne. Très vite, les États européens usent de leurs pouvoirs souverains pour

répondre aux turbulences monétaires internationales, contrariant ainsi les espoirs communautaires. L'Allemagne et les Pays-Bas laissent flotter leurs monnaies, tandis que la France établit un double marché des changes. La crise du système monétaire international continue au cours de l'été. Le 15 août, les États-Unis suspendent la convertibilité du dollar en or. Les Européens ne peuvent s'entendre sur une réaction commune à ces événements. Le 18 août, le Conseil des ministres ne tranche pas entre le marché libre et le double marché des changes. En décembre, à Washington, les Six, le Royaume-Uni, les États-Unis, le Canada, la Suède et le Japon parviennent à un accord, appelé Smithsonian Agreement, sur une nouvelle structure des changes entre les monnaies des principaux pays industrialisés occidentaux, qui comporte le respect d'une marge de fluctuation de 2,25 p. 100 de part et d'autre des parités ou des taux centraux, ainsi que la réévaluation du deutsche Mark et les dévaluations de la lire, du franc belge, du florin et du dollar. La première disposition constitue une entrave considérable à l'intégration monétaire européenne : chaque monnaie de la Communauté pouvant varier de A 2,25 p. 100 vis-à-vis du dollar, l'écart instantané entre deux devises communautaires peut atteindre 4,5 p. 100 et l'écart dans le temps 9 p. 100.

Au mois de mars 1972 naît, d'une résolution du Conseil, le serpent monétaire européen. L'objectif est d'assurer une certaine stabilité monétaire au sein de la Communauté. Les Six mettent en place un mécanisme visant à réduire de moitié la marge de fluctuation entre leurs monnaies prises deux à deux (le serpent), tout en conservant la marge de plus ou moins 2,25 p. 100 par rapport au dollar. Lors du sommet d'octobre 1972, les chefs d'État ou de gouvernement réaffirment leur intention de réaliser d'une façon irréversible l'union économique et monétaire et décident la création du Fonds européen de coopération monétaire (Fecom). Mais cet objectif se révèle rapidement trop contraignant pour certains membres – Royaume-Uni, Irlande – qui abandonnent très vite l'expérience.

Au cours de la période 1973-1977, on assiste à l'abandon généralisé des changes fixes et à une tentative de flottement concerté des monnaies européennes. En mars 1973, le système de Bretton Woods s'effondre. À la suite de l'aggravation du déficit commercial américain, le dollar est dévalué et, de fait, on passe à un système de flottement des monnaies en mars. Le serpent sort du tunnel. En juin, le deutsche Mark est réévalué. Le premier choc pétrolier vient alors

frapper les économies des pays industriels et empêche de poursuivre la réflexion sur l'U.E.M. jusqu'en 1978. Dans un environnement international perturbé, le système monétaire européen est soumis à rude épreuve. Les États membres réagissent diversement aux perturbations, ce qui entraîne de fréquentes et intenses fluctuations des taux de change. Le fonctionnement du système repose sur la capacité du pays dont la monnaie est la plus faible de financer sur ses réserves, de façon illimitée, la défense des marges. Cela se révèle vite impossible. Des entrées et des sorties du mécanisme de stabilité des changes ont lieu. La livre sterling, entrée dans le serpent le 1<sup>er</sup> mai 1972, en sort dès le 23 juin en raison de la vague de spéculation qui, du dollar, s'étend à la monnaie britannique. La couronne danoise le quitte le 27 juin et le réintègre le 10 octobre. L'Italie décide de laisser flotter la lire en février 1973. Le franc français sort du serpent en janvier 1974 (pour y revenir en juillet 1975 et en ressortir en mars 1976). En revanche, le système de flottement concerté continue de fonctionner entre la république fédérale d'Allemagne, la Belgique et le Luxembourg, le Danemark et les Pays-Bas. Le serpent, conçu initialement comme un accord de portée communautaire, est réduit à une zone mark. « La conjonction d'un environnement international défavorable, de politiques nationales divergentes, d'une stratégie économique conçue à la va-vite et d'une volonté politique bien peu affirmée a condamné le S.M.E. à une mort prématurée » (Tsoulakis, 1997).

En 1974, un groupe d'experts présidé par Robert Marjolin se voit confier, par la Commission, la mission de présenter l'état d'avancement de l'U.E.M. Le bilan est sans appel. La situation de l'Europe monétaire n'aurait guère changé depuis 1969. À certains égards, il y aurait même un recul. La construction européenne ne serait plus « une idée-force », faute « d'un engagement politique clairement défini par les autorités politiques ». À la fin de la même année, lors du sommet de Paris, les chefs d'État ou de gouvernement de la Communauté décident de se réunir trois fois par an en Conseil européen et d'autoriser l'introduction de l'élection au suffrage direct du Parlement européen. Simultanément, ils approuvent la création du Fonds européen de développement régional, se déclarent résolus à mettre en place l'union économique et monétaire et demandent à Léo Tindemans, Premier ministre belge, de présenter un rapport de synthèse sur l'Union européenne à la fin de 1975.

En 1975, le Premier ministre belge adresse son rapport aux chefs de gouvernement des Neuf. Parmi ses propositions figurent la consolidation du serpent et son extension « aux éléments clés de la politique économique et monétaire » qui doit devenir l'embryon d'une banque centrale européenne. De son côté, la Commission recommande la révision du système monétaire de la Communauté – qui, réduit à quatre monnaies, a presque perdu sa signification – « dans un sens qui permette à toutes les monnaies des États membres d'y participer en toute sûreté ».

En avril 1976, François-Xavier Ortoli, alors président de la Commission, présente lors d'un Conseil européen à Luxembourg un mémorandum sur l'urgence de nouveaux efforts dans le domaine monétaire. De son côté, le ministre néerlandais des Finances, Willem Duisenberg, soumet au Conseil, à l'initiative du président de la Banque centrale des Pays-Bas, un plan prévoyant l'association progressive de pays non membres du serpent à l'Allemagne et à ses partenaires monétaires. À la fin de 1977, la moitié seulement des neuf pays membres (R.F.A., Belgique, Pays-Bas, Luxembourg et Danemark) restent à l'intérieur du mécanisme, les autres ayant décidé de laisser flotter complètement leurs monnaies.

## 🌐 Le Système monétaire européen

### **Les mécanismes**

À partir de 1978, on assiste à une nouvelle impulsion pour réaliser l'union monétaire. Malgré l'échec du serpent, les efforts de création d'une zone de stabilité monétaire ne sont pas découragés. Aux yeux des autorités, l'expérience du début des années 1970 « montre que l'union économique est au moins aussi difficile à réaliser, sinon plus, que l'union monétaire et qu'il convient surtout de mener de front les deux démarches » (Banque de France, 1979). Elles s'attaquent à la recherche d'un nouvel ordre monétaire européen. Le président de la Commission de l'époque, Roy Jenkins, présente une nouvelle proposition relative à l'U.E.M. Elle est reprise, sous une forme moins ambitieuse, par l'Allemagne et la France. Les 6 et 7 juillet 1978, le Conseil européen de Brême arrête le principe d'une « coopération monétaire plus étroite (par la création d'un système monétaire) aboutissant à une zone de stabilité en Europe ». À l'initiative de Valéry Giscard d'Estaing et d'Helmut Schmidt, il est convenu à Brême d'instituer le Système monétaire européen (S.M.E.) fondé sur une unité monétaire européenne

(l'écu, European Currency Unit). Le 5 décembre 1978, le Conseil européen de Bruxelles entérine l'instauration d'un Système monétaire européen à la date du 1<sup>er</sup> janvier 1979 (il deviendra effectif le 13 mars 1979) et en adopte les modalités de fonctionnement. « La création du système monétaire européen [emboîte] le pas à l'accord européen de rétrécissement des fluctuations des cours de change entre les monnaies communautaires (serpent monétaire). Le S.M.E. [reprend] également à son compte la gestion du premier établissement public de la Communauté en matière monétaire créé en 1973, le Fonds européen de coopération monétaire » (Pierre Werner, *op. cit.*).

Dans l'esprit des créateurs du S.M.E., son instauration a pour objectif fondamental de créer une zone de stabilité des taux de change en Europe à l'intérieur de laquelle le commerce et les investissements pourront être florissants, mais aussi de favoriser la convergence des économies des pays membres. C'est à l'aune de ces deux critères – la stabilité des changes et la convergence des économies – que les performances du S.M.E. devront être appréciées.

Tous les pays membres de la Communauté font partie du S.M.E., mais tous ne participent pas au mécanisme de change. Les institutions du S.M.E. sont : le Comité des gouverneurs des États membres, qui a un rôle de coordination et de proposition ; le Fecom, qui gère le fonctionnement de certaines interventions ; le Comité monétaire, qui est consultatif. Les mécanismes sont au nombre de quatre :

– 1. L'écu – francisation du sigle E.C.U., pour European Currency Unit – est l'élément central du système. C'est une monnaie composite, c'est-à-dire un panier de monnaies – y compris celles qui ne participent pas au mécanisme de change ; il est constitué par des montants fixes de chacune des monnaies participantes. Sa définition – au moment où le S.M.E. entre en vigueur – est la suivante :

$$1 \text{ ECU} = 0,828 \text{ DEM} + 1,150 \text{ FRF} + 0,08850 \text{ GBP} + 109 \text{ ITL} + 0,286 \text{ NLG} + 3,66 \text{ BEF} + 0,140 \text{ LUF} + 0,217 \text{ DKK} + 0,00759 \text{ IEP}$$

(avec, code I.S.O. : DEM deutsche Mark, FRF : franc français, GBP : livre sterling, NLG : florin néerlandais, BEF : franc belge, LUF : franc

luxembourgeois, DKK : couronne danoise, IEP livre irlandaise). Les pondérations retenues sont déterminées en fonction de la part des pays respectifs dans le produit intérieur brut communautaire et dans les échanges intracommunautaires.

Le cours de l'écu par rapport à chacune des monnaies qui le composent est égal à la somme du nombre d'unités (ou de fractions d'unité) de cette monnaie qui entrent dans la composition de l'écu et des montants des autres monnaies convertis dans la première au taux de change central (écu pivot) ou au taux de change du jour (écu de marché).

Si la monnaie se déprécie par rapport à toutes les monnaies du panier, elle se déprécie aussi contre l'écu : le prix de l'écu en unités de monnaie du pays *i* (ECU<sub>*i*</sub>) augmente. Le fait que les monnaies qui s'apprécient (se déprécient) voient leur poids augmenter (diminuer) pose une difficulté. Aussi est-il prévu une révision du panier tous les cinq ans. Pour certains experts, cette caractéristique nuit à l'écu puisqu'elle est à l'origine d'une incertitude sur sa valeur future.

– 2. Chaque monnaie a un cours pivot rattaché à l'écu. Ces cours pivots servent à déterminer une grille de cours pivots bilatéraux. Autour de ces cours bilatéraux sont fixées des marges de fluctuation de 2,25 p. 100. Les ajustements de cours pivots sont effectués par accord mutuel.

– 3. Des mécanismes d'intervention sont conçus pour ne plus faire porter – comme dans le serpent – le poids essentiel de l'ajustement économique sur les pays à monnaie faible ; le S.M.E. cherche à remédier aux inconvénients – sur le plan de la répartition des charges – du serpent monétaire par l'introduction d'une symétrie dans les obligations d'intervention. Différents types d'intervention sont prévus selon les circonstances. Des interventions marginales : lorsque deux monnaies sont « en opposition » – l'une est à son cours plancher, l'autre est à son cours plafond –, l'intervention des autorités est obligatoire ; la banque centrale de la monnaie forte doit vendre sa monnaie contre la monnaie faible et l'autre banque centrale concernée doit racheter sa monnaie contre la monnaie forte – qu'elle aura éventuellement empruntée ; le montant de ces interventions est illimité. Des interventions lorsque la tension de change s'accroît entre deux monnaies : pour mesurer cette tension, on a recours à un indicateur de divergence par rapport à

l'écu afin de détecter, en cas de tension, la devise responsable et, par suite, de désigner le pays qui doit prendre la responsabilité d'intervenir en cas de divergence des cours pivots bilatéraux. Des interventions intra-marginales : à l'intérieur des marges de fluctuation, les banques centrales peuvent intervenir de leur propre chef ; dans ce cas, c'est généralement en monnaies non communautaires – notamment en dollars –, sauf accord de la banque centrale concernée ; elles peuvent le faire de manière coordonnée, une possibilité développée et institutionnalisée à partir des accords de Bâle-Nyborg de 1987.

– 4. Des mécanismes de crédit sont prévus pour permettre le financement de ces interventions. Le plus utilisé sera le financement à très court terme : il s'agit de la possibilité pour la banque centrale d'une monnaie attaquée d'emprunter auprès d'autres banques centrales – spécialement auprès de celle dont la monnaie est le plus en opposition par rapport à la sienne – les montants nécessaires aux interventions.

### **Le fonctionnement dans un régime de contrôle des mouvements de capitaux**

Les huit pays membres des Communautés européennes, à l'exception du Royaume-Uni, adhèrent au système. À l'époque où il est créé, certains sceptiques pensent que le S.M.E. ne tiendra pas longtemps ou, inversement, qu'il dégénérera en un système caractérisé par de faibles et fréquents ajustements de taux de change. Quelques années plus tard, ces prédictions ne se sont pas concrétisées. Au bout de trois ans, le nouveau système s'avère plus stable que le serpent : la fréquence des réalignements est moindre ; aucun des sept pays participants n'a quitté le système (la Grèce, qui s'est jointe à la C.E.E. le 1<sup>er</sup> janvier 1981, ne participe pas encore au système) ; la variabilité des taux de change a diminué (comme le montre, par exemple, une étude de Ungerer, Owens et Nyberg, dont on trouvera un résumé dans le *Bulletin du F.M.I.*, 4 juillet 1983). Pour autant, le S.M.E. n'est pas un régime de changes fixes car les réalignements restent bien trop fréquents (tabl. 1  ).

Le démarrage de l'écu se fait plutôt bien. Son usage s'élargit. Il commence à être utilisé pour l'émission d'emprunts privés et pour libeller des contrats internationaux. Malgré ces signes encourageants, il n'en reste pas moins

vrai qu'il ne s'agit pas d'une véritable monnaie et qu'il n'est pas près de le devenir. En outre, le S.M.E. se montre incapable de promouvoir une plus grande convergence des taux d'inflation et des variables monétaires au sein de la Communauté. La divergence des politiques économiques se traduit par des différentiels d'inflation très importants alors que les économies sont frappées par le deuxième choc pétrolier. Et, en décembre 1980, le Conseil européen de Luxembourg reporte au « moment approprié » le passage à la phase institutionnelle du S.M.E. En résumé, au terme de ces premières années, « le S.M.E. semble avoir réussi à améliorer la stabilité sur le marché des changes, sans pour autant promouvoir une plus grande convergence économique parmi les pays membres » (Davies, 1982).

Avec la reprise économique, à partir de 1984, la situation devient plus favorable, d'autant que l'on observe un ralentissement de l'inflation à la suite de l'adoption de politiques économiques plus rigoureuses. Les taux d'intérêt restent stables et les fluctuations entre les monnaies des pays du S.M.E. restent à l'intérieur des marges. L'expérience fait apparaître que les périodes de faiblesse du dollar tendent à coïncider avec un regain de tensions au sein du S.M.E. et qu'un dollar fort coïncide avec une période de détente.

Au cours de la même année, le Parlement de Strasbourg vote, sur la base du rapport Spinelli, le projet de traité d'Union européenne où figure un important volet monétaire avec des dispositions sur la politique monétaire et la politique du crédit, le projet d'une union monétaire complète, la transformation de l'écu en monnaie de réserve et en moyen de paiement et l'institution d'un Fonds monétaire européen. Dans le rapport du comité Dooge de décembre 1984, la mise en place d'une union économique et monétaire et la création d'un marché intérieur totalement intégré sont considérées comme des objectifs prioritaires. À propos du S.M.E., l'avis du comité est qu'« il a permis de préserver l'unité du Marché commun, de maintenir des taux de change raisonnablement fixes et de poser les fondations de l'identité monétaire de la Communauté ».

En 1985, les Dix tombent d'accord sur le renforcement de la coopération monétaire. L'Acte unique – signé à Luxembourg et ratifié par les Parlements nationaux en 1986 – évoque, même si c'est de manière imprécise, la « capacité

monétaire » de la Communauté et son Préambule fait explicitement référence à « l'objectif de réalisation progressive de l'union économique et monétaire ». Introduit par l'article 20 de l'Acte unique, le nouveau chapitre sur la capacité monétaire est intitulé de manière caractéristique : « La Coopération en matière de politique économique et monétaire (union économique et monétaire) ». Le S.M.E. et l'écu y sont reconnus formellement, le Comité des gouverneurs des banques centrales y est consacré et « la convergence des politiques économiques et monétaires nécessaire pour le développement ultérieur de la Communauté » mentionnée.

En 1987 (réunion de Bâle-Nyborg du 17 septembre), les ministres des Finances prennent certaines mesures pour renforcer le S.M.E. : meilleure coordination des interventions préventives (dites « intra-marginales » : avant que les limites des marges de fluctuation ne soient atteintes), accroissement du financement à court terme et recours aux variations des taux d'intérêt pour maintenir la stabilité des taux de change, procédure plus souple (sans intervention des ministres) de réaligement des parités. Un certain nombre d'éléments reflètent alors le succès du S.M.E. Les travaux empiriques viennent confirmer les observations des premières années sur la variabilité des taux de change. Par exemple, une étude du F.M.I. confirme que la variabilité des taux de change bilatéraux des monnaies participant au mécanisme de change a diminué depuis 1979 et que cette tendance à une stabilité accrue a été particulièrement sensible au cours de la période 1983-1986 (Ungerer, Evans et Young, 1986). À propos de la convergence des politiques monétaires et des taux d'inflation, la même étude note que des progrès ont été enregistrés – les écarts de taux d'inflation entre pays participants se sont progressivement rétrécis, sans toutefois disparaître –, tout en observant l'absence apparente de progrès vers la convergence économique des déficits budgétaires et des comptes extérieurs. De nouveaux pays membres (Espagne, Portugal et Royaume-Uni) participent maintenant au mécanisme, tandis que la Finlande, la Norvège et la Suède rattachent unilatéralement leur monnaie à l'écu.

### 📍 3. De la libération des mouvements de capitaux à l'euro

Les mesures de contrôle des mouvements de capitaux (contrôle des

changes) sont abandonnées à la fin des années 1980 ; le S.M.E. change alors de nature et devient beaucoup plus exigeant. De nouvelles initiatives relatives à l'intégration européenne sont mises en chantier. En 1989, le rapport Delors énonce en détail les conditions à respecter pour l'établissement d'une union économique et monétaire et propose un plan en trois étapes pour réaliser cette union. Ce rapport sert de base au traité de Maastricht sur l'Union européenne signé en 1991 par les dirigeants des pays membres de la Communauté européenne. En dépit des crises sévères que connaît le S.M.E. au début des années 1990, ce programme est réalisé avec la création de l'euro le 1<sup>er</sup> janvier 1999.

## 📍 Les nouvelles initiatives

### **La libération des mouvements de capitaux et l'entrée en vigueur de l'Acte unique**

Le 28 février 1987 entre en vigueur une nouvelle directive portant sur la libération des mouvements de capitaux. Elle confirme la tendance vers une libre circulation des capitaux en Europe en libéralisant tous les mouvements de capitaux à long terme, même si de nombreuses exceptions demeurent. Le 28 octobre 1987, la Commission européenne propose une deuxième phase du processus de libération des mouvements de capitaux européens consistant à achever en 1992 la libération de tous les mouvements de capitaux (*Bulletin de la Kredietbank*, 1987). Le 24 juin 1988, le Conseil adopte une directive « pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité C.E.E. », adoptée par le Conseil le 24 juin 1988. Celle-ci est considérée comme un pas décisif vers l'édification du grand marché intérieur et de l'espace financier européen. Avec elle, la liberté des mouvements de capitaux accède au rang de liberté fondamentale de la Communauté. Ce nouveau texte est fondé sur l'idée que le niveau de développement du Marché commun, et plus particulièrement la réalisation du grand marché intérieur, rendent nécessaire la libération complète des capitaux.

L'Acte unique européen (A.U.E.), qui entre en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1987, prolonge les dispositions du traité de Rome en définissant le grand marché intérieur comme « un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée ». L'intégration monétaire apparaît alors comme le complément indispensable de l'intégration financière ; la libération complète des capitaux exige

pratiquement une politique monétaire unifiée pour maintenir la stabilité des taux de change (Emerson, 1991). L'A.U.E. ouvre ainsi la voie à l'Union européenne qui va prendre forme avec le traité de Maastricht.

## **Le plan Delors**

La création du Marché unique et la libération des mouvements de capitaux rouvrent le débat sur la nature et l'avenir du S.M.E. et sur l'identité monétaire de la Communauté. Dans le cadre de la présidence allemande, les gouvernements et la Commission présentent leurs points de vue à ce sujet. Celui du gouvernement allemand – dirigé par le chancelier Kohl – et de la Commission – présidée par Jacques Delors – est qu'il ne faut pas se contenter d'une simple rénovation du S.M.E., mais créer une véritable union monétaire. Ce point de vue l'emporte. En juin 1988, au sommet de Hanovre, le Conseil européen confirme l'objectif de la réalisation progressive de l'union économique et monétaire, et charge un comité – composé de banquiers centraux et d'experts, et placé sous la présidence de Jacques Delors – d'étudier et de proposer les étapes concrètes devant mener à cette union.

En avril 1989, le rapport du comité Delors lie l'achèvement de l'union économique à la réalisation de l'union monétaire. Il définit l'U.E.M. comme « une totale liberté de circulation pour les personnes, les biens, les services et les capitaux, ainsi que des parités fixées irrévocablement entre les monnaies nationales et, finalement, une monnaie unique ». À l'instar du rapport Werner, il retient un scénario de passage en trois étapes :

– La première étape a pour objectif d'accroître la convergence des performances économiques en renforçant la coordination monétaire et économique. Elle doit marquer l'abolition de toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres. Elle doit voir la surveillance multilatérale s'intensifier dans le cadre de consultations et de recommandations du Conseil des ministres Écofin. Cette phase est aussi l'occasion de promouvoir l'autonomie des banques centrales, condition essentielle dans le modèle monétaire auquel l'Europe adhère.

– La deuxième étape implique une modification importante du cadre

institutionnel avec la mise en place du Système européen des banques centrales permettant un réel infléchissement vers une politique monétaire commune.

– La dernière étape, couronnement du processus, doit voir le passage à la fixité des parités s'effectuer. La responsabilité monétaire de l'Europe est transmise à une autorité commune, les monnaies nationales sont remplacées par une monnaie unique.

Dans les années qui suivent le dernier réalignement général (janvier 1987), trois pays – l'Espagne en juin 1989, le Royaume-Uni en octobre 1990 et le Portugal en avril 1992 – adhèrent au mécanisme de change, avec une marge de fluctuation de 6 p. 100 à l'origine. Deux pays qui ne sont pas membres de la Communauté européenne – la Suède et la Finlande – rattachent leur devise à l'écu (en mai et juin 1991, respectivement) dans le cadre d'une demande d'adhésion à la C.E.E.

### **Le traité de Maastricht**

Le rapport Delors est approuvé par tous les gouverneurs des banques centrales de la Communauté (y compris celui de la Banque d'Angleterre). La question de la création d'une union monétaire européenne est alors inscrite sur l'agenda politique de la Communauté. En dépit de certains désaccords sur les modalités de cette création, les recommandations du rapport Delors sont inscrites – sans modification importante – dans le traité sur l'Union européenne (signé à Maastricht le 7 février 1992). Celui-ci modifie le traité de Rome pour permettre la mise en place de la structure institutionnelle requise par les phases II et III. Y sont annexés le protocole sur les statuts du Système européen des banques centrales et de la Banque centrale européenne et le protocole sur les statuts de l'Institut monétaire européen. Lors des négociations, les autorités allemandes – qui s'inquiètent du risque inflationniste – insistent pour dire que l'union monétaire ne pourra être opérationnelle que si l'on définit un cadre précisant des critères de convergence contraignants. Le point de vue allemand l'emporte. Outre les exigences relatives à l'autonomie des banques centrales nationales, les membres de l'Union européenne devront respecter cinq critères de nature économique visant l'élimination des déséquilibres nationaux et des tensions macroéconomiques entre eux. Ces critères visent à faire en sorte que les économies se trouvent sur le

même pied à l'avènement de l'union monétaire, ce qui contribuerait ainsi au succès du lancement de l'Union. Les « critères de convergence de Maastricht » sont les suivants :

- 1. La monnaie de chaque pays doit avoir été maintenue dans les marges de fluctuation normales du mécanisme de change européen (M.C.E.) pendant deux ans, sans réalignement des parités à l'initiative du pays membre.
- 2. La hausse des prix à la consommation ne doit pas dépasser de plus d'un point et demi de pourcentage celle des trois pays affichant les meilleurs résultats au chapitre de l'inflation.
- 3. Les taux d'intérêt servis sur les titres d'État à long terme ne doivent pas dépasser de plus de deux points de pourcentage ceux qui sont pratiqués par les trois pays enregistrant le plus faible taux d'inflation.
- 4. Le déficit général des finances publiques ne doit pas dépasser la valeur de référence de 3 p. 100 du P.I.B. Faute de quoi, il doit avoir baissé de façon substantielle et constante et atteint un niveau proche de la valeur de référence, ou le dépassement doit être temporaire et exceptionnel.
- 5. La dette brute de l'ensemble des administrations publiques doit plafonner à 60 p. 100 du P.I.B. ; sinon, elle doit baisser suffisamment et approcher le niveau prescrit à un rythme satisfaisant.

### @ La prise du pouvoir monétaire par la Bundesbank et l'Europe monétaire en crise

Un calendrier précis est fixé pour le passage à la monnaie unique.

La première étape entre en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1990 pour s'achever le 1<sup>er</sup> janvier 1994. « Les États membres [y] considèrent leurs politiques économiques comme une question d'intérêt commun et les coordonnent au sein du Conseil [...]. Afin d'assurer une coordination plus étroite des politiques économiques et une convergence soutenue des performances économiques des États membres, le

Conseil [...] procède régulièrement à une évaluation d'ensemble ». Le Comité des gouverneurs des banques centrales des États membres de la Communauté économique européenne se voit confier de nouvelles responsabilités : procéder à des consultations sur les politiques monétaires des États membres ; promouvoir la coordination de celles-ci en vue de réaliser la stabilité des prix. Mais le changement le plus important résulte de l'abandon des mesures de contrôle des changes – arme classique de protection contre les troubles monétaires extérieurs. Désormais, les mouvements de capitaux doivent être totalement libres entre les pays de la Communauté. Certains États bénéficient d'une clause transitoire leur permettant de maintenir des contrôles des mouvements de capitaux jusqu'au 31 décembre 1995 (l'Irlande, le Portugal et la Grèce). En outre, le traité de Maastricht prévoit que, si des mouvements de capitaux entraînent des perturbations dans le fonctionnement du marché des changes, des mesures de sauvegarde peuvent être mises en œuvre pour une période n'excédant pas six mois. Dès lors, la situation est radicalement différente. Comme le note Charles Wyplosz (1993), « engoncés dans des bandes étroites de fluctuation et coincés par l'abandon du contrôle des changes, les pays membres du S.M.E. [sont] progressivement obligés de s'aligner sur la Bundesbank qui [prend] le pouvoir monétaire en Europe ».

Or l'unification allemande met fin à l'évolution synchronisée des économies nationales des États membres et accentue l'inflation. L'Allemagne relève ses taux d'intérêt et le deutsche Mark subit des pressions à la hausse par rapport aux autres monnaies du S.M.E. La plupart des autres pays s'opposent à sa réévaluation souhaitée par les autorités allemandes. C'est à ce moment-là que la livre sterling rejoint le mécanisme de change – à un cours, fixé unilatéralement par le gouvernement britannique, jugé très surévalué. Jusqu'en 1992, les marchés des capitaux se comportent presque comme si l'union économique et monétaire était déjà réalisée et que les taux de change étaient fixes. Triomphe l'idée que les pays où le déficit budgétaire est important seront contraints de le réduire et de freiner leur inflation pour remplir les critères de convergence. Au cours de cette période, le mécanisme de change ne connaît qu'un seul réalignement, d'ordre technique (en janvier 1990, lors du passage de la lire italienne dans la bande étroite, sa parité est légèrement modifiée).

Cette image va très vite se dissiper et le fonctionnement du S.M.E. se gripper. Pour limiter les conséquences inflationnistes de la réunification allemande, la Bundesbank suit une politique de taux d'intérêt élevés. Confrontés à un ralentissement de l'activité économique, la plupart des pays membres souhaitent baisser de façon significative leurs taux d'intérêt. Cela nécessiterait une décision analogue de la part des autorités allemandes à laquelle elles se refusent. Bien au contraire, le taux directeur de la Bundesbank (taux Lombard) augmente au milieu du mois de juillet 1992. À la suite de cette décision et du rejet danois du traité de Maastricht, les turbulences monétaires sont périodiques. Le marché teste la résistance des devises jugées les plus faibles : la lire – en raison de l'instabilité politique en Italie –, la livre sterling – surévaluée d'environ 10 p. 100 – et la peseta – l'Espagne étant un membre périphérique du S.M.E. Celles-ci ne peuvent être maintenues à l'intérieur des marges du S.M.E. qu'au moyen d'opérations massives de soutien. La Bundesbank offre un soutien timide aux autorités des pays concernés. Les autorités britanniques empruntent 14,5 milliards de devises pour convaincre les marchés que la parité de la livre – 2,95 livres pour un deutsche Mark – sera maintenue coûte que coûte mais se refusent à augmenter les taux d'intérêt, en raison de l'impopularité d'une telle mesure et des conséquences politiques négatives qu'elle ne manquerait pas d'avoir pour le gouvernement en place. Lors d'une réunion des ministres de l'Économie et des Finances, qui se tient le 11 septembre à Bath, il est demandé à l'Allemagne de baisser ses taux d'intérêt. Elle refuse et propose une réévaluation du deutsche Mark, une proposition rejetée par les autres pays. Le 14 septembre, la lire est dévaluée de 3,5 p. 100 et les autres monnaies du S.M.E. sont réévaluées de 3,5 p. 100, alors que les taux d'intérêt allemands sont baissés légèrement.

Cette baisse est accueillie avec soulagement dans le reste de l'Europe. Le chancelier de l'Échiquier, Norman Lamont, se déclare « particulièrement satisfait » et souligne l'avantage de continuer à pratiquer une étroite coopération au sein des pays de la Communauté ». Le ministre français de l'Économie et des Finances, Michel Sapin, observe que la décision de la Bundesbank « démontre à la fois le bon fonctionnement du Système monétaire européen et la volonté des autorités allemandes de prendre en compte, dans leur politique de taux d'intérêt, la situation et les perspectives économiques en Europe et dans le monde » (*Le Monde*, 15 septembre 1992). Le 16 septembre, c'est le « mercredi noir » ! Les marchés réalisent que les problèmes fondamentaux demeurent et attaquent les

monnaies les plus faibles. Les autorités britanniques dépensent la moitié de leurs réserves en devises pour défendre la livre et relèvent les taux d'intérêt de 3 points, les faisant passer de 12 à 15 p. 100. La Suède – qui n'appartient pas au S.M.E. mais qui a ancré, de fait, la couronne sur le deutsche Mark – augmente ses taux d'intérêt jusqu'à 500 p. 100. La lire et la livre sortent alors du mécanisme de change et se mettent à flotter alors que la peseta est dévaluée de 5 p. 100 (13 septembre). Le 14 septembre, la Bundesbank décide d'abaisser ses taux directeurs. Le 20 septembre, le traité de Maastricht est ratifié de justesse en France (51,01 p. 100 contre 48,98 p. 100), ce qui alimente les inquiétudes. Les interventions pour soutenir le franc sont massives, mais le franc résiste avec l'appui des autorités allemandes. En janvier 1993, la livre irlandaise est dévaluée de 10 p. 100, ce qui représente le changement de parité le plus important depuis la création du S.M.E.

Face aux turbulences monétaires, la position officielle de la C.E.E. est que les problèmes ne sont pas inhérents au système et que le mécanisme de change est viable. Pour écarter toute idée de réforme, les autorités officielles font valoir deux types d'arguments. En premier lieu, le mécanisme de change européen (M.C.E.) a fait la preuve de son utilité en permettant de réduire les fluctuations de change en Europe et en favorisant la convergence vers une faible inflation. En second lieu, les tensions au sein du M.C.E. ont été dues à des facteurs exceptionnels : une insuffisance de convergence de l'inflation entre 1987 et 1992 ; les déphasages conjoncturels entre les pays en 1991 et 1992 ; les tensions inflationnistes qui ont fait suite à la réunification allemande ; un assainissement insuffisant des finances publiques dans de nombreux pays et de larges fluctuations des monnaies par rapport au dollar et au yen. Selon elles, ces facteurs auraient dû susciter des tensions encore plus grandes sur les marchés des changes. Si cela ne s'est pas produit, c'est que l'on s'attendait à des progrès réguliers vers l'union économique et monétaire. L'issue du référendum danois a mis à mal cette attente. Pour ces mêmes autorités, le S.M.E. peut redevenir tout à fait viable et ne pas connaître d'autres crises si les gouvernements opèrent les ajustements nécessaires au bon moment et poursuivent des politiques plus orientées vers la convergence économique.

Cette analyse ne convainc pas les experts qui jugent nécessaire, sinon

une réforme radicale, du moins un réexamen du système. Selon eux, le point de vue des autorités ne tient pas compte de l'instabilité d'un système de parités fixes, mais ajustables, en l'absence de contrôle des changes : « la vérité, c'est que le S.M.E. [est] devenu parfaitement instable depuis l'abandon des contrôles des changes ; les banques centrales travaillent désormais sans filet face aux attaques spéculatives ; comme un sac de poudre, le S.M.E. [attend] l'étincelle » (Charles Wyplosz, 1993). Les événements qui vont suivre vont leur donner raison.

Alors que la récession s'aggrave en France au début de l'année 1993, un nouveau gouvernement, dirigé par Édouard Balladur, arrive au pouvoir. Les taux du marché monétaire à trois mois tombent au-dessous des taux allemands – entre février et la fin juin, ils reviennent de 12,3 à 7 p. 100. Certains experts affirment alors que le franc français est en passe de succéder au mark en tant que point d'ancrage du M.C.E. et que les taux d'intérêt français semblent pouvoir s'affranchir de la contrainte des taux allemands. À la fin du mois de juin, la Banque de France ramène, pour la première fois en vingt-six ans, ses taux d'intervention au-dessous du taux d'escompte de la Bundesbank. Mais, très vite, le franc connaît un léger accès de faiblesse. Dès le début du mois de juillet, il cède du terrain alors même que l'écart entre les taux allemands et les taux français passe d'un demi-point à un dixième de point : le 1<sup>er</sup> juillet, en effet, la Bundesbank abaisse d'un demi-point son taux d'escompte, la Banque de France ne réduisant son taux d'intervention que d'un quart de point. Le 29 juillet, la Bundesbank – contrairement aux attentes – décide de ne pas baisser son taux directeur.

Les attaques contre la plupart des monnaies encore membres du mécanisme de change – notamment le franc français – s'intensifient. Des interventions massives ne permettent pas de venir à bout de la spéculation. Le 1<sup>er</sup> août, la proposition faite par l'Allemagne de sortir temporairement du S.M.E. est repoussée par ses partenaires alors que les autorités françaises refusent de dévaluer le franc. Le lendemain, les autorités décident d'élargir les marges de fluctuation et de les porter à A 15 p. 100. La crise s'achève donc par l'adoption d'un « nouveau S.M.E. » Au cours de ces deux années – 1992 et 1993 –, l'économie de l'U.E. a connu sa récession la plus grave depuis la guerre, et la politique budgétaire a été utilisée – sans grands succès – à des fins de stabilisation. Le chômage est monté en flèche et les déficits des administrations

publiques se sont fortement accrus.

### 🕒 Le « nouveau S.M.E. » et le passage à la monnaie unique

À propos du nouveau S.M.E., deux thèses s'affrontent. Pour les uns – qui préfèrent parler de « nouveau non-S.M.E. » (Wyplosz, 1993) –, il s'agit, du fait de la largeur des marges de fluctuation, d'un système de changes flottants où chaque pays conduit une politique monétaire autonome en fonction de ses préoccupations conjoncturelles. L'adoption de marges de  $\pm 15$  p. 100 autour des cours pivots – c'est-à-dire la possibilité de modifier la valeur de la monnaie de  $\pm 30$  p. 100 – libère chaque pays membre de la contrainte de change. Cette possibilité leur paraît inquiétante dans la mesure où une dépréciation de cet ordre offre un avantage commercial considérable et qu'ils imaginent mal que les autorités laisseront cette possibilité inexploitée en cas de récession, ce qui fait courir le risque de dévaluations de surenchère. Pour les autres, le nouveau S.M.E. n'est pas fondamentalement différent de l'ancien, les autorités nationales n'ayant pas renoncé à l'essentiel – la convergence des politiques monétaires et la fixité des changes – et seulement changé de tactique en faisant preuve de plus de flexibilité pour mieux décourager la spéculation.

Dans ce contexte, les autorités britanniques proposent deux solutions de remplacement à la création d'une monnaie unique : 1) une monnaie commune fondée sur les monnaies nationales – à l'instar de la situation qui prévaut au Royaume-Uni, où circulent, avec la même valeur, les billets émis par la Banque d'Angleterre et ceux qui sont émis par la Banque d'Écosse ; 2) une monnaie parallèle, appelée écu lourd. Aucune ne reçoit l'assentiment des autres pays.

Toujours est-il qu'après l'élargissement des marges, les tensions disparaissent avec une rapidité étonnante. Au cours de l'automne, un bloc de monnaies fortes se constitue avec le franc belge et le franc français – qui reviennent dans les marges qui prévalaient avant la crise –, la couronne danoise et la livre irlandaise – dont les cours s'apprécient sensiblement par rapport au mark – et le florin néerlandais, les monnaies des pays de l'Europe du Sud restant en retrait. Ce bloc peut constituer la base du processus d'unification monétaire.

Le 1<sup>er</sup> janvier 1994, conformément au traité de Maastricht, l'union économique et monétaire passe de sa phase I à sa phase II, alors que le calme est retrouvé sur les marchés des changes et que les cours des monnaies sont à nouveau stables. Le nouveau S.M.E. correspond aux thèses de la Bundesbank : il reste « un système de changes fixes mais ajustables » jusqu'à la monnaie unique. La deuxième étape démarre avec la mise en place de l'Institut monétaire européen (I.M.E.). Il doit « contribuer à réaliser les conditions nécessaires au passage à la troisième phase », c'est-à-dire « renforcer la coopération entre les banques centrales », « superviser le fonctionnement du S.M.E. », « faciliter le développement de l'écu » et « préparer le cadre réglementaire, organisationnel et logistique » de la future banque centrale. La coordination des politiques est renforcée par l'adoption de règles précises. « Les États membres s'efforcent d'éviter les déficits publics excessifs. » Le processus conduisant à l'indépendance des banques centrales est entamé. L'I.M.E. mène des travaux préparatoires concernant les relations monétaires et les relations de change entre la zone euro et les autres pays de l'U.E. Il adresse au Conseil européen un rapport qui sert à définir les principes et les principales caractéristiques du nouveau mécanisme de taux de change (M.C.E. II) adopté en juin 1997. Les 26 et 27 juin 1995, lors du sommet de Cannes, est présenté le Livre vert sur le passage à la monnaie unique. Entre les différents scénarios possibles – « big bang » (basculement de l'ensemble des secteurs à la monnaie unique en une seule fois), « big bang décalé » (fixation des parités comme préalable au basculement), scénario du marché, scénario « graduel » prévoyant plusieurs basculements successifs afin de minimiser les coûts de transaction –, la Commission se prononce pour le dernier, qui est finalement retenu. L'année 1995 est une année pivot dans le processus de construction de l'U.E.M. La crise mexicaine affaiblit le dollar américain. Tout comme lors des épisodes précédents, le deutsche Mark subit des pressions à la hausse tandis que les autres monnaies du S.M.E. ont tendance à se déprécier. Les marchés testent l'engagement politique des dirigeants de l'U.E. à l'égard de l'union monétaire. Mais l'écart maximum entre les taux d'intérêt à court terme des Onze – qui est un bon baromètre – commence à diminuer à partir de la fin de l'année : les doutes quant à l'entrée en vigueur de l'union monétaire à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1999 sont désormais dissipés.

Les 20 et 21 septembre 1996 à Dublin, une réunion informelle du Conseil Écofin arrête les grandes lignes d'un dispositif tendant à renforcer la

convergence entre pays participants et non participants, et à prévoir un nouveau mécanisme de change reliant l'euro et les monnaies nationales subsistantes (« S.M.E. *bis* »). En juin 1997, le Conseil européen adopte le pacte de stabilité et de croissance constitué de deux règlements du Conseil visant à assurer la discipline budgétaire dans le contexte de l'U.E.M. Le changement d'attitude des marchés est confirmé lors de la crise financière en Asie du Sud-Est. Les tensions sont évitées à l'intérieur du mécanisme de change européen, et les dégâts provoqués par les soubresauts des taux de change et des taux d'intérêt enregistrés en 1992, 1993 et 1995 ne se reproduisent pas. Le projet d'U.E.M. est devenu crédible.

Les décisions finales sont prises lors du sommet des chefs d'État et de gouvernement qui se tient les 2 et 3 mai 1998. En premier lieu, ceux-ci doivent choisir les pays participants sur la base du respect des critères du traité de Maastricht. Le Danemark, le Royaume-Uni et la Suède souhaitent rester à l'écart et la Grèce ne s'estime pas prête. Onze pays sont donc candidats à l'entrée : la Belgique, l'Allemagne, l'Espagne, la France, l'Irlande, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, l'Autriche, le Portugal et la Finlande. La décision est prise à partir d'un rapport sur la convergence établi par l'Institut monétaire européen, d'avis du Parlement européen et de rapports de banques centrales nationales (tabl. 2  ). Considérée globalement, la convergence ne fait aucun doute : le taux d'inflation moyen est tombé à 2,4 p. 100 (à 1,6 p. 100 en ne tenant pas compte des pays qui ne sont pas candidats) et la valeur moyenne du déficit budgétaire est tombée de 6,1 p. 100 du P.I.B. en 1993 à 2,4 p. 100. Selon la Commission, parmi les onze pays, seule la France a un déficit légèrement supérieur à 3 p. 100. Mais le constat est différent si l'on s'attache à l'endettement public. Parmi les onze candidats, trois pays sont au-dessous du plafond fixé à 60 p. 100. Les responsables des banques centrales et de l'I.M.E. s'inquiètent des taux d'endettement élevés de la Belgique (122,2 p. 100 du P.I.B.) et de l'Italie (121,6 p. 100). En dépit de ces indicateurs discordants, le Conseil de l'Union européenne décide que les onze candidats remplissent les conditions nécessaires pour l'adoption de la monnaie unique, le 1<sup>er</sup> janvier 1999. Pour justifier cette décision, il fait valoir que le taux d'endettement diminue partout, même si c'est lentement. Parallèlement, il est décidé que les cours pivots bilatéraux des monnaies des États membres serviront à déterminer les taux de conversion irrévocables de l'euro.

Le 1<sup>er</sup> juin 1998, la B.C.E. est mise en place. Elle forme, avec les banques centrales nationales des États membres participants, l'Eurosystème. Celui-ci doit formuler et définir la politique monétaire unique durant la troisième phase de l'U.E.M. Les onze banques centrales des pays participant à la phase III versent leurs contributions à la constitution du capital de la B.C.E. En outre, elles lui transfèrent une fraction de leurs réserves de change et d'or (déterminée sur la base de leur contribution à son capital). Le 31 décembre 1998, les taux de change de l'euro sont fixés et il voit le jour le lendemain. C'est le début de la phase III de l'U.E.M. Le Système monétaire européen – mécanisme de change (M.C.E. I) – cède la place à un nouveau mécanisme de change (M.C.E. II) qui lie à l'euro, sur une base volontaire, les monnaies des États membres de l'U.E. n'ayant pas adopté la monnaie unique. Deux États membres extérieurs à la zone euro participent alors à ce mécanisme : le Danemark et la Grèce, avec des marges de fluctuation de part et d'autre du cours pivot de l'euro égales respectivement à 2,25 p. 100 et 15 p. 100. L'un des principaux objectifs du M.C.E. II est de parvenir à une convergence durable des économies des participants et des non-participants à l'U.E. Les relations entre les membres de l'Union monétaire et les pays qui, pour une raison ou pour une autre, n'y participent pas sont précisées. Si la participation à l'Union n'est pas obligatoire, on s'attend à ce que : 1) les « futurs membres » (« pre-ins ») participent au S.M.E. *bis* et respectent les critères de convergence de Maastricht avant d'entrer dans l'Union ; 2) les non-participants évitent tout recours à des dévaluations concurrentielles. Au moment où débute la troisième phase – le 1<sup>er</sup> janvier 1999 –, les taux d'intérêt à court terme des pays participants sont les mêmes. Les taux de change des monnaies des onze États membres participant dès le début à l'union monétaire sont fixés irrévocablement (tabl. 3) et une politique monétaire unique est mise en œuvre sous la responsabilité de la B.C.E. Le 1<sup>er</sup> janvier 2001, le nombre des participants passe à douze avec l'entrée de la Grèce dans la troisième phase de l'U.E.M. Un an plus tard se fait le passage à l'euro fiduciaire – avec la mise en circulation des billets et des espèces.

## DROIT

LE DROIT occupe, dans le monde « occidental », une place de premier

plan. Il est regardé comme le grand régulateur de la vie sociale. Héritiers de Rousseau et de Montesquieu, Kant et les rédacteurs de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 demandaient au droit d'assurer « la coexistence des libertés » : la vie en commun de citoyens dont la liberté eût été absolue s'ils n'avaient dû reconnaître aux autres des prérogatives identiques aux leurs. Pour eux, cette mission incombait, plus exactement, à la loi. Un législateur, organe de la souveraineté populaire, devait être institué précisément pour poser les normes de la vie sociale.

Le droit, dans cette conception, s'impose à tous sans que des règles venues d'autres sphères (la morale, la politique) puissent interférer avec le jeu des choses. Son autorité est exclusive. D'autre part, il n'est rien qui puisse lui échapper des relations entre personnes humaines.

À la réflexion, pourtant, on découvre que cette conception a au moins besoin d'être nuancée. Le droit comparé a même permis d'établir qu'elle est rejetée dans diverses communautés.

Loin que l'autorité du droit soit sans partage, il faut avouer que l'on éprouve grande difficulté à préciser la notion de droit ou de règle juridique. Le philosophe et le sociologue du droit hésitent l'un et l'autre sur cette définition. Le droit leur apparaît comme une sorte de nébuleuse. Autour de la loi qui, elle au moins, est, dans le monde occidental une notion relativement claire, ils observent une série de réalités importantes qui, elles aussi, règlent la vie sociale : les mœurs, les coutumes, les usages, la jurisprudence, la doctrine, le contrat avec toutes ses variantes modernes. Il suffit au surplus à un Européen de franchir la Manche pour trouver en Angleterre un droit contenu en principe dans des décisions judiciaires issues de vieilles coutumes et où la loi, quelle que soit son importance de fait, n'est théoriquement qu'une exception.

Une fois le droit défini, comment croire qu'il puisse être totalement indépendant de la morale, alors qu'on admet qu'il est l'instrument de la justice et qu'il doit faire une certaine place à l'équité ? Il est vrai que, dans des nations laïques et idéologiquement divisées, il ne doit pas chercher à imposer une morale plutôt qu'une autre. Il ne peut que refléter les règles de la morale admises par

l'ensemble des citoyens. Dans d'immenses communautés humaines, en revanche, le droit est lié, non seulement à une morale, mais à une religion. On a pu dire ainsi que, dans le monde musulman, le droit n'était qu'une des faces de la religion.

« Celle-ci comporte d'une part une théologie qui fixe les dogmes et précise ce que le musulman doit croire ; elle comporte d'autre part une partie, le *shar'*, qui prescrit aux croyants ce qu'ils doivent faire ou ne pas faire » (R. David). S'il est moins dogmatique que l'islam, l'hindouisme ne voit pas d'une manière très différente la place du droit. Dans la conception juive, également, Dieu est partie aux relations entre les hommes ; le devoir à son égard l'emporte sur les droits de ceux-ci. Si, par exemple, un débiteur néglige de payer sa dette, il méconnaît son devoir religieux : le tribunal le contraindra à accomplir celui-ci, et, incidemment, le créancier sera payé. De même, les droits coutumiers africains sont sacralisés. L'élément juridique et l'élément religieux sont indissociables. Ils illustrent encore le mot de G. Scelle : « À l'époque primitive, tout est droit et rien n'est droit. »

Comment croire aussi que le droit puisse être indépendant de la politique ? Le philosophe du droit, on le verra, ne tombe pas dans cette illusion. À l'État gendarme, gardien de la « coexistence des libertés », dont on avait pu rêver au XIX<sup>e</sup> siècle, s'est substitué un État providence, qui proclame le droit de chacun à la santé, à la sécurité, à l'éducation, au travail, et qui considère de son devoir d'aider au développement des personnalités. Le droit, dès lors, concourt à une politique sociale. Mais, à vrai dire, n'est-il pas toujours l'instrument d'une politique, puisque celle-ci est l'art d'aménager la société dans l'intérêt général ? Leurs objectifs s'expriment à peu près dans les mêmes termes, comment pourraient-ils rester séparés ? Il y a surtout entre eux, semble-t-il, une différence de niveau. La politique fixe des objectifs, elle gouverne, elle « fait » de la direction. Le droit fait de l'administration quotidienne. Il y aurait quelque candeur à s'indigner de l'affirmation marxiste de la subordination du droit à la politique, même si cette subordination doit comporter des limites. La fonction de *social engineering* (construction de la société) du droit est depuis longtemps reconnue aux États-Unis. Et quand la Cour suprême, en 1954, déclare que la ségrégation raciale dans l'enseignement est inconstitutionnelle, elle est si consciente d'énoncer une nouvelle politique qu'elle ordonne qu'on s'abstienne de toute mesure d'intégration avant qu'elle-même ait pu élaborer des directives pour la mettre en œuvre.

On voit combien fragiles et contingentes sont les idées, encore largement répandues, de la souveraineté exclusive du droit sur la société.

L'idée que le droit puisse et doive tout régir n'est pas davantage partagée par tous. Dans le monde occidental, certes, l'homme attend de chacun de ses gestes qu'il soit juridiquement « défendu » ou « permis ». Dans de vieilles sociétés, pourtant, le droit, loin de tout régir, est totalement effacé devant les devoirs, les usages et les rites. Le marxisme prévoit son dépérissement.

C'est dans les plus vieilles civilisations, en Chine, au Japon et, plus généralement, en Asie, que le mépris du droit est le plus profond. « Pour des Japonais honnêtes, écrit Y. Noda, le droit apparaît comme une chose indésirable, voire détestable, dont il est souhaitable de s'éloigner autant que possible. » Les obligations morales et sociales, les rites de la vie en société sont suffisamment puissants pour que des règles juridiques apparaissent inutiles et choquantes par leur vulgaire brutalité. Le droit est aveugle, impersonnel, rigide, il ne tient pas compte des circonstances ni des situations ; il s'impose de l'extérieur, en quelque sorte. Le tribunal donnerait raison à l'un des plaideurs et tort à l'autre, alors que l'un et l'autre devront continuer à vivre dans la même communauté. Des sociétés qui aspirent à la sagesse individuelle et à l'harmonie universelle rejettent droit et tribunaux : « L'amitié, reconnaissait Domat, n'est pas régie par les lois civiles. » La conception de ces sociétés peut nous sembler angélique. Il est vrai d'ailleurs que les transformations de l'époque contemporaine contraignent ces sociétés à faire une certaine place au droit. Mais si l'on constate à quel point l'idée, issue de la Déclaration de 1789, selon laquelle « tout ce qui n'est pas défendu est permis » a banni des sociétés occidentales toute considération de morale sociale, toute idée de juste prix ou de bénéfice raisonnable, et si l'on pense à toute la réglementation économique et sociale qui pallie mal cette carence, comment ne pas sentir, avec la pensée orientale, qu'une société obligée de se fonder sur le droit est une société barbare ?

On comprend alors, sans même reprendre toute son analyse de l'évolution de l'homme et de la société, que le marxisme ait pu espérer le dépérissement du droit. Pour Lénine, les pressions horizontales devaient remplacer les pressions verticales : « Les hommes s'habitueront graduellement à

l'observation spontanée des règles de la vie civile sans contrainte, sans prévention, sans hiérarchie » ; de toute manière, « le peuple lui-même sera armé pour réprimer les excès aussi naturellement, aussi simplement qu'un groupe de citoyens règle un litige ou défend une femme offensée ». Le plus curieux est que cette vision fut reprise par une loi soviétique de 1919 : « Le prolétariat détruira l'État en tant qu'organe de coercition et le droit comme fonction de l'État », avant que Stuchka n'écrive : « Le communisme signifie non la victoire du droit socialiste, mais la victoire du socialisme sur le droit : l'abolition des classes, avec leurs intérêts antagonistes, fera automatiquement disparaître le droit », et que Pachoukanis, développant les écrits d'Engels sur le dépérissement de l'État, ne donne en 1924 la théorie du dépérissement du droit.

Cependant Pachoukanis mourut fusillé sur l'ordre de Staline, qui trouvait prématuré l'exposé de ses vues, et sa réhabilitation ultérieure ne signifia en rien une reprise de ses thèses : l'Union soviétique s'accommodait désormais fort bien des réalités de l'ordre juridique, traduites par les concepts de droit et de légalité socialistes, instruments de la construction d'une société nouvelle et garants tout relatifs des libertés individuelles. Bien avant l'effondrement du régime, l'idée que le droit doive un jour disparaître n'était plus qu'une hypothèse qui suscitait le doute ou les nuances.

Il faut essayer de se placer au-dessus des idées reçues dans tel continent ou dans tel autre. On admettra sans doute alors que le droit n'est qu'une des techniques de l'organisation de la société, qu'il n'est ni exclusif ni omnipotent. Les forces économiques et politiques et les aspirations vers plus de justice influent sur le droit et, à côté de lui, modèlent la société. On peut même regretter que la morale sociale, qui fait appel à la conscience et non à la contrainte, ne joue pas, auprès de lui, un rôle plus important.

Il faut pourtant « croire » au droit. Son rôle n'est pas seulement d'assurer l'ordre et la paix, mais de promouvoir plus de justice dans une société constamment corrompue par l'égoïsme individuel et collectif des hommes et ainsi, en définitive, de contribuer à promouvoir l'homme lui-même. Il est l'instrument le plus direct et efficace pour modifier les structures et les institutions. Il change les psychologies mêmes : qui songerait aujourd'hui à défendre l'esclavage ou la

ségrégation raciale, à s'indigner des congés payés ou à s'inquiéter de l'information des actionnaires et de la participation du personnel ? Il est créateur d'avenir.

Au surplus, on a envisagé jusqu'ici le droit dans le cadre d'une communauté nationale. Or, les diverses nations ont, comme les citoyens de Rousseau, à vivre ensemble. À l'échelle du monde, on observe à nouveau l'insuffisance mais aussi la nécessité du droit international public. Par les règles qu'il pose et les institutions dont il assure le fonctionnement, il contribue à réduire le nombre des affrontements armés. Mais, parce que sa force contraignante est moindre que dans le cadre national, on voit plus clairement qu'il ne peut suppléer aux consciences. Et pourtant, le problème, là encore, n'est pas seulement d'assurer la coexistence des libertés, mais aussi, dans un monde où les deux tiers des hommes vivent dans un état de misère plus ou moins tragique, le développement des personnalités. C'est dire la carrière qui s'ouvrira au droit lorsque l'homme aura pris une conscience planétaire de sa solidarité.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## 🌐 JUSTICE POLITIQUE

### ***Prise de vue***

Les différentes « justices » (civile, commerciale, pénale, etc.) sont fondées sur un concept unique propre à la communauté qui est considérée. Les principes directeurs qui les sous-tendent sont identiques ; seul, l'objet différent qu'elles poursuivent explique certaines spécificités d'organisation et de fonctionnement.

De même, les éléments spécifiques de la justice politique (qualité des justiciables, nature de l'infraction et, éventuellement, de la juridiction) ne sauraient la dissocier du contexte dans lequel elle s'exerce ; les fonctions mêmes de la justice politique la rattachent étroitement à la communauté dont elle émane : la justice politique est, en effet, la justice rendue à l'égard des actes ou des intentions portant le plus gravement atteinte, soit à la structure socio-économique, soit au

régime politique, soit au personnel politique de la communauté ; les justiciables sont les hommes au pouvoir, ou les citoyens qui se dressent contre le pouvoir. Ainsi la justice politique a pour mission, soit de freiner le pouvoir en mettant en jeu la responsabilité pénale de ceux qui en ont l'exercice, soit de le renforcer en réprimant les actes d'opposition.

Elle joue, de ce fait, le rôle de « révélateur » du niveau de civilisation atteint par la société politique. Elle est une justice de crise ; or, à chaque état de tension, la réalité fait éclater les apparences : le droit de la justice politique constitue un miroir fidèle des institutions politiques et sociales, des mœurs et des idéologies, et du sens de leur évolution. Il reflète en particulier les idées fondamentales qui, à une certaine époque et dans une société donnée, régissent les rapports tant de l'individu vis-à-vis du groupe social que des classes et couches sociales entre elles.

La justice politique fait apparaître la nature et le mouvement profond du droit lui-même. Comme l'a dit Rudolf von Ihering, « le droit est lutte ». Produit d'une lutte, le droit de la justice politique en est aussi l'instrument ; ainsi, il est particulièrement sensible à tout ce qui affecte le présent d'une société ou menace son avenir. Il constitue souvent un droit « d'avant-garde », c'est-à-dire un secteur juridique dont l'esprit et la lettre expriment, avant les autres, l'orientation profonde de tout le système politique de la société considérée. Sous l'empire de la nécessité sociale s'élabore une législation faite de retouches successives allant, soit dans le sens d'une restriction, soit dans le sens d'une promotion des droits individuels. En effet, le droit de la justice politique est dynamique : l'étude historique et la simple observation des sociétés contemporaines démontrent que l'organisation et le fonctionnement de la justice politique sont soumis à de fréquentes modifications résultant de multiples facteurs (tels que le niveau de développement et le type de structure socio-économique et culturelle, l'état de consensus ou de rupture idéologique, les traditions nationales autocratiques ou démocratiques, le contexte international, etc.). Cependant, le droit de la justice politique n'est pas un simple reflet passif : il constitue lui-même une source du dynamisme des facteurs dont il résulte. Ainsi, la justice politique est un phénomène socio-juridique en relation constante avec un ensemble d'éléments des plus divers, ce qui explique les profondes distorsions constatées entre la justice politique des États libéraux et

celle des États socialistes ou bien entre celle des pays en voie de développement et celle des pays hautement industrialisés.

Au-delà de cette diversité, il est cependant possible de dresser une typologie des juridictions chargées d'assumer la justice politique, d'analyser ses fonctions essentielles et sa portée pratique.

## 📍 1. Les différents types de juridictions compétentes

D'un régime à un autre, d'un État à un autre, la structure organique de la justice politique se différencie. L'organisation des juridictions compétentes en matière politique, en effet, traduit les conceptions qui fondent les institutions politiques. Ainsi, la reconnaissance de la souveraineté nationale ou populaire fait de la justice une émanation de la nation ou du peuple ; par là même, en bonne logique, la justice s'exprime par des représentants de la nation ou du peuple, ou par le peuple lui-même. L'institution du jury, qui a parfois été constitutionnalisée, au-delà des variations possibles de son mode de recrutement, peut permettre cette expression. Au contraire, la répudiation des théories démocratiques de la souveraineté ou leur relégation au niveau des principes abstraits, qui affaiblissent le plus souvent l'effectivité du pouvoir législatif composé de représentants de la nation ou du peuple, entraînent la suppression du jury ou l'altération de son fonctionnement.

Ces relations ne sont cependant pas mécaniques : c'est ainsi qu'un régime nouveau qui s'installe peut être conduit, en raison de sa faiblesse, à fonder son appareil de justice politique sur des principes contraires appliqués sous le régime antérieur ; un régime déclinant et menacé peut également tendre à mettre en place une structure de répression reniant par sa nature même les principes qui sont censés être défendus.

Il demeure néanmoins qu'il y a, en règle générale, une relative identité entre institutions et juridictions politiques. De même, les règles organiques et fonctionnelles de ces juridictions sont déterminées dans une certaine mesure par deux éléments : le caractère constitutionnel ou extra-constitutionnel de la juridiction

et la nature des relations entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif.

## 🕒 Juridictions politiques constitutionnelles

La fonction d'assurer la justice politique est parfois confiée à une juridiction par les dispositions de la Constitution elle-même. Ces juridictions constitutionnelles peuvent être de deux types.

En premier lieu, la Constitution peut instituer une juridiction spéciale, distincte des organes politiques créés par elle.

Cette juridiction ne se confond pas, en général, avec la plus haute juridiction judiciaire, mais parfois cette Cour spéciale constitutionnelle comprend un certain nombre de magistrats professionnels, souvent membres du tribunal suprême de droit commun. Ils constituent l'élément technique jugé nécessaire au bon exercice de la justice, fût-elle politique. En plus de ces magistrats, choisis par le gouvernement ou par le tribunal même dont ils sont issus, peuvent être désignés des représentants des grands corps de l'État, choisis le plus souvent par le pouvoir exécutif, ou des membres des assemblées élues, désignés par le pouvoir législatif lui-même ou tirés au sort.

Les magistrats professionnels peuvent être remplacés en totalité par des membres d'une ou plusieurs assemblées élues. La Haute Cour de justice française instaurée sous la Troisième République était dans ce cas. Des quinze membres de la Cour de justice de la République qui l'a remplacée en 1993 pour juger des crimes et délits imputables aux membres du gouvernement, le président et deux autres membres sont magistrats du siège à la Cour de cassation.

Le droit de saisine de cette juridiction spéciale revient normalement soit à l'exécutif soit au législatif. Mais la répugnance avérée des politiques à permettre une action contre l'un des leurs a conduit en France à confier depuis 1993 le soin de saisir la Cour de justice, d'office ou sur requête de tout plaignant, au procureur général près la Cour de cassation.

En second lieu, la Constitution peut attribuer l'exercice de la justice politique à un corps politique. Ce type d'organisation constitutionnelle est propre au

bicamérisme. En effet, si une disposition constitutionnelle prévoit qu'une assemblée législative puisse se constituer en juridiction législative, la nécessité de ne pas paralyser la fonction législative par une fonction juridictionnelle complémentaire suppose l'existence d'une seconde assemblée qui permet, par ailleurs, de séparer la mise en accusation et le jugement. C'est la Chambre haute qui, de par sa composition plus stable, assure cette fonction juridictionnelle.

Le fait de confier totalement au pouvoir législatif l'exercice de la justice politique est une reconnaissance de son rôle de contrôle de l'activité du pouvoir exécutif. La responsabilité pénale individuelle des membres du pouvoir exécutif prolonge en effet la responsabilité politique collective du cabinet ministériel. La source de cette double responsabilité est la même : c'est le caractère représentatif des assemblées élues.

Mais, loin de constituer toujours un rouage préétabli permettant et facilitant le fonctionnement des mécanismes constitutionnels, les juridictions politiques peuvent n'être que des réponses, a posteriori et temporaires, à des circonstances exceptionnelles.

### 📍 Juridictions politiques extra-constitutionnelles

Les juridictions politiques peuvent devoir leur existence à une simple loi ordinaire ou à un acte émanant du pouvoir exécutif alors même que les lois constitutionnelles sont silencieuses et parfois même limitent l'utilisation des tribunaux d'exception.

Ces tribunaux d'origine extra-constitutionnelle sont de deux types. Certains sont qualifiés de « juridictions d'exception » par l'acte juridique même qui les crée ; d'autres, au contraire, sont considérés comme des juridictions d'exception « camouflées ».

L'acte juridique qui établit les tribunaux politiques « d'exception », qualifiés expressément comme tels, peut émaner, soit des assemblées élues, soit des autorités gouvernementales. Ces juridictions sont, quoi qu'il en soit, très étroitement liées au pouvoir qui les a instituées.

Cette liaison est obtenue essentiellement par la composition des tribunaux qui est assurée en totalité par le pouvoir originaire. Dans la mesure où le pouvoir exécutif ou le pouvoir législatif ont une compétence discrétionnaire pour choisir et nommer, en plus du ministère public, les juges ou les jurés, la juridiction devient objectivement un instrument de ce pouvoir, quels que soient les autres moyens de contact entre le pouvoir et le tribunal. De même que l'apparition de ces juridictions peut refléter certains déséquilibres entre les pouvoirs, leur fonctionnement influe sur ce déséquilibre et a tendance à renforcer l'efficacité du pouvoir originaire. Cette efficacité est accentuée par l'association fréquente du pouvoir militaire à la justice politique. Les tribunaux d'exception extra-constitutionnels sont en effet composés, tout au moins en partie, d'officiers nommés par le pouvoir civil mais représentant néanmoins le pouvoir militaire au sein de la juridiction.

Parfois, le pouvoir militaire se substitue totalement au pouvoir civil dans l'exercice de la justice politique. Les tribunaux militaires exercent, au moins temporairement, une fonction de juridiction politique d'exception, tout en conservant l'apparence de juridictions chargées de réprimer des infractions déterminées de caractère non politique. Ainsi sont préétablis des tribunaux dont l'activité en temps ordinaire est spécifiquement limitée, mais dont le pouvoir politique étend la compétence à des infractions de caractère politique, en cas de circonstances exceptionnelles qu'il définit lui-même. Ces juridictions politiques d'exception « camouflées » peuvent se substituer ainsi aux juridictions de droit commun sans que le pouvoir ait besoin de créer de toutes pièces des tribunaux politiques.

Un appareil de justice politique d'exception se trouve ainsi souvent préétabli pour doubler l'appareil de justice de droit commun, en cas de « défaillance ou d'insuffisance », de même qu'une légalité parallèle d'exception double en permanence la légalité des « circonstances ordinaires ». Cette justice politique camouflée est à la disposition, le plus souvent, du pouvoir exécutif, qui a ainsi un appareil de remplacement toujours prêt à fonctionner. Cependant, cette organisation militaire parallèle est permanente ; elle acquiert de ce fait certains traits d'indépendance et peut ne pas être, dans telles ou telles circonstances, un simple instrument du pouvoir exécutif.

Toutefois, elle est pratiquement plus apte à servir d'agent du pouvoir politique que l'appareil de justice ordinaire lorsque celui-ci intervient en matière politique.

## @ Juridictions de droit commun

Les juridictions de droit commun sont souvent compétentes pour sanctionner des infractions de caractère politique. Dans la mesure où elles constituent un « troisième pouvoir », « séparé » des pouvoirs exécutif et législatif, elles sont censées présenter des caractères « objectifs » particulièrement protecteurs des droits de l'homme. En réalité, la fonction juridictionnelle n'est généralement qu'une des fonctions du pouvoir exécutif. « Il n'y a pas de différence appréciable entre une décision exécutoire administrative et une décision juridictionnelle, souligne Maurice Hauriou. Des deux côtés, c'est une décision particulière intervenant sur une question litigieuse pour discerner et déclarer le droit, avec effet exécutoire. » L'autorité judiciaire n'est pas l'égale du législatif et de l'exécutif et ne se situe pas à la même hauteur dans l'échelle des structures institutionnelles.

L'indépendance de la justice n'est qu'une prérogative octroyée. Par là même, les règles de recrutement, d'avancement, comme celles aménageant le principe de l'inamovibilité des magistrats, n'assurent qu'une indépendance relative à la justice de droit commun.

Les principes de souveraineté nationale ou populaire tendent à faire adopter le système de l'élection des juges : la faculté de juger « au nom du peuple ou de la nation » semble ne pouvoir prétendre à la légitimité que dans la mesure où elle trouve sa source dans une volonté populaire. Ce mode de recrutement est particulièrement en harmonie avec une « démocratie référendaire » où le peuple est considéré comme assez majeur pour prendre directement parti sur les grands problèmes posés par la vie de la nation. En réalité, la nomination par le pouvoir exécutif est le mode de recrutement le plus fréquent dans les démocraties classiques ; il permet de maintenir sans difficulté l'unité politique des divers pouvoirs de l'État, tout en déliant la justice des fluctuations politiques de faible amplitude.

Quant à l'impossibilité de destituer, suspendre ou déplacer, ou de mettre à la retraite prématurément les magistrats, elle est souvent confondue avec l'indépendance de la justice. En réalité, le principe de l'inamovibilité ne s'applique ni à tous les magistrats (parquets, par exemple), ni durant les périodes exceptionnelles : lors de l'installation de chaque nouveau régime, ou en période de crise, le pouvoir politique tend à renouveler la composition des juridictions. Tous les États font périodiquement, et à un rythme qui ne se ralentit pas, l'expérience d'épurations qui ne se différencient que par leur caractère, officiel et direct ou discret et indirect, et leur importance, massive ou réduite. Par ailleurs, c'est le degré d'indépendance de l'organe chargé de faire respecter le principe d'inamovibilité qui détermine le degré d'efficacité de ce principe : cette efficacité est réduite si le garde des Sceaux est, en réalité, le seul garant de l'application du principe, toujours susceptible d'interprétations. Enfin, si les juges sont censés n'avoir rien à craindre du pouvoir politique, la stabilité de la fonction n'empêche pas qu'ils aient tout à en attendre et à en espérer. Si l'avancement des juges dépend du pouvoir exécutif, ce fait limite leur indépendance réelle : il risque de faire apparaître deux magistratures, l'une de « bénéficiaires », l'autre de « desservants ». Ainsi le juge est conduit à regarder du côté du parquet, de la juridiction d'appel, et vers le ministère ; aucune liaison, en revanche, n'est prévue avec ses justiciables qui sont sa raison d'être.

Cette relative dépendance organique de la justice prend une dimension particulière lorsqu'elle est chargée de sanctionner des infractions de caractère politique. Sans se manifester comme un simple objet du pouvoir au service d'une politique, la justice de droit commun apparaît comme une autorité « métapolitique ». Les magistrats « s'ajustent », en général, sur l'évolution du pouvoir politique. Mais cette adaptation est lente et le déphasage entre les autorités politiques établies et la justice est une constante. Le renouvellement du personnel judiciaire est, en effet, plus lent que celui du personnel politique ; de plus, dans les démocraties classiques, la justice se considère, dans une certaine mesure, comme la gardienne de « principes généraux », de valeurs stables, « atemporelles », qui rendent relatifs les « renouvellements » politiques et l'établissement des « ordres nouveaux », et limitent ainsi le pouvoir politique qui a besoin de trouver à tout instant une correspondance absolue entre sa volonté immédiate et la règle de droit.

Ainsi s'explique l'attitude contradictoire de la justice intervenant en matière politique. Lorsqu'elle est saisie de poursuites visant des opposants qui tendent à remettre en cause les fondements économiques et sociaux du régime, elle semble, le plus souvent, statuer comme un authentique agent du pouvoir politique dont elle émane ; lorsqu'elle doit résoudre des contradictions non antagonistes et secondaires, lorsqu'elle doit juger des adversaires politiques momentanés qui se trouvent seulement en désaccord formel et temporaire avec le pouvoir, la jurisprudence démontre que la justice est loin de constituer un instrument du pouvoir politique. Cependant, cette volonté constante du pouvoir politique d'utiliser toutes les juridictions afin d'atteindre des objectifs propres, ne peut conduire à négliger le fait qu'il existe aussi une justice politique visant à freiner le pouvoir.

## 📍 2. Double fonction de la justice politique

L'histoire montre que la justice politique assure deux fonctions distinctes et même contradictoires.

L'apparition des principes démocratiques, surtout à partir du XVIII<sup>e</sup> siècle, a donné à la justice une fonction officielle de « contre-pouvoir » : son fondement réside dans la volonté de rendre les gouvernants responsables de leurs actes. Simultanément, dans le cadre de tous les régimes, quels qu'ils soient, la justice a conservé une fonction tendant à établir, à affermir ou à sauver l'autorité du pouvoir politique.

### 📍 Justice politique, « contre-pouvoir »

La procédure spéciale qui permet de mettre en accusation les titulaires du pouvoir exécutif constitue la défense suprême de la souveraineté nationale ou populaire. Sa raison d'être est la même que celle qui fonde toutes les répressions pénales ordinaires : un crime a été commis qui présente un danger pour la société et qui doit être sanctionné. Cette nécessité pratique explique que la responsabilité pénale soit apparue historiquement avant la responsabilité politique, mais elle explique aussi que la procédure de mise en jeu de cette responsabilité ait pris un caractère propre distinct du droit commun. Le crime commis est particulièrement grave parce qu'il est le fait de personnes dotées de grands pouvoirs : le corps

social tout entier peut être mis en cause.

La répression efficace de ces crimes exige une justice affranchie de l'influence des justiciables ; elle doit avoir un caractère national, pour échapper aux pressions locales ou minoritaires, et solennel, pour acquérir une fonction exemplaire.

La plupart des démocraties classiques mettent en œuvre une procédure exorbitante du droit commun qui remet en cause le principe de l'égalité formelle de tous devant la loi, mais qui applique le principe aristotélicien de justice distributive : les charges doivent être réparties proportionnellement aux moyens de puissance.

Cette procédure spéciale de répression se fonde aussi sur l'insuffisance des autres moyens de contrôle du pouvoir exécutif. La responsabilité politique des ministres devant le pouvoir législatif n'a qu'un caractère limité et temporaire ; même dans les régimes où sévit l'instabilité ministérielle, la responsabilité politique favorise plus une rotation du personnel politique qu'un véritable renouvellement. Chaque démission politique équivaut à une sorte d'absolution générale pour tous les actes antérieurs. Ainsi, les membres du pouvoir exécutif bénéficient d'une reconnaissance quasi officielle du droit à l'erreur politique, dont les conséquences sont en général infiniment plus lourdes que certaines infractions plus rigoureusement sanctionnées. De la sorte, la responsabilité « pénale » des membres de l'exécutif est en partie de nature politique ; cela est particulièrement net pour le chef de l'État. Il est souvent prévu une mise en accusation des chefs d'État en cas de « haute trahison », mais cette notion n'est généralement pas définie. Elle est laissée à la libre interprétation de la juridiction compétente ou du pouvoir législatif chargé de la mise en accusation : une action contraire à la Constitution ou aux intérêts supérieurs du pays pourrait ainsi faire jouer la responsabilité présidentielle. Le crime de haute trahison est donc, en fait, une notion essentiellement politique. En revanche, les procédures de mise en accusation et de jugement tendent à se normaliser pour s'identifier aux procédures pénales de droit commun. Bénéficiant du courant antiparlementaire dans la plupart des démocraties classiques, la force judiciaire pénètre dans les tribunaux politiques les plus éloignés des tribunaux judiciaires et s'étend à tous les stades de l'instruction, sinon du jugement lui-même.

L'instruction tend à être assurée par des magistrats et non plus par des hommes politiques ; l'exemple de la juridictionnalisation des commissions d'instruction près des Hautes Cours françaises de 1875 à 1958 est éloquent entre tous. De plus, ces commissions sont progressivement soumises aux règles de droit commun en vigueur dans l'État considéré. Tout élément politique tend à être exclu des ministères publics et les procédures d'audience s'inspirent de plus en plus des principes s'imposant aux tribunaux répressifs ordinaires. Les droits de la défense, notamment, s'élargissent et ne se distinguent plus des garanties accordées aux justiciables ordinaires. Les Hautes Cours ne peuvent plus, sauf exception, prononcer que des peines prévues dans les codes et perdent leur caractère primitivement souverain.

Cette normalisation qui s'est ainsi développée semble résulter du fait qu'aucun intérêt réel n'entend freiner la progression du droit dans ces secteurs. La poussée du légalisme tend à l'emporter dans les zones de moindre résistance : les dispositions concernant la responsabilité pénale des membres de l'exécutif sont considérées comme secondaires au sein des systèmes juridiques des démocraties classiques. Cette hypothèse d'explication se confirme par le fait que la normalisation atteint plus rarement la justice politique chargée de réprimer les oppositions se manifestant à l'égard du pouvoir. Ainsi la Cour de sûreté de l'État créée en France après la guerre d'Algérie n'a-t-elle été supprimée qu'en 1981. La résistance à la normalisation est en effet beaucoup plus grande dans les secteurs qui renforcent l'autorité du pouvoir exécutif que dans ceux qui la limitent.

### 📍 Justice politique, agent du pouvoir

Dans la période contemporaine, les caractères spécifiques de la justice politique, dont la fonction est de renforcer le pouvoir, se maintiennent et tendent parfois à se développer. Cette évolution se manifeste notamment au niveau de la notion d'infraction politique et de la procédure permettant de la sanctionner.

La distinction entre délit politique et délit de droit commun ne se justifie que dans la mesure où l'on veut attribuer à ce premier type de délit un régime privilégié ou un régime de rigueur différent du régime de droit commun. Cette différenciation semble liée à une conjoncture historique déterminée durant laquelle l'État n'avait qu'une fonction très limitée. La tendance contemporaine est plutôt de

dissocier les infractions particulièrement dangereuses pour l'État et la société de celles qui ne le sont pas. Un délit économique, par exemple, peut avoir de plus grandes conséquences sociales qu'un acte de propagande subversive, un délit électoral ou quelque délit « politique » au sens traditionnel du terme.

On assiste, dans diverses législations, à l'intégration des atteintes contre la sûreté intérieure de l'État dans le droit commun. Les faits délictueux qui sont dirigés contre les fondements sociaux et économiques de l'État et de l'ordre politique établi sont souvent assimilés à des actes nihilistes visant la destruction de toute société. De même les infractions lésant simultanément des intérêts privés et l'ordre politique ont tendance à être réputées de droit commun. L'intention politique des auteurs n'est pas un élément décisif.

D'autre part, une assimilation entre la sûreté extérieure et la sûreté intérieure de l'État se développe. La formule particulièrement souple de « démoralisation de l'armée » et, plus généralement, les « actes de nature à nuire à la défense nationale », par exemple, qui se retrouvent dans diverses législations, permettent, en fait, de réprimer avec plus de facilité l'action politique, à des fins essentiellement internes. Quant au régime privilégié dont bénéficiaient dans une certaine mesure les auteurs d'infractions politiques dans quelques États européens, il tend à se dégrader pour ne plus appartenir qu'aux souvenirs juridiques d'une vie politique aux antagonismes atténués. Les pratiques suivies durant la Seconde Guerre mondiale, les guerres de décolonisation et l'accentuation des conflits sociaux expliquent cette dégradation. Ces mêmes facteurs sont à l'origine du maintien et, dans certains cas, du renforcement des procédures exorbitantes de droit commun.

La procédure criminelle ordinaire comporte une réglementation complexe, une succession d'actes multiples qui en ralentissent la marche pour le profit de l'accusé et une publicité qui permet un contrôle de l'opinion ; or, en matière politique, le pouvoir a besoin, au contraire, d'une procédure essentiellement rapide, limitant le formalisme et les droits de la défense, notamment au niveau de l'instruction.

Ces exigences se manifestent à des degrés divers à l'occasion de tous

les procès politiques.

Certains, dont les justiciables sont le plus souvent des personnalités marquantes, ont pour objet d'agir sur l'opinion. Il s'agit de prononcer une condamnation exemplaire d'un ordre politique au nom d'un autre (procès de « régime » visant à déconsidérer l'ancien régime afin de valoriser celui qui lui a succédé), de condamner une idéologie politique (procès tendant le plus souvent à assimiler une doctrine menaçant l'ordre établi à des conceptions d'origine étrangère et antinationales), ou encore de mettre en accusation une attitude politique inopportune (procès visant à réprimer un « échantillon » représentatif d'une position politique sur telle ou telle question particulière). La procédure est encore plus distante du droit commun lorsque les procès politiques visent essentiellement à l'élimination des opposants.

L'objectif strictement quantitatif de la justice politique est alors de maintenir les rapports de force entre le pouvoir établi et ses adversaires. Ainsi, ces procès se caractérisent le plus souvent par les huis-clos. Il s'agit de limiter leur retentissement dans la communauté nationale ou internationale. La justice politique peut ainsi, par exemple, s'attaquer à ceux qui revendiquent une autre structure sociale et économique (procès de « classe », visant davantage une catégorie sociale tout entière que des individus déterminés), ou à ceux mettant profondément en cause l'intégrité nationale (procès « coloniaux », visant la neutralisation des nationalistes qui remettent en cause la conception nationale de la métropole).

### @ 3. Portée de la justice politique

La justice politique, qu'elle freine le pouvoir ou qu'elle le renforce, a une efficacité limitée à moyen comme à long terme. Si « une importante partie de l'histoire se déroule à la barre des tribunaux », et si aucune phase décisive de l'évolution des sociétés n'évite la multiplication des procès politiques, la portée des jugements politiques rendus par les diverses juridictions n'a le plus souvent que des incidences historiques secondaires.

@ L'absence d'effectivité de la justice politique,  
« contre-pouvoir »

« Les ministres sont souvent dénoncés, accusés quelques fois, punis presque jamais... » constatait déjà Benjamin Constant. Dans la période contemporaine, les Hautes Cours chargées de sanctionner la responsabilité pénale des titulaires du pouvoir gouvernemental ne sont pratiquement jamais saisies, et certains considèrent cette justice politique comme tombée en désuétude.

En effet, la représentation nationale, chargée généralement de mettre en cause les ministres ou les chefs d'État, hésite à sanctionner les membres du pouvoir. Les propositions de mise en accusation, provenant le plus souvent d'une opposition minoritaire, n'aboutissent pas ; lorsque la juridiction compétente parvient à être saisie, les accusations sont en général rejetées. Si, par exception, des condamnations sont prononcées, elles sont très faibles. Dans l'histoire politique de la France, par exemple, seuls les ministres Louis-Jean Malvy, en 1918, et Raoul Péret, en 1931, ont été jugés par la Cour de justice sous la III<sup>e</sup> République. Encore faut-il préciser que ces deux affaires constituent des cas très particuliers et que l'unique condamnation prononcée a eu de faibles conséquences, même pour l'intéressé : c'est ainsi que Malvy a été réélu député en 1924 et choisi par Aristide Briand, en 1926, comme ministre des Finances.

La justice politique ne joue donc pas effectivement son rôle de contre-pouvoir freinant les abus éventuels de l'exécutif.

Les constituants, qui entendent bénéficier du pouvoir qu'ils ont établi, ont tendance à considérer comme formelles les dispositions concernant la responsabilité pénale des ministres et du chef de l'État ; de plus, le renforcement de l'exécutif au détriment du législatif dans la quasi-totalité des démocraties classiques tend à réduire encore les éventuelles velléités parlementaires de mise en accusation ; enfin, la crainte de porter atteinte à l'ordre, au sens le plus général, annihile la volonté de traduire des hommes d'État devant une Cour de justice : les ministres accusés appartiennent, pour l'opinion, à la catégorie relativement homogène des « détenteurs du pouvoir » ; toute condamnation représente une autodestruction nuisible à l'activité du pouvoir quel qu'il soit. « L'oubli », au contraire, renforce encore l'élément sacré et mythique qui auréole tout pouvoir d'État. À propos de l'affaire A. de Broglie, un membre de la Chambre des députés

de la III<sup>e</sup> République, en 1879, exprime ce phénomène en s'adressant à l'ensemble des parlementaires français : « Ce que la France attend de vous, ce n'est pas d'être agitée, même par une œuvre de justice, c'est d'être gouvernée. »

### 📍 L'efficacité relative de la justice politique, agent du pouvoir

Il semble que chaque régime, au-delà de sa finalité propre, chaque gouvernement, situés dans un contexte équivalent et aux prises avec des difficultés analogues, réagissent à l'aide de méthodes identiques, au détriment des droits de la défense et des libertés individuelles. Cette pratique commune ne semble pourtant pas toujours se justifier : l'efficacité de la justice politique, agent du pouvoir, n'est pas sans limite. Elle atteint dans une certaine mesure ses objectifs dans une perspective à court terme, alors que sa fonction est très réduite dans une perspective à plus long terme.

Dans la période qui suit immédiatement la consommation des infractions politiques, la traduction des délinquants devant la justice politique produit des effets positifs pour le pouvoir et négatifs pour l'opposition.

Sur le plan quantitatif, l'élimination, même temporaire, d'un certain nombre de cadres politiques ou de simples militants est source d'affaiblissement pour un mouvement d'opposition. Elle peut arrêter une vague de manifestations, de grèves ou provoquer un échec électoral, par exemple. La répression juridictionnelle, cependant, ne peut avoir qu'une fonction d'auxiliaire de la répression administrative et militaire.

Sur le plan qualitatif, la justice politique est néanmoins irremplaçable à court terme. Une condamnation par une juridiction présente un caractère plus solennel qu'une simple décision gouvernementale. Le relais juridictionnel s'apparente à une intervention extérieure au conflit en cours. De surcroît, la condamnation prononcée par un tribunal, quel qu'il soit, permet, au niveau d'une large partie de l'opinion peu élaborée, l'assimilation temporaire, mais réelle, de l'auteur d'une infraction politique au criminel de droit commun. Par cette voie, le pouvoir obtient la déconsidération de l'adversaire.

Cependant, tous les efforts obtenus à court terme tendent à s'effacer avec le temps.

« Combien dure la perpétuité en ce moment ? » demandait un condamné au XIX<sup>e</sup> siècle. La question exprime toute la relativité et toute la faiblesse de la justice politique. L'écart est grand entre le prononcé d'une condamnation politique et son exécution effective ; de plus, une même infraction jugée par la même juridiction n'est pas sanctionnée de manière analogue à des époques différentes : la jurisprudence de tous les tribunaux d'Europe occidentale en matière de collaboration avec l'Allemagne nazie a, par exemple, subi une profonde évolution au fil des années qui ont suivi la fin de la Seconde Guerre mondiale. Par ailleurs, l'examen des fonctions de la justice politique dans une perspective historique à long terme fait apparaître son inefficacité presque complète.

Sur le plan quantitatif, les épurations ont un rôle historique réduit. Pour prendre le seul exemple de la France contemporaine, la répression du courant traditionaliste sous la III<sup>e</sup> République ne l'a pas empêché de resurgir, sous des formes nouvelles, avec l'État français ; les persécutions anticomunistes de la fin de la III<sup>e</sup> République puis du gouvernement de Vichy n'ont pas réduit les forces du mouvement marxiste mais l'ont stimulé dans son influence et dans son dynamisme, notamment sous la IV<sup>e</sup> République ; l'élimination des militants nationalistes n'a pas empêché l'évolution et la mutation du système colonial : parfois la prison est l'école du pouvoir.

En ce qui concerne le plan qualitatif, les procès politiques peuvent parfois atteindre le résultat opposé à celui désiré par le pouvoir. En effet, « si le procès des vivants, c'est la justice, le procès des morts, c'est l'histoire ».

L'affaire Dreyfus  est ainsi devenue le procès de l'armée et de l'antisémitisme ; la condamnation de De Gaulle par un tribunal militaire de l'État français l'a consacré aux yeux de l'opinion comme chef de la France libre et de la Résistance ; les condamnations des antistaliniens dans les États socialistes ont constitué par la suite les éléments décisifs du procès du stalinisme. À long terme, les condamnations les plus lourdes peuvent auréoler et grandir les condamnés ;

Anatole France disait déjà : « Un homme qui n'a pas été condamné, tout au moins à la prison, honore médiocrement sa patrie. »

Cette incapacité de la justice politique ne semble pourtant pas devoir détourner le pouvoir de son organisation et de son utilisation. La marche des civilisations met au jour, sans cesse, de nouvelles contradictions : la tendance constante du pouvoir politique est de répondre non par leur dépassement mais par leur négation.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## @ JURISPRUDENCE

### ***Prise de vue***

Le mot « jurisprudence » a subi une curieuse évolution. À Rome, il désignait la science du droit, science qui devait être empreinte de sagesse, de « prudence ». Aujourd'hui, en Europe continentale, il s'applique aux règles juridiques que l'on peut dégager des décisions des tribunaux. On parle en ce sens de la jurisprudence qui s'est formée sur tel ou tel article d'un code ou d'une loi.

Il semble que le passage d'une signification à l'autre se soit effectué assez brutalement, en France, à la fin de l'époque révolutionnaire. On avait eu, durant cette période, le sentiment que le droit devait être tout entier écrit dans la loi. On avait donc condamné comme une institution « abominable », « détestable », qui serait contraire à la liberté du citoyen, la « jurisprudence des tribunaux », c'est-à-dire la possibilité pour les juges d'avoir des idées générales, de faire preuve d'une certaine initiative, de ne pas se borner à appliquer à des cas particuliers la « lettre de la loi ». Mais, après quelques années, on en revint à des conceptions plus réalistes. Les rédacteurs du code Napoléon comprirent l'utilité d'une « jurisprudence des tribunaux » et expliquèrent sa fonction. La « jurisprudence » se forma... Mais le mot, d'une conception générale du droit, en vint à désigner le produit de cette conception : les règles qui se dégagent des décisions judiciaires, notamment dans la mesure où elles se distinguent de la lettre

de la loi. On remarquera même que la « jurisprudence », au sens continental du terme, se place normalement dans le cadre d'un droit codifié ou au moins législatif : un droit directement judiciaire, comme l'est la *common law* anglaise, constitue un phénomène différent, qu'il vaut mieux ne pas désigner du même mot. C'est la « jurisprudence » au nouveau sens du terme qui sera examinée ici. On observera successivement ses fonctions et les conditions de sa formation.

Quant à l'ancienne « jurisprudence », qui a conservé son étiquette traditionnelle en Angleterre, aux États-Unis et dans les autres pays de *common law*, elle n'est pas autre chose que la science, la théorie ou la philosophie du droit et elle a, comme telle, été étudiée sous cette dernière rubrique.

## @ Fonctions de la jurisprudence

Il semble que, dégagés des idées excessives de la période révolutionnaire, les rédacteurs du code Napoléon, et en particulier J. M. Portalis, aient été les premiers à voir quelles fonctions aurait la jurisprudence des tribunaux dans le cadre d'un droit codifié.

« On ne peut pas plus se passer de la jurisprudence que de lois, écrit Portalis. 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. C'est aux magistrats et aux juristes, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application... Il y a une science pour les législateurs comme il y en a une pour les magistrats ; et l'une ne ressemble pas à l'autre. La science du législateur consiste à trouver dans chaque matière les principes les plus favorables au droit commun ; la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre par une application sage et raisonnée aux hypothèses prévues. »

Ce remarquable exposé assigne à la jurisprudence une triple fonction :

a) Non seulement appliquer les règles légales, mais préciser leur portée dans les multiples circonstances qui se présentent en pratique ; le législateur doit

rester à un certain degré de généralité pour ne pas faire une œuvre trop lourde et qui pourtant ne régirait pas l'infinie variété des cas ; c'est donc le juge qui doit être le législateur des cas particuliers ;

b) Remédier aux lacunes et aux obscurités que comportent inévitablement un code ou une loi ;

c) Adapter le droit à l'évolution de la société et combler les lacunes qui naîtront de pratiques nouvelles.

Ces fonctions appellent quelque réflexion. Comment, tout d'abord, le juge précisera-t-il la portée des textes, comblera-t-il leurs lacunes et clarifiera-t-il les obscurités qu'ils peuvent présenter, avant même une quelconque évolution sociale ? Essentiellement par un mécanisme d'induction et de déduction successives. Portalis lui-même l'écrivait : « Le jugement, dans le plus grand nombre des cas, est moins l'application d'un texte précis que la combinaison de plusieurs textes qui conduisent à la décision bien plus qu'ils ne la renferment. » L'induction permet au juge de dégager des règles plus générales même que celles qu'énonce le texte ; de là, il déduit la solution du problème qui se pose à lui. C'est ce que prévoient expressément l'article 7 du Code civil brésilien de 1916 : « Aux cas non prévus s'appliquent les dispositions concernant les cas analogues et, s'il n'y en a pas, les principes généraux du droit », et l'article 12 du Code civil italien de 1942 : « ... Si une question ne peut être résolue par une disposition précise, on se référera aux dispositions qui règlent des cas semblables ou des matières analogues ; si le cas reste encore douteux, la décision s'inspirera des principes généraux de l'ordre juridique en vigueur dans l'État. »

Il ne faut pas croire, pourtant, que le juge, dans cette démarche, se borne à un raisonnement purement logique. Son action, en réalité, participe de celle du législateur. L'article 442 du Code civil français, par exemple, excluait de la tutelle ceux qui étaient en procès avec le mineur. Fallait-il exclure également ceux qui avaient été en procès avec lui ? Fallait-il exclure les étrangers en raison du caractère de fonction de la tutelle ? On comprend que la Cour de cassation, qui a tranché ces questions au XIX<sup>e</sup> siècle, ait dû prendre ses responsabilités. Il y a beaucoup de réalisme dans les prescriptions de l'article 1 du Code civil suisse de

1912 : « La loi régit toutes les matières auxquelles se rapporte la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions. À défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier, et à *défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur*. Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence. » L'opposition est plus apparente que réelle entre cette directive et celles des codes brésilien ou italien.

À plus forte raison, la jurisprudence est-elle créatrice de droit quand, devant des réalités sociales différentes de celles auxquelles était destinée la loi ou entièrement nouvelles, elle s'efforce de leur adapter la règle légale. Certaines constructions jurisprudentielles sont particulièrement remarquables. C'est ainsi que, le Code civil français de 1804 comportant un article sur les dommages causés par les animaux mais étant muet sur les dommages causés par les machines et, notamment, les automobiles, le juge français a paré à la carence du législateur, qui eût dû amender le Code, en édifiant de toutes pièces une responsabilité du fait des choses inanimées. De même, le droit administratif français est essentiellement une construction jurisprudentielle. Et c'est grâce à l'action de leurs tribunaux – même s'il ne s'agit pas de jurisprudence au sens propre – que les pays de common law s'accommodent de principes qui remontent au XIII<sup>e</sup> siècle.

La jurisprudence des tribunaux est donc une nécessité et un bienfait. Mais elle ne s'élabore dans de bonnes conditions que lorsque certaines conditions sont remplies.

## @ Conditions de formation

### **Les décisions et leur valeur**

Il n'est de jurisprudence que dans la mesure où les décisions des tribunaux forment un corps de règles.

Cela suppose, en premier lieu, que les décisions rendues aient une certaine valeur de principe. Toute décision, en effet, est en soi une décision d'espèce. Les tribunaux, par exemple, ne se voient pas poser la question théorique de savoir si un étranger peut être tuteur, mais seulement celle de savoir si M. X, qui est étranger, peut être tuteur du mineur Y. Théoriquement, on concevrait que la

décision pût être prise en considération de la nationalité de M. X ou de son attachement à la nation du mineur Y. Mais il est exceptionnel que le juge ne prenne pas plus de responsabilité. Normalement, il décidera si M. X, en tant qu'étranger, peut ou non être tuteur. Par là même, et au-delà de la diversité des théories et des principes sur l'autorité du « précédent judiciaire », il aura posé une règle jurisprudentielle sur la possibilité pour un étranger d'être tuteur. Quand bien même refuserait-il de se prononcer en principe, il serait du moins conduit à déclarer que le problème doit être résolu selon les circonstances, ce qui serait là encore une règle jurisprudentielle, dont la mise en œuvre donnerait lieu à des règles plus détaillées.

On comprend également que la formation d'une jurisprudence exige, à la tête du système judiciaire, une cour suprême bénéficiant d'une autorité hiérarchique. Car sans organe centralisateur, la jurisprudence ne pourrait être que locale. Il importe peu que l'autorité d'une juridiction suprême soit de droit ou de fait. Alors qu'en Angleterre les règles posées par les plus hautes juridictions s'imposent aux juridictions inférieures, en France le juge le plus modeste peut en principe statuer selon sa conscience. Il n'importe : en pratique, sauf difficulté exceptionnelle et temporaire sur un problème particulièrement délicat, tous les tribunaux s'inclineront devant l'autorité de la Cour de cassation.

L'existence d'une jurisprudence suppose encore que les tribunaux, et notamment la juridiction qui est au sommet de la hiérarchie judiciaire, respectent les règles qu'ils ont eux-mêmes déclarées en tranchant les litiges. Mais ce respect est naturel, même si, là encore, sa force juridique varie selon les pays et selon les temps. Quelle figure ferait le juge qui dirait blanc un jour et noir le lendemain ? Que le juge soit juridiquement lié par ce qui a été déclaré (il ne peut alors faire évoluer le droit que grâce à des distinctions) ou qu'il puisse reconnaître ses erreurs ou l'inadaptation aux temps modernes des principes qu'il avait posés (on dit alors qu'il renverse sa jurisprudence), en toute hypothèse, une jurisprudence peut se former.

Encore faut-il que les décisions rendues forment un ensemble cohérent. Poser des règles logiquement compatibles ne s'impose pas moins au juge qu'au législateur. Sans cette cohésion logique, l'induction devient hasardeuse, les problèmes de qualification et de frontière sont constants et ils ajoutent

incessamment à la complexité du droit au lieu de concourir à sa précision.

### **Modalités du jugement**

Deux problèmes se posent encore, dont la solution peut avoir une grande importance sur la possibilité que s'élabore une jurisprudence de qualité.

Le premier est celui de l'obligation pour la Cour suprême d'une nation de statuer sur toutes les espèces qui lui sont soumises, ou de la possibilité pour elle de choisir les litiges qui lui semblent mériter son attention. Les Cours de cassation française et italienne, d'une part, et la Cour suprême des États-Unis, d'autre part, semblent typiques de systèmes opposés, cependant que des règles intermédiaires s'appliquent à la Cour suprême de la République fédérale d'Allemagne. Aux premières peuvent accéder tous les plaideurs qui se plaignent d'une violation du droit. Le résultat est, en France, une production de plusieurs milliers d'arrêts par an. La qualité des décisions souffre nécessairement d'un rythme de travail qui impose souvent, malgré l'existence de chambres, que quinze ou vingt affaires (parfois plus) soient tranchées à chaque audience. Et la plupart des arrêts ne retiendront l'attention que des parties. À l'opposé, la Cour suprême des États-Unis a généralement la possibilité de refuser d'examiner les affaires qui lui sont soumises, et pratiquement elle en rejette les neuf dixièmes. Elle ne retient en principe que les affaires qui présentent un intérêt général : celles qui lui permettront de clarifier, préciser ou modifier la règle de droit, ou au moins de manifester l'importance qu'elle attache à son respect. Elle ne rend guère que cent vingt décisions motivées par an (la Chambre des lords anglaise n'en rend même que trente à quarante par an, mais le coût de la justice contribue largement à décourager les plaideurs). En contrepartie, chacune des décisions est plus ou moins étudiée par l'ensemble des juristes de la nation, quand elle n'est pas commentée ou même publiée par les meilleurs organes de la grande presse. On voit l'intérêt que présente un pouvoir souverain d'appréciation de la juridiction suprême.

C'est un problème plus délicat encore de savoir si la décision judiciaire doit être rendue impersonnellement au nom de la Cour ou si chacun des magistrats qui compose celle-ci doit en prendre la responsabilité. Sur ce point encore, les traditions de l'Europe continentale s'opposent aux traditions des pays

de common law – que suivent d'ailleurs la plupart des pays de l'Amérique latine. Sur le continent européen, la majesté de la justice paraît exiger une décision impersonnelle, qui donne une illusion d'unanimité et d'incontestabilité. Tout au plus permet-on au juge, en Allemagne et en Espagne, de faire noter son désaccord dans un procès-verbal qui ne reçoit nulle publicité. La tradition anglaise, qui a gagné tous les pays de common law et qu'a faite sienne la Cour internationale de justice, est tout autre : quand la décision n'est pas rendue par un juge unique, chacun des juges composant la juridiction dont elle émane peut exprimer son sentiment sur l'affaire. À la Chambre des lords, pour des raisons historiques, la décision n'est même pas explicite : elle résulte de la majorité, telle qu'on la trouve en comparant les *speeches* juxtaposés des divers membres de la Chambre. À la Cour suprême des États-Unis, où la procédure est rationalisée, une décision de la Cour est rendue par un magistrat au nom de lui-même et, normalement, de quelques autres collègues ; mais cette décision s'accompagne couramment de remarques individuelles de magistrats qui n'approuvent la décision que sous quelques réserves ou qui la critiquent avec la plus grande franchise et parfois quelque véhémence. La majesté de la justice peut y perdre. La vérité et la faculté pour le droit de progresser semblent y gagner.

Quelque opinion que l'on ait sur ces problèmes, c'est un fait que, dans presque tous les pays, on se plaint non seulement du nombre, mais du manque de cohésion logique des décisions judiciaires, donc, en divers domaines du moins, de l'incertitude de la jurisprudence. Certains pensent qu'un progrès pourra venir de l'utilisation des machines électroniques, qui donneraient à l'homme une vue synthétique de l'information dépassant de beaucoup celle dont est capable son pauvre cerveau. C'est une voie que l'on commence à explorer, sans savoir encore jusqu'où elle pourra mener.

Le mot « loi » est l'un des plus polyvalents qui soient, et cela, avant tout, parce que la réalité qu'il recouvre est ambiguë, ou plutôt d'une complexité historique et existentielle difficile à tirer au clair.

Pour ne conserver que l'acception juridique, la loi, comme expression du droit, est faite par les hommes ; elle est le produit d'une situation historique donnée, mais elle est aussi, du même mouvement, un projet, une action qui veut anticiper sur le futur, peut-être même le prendre pour règle et, par là, changer la société. Il n'est pas obligatoire, en posant cette affirmation, de recourir au matérialisme historique, selon lequel le droit dans une société est une superstructure édiflée sur l'exploitation. Il suffit de saisir l'organicité, pourrait-on dire, qui existe entre, d'une part, la vie sociale tissée de relations familiales et économiques et, d'autre part, l'état et la raison. D'ailleurs, à partir du moment où un groupe humain, quelle que soit sa taille, mais surtout s'il est national, se donne des lois, c'est qu'il veut s'arracher à ce qu'il est pour devenir autre. Il s'établit en somme dans une dynamique, il se met en mouvement, il pose une distance avec lui-même et prend conscience de ce qu'il veut : mais cette volonté fait elle-même problème.

Entre le résultat et le projet, la loi polarise en effet la volonté générale et celle de l'individu. Ce qui est vrai d'un chacun est plus vrai encore d'une société globale, quoique de façon plus complexe. L'homme se saisit lui-même comme volonté et doué d'une liberté. Il ne peut pas, sauf à mourir, ne pas vouloir, et ne pas vouloir être libre. De plus, il se découvre aussi comme être de besoin en quête de satisfaction et comme être de désir appelant toujours autre chose ou quelqu'un d'autre. D'emblée, il est en lutte à la fois avec la nature et avec autrui, pour parvenir à ses fins, pour vivre mieux, dans plus de justice. Il devient homme et plus homme par ce combat. Autrement dit, il ne peut être lui-même que par cette médiation, il n'est satisfait et autonome que par cette sorte de soumission, par cette hétéronomie, soit qu'il s'affronte en permanence avec l'autre et tous les autres, soit qu'il s'accorde avec eux. Le chemin, certes, est rempli d'embûches, car, tout d'abord, il n'est pas facile de savoir ce qu'on veut ni ce qui se veut dans l'élan de la volonté. La difficulté est plus grande a fortiori pour une société de savoir ce qu'elle veut, de dégager sa volonté générale. Alors que chacun de ses membres est  pris de justice et de paix, elle découvre, non sans une sorte d'effroi,

que ce but est inaccessible sans que les uns s'opposent aux autres, sans qu'une société s'oppose à l'autre. La violence semble inéluctablement inscrite au cœur de la réalité humaine.

La loi va s'efforcer de mettre de la raison dans cette violence. Nier que la violence existe ou supposer qu'on puisse vivre hors d'elle est le meilleur moyen d'en être victime. Mieux vaut lui faire face et tout mettre en œuvre pour la discipliner. Dès longtemps, Platon a enseigné que le dialogue – le discours – est à la fois le surgissement de la violence – quand deux individus discutent, ils sont en lutte – et le moyen de la dépasser. Que faire de nos jours quand s'accumule la violence, quand les forces de destruction acquièrent une efficacité planétaire, quand aucune loi ne semble plus taillée à la mesure du problème qu'elle veut résoudre ? La tyrannie et la barbarie sont une issue possible. L'invocation de l'innocence, en se plaçant « par-delà le bien et le mal » à la façon de Nietzsche, en est une autre. Si la première « solution » est inacceptable et la seconde trop lointaine, force est bien à l'homme et à la société d'aujourd'hui de faire des lois, c'est-à-dire d'être raisonnables.

La loi unit en effet la nécessité et la liberté, ou, du moins, par elle, un tel lien se réalise de façon embryonnaire et inchoative. Il n'est sans doute pas possible de faire mieux. Le jeune Marx, dans les *Manuscrits de 1844*, présentait la coïncidence de la liberté et de la nécessité dans le communisme accompli ; mais le Marx de la maturité, dans *Le Capital*, parle seulement du royaume de la liberté « appuyé sur » le royaume de la nécessité. Cependant, dans la mesure où un mouvement existe, où un processus est enclenché, on dirait volontiers avec Hegel que la loi comme conséquence et source inépuisable de ce mouvement « qui se renouvelle sans cesse et par lui-même... c'est la nécessité libre ».

Au total, la loi où interfèrent le résultat et le projet, la volonté individuelle et la volonté générale, la violence et la raison, la liberté et la nécessité, est programmatique, non seulement parce qu'elle s'assigne un but et impose des obligations, mais parce qu'elle demande qu'on réfléchisse à sa propre nature.

## 📍 1. Existence et fondement de la loi

### Place de la loi dans les systèmes de droit

Dans les systèmes juridiques latino-germaniques, ainsi qualifiés parce que, s'ils n'en copient pas toutes les solutions, ils prolongent l'esprit du droit romain, la loi occupe une place privilégiée parmi les sources du droit. Il en est ainsi, non seulement dans les pays géographiquement situés à l'intérieur des anciennes frontières de l'empire des Césars, mais également en Amérique latine, au Proche-Orient dans la mesure où la puissance étatique échappe à l'emprise coranique, au Japon et dans les jeunes États de l'Afrique francophone. Sans doute ces pays n'ignorent-ils pas le rôle de la coutume, de la jurisprudence, voire de la doctrine dans l'élaboration des règles de droit, mais c'est à travers la loi que s'exprime la plénitude de l'ordre juridique. Quand elles sont admises, les autres sources du droit ne sont que supplétives ou interprétatives. La loi les prime toujours, de même qu'elle se situe au sommet de la hiérarchie des actes juridiques.

À cette primauté de la loi, bien des explications peuvent être données qu'on ne peut énoncer ici que de façon sommaire. Il y a d'abord l'idée que le droit étant un *sollen* (devoir être) et non un *sein* (être), il convient d'explicitier clairement ce qu'il faut faire. La loi évacue l'incertitude ; elle formule un choix conforme au bien commun. Or, et c'est là un second facteur de l'hégémonie de la loi, ce choix ne peut s'accomplir que selon un critère de rationalité. La supériorité de la loi procède de la confiance dans la raison qu'elle incarne et dont on attend qu'elle découvre et formule les exigences de la justice. Il faut tenir compte aussi de l'influence de l'histoire. La famille juridique latino-germanique s'est constituée autour des pays de droit écrit, c'est-à-dire dans des pays où les juristes étaient accoutumés à chercher la solution des litiges dans la volonté du législateur. Enfin, on soulignera l'appui que le culte de la loi a trouvé dans le développement de l'idée démocratique. À cet égard, la Révolution a été moins une rupture que l'accentuation d'une tendance de l'Ancien Régime. La volonté du prince était la règle suprême. Combien plus indiscutable sera cette règle lorsque, exprimée par la loi, elle sera tenue pour la volonté du peuple.

Dans les systèmes juridiques anglo-saxons, la loi (*statute*) est loin

d'occuper une place aussi privilégiée. Le droit anglais est un droit jurisprudentiel qui, aussi bien la *common law* que l'*equity*, a été élaboré tout au long de l'histoire par les cours. Par rapport à ce droit, la loi n'a joué longtemps qu'un rôle secondaire. Au lieu de formuler des principes comme c'est le cas dans les pays de culture latine, on considérait qu'elle se bornait à corriger ou à développer ceux qui résultaient de la tradition jurisprudentielle. De fait, jusqu'à une époque récente, on pouvait dire qu'aux yeux des Anglais la loi n'était pas un mode d'expression normal du droit, qu'elle était une pièce étrangère dans l'ordonnement juridique britannique (R. David, *Les Grands Systèmes de droit contemporain*, 1964).

L'Angleterre n'a cependant pas échappé à l'évolution qui, dans tous les États contemporains, tend à la prolifération des lois. La politique du *welfare state* a non seulement considérablement accru la production législative, mais encore provoqué l'adoption par le Parlement de lois qu'il est impossible de rattacher à l'ordre juridique antérieur. Visant à créer une société nouvelle, elles sont entièrement novatrices. On ne saurait oublier en effet que c'est en grande partie par la loi que, arrivé au pouvoir, après la dernière guerre mondiale, le Parti travailliste a accompli la « révolution silencieuse ». S'ils ont modifié le visage de l'Angleterre, l'augmentation du volume des lois et leur esprit nouveau n'ont pas encore profondément altéré son système juridique. Le sens de la loi n'est vraiment fixé que lorsqu'elle a subi l'épreuve de la jurisprudence. Et si la démocratie anglaise est, plus que toute autre, attachée au règne du droit, ce n'est pas la *legal rule* (terme désignant la règle au niveau de son application) qui témoigne de cet attachement, c'est la *rule of law*. Or celle-ci n'équivaut pas à ce que le Français entend par règne de la loi ; elle signifie la primauté de ce complexe de règles, de précédents, d'usages et d'interprétations que constitue le droit anglais et qui n'est si touffu que parce qu'à côté de l'ordre on a toujours entendu y faire place à la liberté des individus.

Cette liberté préexistante à toute réglementation est niée par le marxisme, pour qui la liberté ne saurait résulter que d'une libération de l'homme à l'égard des contraintes que fait peser sur lui la société capitaliste. De ce postulat, il résulte que, dans les États socialistes, la loi, c'est-à-dire la règle édictée par les représentants du peuple des travailleurs, a d'abord été l'instrument de cette libération. Elle fut moins une source du droit qu'une arme contre l'oppression. Une

fois réalisée l'homogénéité sociale, grâce à l'élimination de la classe bourgeoise, elle a été de nouveau conçue comme une source du droit ; mais elle n'en a pas, pour autant, perdu sa primauté, car il s'agit, pour elle, non seulement de construire la cité communiste mais de créer un homme nouveau. De cette société et de cet homme la légalité socialiste est l'inspiratrice. Elle ne saurait donc souffrir ni concurrence ni discussion. Comme d'autre part la distinction entre droit public et droit privé est effacée, toutes les règles de droit sont commandées par une visée politique et, par conséquent, la plupart des lois ont le caractère impératif : ce sont des règles d'ordre public.

### 📍 Loi naturelle et loi positive

Quelle que soit la place que les divers systèmes juridiques accordent à la loi parmi les sources du droit, il est admis qu'elle s'en distingue par le fait qu'elle est une règle posée par l'autorité souveraine. La question est donc de savoir si le pouvoir est libre d'ériger en loi toute règle qui lui paraît mériter de l'être. Sur ce thème, la pensée politique n'a jamais cessé d'entretenir le débat depuis que la petite Antigone s'opposa au législateur Créon pour obéir à un impératif que, prétendait-elle, aucune loi humaine ne pouvait transgresser.

Le problème est important parce qu'il met en cause le fondement du droit, la nature de l'homme et l'autonomie du politique. C'est dire qu'il ne peut être résolu que dans le cadre d'une philosophie. Jusqu'au début du XX<sup>e</sup> siècle, la tendance largement dominante, avec, certes, bien des nuances, a été de considérer que la loi, règle de droit parmi d'autres, trouvait son fondement dans des principes supérieurs au législateur et que l'art de celui-ci se bornait à mettre en œuvre. Sans doute, quant à l'origine de ces principes, des différences fondamentales distinguaient les doctrines. Pour les unes, l'ordonnement des sociétés humaines est fixé par un décret de la Providence dont le législateur terrestre est tenu de s'inspirer. Ce sera la première conception de la loi naturelle identifiée à l'ordre voulu par Dieu. Au XVII<sup>e</sup> siècle encore, c'est à cette loi que Bossuet entendait assujettir Louis XIV lorsqu'il lui rappelait que sa volonté souveraine à l'égard de ses sujets demeurait soumise au jugement de Dieu. Pour d'autres, avec l'école du droit de la nature puis avec les physiocrates, la notion de loi naturelle se laïciserait en ce sens que ce n'est plus dans la Révélation que l'on doit chercher ses préceptes, mais dans l'agencement de l'univers physique et

moral. La volonté divine n'est plus qu'une cause lointaine qu'il devient possible de passer sous silence. C'est ainsi que, parachevant la pensée de Grotius et de Puffendorf en la situant dans un contexte purement expérimental, Montesquieu pourra proposer sa définition célèbre : « Les lois sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses » (*L'Esprit des lois*, liv. I, chap. I)  . Mais ces rapports, encore faut-il les découvrir pour en imposer l'observation dans la société. Cette découverte est l'œuvre de la raison. C'est donc elle seule qui peut dicter la loi. D'où la formule à laquelle s'arrête l'*Encyclopédie* du siècle des Lumières : « La loi en général est la raison humaine, en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la Terre. » Sans doute ce texte reprend-il, mot pour mot, une phrase de Montesquieu. Seulement, chez celui-ci, la raison n'intervenait que comme fondement des lois positives et pour expliciter la « nature des choses » telle que Dieu l'a voulue. Pour les encyclopédistes, il n'est plus question de cette « nature des choses », qui met indirectement en cause le Créateur. C'est la raison qui vient au premier plan comme seule assise de la loi. La laïcisation est achevée ; on verra qu'elle a ouvert la voie à la sacralisation de la loi. Cependant, encore que considérée comme œuvre purement humaine, la loi n'est pas laissée à la discrétion des gouvernants : c'est la raison et non leur volonté qu'elle exprime. « Les lois politiques et civiles de chaque nation ne doivent être que les cas particuliers où s'applique cette raison humaine. » Ce principe auquel, après Montesquieu et l'*Encyclopédie*, adhéreront tous les publicistes du XVIII<sup>e</sup> siècle et les auteurs eux-mêmes du Code civil inaugurerait, pensaient-ils, une ère nouvelle : celle où les hommes, après avoir été tributaires de l'arbitraire des princes, ne seront plus soumis qu'à l'empire des lois.

Cet optimisme fut déçu. Pourtant, lorsqu'il apparut que le règne de la loi n'assurait pas nécessairement une félicité universelle, la doctrine ne s'est pas résignée à identifier la loi à la décision autoritaire de quelques individus faillibles, mais disposant des moyens de l'imposer. La liberté du législateur n'a pas cessé d'être contestée au nom du respect auquel il était tenu à l'égard des principes supérieurs. On opposa le fond à la forme (Ihering), le droit objectif à la règle constructive (L. Duguit), le donné au construit (F. Geny), le droit social à la réglementation (G. Gurvitch). Toutes ces théories ne font que rajeunir sous des termes nouveaux le dualisme traditionnel entre la loi naturelle et la loi positive. Toutes ont pour objet de tenir le législateur dans une situation de subordination hiérarchique à l'endroit d'une règle supérieure. Toutes également méconnaissent

le caractère contemporain de la loi d'être, d'abord, l'instrument de réalisation d'une politique, un procédé de gouvernement.

## 📍 La loi, expression de la volonté générale

Que le rationalisme de la pensée philosophique du XVIII<sup>e</sup> siècle ait profondément marqué la conception française de la loi, c'est incontestable. Cependant lorsque la Déclaration des droits de 1789 donne la définition de la loi, ce n'est ni à Montesquieu ni aux encyclopédistes qu'elle en emprunte les termes, mais à Rousseau : « La loi est l'expression de la volonté générale », dit l'article 6 en reprenant le thème développé par le fameux chapitre VI du livre XI du *Contrat social*. Comment, dès lors, concilier deux manières si différentes sinon contradictoires d'entendre la loi : l'une qui voit en elle l'œuvre de la raison, l'autre qui la tient pour expression de la volonté du peuple ?

Deux voies ont conduit à cette conciliation. Il y a d'abord celle qu'a suivi Rousseau lui-même, pour qui la volonté générale ne peut formuler qu'un impératif rationnel. Mais, bien entendu, si la volonté générale « ne peut errer », si elle est « toujours droite », c'est à condition de ne pas être confondue avec les exigences d'une majorité impulsive ou trompée par les « factions ». Lorsque les hommes mettent en commun leurs aspirations de citoyens dégagés de tout intérêt particulier, alors apparaît la volonté générale. Les suffrages ne la créent pas ; ils la constatent car, Rousseau le dit expressément, chaque homme porte en lui la volonté générale, ce qui signifie qu'elle n'est pas autre chose que la raison qui l'habite.

Seulement, pour que l'individu se prononce ainsi en tant que citoyen, il lui faut une abnégation et une puissance de réflexion dont bien peu d'hommes sont capables. C'est pourquoi, plutôt que risquer de voir la volonté générale étouffée par les égoïsmes ou l'aveuglement des appétits, ce qui ne manquerait pas de se produire si le peuple était directement appelé à légiférer, on interposera un filtre entre sa volonté et la loi. Ce filtre, grâce auquel ne passera dans la loi qu'un vouloir populaire épuré, c'est la représentation. La théorie de la représentation remarquablement mise en forme par les hommes de la Constituante est en effet la seconde voie permettant à la loi d'être tout à la fois volonté du peuple et œuvre de la raison. En attribuant la souveraineté à la Nation, c'est-à-dire à une entité

distincte de l'addition des individus qui la composent, les hommes de la Révolution ont rendu nécessaire la création d'un organe qui parlera en son nom. Et c'est cet organe, l'Assemblée, composé d'hommes éclairés, prudents et sages (le suffrage restreint doit garantir ces qualités) qui fait la loi. Par ses délibérations, il décante le vouloir populaire ; par son vote, il l'exprime.

### @ La sacralisation de la loi

On conçoit aisément l'étendue du prestige qu'assurait ainsi à la loi la conjonction de son origine dans la volonté du peuple et de son contenu dans les impératifs de la raison. Que pareille construction ne soit pas dépourvue d'équivoque, cela n'est que trop évident. Mais c'est précisément à l'ambiguïté dont elle l'affecte que la notion de loi a dû sa sacralisation.

La loi ne met pas seulement un terme au régime du « bon plaisir » ; elle affranchit les gouvernés de la soumission à des volontés humaines en assurant l'impersonnalité de l'autorité. Toute la dévotion dont le monarque était l'objet, la Révolution l'a reportée sur la loi. Comme la Raison et l'Être suprême, elle eut son culte. Son observation devint un critère de moralité car « nul n'est homme de bien, s'il n'est franchement et religieusement observateur des lois » (Constitution de l'an III, art. 5). Son objet, disait Portalis, est de « rendre les hommes meilleurs » ; elle était appelée à devenir la « morale universelle », ainsi que l'affirmait Grenier, un autre rédacteur du Code civil. Si, comme l'avait déclaré Helvetius (*De l'esprit*, chap. XVII, disc. 21), « la science de la morale n'est pas autre chose que la science de la législation », il n'est que de « faire de bonnes lois pour détruire les mauvaises mœurs » (Condorcet, *Réponse à d'Eprémèsnil*, 1779).

Cette atmosphère de dévotion dont la loi fut entourée en France est, certes, intéressante au point de vue sociologique, car, si elle a contribué à sceller l'unité nationale, c'est en donnant à celle-ci un fondement abstrait qui a annihilé les particularités locales auxquelles était attribué un caractère archaïque et irrationnel. Si l'organisation régionale de la France est présentement malaisée, une des causes profondes de sa difficulté réside, à n'en pas douter, dans une mentalité habituée à concevoir la règle de droit comme une norme sans attache avec le milieu concret. Mais c'est politiquement que la sacralisation de la loi a eu les conséquences les plus importantes. La majesté de la loi a rejailli sur la fonction

législative. Et comme ce sont les Assemblées qui l'exerçaient, c'est vers elles que s'est porté le culte. Sans doute l'élection qui fait d'elles les organes de la volonté populaire n'est pas étrangère à leur prestige. Mais bien d'autres pays pratiquent la représentation sans que, pour autant, les chambres soient entourées de cette aura qui, jusqu'à une époque récente, nimbait le Palais-Bourbon. Ce qui fut propre à la France, c'est que le peuple qui faisait la loi par l'entremise de ses représentants était un peuple idéalisé où s'effaçaient les oppositions de classes et les rivalités de partis. Dans l'enceinte parlementaire, les revendications de l'électorat subissaient une mystérieuse transmutation qui, de vouloirs dispersés et confus, faisait une volonté claire et unanime. C'est dans l'assemblée, par ses débats, ses procédures et l'esprit qui l'habite, que la volonté du peuple, cessant d'être la clameur discordante d'une foule, devient une exigence rationnelle. Et la loi qui l'exprime n'est plus le produit d'une majorité de circonstance ; elle est la règle impérative à la fois comme la raison qui la dicte et comme la volonté du peuple qui se reconnaît en elle.

Assurément, on peut discuter le bien-fondé de cette affabulation. On ne saurait douter qu'elle ait eu cours, car elle se constate par ses effets, et cela d'abord par l'autorité qu'elle a valu aux élus du peuple. Le mandat représentatif n'a pu légitimer leur indépendance à l'égard de leur collège électoral que parce que la loi devait formuler la volonté générale. Par l'absolue souveraineté de la loi, ensuite, dont l'effet le plus clair fut de la soustraire à tout contrôle, fût-ce, jusqu'en 1958, à celui de sa constitutionnalité. Par les étroites limites aussi dans lesquelles fut confinée son interprétation par le juge. Sans doute la jurisprudence n'est pas négligeable quant au sens qui doit être attribué à la loi, mais, en France, l'œuvre prétorienne est sans commune mesure avec celle qui a marqué le droit dans les pays anglo-saxons. Enfin, et c'est là probablement la conséquence la plus profonde de la sacralisation de la loi : elle a enrobé la démocratie dans une atmosphère mystique qui la rend invulnérable, car, si l'on peut douter que, dans sa consistance sociologique, le peuple soit porteur d'une valeur indiscutable, la contestation n'est plus de mise dès lors que c'est à travers la loi que l'on considère sa volonté.

## @ 2. La loi dans son exercice

Expression de la raison, la loi est, comme elle, générale, impersonnelle et

permanente. Ces caractères attachés à la conception classique de la loi n'illustrent pas seulement une philosophie du droit ; ils définissent pratiquement la politique législative, c'est-à-dire en définitive une manière d'entendre le rôle du pouvoir.

La *généralité* de la loi tient à son objet qui ne doit pas aller au-delà de l'énonciation de principes universellement valables.

« L'office de la loi, déclarait Portalis dans son *Discours préliminaire au projet de Code civil*, est de fixer par de grandes vues les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquence et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. » Implicitement ou expressément, on se réfère aux tables du Sinaï qui, sur quelques commandements, fondent tout un ordre de vie. Parce qu'elle est générale, la loi doit être brève et simple ; elle ne doit pas « être subtile » (Montesquieu) pour remplir son office qui suppose qu'elle est aisément comprise par tous. « Les dogmes de la religion doivent être simples », disait Rousseau. Au surplus, l'affirmation de la généralité de la loi a répondu à un souci très concret : celui d'assurer par elle l'unité nationale. C'est l'unité de la loi qui fait l'unité de la communauté. Si la pensée du XVIII<sup>e</sup> siècle répugne à la coutume ce n'est pas seulement par mépris à l'égard de cette survivance des « âges barbares », c'est aussi à raison de la diversité des milieux et des croyances où s'enracine la coutume et qu'elle perpétue. C'est à son règne que la codification est venue mettre un terme car, puisque « la vérité est une et indivisible » comme l'affirmait Cambacérès en 1793, la règle de droit doit présenter les mêmes caractères, quelle que soit la province où vivent les hommes qu'elle régit.

À la généralité de son objet la loi joint l'*impersonnalité* de ses destinataires. Là encore, des préoccupations très pratiques rejoignent les considérations théoriques pour justifier ce caractère. « Quand je dis que l'objet des lois est toujours général, écrit Rousseau, j'entends que la loi considère les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme comme individu, ni une action particulière. » Cela, c'est le principe : la loi s'adresse à l'anonymat de la nature humaine. Dans le fait, son impersonnalité répond à l'exigence de l'égalité ; elle supprime les distinctions de naissance, de rang ou de fonction ; elle exclut les privilèges. C'est là une vertu qui n'a pas cessé d'attacher le peuple à la loi, car le

privilège n'est dénoncé que quand il favorise les autres.

Enfin, la loi est *permanente*. S'il en est ainsi, c'est sans doute parce qu'elle participe « au droit naturel universel et immuable » (titre I, art. 1<sup>er</sup>, du premier projet de Code civil), mais c'est aussi parce que, garantie des droits de l'individu, sa stabilité les met à l'abri des caprices et des revirements des équipes gouvernementales. C'est également parce que le respect même de la loi présuppose cette stabilité : « La multiplicité des lois qui changent tous les jours se concilie difficilement avec le culte de la loi » (Laurent, *Principes de droit civil*).

Aucune qualité n'a été davantage magnifiée que cette fixité de la loi « dépôt sacré » (Cambacérès), « arche sainte » (Bigot de Préameneu), « code immortel » (Louvet), « ancre salutaire » (Portalis). De tels éloges peuvent aujourd'hui susciter un sourire désabusé. Il importe de comprendre toutefois qu'ils n'étaient pas vaine phraséologie. Ils procédaient d'une intention politique très précise ; celle-là même que révèle le Discours préliminaire du Code civil : « L'essentiel est d'imprimer aux institutions nouvelles ce caractère de permanence et de stabilité, qui puisse leur garantir le droit de devenir anciennes. » La loi n'est pas un facteur de transformation sociale ; elle est l'armature d'un ordre qui se veut immuable. Elle trace les cadres juridiques à l'intérieur desquels les individus déploieront leur activité, mais elle s'interdit d'orienter celle-ci. Sa généralité garantit la liberté des individus, son impersonnalité assure leur égalité. Mais cette liberté et cette égalité sont formelles ; elles sont telles que les admet l'État libéral dont la conception classique de la loi a été la plus solide assise.

## @ La loi, procédé de gouvernement

Bien que le souci de la pensée traditionnelle ait été d'identifier la loi à la règle de droit, elle n'a jamais cessé pour autant d'être l'instrument d'une politique. Seulement, cette politique se situait dans le contexte de la philosophie libérale qui, se fiant à la spontanéité des initiatives individuelles pour réaliser le bien collectif, déniait aux gouvernements toute faculté créatrice. Le pouvoir devait se borner à administrer la société existante dont la structure juridique était fixée par la loi. Avec le développement de l'exigence démocratique [cf. DÉMOCRATIE], la passivité gouvernementale n'apparaît plus tolérable. Gouverner ce n'est plus gérer la société existante, c'est la refaire. Dans cette perspective, les régimes communistes

se trouvent évidemment stimulés par la philosophie marxiste, mais les systèmes politiques occidentaux les suivent de près. Assurément les principes d'inspiration sont différents, mais l'instrument est le même : c'est la loi.

Ni la *good society* ni la « nouvelle société » ne s'instaureront d'elles-mêmes. C'est le législateur qui en établira les bases, de telle sorte qu'aujourd'hui la loi est tantôt une solution à un problème précis, tantôt un plan d'action destiné à corriger l'ordre social existant, mais dans tous les cas elle inclut une volonté constructive. Les règles qu'elle édicte ne préexistent pas à son adoption ; elles résultent de son texte et tiennent exclusivement de lui leur force obligatoire. Devenue procédé de gouvernement, la loi ne peut qu'être l'expression d'une volonté politique. Comment d'ailleurs le Pouvoir pourrait-il répondre aux pressions qu'exerce sur lui l'opinion dont il émane, s'il n'utilisait ce prodigieux moyen d'action sur le milieu social qu'est l'instrument législatif ? Cela est si vrai que, chaque fois que l'on entend donner au gouvernement le moyen de faire face à ses responsabilités (et l'observation est valable pour toutes les démocraties occidentales), on lui délègue la compétence législative, serait-ce en allant à l'encontre des dispositions constitutionnelles. Pour mesurer l'ampleur du renversement des idées sur ce point, il suffit de citer l'article 9 de la Déclaration des droits de 1793, aux termes duquel « la loi doit protéger la liberté publique et individuelle contre l'oppression de ceux qui gouvernent ». Alors la loi était un gage de la « sûreté » des citoyens, une limite aux pouvoirs des gouvernants. Elle est devenue la prérogative qui, tout à la fois, assure leur autorité et leur permet d'accomplir la tâche que l'on attend d'eux.

Il est certain que cette transformation de la nature de la loi va à l'encontre de l'idée que s'en faisaient les hommes de la Révolution. Si cependant elle a pu s'accomplir sans que fût remis en cause l'agencement de l'appareil législatif qu'ils avaient établi, c'est à raison de l'ambiguïté du fondement qu'ils avaient assigné à la loi. Pour eux, nous l'avons vu, la loi était la raison humaine manifestée par la volonté générale en qui elle s'incarne et exprimée par les représentants du peuple. Or, cette définition associe deux éléments intellectuellement compatibles, mais dont, en fait, la coexistence n'est, au mieux, qu'accidentelle. Il y a, d'une part, référence au contenu de la loi assimilée à la règle de droit ; d'autre part, une qualification de la loi par l'organe dont elle émane.

Il était inévitable que la forme l'emporte sur le fond, c'est-à-dire que l'assemblée compétente pour dire la loi s'érige en maîtresse de son contenu.

On aboutit ainsi à un critère formel de la loi qui exclut toute considération de la matière sur laquelle elle porte ou de l'origine des principes qu'elle consacre : est loi toute règle édictée en forme législative par l'autorité constitutionnellement habilitée à cet effet, c'est-à-dire en fait, le Parlement.

### @ Contingence de la loi

Créée pour répondre à une nécessité particulière, la loi est marquée par cette nécessité même à laquelle elle prétend faire face. Il en résulte que la loi contemporaine revêt un caractère de contingence où se dissolvent les traits par lesquels la démocratie classique accentuait son prestige.

Et d'abord la loi a cessé d'être la règle générale. Ce n'est pas qu'elle ne cherche à le paraître : pour lui conserver l'autorité que lui valait anciennement sa qualité de règle transcendante. Le législateur s'efforce de lui conserver une apparence de généralité. Il se livre alors à une véritable extrapolation en dégageant du cas particulier une règle qu'il voudrait abstraite. Mais, en fait, c'est le cas d'espèce qui retient sa sollicitude et le texte s'encombre d'une réglementation détaillée qui n'est qu'un reflet de la complexité de la situation concrète dont la loi vise à modifier les données.

Pour remédier à cet inconvénient et rendre à la loi quelque majesté, le Parlement s'est parfois efforcé de limiter le contenu de la loi à l'énoncé de quelques principes généraux, laissant au gouvernement le soin de réglementer les détails. Ce furent les *lois-cadres*. L'idée était bonne ; son application le fut moins, car, du moment où ils se privaient de la faculté de fixer la règle applicable à chaque cas particulier, les parlementaires s'accordaient sur une formule très vague (la seule susceptible de rallier une majorité) qui était beaucoup plus une déclaration d'intention qu'une règle impérative. Pratiquement, ce sont les décrets d'application qui donnaient à la loi-cadre son véritable sens.

Alourdie d'une multiplicité de dispositions particulières, la loi a perdu sa hauteur et, du même coup, son impersonnalité. Elle est solution plutôt que principe

de solution. Et il ne saurait en être autrement dès lors que le législateur substitue son projet à la spontanéité des comportements individuels. Tendante à corriger l'ordre social existant, la loi doit différencier à l'infini les situations juridiques qu'elle prévoit. Le supermarché ne peut pas être traité comme le petit épicier, le statut de la propriété foncière dépend de sa taille, celui du locataire de l'âge de son logement... La loi aboutit ainsi à la juxtaposition d'un grand nombre de statuts particuliers qui différencient les uns des autres en fonction des conditions de fait dans lesquelles sont placés les assujettis. Chaque loi devient alors privilège ou pénalisation.

La durée de la loi n'a pas survécu à sa généralisation. Liée à la conjoncture, la loi est fugace comme elle. Expression non plus d'une raison immuable, mais des besoins et des désirs des hommes, la loi épouse toutes les fluctuations. Protectrice des vigneron ou des betteraviers, elle a la durée d'une récolte ; régente de la vie économique, elle a la mobilité du pouvoir d'achat ; consécration d'un instant politique, elle dure ce que dure une majorité.

Mais plus la vie des lois est brève, plus leur nombre s'accroît. C'est là la conséquence non tant de l'intempérance du législateur que du fait que la loi appelle la loi. Un texte doit corriger les incidences du précédent. Mais l'abondance des textes altère leur autorité : tantôt appliquée et tantôt en sommeil, la loi n'a plus qu'une valeur incertaine qu'elle doit à la couleur du temps. La prolifération des lois a conduit d'autre part à admettre leur abrogation implicite, car le législateur se reconnaissait incapable d'énumérer les textes anciens contraires aux dispositions qu'il édictait.

## @ Le déclin de la loi

La loi connaît aujourd'hui un incontestable déclin. Elle n'occupe plus, dans le panthéon des valeurs juridiques, la place prééminente qui était la sienne autrefois. Et, ce qui est plus grave, elle ne jouit plus, dans la mentalité collective, de l'autorité qui fut sienne à l'époque où elle incarnait à la fois les exigences de la raison et celles de la volonté populaire. Juridiquement, ce déclin se révèle en affectant l'importance de la loi aussi bien comme source de droit que comme mode d'expression de l'autorité. Mais cette déchéance ne prend toute sa portée que parce qu'elle traduit la transformation des valeurs sociales. La désintégration du

concept de loi n'est pas explicable par les seules données de l'univers juridique ; elle est le reflet d'un phénomène social qui lui donne sa véritable dimension.

Comme source de droit, la loi a dû sa suprématie au fait qu'elle s'appliquait à un monde où l'on considérait que les règles juridiques devaient être simples, générales et peu nombreuses. Devenues instruments d'une politique, les lois doivent, de par leur objet même, être complexes, diversifiées, multiples. Or, les impératifs que traduisent ces nouveaux caractères sont beaucoup mieux satisfaits par la réglementation bureaucratique que par la loi. Ses techniques d'élaboration ne correspondent pas à ce que l'on attendait d'elle. D'où la concurrence faite à la loi par des procédés de réglementation mieux adaptés aux problèmes à résoudre et qui, dans tous les États, sous des noms divers (*statutory orders*, *Rechtsverordnungen*, *executive orders*, arrêtés royaux, ordonnances, décrets, etc.), manifestent l'existence d'une législation gouvernementale. À cela s'ajoute un certain discrédit de l'institution parlementaire, matrice des lois. Tant que les assemblées pouvaient être tenues à l'image de la nation elle-même, pour exprimer une volonté unifiée, la loi était douée d'une autorité indiscutable. Mais à partir du moment où les assemblées ont prétendu gouverner, la loi fut affectée de la relativité qui s'attache à la décision politique. Élément d'un programme dicté par un parti, la loi n'est plus qu'une solution parmi d'autres. Une solution dont la valeur est faite moins de son contenu intrinsèque que de la puissance de la force politique qui l'impose.

Pourtant, règle déchuë, règle provisoire, la loi est demeurée longtemps la règle, c'est-à-dire un principe d'ordre où s'inscrivaient les valeurs consacrées officiellement pour être les assises de la vie collective dans le présent, mais aussi dans l'avenir. Or, aujourd'hui, ce n'est plus par la loi que le groupe entend assumer son destin, c'est par le *plan*. Sans doute est-il, comme la loi, une projection dans l'avenir de la volonté humaine, mais il en diffère quant à son inspiration.

Dans la loi, il y a le reflet d'une société suffisamment sûre d'elle-même pour soumettre le futur aux normes que d'ores et déjà elle tient pour indiscutables. La fixité de la loi est le témoignage d'une bonne conscience sociale ; mais elle suppose une société stable, des croyances fermes, des représentations qu'aucun doute n'ébranle. Toute loi inclut en elle les préceptes d'une morale sociale. On

chercherait en vain de telles certitudes dans nos sociétés qui se font un dogme du changement et pour qui c'est péché que de ne pas vivre à l'heure de demain. Lourdes d'une histoire dont les enseignements leur importent moins que le mouvement qui l'entraîne, elles ne sauraient admettre que le dessin du futur soit déterminé par une réflexion nourrie du passé. Le plan, lui, tire son autorité des faits qui se produiront dans l'avenir. Sa valeur repose non sur une expérience, mais sur une anticipation. S'il s'intègre si naturellement à l'univers mental des hommes d'aujourd'hui, c'est parce qu'il est une traite gagée par une hypothèse ; si la loi en est exclue, c'est parce qu'elle est une assurance fondée sur une certitude. Aussi bien le déclin de la loi est-il un aspect de la suspicion qui frappe le droit : celui-ci impose une règle qui vient de l'esprit, alors que notre monde ne tolère qu'une discipline qui émane spontanément des choses. C'est elles dont on attend qu'elles dictent aux hommes les comportements souhaitables. On discrédite le commandement, l'ordre donné, la sujétion pour leur substituer une discipline que secrète le dynamisme social. De fait, l'homme intégralement socialisé n'aura plus besoin de lois ; les mécanismes internes du groupe suffiront à assurer l'adaptation de ses comportements aux exigences de l'ensemble. Pour pallier l'insuffisance éventuelle des réactions spontanées, une administration technocratique interviendra comme régulatrice des réflexes. Un esprit chagrin pourrait en conclure que la déchéance de la loi ne fait qu'enregistrer celle de la liberté.

### 📍 3. Le pouvoir législatif

Le terme « pouvoir législatif » est ambigu, car il est utilisé pour désigner à la fois une compétence et une institution. C'est tantôt le pouvoir de faire la loi, tantôt l'organe officiellement établi pour la faire. Cette dualité de signification ne soulèverait pas de difficultés si la coïncidence était parfaite entre la compétence et l'institution, c'est-à-dire si l'organe qualifié de pouvoir législatif était seul compétent pour faire les lois et n'avait d'autre tâche que législative. Or, il n'en est rien : non seulement il y a des lois qui n'en émanent pas, mais encore, dans l'État moderne, sa fonction législative tend à devenir secondaire, alors que son rôle s'accroît dans d'autres domaines, notamment à l'occasion du contrôle exercé sur le gouvernement.

Cet imbroglio terminologique ne peut être dénoué que si l'on prend soin de distinguer les deux points de vue auxquels on peut se placer pour définir la loi. On

peut d'abord envisager son contenu. On dira alors que doit être tenue pour loi, quel que soit son auteur, toute règle de droit générale, impersonnelle et dotée d'une relative permanence. Cette définition est généralement qualifiée de *matérielle*. Cependant, dès lors que, dans les relations de la vie sociale, l'existence de la loi traduit la primauté de la volonté de celui qui l'édicte sur celle des individus tenus de s'y soumettre, on s'est attaché davantage à l'identité de l'auteur de la loi qu'à la considération de son contenu. On aboutit alors à une définition qui privilégie l'autorité dont émane la loi et la forme selon laquelle elle est émise. C'est la définition dite organique ou *formelle*. Concrètement, cette conception aboutit, dans les démocraties représentatives contemporaines, à déclarer loi toute mesure votée par la ou les chambres selon la procédure législative. Il s'ensuit que c'est le législateur lui-même qui imprime le caractère de loi aux règles qu'il édicte en forme de loi. Par conséquent, il peut y avoir des lois qui sont telles à la fois par le fond (règles générales et impersonnelles) et par la forme (vote des chambres), tandis que d'autres ne le sont qu'en la forme, par exemple une déclaration d'utilité publique d'un travail décidé par le Parlement ou l'octroi d'une pension à la veuve d'une personnalité éminente. Dans ce cas, en effet, il n'y a pas de règle générale, mais une disposition qui, si on s'en tenait à sa nature intrinsèque, serait administrative.

## 👤 Pouvoir législatif et souveraineté

Apparemment, cette interprétation ne répond guère à un raisonnement logique qui exigeait que l'on définisse le chapelier par rapport au chapeau et non le chapeau par rapport à ce que fabrique le chapelier, fût-ce des parapluies. Politiquement, cependant, la définition formelle de la loi se justifie par la considération de ses effets. La faculté de donner force de loi à certaines volontés se révèle, en effet, comme le principe de la différenciation politique entre ceux qui commandent et ceux qui obéissent. La réflexion politique a été ainsi amenée à tenir moins compte de la matière de la loi que de l'organe qui l'impose puisqu'il est nécessairement l'autorité suprême dans l'État. D'où l'idée que le signe distinctif de la loi, celui par lequel elle se différencie des autres règles juridiques, est d'inclure en elle la puissance de l'autorité souveraine.

À Athènes, c'était une des fonctions de l'assemblée souveraine (ἐκκλησία) que de voter des décrets, mais ils devaient respecter les lois

fondamentales attribuées à Dracon, Solon, Clisthène, et une procédure – la *γραφικὴ παρανομία*, dangereuse pour qui y succombait – sanctionnait les manquements à cette règle. À Rome, la fonction législative comme le domaine de la loi ont connu des sorts divers. Sous la république, à l'époque où le pouvoir appartient en fait à l'aristocratie, les assemblées votent la loi, mais les magistrats tiennent dans la procédure législative une place importante et les lois, outre qu'elles constituent une source peu abondante du droit, débordent rarement le domaine du droit public. Dès l'établissement du principat, le pouvoir de légiférer tend à devenir prérogative impériale, la volonté du prince est élevée à la hauteur de la loi comitiale, et, au Bas-Empire, cette nouvelle source autoritaire supprime définitivement toutes les autres. Sous l'Ancien Régime, en France, la notion de pouvoir législatif (expression d'ailleurs inusitée chez les juristes) présente peu de fixité. Il apparaît cependant que la « jouissance de donner et de casser la loi », selon l'expression de Jean Bodin (*La République*, 1576), constitue l'un des éléments de la souveraineté royale. Dépouillé de cette prérogative par la féodalité, le roi de France l'a peu à peu récupérée, à partir du milieu du XII<sup>e</sup> siècle, en même temps que s'affirmait sa souveraineté. A-t-il eu tout d'abord besoin du concours de ses vassaux jusqu'au moment où il s'est senti assez puissant pour ne faire valoir que sa volonté personnelle ? Ou bien, dès les premiers temps, n'a-t-il invoqué que sa seule autorité royale sans consulter ses barons ? Les deux versions ont été données. Quoi qu'il en soit, dès la fin du XIII<sup>e</sup> siècle, l'autorité législative du roi n'est plus contestée et Beaumansir lui reconnaît le droit de faire des établissements généraux pour peu qu'ils soient pris à très grand conseil, pour une « raisonnable cause » et le « commun profit ». Bientôt le monopole royal est établi ; Bernard de Hérillan écrit : « En France, le roi seul fait constitution, lois et ordonnances. » Toutefois, ce droit était limité par les lois fondamentales du royaume. D'autre part, le domaine du droit privé restait en grande partie du ressort de la coutume. Enfin, les parlements prétendaient avoir le droit d'infléchir la volonté royale à l'occasion de l'enregistrement des textes. D'où le conflit qui fut l'une des causes de la Révolution. Avec celle-ci, on l'a vu, la concordance entre pouvoir législatif et souveraineté s'affirme sous l'influence de la pensée démocratique. Du moment où l'on admet que le peuple ne peut être lié que par des obligations auxquelles il a consenti, la loi en qui s'incarne le commandement suprême ne peut qu'être l'expression de la volonté générale, c'est-à-dire qu'elle ne peut exister que si elle est voulue par le peuple ou ses représentants. Dès lors, d'une part, aucune règle ne peut prétendre à la valeur juridique de loi si elle n'a pas été édictée

constitutionnellement qualifiée pour faire valoir la volonté nationale ; d'autre part, toute règle adoptée par lui dans la forme législative sera considérée comme loi.

## 📍 Le pouvoir législatif dans la hiérarchie des organes de l'État

L'adoption du critère formel de la loi est aujourd'hui à peu près générale. L'organe qualifié de pouvoir législatif, étant maître d'attribuer valeur de loi aux décisions qu'il prend, est l'autorité suprême dans l'État. Chaque fois qu'il s'agit soit de modifier ou d'abroger une loi existante, soit de soumettre pour la première fois une question, activité ou rapport quelconque à la réglementation juridique, c'est lui, et lui seul, qui est en principe compétent. Il en est ainsi parce qu'il est dans l'État le seul organe détenteur de la puissance initiale et inconditionnée capable de subordonner les phénomènes de la vie sociale au respect d'une norme juridique.

Le pouvoir législatif se trouve ainsi placé, à raison de la puissance qu'il met en œuvre, au sommet de la hiérarchie des organes étatiques. Les autres autorités, quelle que soit l'ampleur des matières auxquelles s'étend leur pouvoir de réglementation, ne peuvent agir que dans la limite des lois existantes. C'est ce que traduit l'appellation de pouvoir exécutif qui leur est attribuée dans la terminologie classique. Elles exécutent, non pas certes au sens étroit qui les supposerait privées de toute initiative, mais parce qu'elles ne peuvent agir que dans le cadre d'une loi préexistante qui constitue le fondement et la limite de leur intervention. C'est sur cette base que fut établie, en France, la distinction entre la loi et le règlement. En effet, jusqu'à la Constitution de 1958 qui traduit à cet égard une révision radicale par rapport à la conception qui était admise depuis l'époque révolutionnaire, il n'existait entre la loi et le règlement aucune répartition des matières entrant dans leur domaine. La seule différence était d'ordre hiérarchique, puisque l'autorité réglementaire – en l'espèce le gouvernement – ne pouvait se saisir d'une question que dans la mesure où l'autorité législative – le Parlement – s'en était déjà occupé, fût-ce pour reconnaître simplement qu'elle appelait une réglementation. Dans ce dernier cas, la seule allusion à la nécessité de celle-ci suffisait à légitimer l'exercice du pouvoir réglementaire.

Cette évocation de quelques notions fondamentales de droit public était nécessaire pour expliquer une situation qui n'intéresse pas seulement les juristes,

mais tous les citoyens, à savoir la crise qui, depuis quelques décennies, affecte le pouvoir législatif partout dans le monde où il est exercé par des assemblées élues. Cette crise, qui touche directement les parlements, est certes une conséquence de l'évolution des idées relativement au rôle de la loi, mais elle va au-delà d'une mise en cause de l'appareil normatif, car elle concerne le fondement et la structure des régimes politiques.

## @ Pouvoir législatif et pouvoir gouvernemental

À partir du moment où la résistance de l'opinion publique à l'absolutisme monarchique aboutit à l'établissement de constitutions limitant l'autorité royale ou même l'éliminant définitivement, l'exercice du pouvoir fut aménagé sur la base d'un principe considéré comme la règle d'or de l'organisation constitutionnelle : le principe de la séparation des pouvoirs. Empiriquement mis en œuvre en Angleterre après les révolutions du XVII<sup>e</sup> siècle, explicité par Locke et par Montesquieu, ce principe empruntait à Aristote – non sans forcer, d'ailleurs, la pensée du maître – la division tripartite des fonctions étatiques. Faire la loi, veiller à son application, résoudre les litiges à la lumière de ses dispositions, telles étaient les trois fonctions auxquelles se ramenait toute l'activité étatique : fonction législative, fonction exécutive, fonction juridictionnelle.

Certes, les constitutions ou la pratique politique interprétèrent le principe avec plus ou moins de souplesse. Dans certains pays, comme aux États-Unis, les constituants l'entendirent avec rigueur et attribuèrent chaque fonction à un organe distinct l'exerçant seule et tout entière. Ailleurs, et ce fut le cas en Angleterre, on admit que plusieurs organes pouvaient collaborer à l'exercice d'une même fonction et que, notamment, la fonction législative requérait la collaboration des ministres et des chambres. Ainsi prit naissance le régime qualifié de parlementaire. Mais, de toute façon, la classification des fonctions demeurait intangible et ne faisait aucune place à une activité qui paraît cependant primordiale, à savoir la fonction gouvernementale. Sans doute, les institutions comportaient un organe chargé du gouvernement de l'État ; mais, juridiquement, sa tâche était limitée à l'exécution des lois et c'est à ce titre qu'on lui donne le nom de pouvoir exécutif. Assurément, le terme « exécution » était entendu d'une façon suffisamment souple pour autoriser les initiatives du gouvernement. Cependant, si larges que fussent celles-ci, elles ne pouvaient intervenir que dans le cadre des lois préexistantes.

Cette conception qui revient à refuser toute autonomie à la fonction gouvernementale paraît aujourd'hui indéfendable, tant il est évident que gouverner est une activité qui suppose des décisions inconditionnées, celles par où se révèlent les vues fulgurantes du génie politique, comme aussi bien, d'ailleurs, les choix malheureux d'hommes d'État peu doués ou mal informés. Le refus de doter une pareille tâche d'un statut juridique propre s'explique, cependant, si l'on considère qu'à l'époque où il fut admis comme une conséquence du principe de la séparation des pouvoirs, la fonction politique ne comportait pas le caractère créateur que nous lui accordons présentement. Il s'agissait pour elle, non de forger l'avenir du groupe national, mais seulement de fournir à la société, à qui revenait l'initiative, les cadres juridiques nécessaires pour faciliter son action. Par rapport à la spontanéité créatrice du social, le politique est situé à un niveau subalterne, celui où se déterminent les formes, mais non pas les fins. Dans cette perspective qui est celle du libéralisme pur, il suffisait que le législateur fixe par quelques textes les règles fondamentales de la vie commune. Et encore, nulle pensée n'était plus étrangère à des hommes comme Montesquieu et Rousseau que celle de « faire » la loi, au sens de la fabriquer. Au vrai, le rôle que l'on assignait au législateur n'allait pas au-delà d'une introduction dans la réglementation positive des principes inscrits de toute éternité dans les lois naturelles ou la nature des choses.

Que cette conception soit aujourd'hui périmée, c'est une évidence qui se passe de démonstration. La politique n'est plus entendue comme l'activité qui consiste à gérer les affaires de la société existante, mais comme une action qui vise à la transformer. L'âpreté de la compétition que suscite la conquête du pouvoir prouve que ce que les hommes attendent de lui, c'est en effet la création d'un monde nouveau. Cet objectif ne fut pas l'apanage du régime marxiste ; il s'est inscrit également dans les plans des gouvernants du camp qui est resté fidèle à la démocratie libérale.

Or, du moment où l'on écarte la technique révolutionnaire, il n'est qu'un procédé pouvant conduire à la réalisation de ce projet, c'est le recours à la loi. C'est elle, et elle seule, qui, aussi bien dans la puissance de l'énergie qu'elle met en œuvre – l'exigence des masses politisées – que par les moyens de contrainte dont est assortie son exécution, est à la mesure de cette entreprise prométhéenne. Alors, la fonction gouvernementale sort de l'obscurité où la confinait la philosophie

politique du XVIII<sup>e</sup> siècle. Son autonomie ne peut plus être discutée puisqu'elle est la condition à défaut de laquelle les gouvernants seraient privés de la liberté intellectuelle qui leur permet d'orienter le présent vers l'avenir qu'ils conçoivent. Du même coup s'effondre l'assise du principe de la séparation des pouvoirs, dès lors qu'il apparaît que la loi est par excellence un instrument de gouvernement.

Cet instrument, les assemblées dotées du « pouvoir législatif » ont été tout naturellement portées à l'utiliser conformément à la nouvelle destination que lui a assignée l'évolution des idées politiques. Maîtresses de la loi, elles prétendirent s'en servir pour gouverner. Sans doute, cette prétention se heurta aux résistances de l'« exécutif » dans les pays où il pouvait défendre ses prérogatives soit que, comme aux États-Unis, sa situation constitutionnelle lui permettait de conserver une relative indépendance, soit que, ainsi que ce fut le cas en Angleterre, la conjoncture partisane lui assurait le contrôle de l'assemblée. Mais ailleurs, en France et en Italie notamment, le gouvernement, dépourvu de toute autorité propre puisqu'il procédait d'une coalition de partis, ne put que s'incliner devant la prétention des chambres. Ainsi s'établit en pratique le régime que la terminologie constitutionnelle traditionnelle appelle le gouvernement d'assemblée, c'est-à-dire le système où la chambre élue concentre en elle tous les pouvoirs et où l'organe qualifié de gouvernement, nommé et révocable par elle, n'exerce ses fonctions que par délégation et selon ses directives.

Cette formule s'est révélée inapte à permettre aux pays qui l'avaient adoptée de faire face aux problèmes que l'État moderne doit affronter. Une chose, en effet, est d'édicter des lois au sens que l'on attribuait à ce mot lorsque, avec Portalis présidant à la rédaction du Code civil français, on y voyait des textes méritant d'être gravés dans le marbre ou le bronze qui en symboliseraient la majesté et la permanence, autre chose est de construire par elles, au jour le jour et avec les tâtonnements inhérents à semblable entreprise, l'armature d'une société dont tous les mécanismes sont agencés selon les vues du pouvoir, mais d'un pouvoir qui, pour se maintenir, doit tenir compte des réactions des gouvernés dans chacun des secteurs où il intervient. En pareille hypothèse, la technicité des mesures à prendre, leur caractère sectoriel qui exige leur diversification selon les catégories sociales concernées, leurs incidences qui impliquent que telle règle établie en telle matière entraîne correction de celles qui étaient applicables ailleurs,

l'obligation d'adapter le coût de l'application des textes aux ressources dont dispose le pays, tous ces traits qui signalent l'ampleur et la complexité de l'activité normative des États contemporains ont partout conduit les pouvoirs législatifs à renoncer à s'en réserver le monopole.

### @ Délégation ou partage du pouvoir législatif

Encore qu'on puisse trouver des précédents dans la plupart des États, cette évolution n'a vraiment commencé qu'avec la Première Guerre mondiale, lorsque, pour faire face aux difficultés de la lutte, les parlements durent autoriser les gouvernements à légiférer à leur place. Ainsi apparurent en France les premiers décrets-lois, en Suisse les arrêtés fédéraux législatifs, en Angleterre les *regulations* pris en vertu d'un *act* du Parlement pour assurer « la sécurité publique, la défense du royaume », aux États-Unis les décisions présidentielles estimées nécessaires en temps de guerre ou de crise (*emergency*). À l'époque, cette pratique fut considérée comme une parenthèse dans le mode régulier d'exercice du pouvoir législatif. Les circonstances redevenant normales, les assemblées, pensait-on, retrouveraient l'intégralité de leur compétence. Cette vue était d'autant plus consolante qu'elle permettait d'apaiser les scrupules juridiques soulevés par l'apparition de cette législation gouvernementale. En effet, sous quelques noms qu'on la déguise et en dépit des conditions mises à son exercice (notamment la limitation des matières auxquelles elle peut s'appliquer et l'obligation de soumettre les mesures prises à une ratification parlementaire), elle constitue fondamentalement une atteinte aux principes de la séparation des pouvoirs. Érigé au niveau d'une autorité inconditionnée, le gouvernant dispose de la plénitude de l'initiative ; il n'exécute plus, il légifère.

On sait que le retour attendu à la « normale » ne s'est pas produit. D'autres difficultés – financières, sociales, internationales – surgirent qui obligèrent à reconduire périodiquement les pouvoirs exceptionnels du gouvernement. En France, le recours aux décrets-lois fut de plus en plus fréquent ; en Angleterre la *delegated legislation* devint pratique courante ; aux États-Unis, à chaque crise de quelque importance, le président trouve, dans les *emergency powers*, la faculté d'intervenir en court-circuitant le Congrès, quitte d'ailleurs à encourir les reproches de la Cour suprême, comme le président Truman en fit l'expérience en 1952 pour avoir décidé la saisie des aciéries dont les grèves compromettaient l'économie des

États-Unis. En réalité, il est assez vain de chercher à légitimer ces interventions gouvernementales par l'existence de circonstances exceptionnelles. Elles sont, de façon bien plus générale, la conséquence logique de la transformation qui, à partir du deuxième quart du XX<sup>e</sup> siècle, a affecté la conception dominante quant au rôle de l'État. Le passage de la notion libérale restrictive à la reconnaissance d'une fonction directrice ou socialisante a eu pour effet de faire ressortir que l'instrument de régulation adapté à la première convenait de plus en plus mal à l'exercice de la seconde.

Cependant, plutôt que d'admettre loyalement cette évidence, on sauvegarda théoriquement l'intégrité de la compétence législative des assemblées en ayant recours à l'idée d'une délégation de pouvoir. On fit valoir que, sans doute, c'était bien le gouvernement qui réglementait, mais que, ce faisant, il ne faisait qu'exécuter la loi par laquelle la chambre lui déluguait son pouvoir, pour un temps limité et sur une matière déterminée. Ainsi, la hiérarchie entre « pouvoir exécutif » et « pouvoir législatif » était sauvegardée puisque le premier ne pouvait intervenir que sur l'initiative du second et pour mettre en œuvre, non son autorité propre, mais une compétence qui lui avait été déléguée.

Juridiquement contestable, car il est difficile d'admettre qu'un organe investi d'une fonction par la Constitution puisse s'en décharger sur un autre, cette argumentation n'a, au point de vue politique, qu'une valeur toute relative. Acceptable si l'on considère par exemple la pratique anglaise, elle cesse de l'être si l'on se place dans la conjoncture parlementaire de la IV<sup>e</sup> République en France.

En Grande-Bretagne, la structure bipartisane de la Chambre des communes rend la majorité étroitement solidaire du gouvernement. Elle est unie à lui par une unité de vue qui peut laisser place à des divergences secondaires, mais qui, pour l'essentiel, s'exprime dans un programme homogène et cohérent. Dès lors, puisque l'exécutif n'est, au fond, que la pointe agissante du parti majoritaire, rien ne s'oppose à ce que celui-ci délègue aux ministres le pouvoir de légiférer : ils le feront mieux que lui, mais non dans un autre sens que lui. Le procédé est peut-être déplaisant à l'égard du Parlement – et de fait les auteurs anglais ne manquent pas qui en soulignent la désinvolture –, mais il s'accorde avec la logique du système politique britannique. En France, la situation était bien différente car,

divisée entre une pluralité de partis, la Chambre était incapable de grouper une majorité autour d'un programme législatif cohérent. Éprouvant la difficulté des problèmes, mais impuissante à les surmonter, elle se déchargeait sur le gouvernement du soin de les résoudre. Certes, en la forme, la compétence gouvernementale se fondait bien sur une autorisation parlementaire, mais la loi d'habilitation n'était au fond qu'un blanc-seing par lequel le Parlement croyait sauver la face alors qu'il n'était qu'un constat d'incapacité.

Pour remédier à cette carence qui, à la fin de la III<sup>e</sup> République, n'avait pas peu contribué à discréditer le régime, on imagina de distinguer deux niveaux dans le contenu des lois. Au plan supérieur se situerait l'énonciation des principes, la formulation de directives générales ; au niveau inférieur se placerait la réglementation concrète, l'application des vues d'ensemble aux situations particulières. Ainsi prit naissance l'idée de lois-cadres. C'est leur adoption qui, en tout état de cause, devait demeurer le monopole de l'organe de la représentation nationale, précisément parce que c'est par elles qu'est tracée la politique législative. Logiquement, cette distinction est assurément très satisfaisante. Seulement encore faut-il que la loi-cadre ne soit pas une anodine déclaration d'intention, sinon rien ne la distinguerait de celle par laquelle le Parlement abandonne au gouvernement à la fois son pouvoir et ses responsabilités. D'autre part, il faut reconnaître qu'en fait la notion de cadre est équivoque. Dans la plupart des cas, tout le monde s'accorde sur le principe général dont doit s'inspirer la loi ; c'est dans les modalités de son application aux cas particuliers que réside le véritable problème. Or, c'est là précisément que toute initiative est abandonnée au gouvernement par la formule de la loi-cadre. Cette ambiguïté explique qu'elle n'ait pas connu pratiquement une très grande fortune. Mais du moins l'idée s'était fait jour par elle d'un partage possible de la compétence législative entre les assemblées et le gouvernement.

## 📌 Le pouvoir législatif selon la Constitution française de 1958

C'est cette idée qu'a consacrée la Constitution française de 1958 en dressant une liste de matières réservées à la compétence parlementaire (art. 34) et en décidant (art. 37) que le gouvernement pourrait librement réglementer toutes les questions non énumérées dans cette liste. Sous réserve de respecter les

principes généraux du droit, le gouvernement est aussi libre dans son domaine que le Parlement dans le sien. Par conséquent, si l'on retient une définition de loi s'attachant à son caractère essentiel, à savoir l'acte par lequel une autorité politique édicte une règle sans être liée par aucune prescription juridique préexistante, on doit considérer que la Constitution de 1958 établit un partage du pouvoir législatif entre le Parlement et le gouvernement. Cependant, les fondateurs de la V<sup>e</sup> République n'ont pas entendu rompre aussi ouvertement avec la tradition ; c'est pourquoi ils ont réservé la qualification de loi aux seuls textes votés par les chambres. Quant aux décisions du gouvernement, on leur a conservé leur qualification de décrets. Cette permanence de la terminologie ne doit toutefois pas faire illusion, car les décrets de l'article 37 ont une nature qui les distingue fondamentalement de ceux qui, naguère, intervenaient pour l'« exécution des lois » : ce sont les décrets *autonomes*, ce qui signifie que toute subordination hiérarchique a disparu entre eux et la loi puisque, par hypothèse, ils interviennent dans un domaine où il n'y a pas de loi.

Cette division de la compétence normative entre le Parlement et le gouvernement ne laisse pas de soulever, en fait, de graves difficultés de techniques juridiques, étant donné qu'il est parfois malaisé de savoir si une question entre dans l'énumération de l'article 34 ou si elle ressortit au contraire à la compétence gouvernementale en vertu de l'article 37. La difficulté est encore accrue du fait que, pour certaines matières réservées à la loi formelle par l'article 34, la Constitution n'accorde au Parlement que la faculté de poser les principes, le soin de la réglementation concrète étant l'apanage du gouvernement. Toutefois, c'est surtout sur le plan politique que le partage des compétences est significatif. Il signale la fin de l'hégémonie parlementaire puisque, désormais, les assemblées sont privées de la possibilité d'attribuer l'autorité de loi à l'une quelconque de leurs volontés, quel qu'en soit l'objet. On a vu dans cette situation nouvelle qui est faite au pouvoir législatif l'intention d'abaisser le prestige de la représentation nationale. Cette appréciation est confirmée par la règle constitutionnelle qui protège beaucoup plus efficacement la compétence gouvernementale que la compétence du Parlement. Contre une initiative parlementaire qu'il estime empiéter sur son domaine, le gouvernement peut recourir au Conseil constitutionnel. Dans l'hypothèse inverse, le Parlement ne peut qu'attendre du Conseil d'État, saisi d'un recours pour excès de pouvoir, une décision annulant pour incompétence un décret qui aurait empiété sur l'article 34.

## 📍 La fin du monopole législatif des Assemblées

Les tabous constitutionnels sont extrêmement contraignants, surtout lorsque, en respectant la lettre, ils autorisent la violation de son esprit. Ainsi en est-il dans les régimes représentatifs où, pour satisfaire à la conception classique de la démocratie, les constituants affirment réserver aux élus du peuple le pouvoir de faire la loi. En fait, cependant, le principe ne peut prévaloir contre l'impuissance : l'expérience prouve que les exigences de l'action conduisent à reconnaître au gouvernement, qui a la responsabilité de la direction politique, l'initiative pour la concevoir et les moyens pour la réaliser. Cela revient à dire qu'il ne peut gouverner s'il est privé de la faculté de légiférer. Pour concilier cet impératif avec le principe, on peut utiliser les ressources du vocabulaire. C'est ce qu'ont fait les constituants français en réservant, comme nous venons de le voir, la prestigieuse qualification de loi aux actes du Parlement. Certes, le gouvernement lui aussi légifère (art. 37), mais comme ses décisions n'ont droit qu'au modeste nom de décret, la souveraineté des représentants du peuple est sauvée. On peut aussi – et c'est devenu le subterfuge habituel – jouer sur l'idée d'une délégation de pouvoir.

Pour enlever tout fondement aux résistances doctrinales que suscite cette pratique, certaines constitutions modernes l'autorisent expressément. Ainsi en est-il en Italie où l'article 76 de la Constitution de 1948 prévoit que le gouvernement peut prendre des décrets ayant valeur de loi « pour un temps limité et pour des objets définis », sur une autorisation du Parlement qui détermine « les principes et critères de direction ». Cette intention de protéger la compétence parlementaire risque d'être théorique, car il sera toujours possible aux chambres d'énoncer les « principes et critères » de façon suffisamment imprécise pour ne pas gêner la liberté d'initiative du gouvernement. En Allemagne, l'article 80 de la Constitution de Bonn dispose de même que le gouvernement fédéral, un ministre fédéral ou les gouvernements des Länder peuvent être habilités par une loi à édicter des règlements de droit (*Rechtsverordnungen*). Là aussi, l'autorisation parlementaire doit préciser le but, le contenu et l'étendue de la délégation. En France, la pratique des décrets-lois, que la Constitution de 1946 (art. 13) avait en vain condamnée, a été formellement régularisée par la Constitution de 1958. Son article 38 dispose en effet que le gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnance,

pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. Certes, les ordonnances doivent être ratifiées et elles deviennent caduques si le gouvernement n'a pas déposé le projet de loi de ratification dans le délai prévu par l'autorisation parlementaire. Toutefois, il est admis que la ratification peut être implicite, c'est-à-dire résulter du silence du Parlement, ce qui, comme l'observait le garde des Sceaux lors de la rédaction du texte, « est la seule manière de faire passer des textes indispensables, mais impopulaires ».

L'institution des ordonnances traduit donc bien l'intention de constitutionnaliser l'abdication parlementaire. Ce que confirme d'ailleurs la règle (art. 41) d'après laquelle le Parlement ne peut légiférer sur les matières ayant fait l'objet de la délégation et pendant la durée de celle-ci. Assurément, lorsque les pleins pouvoirs ont pris fin, le Parlement est libre d'abroger les mesures qu'ils ont permis de prendre, mais, en fait, les chambres n'ont fait qu'un usage extrêmement modeste de cette faculté, prouvant par là qu'en dépit des protestations verbales elles s'accrochent fort bien de voir, dans les situations difficiles, le gouvernement légiférer à leur place.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## @ Médiation juridique

La médiation, et plus généralement les « modes alternatifs de règlement des conflits », souvent désignés sous l'abréviation de M.A.R.C., peuvent se définir comme des processus non juridictionnels de traitement des litiges. Le thème est en faveur. Les colloques, séminaires et articles sur le sujet se multiplient aussi rapidement que les déclarations de certains hauts magistrats ou hommes politiques. L'Université n'est pas en reste puisqu'elle a mis en place plusieurs programmes de doctorat sur le sujet.

Cette nouvelle « justice douce » constitue un sujet d'une extrême richesse, se situant à la confluence de la science du procès, de l'anthropologie juridique, des théories de l'information et de la négociation. C'est une question importante qui pourrait être amenée à transformer en profondeur, non seulement le

droit, – et notamment le droit judiciaire, c'est-à-dire la branche du droit relative à la procédure et aux contentieux –, mais plus généralement l'ensemble du tissu social.

Si la question de la médiation peut être repérée dès le christianisme primitif, elle est également au cœur de l'ultra-modernité : le management, la transparence, la participation, le consensus sont des thèmes consubstantiels aux M.A.R.C.

Les enjeux sont donc considérables, à la fois politiques, économiques, juridiques et culturels. Au-delà du scepticisme de nombreux juristes et de l'optimisme un peu naïf de certains technocrates, il semble urgent de prendre la médiation au sérieux et d'examiner de façon dépassionnée ses tenants et aboutissants, tant d'un point de vue théorique que pratique.

## @ 1. Un phénomène protéiforme

L'idée de la médiation n'est pas une nouveauté. Des méthodes non juridictionnelles de règlement des litiges se retrouvent dans toutes les civilisations. Sous l'influence du confucianisme dans la Chine pré-impériale du III<sup>e</sup> siècle avant J.-C, une justice non étatique se développe. En Occident, la médiation trouve son fondement dans la prescription d'amour entre les frères en Christ posée par Nouveau Testament. La charité et le pardon sont préférés aux châtiments (II<sup>e</sup> épître aux Corinthiens, 2, 6-8). La I<sup>re</sup> épître aux Corinthiens déplore quant à elle les conflits entre frères et dissuade « d'aller en justice devant les infidèles » (6, 5-6).

Le décret de Gratien dispose dans sa Distinction XC que les évêques ne doivent point aimer les contestations et doivent chercher à accorder ceux qui ont des différends. Très tôt, la *lex mercatoria* a permis aux commerçants de régler de façon informelle leurs contentieux. Plus tard, le juge de paix, que l'on retrouve à partir du XIX<sup>e</sup> siècle dans de nombreux pays, fait un peu figure de médiateur ou de conciliateur avant l'heure.

Le concept contemporain de M.A.R.C. recouvre une réalité multiple incluant diverses techniques non contentieuses de règlement des conflits, dont la médiation est sans doute la plus connue.

## 📍 Définitions

Une bonne définition générale de la médiation est proposée par Michèle Guillaume-Hofnung qui parle d'« un mode de construction et de gestion de la vie sociale, grâce à l'entremise d'un tiers neutre, indépendant, sans autre pouvoir que l'autorité ». Mackie, Miles et March définissent, quant à eux, la médiation commerciale comme « une méthode de résolution des litiges, basée sur un processus structuré, impliquant l'intervention d'une tierce personne, et qui n'aboutit pas à une décision exécutoire imposée aux parties ».

Plusieurs théoriciens de la médiation, comme Jean-François Six, s'efforcent de développer une véritable épistémologie de la notion. Ils distinguent différents types de médiation : la « médiation créatrice » qui a pour but de susciter entre les personnes ou des groupes des liens nouveaux ; la « médiation rénovatrice » qui réactive les liens distendus ; la « médiation préventive » pour éviter l'éclatement d'un conflit ; la « médiation curative » pour aider les parties en conflit à trouver une solution.

Les M.A.R.C. se distinguent des mécanismes classiques de l'arbitrage commercial qui obéissent à des règles procédurales bien définies et dont les sentences peuvent, sous certaines conditions, revêtir force exécutoire par décision de justice (exequatur). Ils ne doivent pas non plus être confondus avec la simple négociation ou encore avec la transaction, qui est un contrat spécifique prévu par l'article 2044 du Code civil français.

## 📍 Expansion contemporaine

Pour des raisons à la fois culturelles et économiques (le goût du consensus et du dialogue, l'importance de la négociation et du contractualisme) les M.A.R.C., sous leur forme moderne, se sont d'abord développés dans les pays anglo-saxons où on les désigne par l'expression « Alternative Dispute Resolution » (A.D.R.). Des A.D.R. relatifs aux relations familiales, inter-entreprises ou de consommation, ont été mis en place d'abord aux États-Unis dans les années 1960, puis en Grande-Bretagne à partir des années 1970.

Les programmes pilotes de médiation les plus récents sont

généralement étatiques et parajudiciaires. Aujourd'hui la médiation s'institutionnalise. C'est particulièrement vrai dans le cas français.

Un inventaire non exhaustif des pratiques sociales de médiation permet d'en recenser de multiples formes ; parmi les plus importantes, on citera la médiation familiale et conjugale, la médiation politico-civique (qu'elle soit nationale ou locale), la médiation dans les relations de travail, en matière pénale ou encore dans le secteur public ou para-public. Dans ce dernier cas, outre la figure bien connue du médiateur de la République, instituée en France en 1973, des « micro-médiateurs », *ombudsmen* de terrain, arbitrent les litiges dans des domaines aussi variés que le cinéma, les assurances, etc.

S'agissant de la conciliation judiciaire, en France, elle s'insère dans un cadre normatif bien précis. Indépendamment de dispositions particulières propres à certaines juridictions ou procédures (ainsi la phase de conciliation devant les tribunaux d'instance ou les conseils de prud'hommes), le nouveau Code de procédure civile fait de la Conciliation la mission naturelle du juge : « Il entre dans la mission du Juge de concilier les parties » (art. 21). Jusqu'à récemment, ce texte était largement ignoré, tant par les magistrats que par les avocats. Aussi une loi du 8 février 1995 a-t-elle relancé la conciliation et la médiation judiciaire en prévoyant la faculté, pour le juge, de déléguer sa mission de conciliation à un conciliateur de justice. Dans un avenir proche, la chancellerie cherchera sans doute à simplifier le recours au conciliateur-délégué et à élargir son champ d'intervention.

## @ 2. Les séductions du remède

Le développement actuel des M.A.R.C. est symptomatique d'une mutation sociale importante. Afin d'assurer un pilotage politique et économique de type consensuel, il est important d'éviter, de désamorcer ou de gérer les conflits. Dans nos sociétés modernes, ces derniers sont « dé-moralisés » : les logiques de responsabilités et de fautes font place à une approche avant tout basée sur la gestion des risques et sur l'assurance. L'analyse économique et comptable du droit favorise ce mouvement.

Par ailleurs, dans la plupart des pays occidentaux confrontés à une justice en crise quasi structurelle depuis plusieurs décennies (on lui reproche principalement

sa lenteur, sa complexité et son coût), beaucoup de politiques et de juristes considèrent que la médiation est une solution d'avenir. Face au déploiement, initié aux États-Unis, du droit et des logiques judiciaires dans les rapports sociaux, le recours aux M.A.R.C. laisse espérer un désengorgement des tribunaux, tout en favorisant un meilleur accès à une justice, plus simple, plus rapide et moins coûteuse. Une « justice alternative » est souhaitée par beaucoup de justiciables. La tendance est particulièrement nette en Grande-Bretagne et aux États-Unis, où, notamment du fait de son coût, la justice est devenue inaccessible pour les classes moyennes, a fortiori lorsque les budgets d'aide juridictionnelle sont revus à la baisse.

### 📌 Bilan coût-avantage

Les avantages sont réels. D'une façon générale, un mode alternatif de règlement du conflit est possible et souhaitable lorsqu'il existe un véritable désir de transiger, ainsi qu'une aptitude réciproque à la négociation.

– La confidentialité est le plus souvent absolue, que ce soit pendant la médiation ou postérieurement à elle.

– La célérité est un second atout des M.A.R.C. La procédure est généralement plus rapide qu'un procès classique ou un arbitrage. Un dossier peut parfois être réglé en une journée. Avec les M.A.R.C., les différends sont examinés à un stade précoce, ce qui favorise les accords et transactions amiables rapides. Le risque d'une gestion bureaucratique et sclérosée des contentieux par les juristes est ainsi écarté.

– Du fait de leur rapidité et de leur simplicité, les M.A.R.C. sont moins coûteux que les procédures d'arbitrage ou de contentieux classique.

– L'avantage de souplesse est aussi important. Les M.A.R.C. sont volontaires et reposent sur une volonté commune de transiger. Ils sont particulièrement adaptés aux litiges internationaux dans lesquels la multiplicité des parties, des droits, des cultures judiciaires génèrent trop souvent devant les juridictions classiques des lourdeurs procédurales et des incompréhensions. Les M.A.R.C. permettent un contentieux « à la carte », autorisant un panachage des

droits et procédures nationaux, voire l'introduction de l'équité.

– L'impartialité et la compétence d'un médiateur choisi de concert par les parties, est encore une force des M.A.R.C. Le litige peut être tranché par un homme de l'art spécialisé. Ce n'est pas toujours le cas avec le contentieux traditionnel.

Cependant, les M.A.R.C. sont contre-indiqués dans certains types de conflits, notamment lorsqu'une des parties a besoin d'un jugement exécutoire, lorsque la publicité est considérée comme utile ou lorsqu'il existe de forts conflits de personnalités empêchant toute négociation. Enfin, dans les systèmes de Common Law, où la jurisprudence participe de façon structurelle à l'élaboration du droit (système du *case law*), la résolution amiable des conflits a pour conséquence de limiter le nombre des cas jugés par la Cour suprême et, indirectement, de tarir la création jurisprudentielle du droit.

### 🕒 L'efficacité technique

Les M.A.R.C. reposent sur plusieurs principes. On citera notamment : la volonté de participation personnelle des intéressés, l'assistance rémunérée d'un tiers indépendant des parties, la confidentialité de la négociation, l'absence de tout pouvoir juridictionnel détenu par le médiateur, la recherche d'une solution équitable – ou au moins acceptable –, par les deux parties.

Mais la médiation n'est pas seulement un concept désincarné ou un objectif à atteindre. En pratique c'est d'abord un outil, une technique ou plus exactement un processus. Ce dernier peut se décomposer en un certain nombre d'étapes opératoires permettant d'aboutir à un constat d'entente (ou d'échec). Très schématiquement, on peut décomposer une opération de médiation en trois phases :

– La phase de pré-médiation au cours de laquelle les parties peuvent demander à leurs avocats de préparer de courtes écritures résumant leurs prétentions.

– La phase de médiation active, au cours de laquelle les faits de la

cause sont présentés de façon orale. C'est à ce moment que le médiateur cherche à rapprocher les points de vue, lors de réunions bilatérales ou multipartites.

– La phase finale, au cours de laquelle une synthèse est généralement présentée par le médiateur. En cas d'accord, un procès-verbal constatant la résolution des différends est parfois rédigé.

À l'analyse, le médiateur évoque une figure quasi christique. Sa fonction est celle d'un rassembleur de ceux qui étaient dispersés, d'un réconciliateur de ceux qui étaient opposés ; un agent d'alliance et de communion. Idéalement, le médiateur est donc un personnage qui doit faire preuve de neutralité, mais aussi d'autorité ; c'est un observateur, un rassembleur, un modérateur ; ce spécialiste de l'écoute, mi-prêtre, mi-psychanalyste, doit accoucher dans un temps limité, de solutions, de compromis, en sachant résumer les points de vues et, le cas échéant, rédiger un accord. On aura compris que de tels spécialistes sont rares. Un problème clé, dont dépend l'avenir de la médiation, est celui de la formation de médiateurs compétents.

La panoplie des M.A.R.C. est large, notamment dans le domaine des conflits inter-entreprises. Les praticiens, dont l'inventivité n'est plus à démontrer, ont développé depuis une trentaine d'années de très nombreuses techniques de règlements alternatifs des litiges. Parmi les plus pratiquées, on citera le *mini trial* (mini-procès), le *early neutral evaluation* (l'évaluation préalable et neutre des chances de succès d'une action), et la *med-arb* (médiation-arbitrage) qui, comme son nom l'indique, panache les deux techniques.

### @ 3. Les enjeux de la médiation

Il est certes tentant de reconnaître dans la médiation l'ultime fleur d'une science politique éprise de consensus, mais ne faut-il pas aller plus loin et y discerner des enjeux de raison pour l'homme, où l'économique vient buter sur le symbolique ?

#### @ Une logique commerciale

La médiation constitue un nouveau marché juridico-commercial qui

suscite de nombreuses convoitises. Attisée par les attentes et les spéculations que l'on vient d'exposer, la demande pour ce type de prestation est croissante. Les juristes, les experts, ainsi que les cabinets d'audit et de conseil, offrent des services et produits toujours plus nombreux et variés.

Pour l'entreprise, la médiation constitue une véritable révolution managériale. Elle permet de mieux gérer ou d'éviter les conflits, tout en préservant les relations commerciales. Pour gérer leurs contentieux, beaucoup de grosses entreprises ont recours à une savante panoplie de mesures organisant la négociation continue, la facilitation et le contrôle de l'exécution des contrats. Cela permet d'anticiper et, idéalement, d'annihiler les différends.

Sur le terrain du droit, c'est bien évidemment en matière judiciaire que la médiation fait le plus ressentir ses effets. L'objectif avoué est, pour beaucoup, de transformer, voire d'éradiquer, la vieille science du procès héritée du droit romain. Sur ce point, on observera que les M.A.R.C. les plus sophistiqués ne peuvent échapper à des problèmes de procédure fondamentaux, bien connus des praticiens : l'organisation des droits de la défense, le respect du principe du contradictoire ou de la confidentialité.

Le développement des M.A.R.C. et de la médiation peut aussi être analysé comme un mode indirect de patrimonialisation des conflits et, partant, de réappropriation de ceux-ci par les plaideurs.

La médiation contribue enfin à transformer le métier d'avocat. L'avocat moderne n'est plus seulement un rhéteur ou un technicien manieur de textes ; aujourd'hui, le client lui demande d'être un conseil capable d'évaluer puis de gérer des risques juridiques et financiers, tout en proposant des solutions pratiques. Ainsi, l'avocat peut, d'une part, conseiller un client engagé dans une médiation, d'autre part, il peut parfaitement être désigné comme médiateur.

Du point de vue de la logique économique, les tentatives actuelles d'institutionnalisation des M.A.R.C. ont quelque chose d'incongru. L'intégration brutale dans l'appareil d'État par le biais d'un rattachement à un service public, selon une logique typiquement française, risque de dénaturer la technique en lui

faisant perdre son âme et son moteur (l'initiative des intéressés, la souplesse, l'indépendance). Le cadre associatif paraît en définitive mieux adapté pour assurer un développement souple et pérenne des M.A.R.C.

## 👉 Vers une abolition du jugement ?

Dans le cadre de la vague réformatrice qui secoue aujourd'hui les systèmes judiciaires occidentaux, les M.A.R.C. se voient assigner une mission très ambitieuse : servir d'alternative et de soupape de sûreté, éviter la surchauffe, voire l'implosion de la machine judiciaire. Il est fort louable de vouloir éviter les gabegies, de limiter la bureaucratie et de favoriser l'accès au droit et à la justice. Cependant, au plan symbolique, ce mouvement de fond n'est pas sans poser de graves questions.

Sur le terrain des institutions, la fin du monopole de la justice étatique correspond à une re-féodalisation de la société. Le pouvoir juridictionnel est devenu, au prix d'une lutte de plusieurs siècles en Europe, un attribut du roi, la marque du souverain ; ce dernier en délègue l'exercice à ses magistrats. Juger, dans cette hypothèse, c'est dire le droit au nom du souverain, le roi ou la nation. La logique des M.A.R.C. remet en cause ce modèle occidental romano-canonique de l'État détenteur exclusif du droit.

La grande promesse de la médiation serait de façonner une justice informelle, douce, participative, déritualisée, enfin humaine. N'y a-t-il pas là un scientisme un peu naïf ? Si l'on veut bien admettre que la justice au sens le plus fort du terme est d'essence religieuse et participe d'un « mystère » (l'expression est du roi Charles V), les tentations et tentatives fonctionnalistes et managériales d'abolition du conflit et de sa mise en scène ne sont pas sans risques. Hannah Arendt a relevé à juste titre que c'est le propre de la pensée totalitaire de concevoir une fin des conflits.

Le rôle des juristes pour reprendre une formule de Pierre Legendre est « d'entretenir une mystique de l'utopie enclavée dans une logique de dogme ». La réforme de la justice est une œuvre, urgente nécessitant des précautions d'archéologue. Les M.A.R.C peuvent y contribuer, à condition qu'on ne les tienne pas pour des remèdes miracles.

## @ PRESCRIPTION

### ***Prise de vue***

Aux termes du Code civil, « la prescription est un moyen d'acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps, et sous les conditions déterminées par la loi » (art. 2219). Souvent critiquée, cette définition a tout au moins le mérite d'indiquer d'emblée le double objet de la prescription.

Moyen d'acquérir, la prescription est dite acquisitive et correspond à l'*usucapio* romaine ; elle a pour effet de transférer au possesseur la propriété d'un bien pourvu que sa possession remplisse certaines conditions et notamment celle d'une durée suffisante. Moyen de se libérer, la prescription est dite extinctive ou libératoire et vise à dissoudre un rapport d'obligation par l'inaction prolongée du créancier. Mais la définition du Code pêche par exagération, car, à proprement parler, l'effet des deux classes de prescription est plus modeste. La prescription acquisitive est moins un moyen d'acquérir que de consolider une acquisition sujette à éviction ou même simplement présumée. Quant à la prescription extinctive, elle n'est jamais qu'une exception par laquelle le défendeur à une action judiciaire peut la faire repousser, celle-ci laissant cependant subsister sa dette comme obligation naturelle.

### @ Une institution universellement répandue

Malgré la distance qui les sépare, la prescription acquisitive et la prescription extinctive s'apparentent l'une à l'autre par un élément fondamental commun. L'une et l'autre n'opèrent en effet qu'après « un certain laps de temps », généralement assez long. La question se pose dès lors de savoir si le simple écoulement du temps suffit, en équité, pour affecter les droits et obligations des intéressés, pour accroître le patrimoine des uns (possesseur, débiteur) et réduire proportionnellement celui des autres (propriétaire, créancier), sans qu'aucun d'eux

ait rien fait pour le mériter. À première vue, l'idée même de la prescription paraît choquante en tant qu'elle serait un facteur d'instabilité, voire d'injustice ; et bien des penseurs (école « idéaliste », canonistes, etc.) l'ont condamnée comme un « péché » tendant à spolier le véritable ayant droit au profit d'un usurpateur.

Ces scrupules n'ont pas prévalu, et l'on peut dire que la prescription est aujourd'hui une institution universellement répandue : sous les formes les plus variées, elle a été adoptée sous toutes les latitudes, et les « réalistes » l'ont saluée comme « la plus nécessaire à l'ordre social » (*Exposé des motifs du Code civil*). Paradoxalement, on la justifie avant tout par le souci d'assurer la stabilité du patrimoine (*ne dominia in perpetuum incerta maneant*) et d'écartier comme incertaines les réclamations trop différées tendant à modifier l'ordre établi (*for quieting of men's estates and avoiding of suits*, préambule de la loi anglaise de 1623). Éminemment conservateur, le droit positif considère comme sa fonction essentielle de garantir aux personnes la possession paisible de leurs biens ; et si celle-ci se trouve dissociée de la propriété véritable, l'intérêt social bien compris exigera de mettre fin à cette situation pathologique en ramenant le fait au droit et en faisant sortir du fait, au bout d'un certain temps, un droit nouveau.

À cette justification sont venues se joindre d'autres considérations, parmi lesquelles : celle que le retard exagéré à intenter l'action judiciaire équivaut à une négligence (*vigilantibus non dormientibus jura servantur*) ; les présomptions qu'il fait naître en faveur du défendeur (présomption de paiement, de remise de l'obligation ou d'extinction par tout autre mode) ; le danger de dépérissement des moyens de preuve, et le caractère vexatoire de l'action à laquelle il est devenu difficile de s'opposer.

Enfin, on attribue à la prescription, cette « patronne du genre humain », le mérite de faciliter la preuve de la propriété. Celle-ci dérivant presque toujours d'un acte (vente, donation, testament) ou d'un fait (succession) translatif émanant d'un propriétaire antérieur, sans l'aide de la prescription, il serait nécessaire d'établir le droit de cet ayant cause et de tous ses prédécesseurs jusqu'à l'infini, preuve qui serait pratiquement impossible (*probatio diabolica*). La meilleure justification de la prescription acquisitive est sans doute de dispenser le possesseur d'avoir à remonter au-delà du délai légal.

L'influence des idéalistes, hostiles à la prescription, s'est pourtant manifestée dans quelques-unes des restrictions auxquelles elle a été soumise, de manière à en atténuer les effets et à placer celui qui s'en prévaut devant une sorte de cas de conscience (nécessité de la bonne foi, nécessité d'invoquer la prescription et possibilité d'y renoncer, causes de suspension et d'interruption, longueur de certains délais, etc.). De plus, certains droits particulièrement respectables ont été proclamés imprescriptibles. Enfin, en matière pénale, le principe de la prescription du droit de punir n'a été admis qu'assez récemment et fait l'objet d'un régime particulier. En matière civile même, les législations récentes ont sensiblement réduit les délais de la prescription. Ainsi, en Angleterre, la législation surannée remontant au XVII<sup>e</sup> siècle a été remplacée par le Limitation of Actions Act de 1939, fixant le terme général de la prescription civile à six ans (trois ans pour l'action en responsabilité du chef d'atteinte à la personne ; douze ans pour la revendication d'immeuble).

### 📍 Prescription acquisitive ou usucapion

En droit français, l'usucapion est fondée non seulement sur l'inaction prolongée du véritable propriétaire, mais encore et surtout sur la possession de celui qui va prescrire, c'est-à-dire acquérir la possession par l'effet de la prescription. Comme on l'a vu, ce mode d'acquisition ne s'applique qu'à la propriété des immeubles et à certains droits réels immobiliers (usufruit, servitude). Conformément au modèle romain, l'usucapion englobe deux institutions distinctes :

a) La prescription trentenaire, prescription ordinaire ou de droit commun s'appliquant à « toutes les actions, tant réelles que personnelles » (art. 2262) et formant titre de propriété au possesseur, même de mauvaise foi, pourvu que sa possession ait été « continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire » (art. 2229).

b) La prescription abrégée, de dix à vingt ans selon que le véritable propriétaire habite dans la même circonscription ou en un lieu plus éloigné (art. 2265) : pour en bénéficier, il faut que, outre les conditions ordinaires de la possession, celle-ci ait été obtenue de bonne foi, c'est-à-dire en vertu d'un titre translatif dont le possesseur ignorait les vices (art. 550). Ainsi comprise, la prescription vise à purger les vices dont était affecté l'acte juridique en vertu

duquel le possesseur était entré en possession.

Quoique ces deux espèces de prescription soient également dites acquisitives, leur accomplissement ne suffit pas pour transférer la propriété de plein droit : il faut en outre que le possesseur, défendeur à l'action en revendication, s'y oppose en invoquant le moyen de la prescription, moyen que le juge ne peut suppléer d'office et auquel le possesseur est libre de renoncer (art. 2223 et 2224). D'autre part, une fois acquise, la prescription est censée opérer rétroactivement depuis l'entrée en possession.

Dans certains droits étrangers, l'effet translatif de la prescription est encore moins prononcé. En Angleterre, par exemple, on décide que l'écoulement du terme (de 12 ans) ne fait qu'éteindre le titre du revendiquant, sans le transférer pour autant au possesseur, dont la position se trouve simplement renforcée.

Enfin, l'utilité de la prescription acquisitive disparaît partout où les titres de propriété découlent d'une immatriculation dans des livres fonciers doués de force probante absolue ; néanmoins, même sous ce régime, une certaine place a été laissée à l'usucapion, notamment pour suppléer aux imperfections de l'immatriculation ou pour résoudre des problèmes de délimitation de parcelles contiguës.

## 📌 Prescription extinctive ou libératoire

La prescription trentenaire mentionnée ci-dessus étant en droit français la prescription de droit commun, elle s'applique à toutes les obligations pour lesquelles une prescription plus brève n'a pas été prévue par un texte particulier, comme il en existe une grande variété, spécialement en matière commerciale (effets de commerce, assurances, transports et, généralement, prescription décennale des obligations entre commerçants à l'occasion de leur commerce).

La prescription extinctive offre à tout défendeur à une action judiciaire le moyen d'y faire échec. Ici encore l'exception tirée de la prescription est péremptoire ; mais si elle éteint l'action, elle laisse subsister l'obligation comme simple obligation naturelle, dépourvue de sanction.

Certaines prescriptions particulières et fortement abrégées sont désignées du nom de prescriptions présomptives, étant basées sur une présomption de paiement, dont le débiteur n'aurait pas conservé la preuve. Tel est le cas de l'action « des maîtres et instituteurs des sciences et arts, pour les leçons qu'ils donnent au mois [...] des ouvriers et gens de travail, pour le paiement de leurs journées, fournitures et salaires », qui se prescrit par six mois (art. 2271) ; celle des médecins et pharmaciens, pour leurs visites, opérations et médicaments, et celle des marchands pour les marchandises qu'ils vendent aux particuliers, qui se prescrivent par deux ans (art. 2272). La prescription ne s'applique qu'aux actions en justice, et non aux exceptions, lesquelles ne se prescrivent pas.

### 🕒 Computation des délais de prescription

Le caractère mécanique de la prescription suppose que le laps de temps nécessaire pour son fonctionnement soit fixé par la loi avec précision. Il importe donc d'en déterminer non seulement la durée exacte, mais encore le point de départ (*dies a quo*) ; on pourra ainsi décider si, à la date considérée, la prescription était déjà acquise par l'arrivée du terme (*dies ad quem*). Voici les règles généralement suivies à cet effet :

La prescription prendra cours à dater du jour où l'action de l'intéressé (propriétaire, créancier) pouvait être utilement intentée (entrée en possession, exigibilité de la dette). Elle ne commencera donc, à l'égard d'une créance à terme, qu'à partir de l'échéance ; et à l'égard d'une obligation conditionnelle, qu'au moment où la condition se sera réalisée (*actioni non natae non praescribitur*).

Le cours de la prescription peut se trouver entravé par certaines causes prévues par la loi. On distingue à cet égard les causes de suspension et les causes d'interruption, selon que le temps déjà écoulé au moment où ces causes surviennent est, ou n'est pas, compté comme utile à accomplissement de la prescription après que l'obstacle est écarté.

Les causes de *suspension* sont d'habitude fondées sur une dispense d'agir, résultant soit de l'incapacité juridique (minorité, interdiction), soit d'une difficulté matérielle objective (état de guerre, occupation ennemie), soit encore d'une impossibilité morale à raison des relations particulières des parties (action

entre époux) : dans chacun de ces cas, on admet que la prescription ne courra point contre celui qui était ainsi empêché d'agir.

L'*interruption* de la prescription, qui élimine les effets du temps déjà écoulé, résulte ordinairement d'un acte accompli par l'une des parties et susceptible de renverser l'une des présomptions justifiant la prescription. Il en sera ainsi lorsque, expressément ou tacitement, le débiteur reconnaît la dette ou que le possesseur reconnaît le droit de celui contre lequel il prescrivait ; et la reconnaissance de dette peut résulter implicitement d'un paiement effectué à valoir sur la dette ou du fait par le débiteur de solliciter termes et délais. La prescription sera également interrompue par l'interpellation faite au débiteur ou au possesseur, pourvu que la volonté de l'interpellant d'être payé ou restitué se manifeste dans une forme reconnue par la loi comme suffisamment solennelle (citation en justice, commandement ou saisie), car de simples démarches ou même des pourparlers n'interrompent point la prescription.

La loi contient généralement des dispositions détaillées sur chacun de ces points, qu'elle ne peut évidemment abandonner à la libre appréciation du juge.

Dans les pays de la *common law*, les demandes fondées sur les règles de l'*equity* sont pourtant soumises à un régime tout différent : le juge disposant d'un large pouvoir discrétionnaire peut rejeter toute demande pour le seul motif de tardiveté (*laches*) ; et il est libre d'apprécier dans chaque cas si l'action a été introduite avec toute la diligence désirable. De même, en droit allemand, l'abstention prolongée d'exercer un droit peut être considérée comme équivalente à une renonciation.

Est-il loisible aux particuliers de déroger aux règles légales de la prescription ? Aux termes du Code civil, « on ne peut, d'avance, renoncer à la prescription : on peut renoncer à la prescription acquise » (art. 2220). On en déduit qu'une clause prolongeant le terme légal de la prescription serait inopérante, tandis qu'une stipulation réduisant ce délai serait valable. Cette solution est loin d'être admise partout.

## @ Domaine de la prescription

La prescription est demeurée longtemps une institution purement civile ; mais il est peut-être exagéré de dire que, sauf les causes de suspension en faveur d'une personne privilégiée, elle s'applique indistinctement à toute personne et contre toute personne, physique ou morale.

Une réserve s'impose en effet quant aux droits dits imprescriptibles (libertés publiques, droits de la personnalité) : seuls peuvent être prescrits les droits qui sont dans le commerce (droits patrimoniaux). Pour la même raison, les biens qui dépendent du domaine public ne sont pas susceptibles d'usucapion tant qu'ils conservent leur destination ; et un immeuble classé comme monument historique ne peut pas davantage être acquis par prescription (loi française du 31 déc. 1913, art. 12). Dans certains pays, l'imprescriptibilité de droit public est encore plus vaste. Ainsi, en Angleterre, jusqu'à la loi de 1939, le principe de l'irresponsabilité des pouvoirs publics (*the King can do no wrong*) mettait ceux-ci à l'abri de la prescription (*nullum tempus occurrit regi*).

L'action publique pour la répression des crimes et délits se prescrit dans les délais qui correspondent à la gravité de l'infraction : dix ans pour les crimes, trois ans pour les délits, une année pour les contraventions. Les mêmes délais s'appliquent à l'action civile née de l'infraction. Quant aux peines, elles se prescrivent également par inexécution pendant un laps de temps qui est approximativement deux fois plus long que celui de l'action.

Dans le système français, dont le modèle a été suivi en bien d'autres pays, la prescription intéresse directement l'ordre public : autant ce dernier exige que les infractions soient dûment réprimées, autant on estime qu'il serait troublé si l'action publique n'était pas intentée dans le délai prescrit. C'est pourquoi, à la différence de la prescription civile, le prévenu ne peut valablement renoncer à la prescription pénale. Si même il omet de l'invoquer, il appartient au juge de la soulever d'office et en tout état de cause.

La prescription pénale a néanmoins conservé, en principe du moins, son caractère exceptionnel dans les pays de la *common law* : fidèles à la doctrine de l'irresponsabilité de la Couronne ou de l'État, la prescription pénale n'y est admise qu'à titre d'exception à la faveur d'un texte formel. En fait, les infractions pour

lesquelles un délai de prescription (assez bref d'ailleurs) a été prévu sont fort nombreuses ; mais il est encore des crimes (tel l'assassinat aux États-Unis) qui échappent à la prescription.

En France, les crimes contre l'humanité, tels qu'ils sont définis par la résolution des Nations-Unies du 13 février 1946, prenant acte de la définition des crimes contre l'humanité telle qu'elle figure dans la charte du tribunal international du 8 août 1945, sont, selon les dispositions de la loi du 26 décembre 1964, imprescriptibles.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## @ PREUVE JUDICIAIRE

### *Prise de vue*

Le rôle du juge est d'appliquer la loi aux faits de la cause qui lui est soumise. La loi étant censée connue de tous, particulièrement du juge, il n'est pas nécessaire de la prouver : les parties peuvent se borner à l'invoquer, quitte à en discuter la portée. Il en est autrement du fait, que le juge ne connaît, en principe, que par la preuve administrée en justice : la preuve vise surtout à établir la vérité ou la fausseté de faits antérieurs allégués par les parties à l'appui de leurs prétentions.

En dépit de certains traits communs, la preuve judiciaire diffère de la preuve philosophique ou logique et de la preuve scientifique ou expérimentale. Elle s'en distingue tant par l'objet que par la méthode. En effet, la première cherche à démontrer la vérité d'une proposition actuelle, considérée comme découlant d'une autre proposition déjà démontrée ou tenue pour telle (méthode déductive) tandis que la seconde s'efforce de découvrir une loi naturelle permettant de prévoir l'effet futur d'une future cause en observant ou expérimentant la régularité avec laquelle la même cause est suivie du même effet (méthode inductive). La tâche de la preuve judiciaire est de reconstituer quelque événement passé de telle sorte que le juge puisse lui appliquer les normes du droit positif.

Une telle entreprise ne forme-t-elle pas l'objet même des sciences historiques ? Le rapprochement est légitime. À la différence de l'historien, le juge ne choisit ni le sujet ni l'étendue de son enquête ; il est tenu de se prononcer sans retard ; il doit se satisfaire des seuls éléments qui lui sont présentés de part et d'autre par les parties intéressées ; il doit trancher en faveur d'une thèse, la tenir pour vraie, et non simplement dire les chances qu'elle a de l'être ; la « vérité » qu'il aura ainsi atteinte, et qui s'accompagne souvent d'un jugement de valeur, possédera une autorité définitive, celle de la chose jugée, de sorte que, sauf cas exceptionnels, elle ne sera plus susceptible de révision ; finalement, de multiples présomptions sont admises par le droit positif. Ainsi, la vérité judiciaire est-elle forcément une vérité approximative, quelque peu artificielle et se rapprochant de la vérité totale dans la mesure des besoins supérieurs de l'ordre social tels que les conçoit la loi.

Aussi, la preuve judiciaire a beau ne s'intéresser qu'au fait, elle ne peut se dispenser de se fixer à elle-même des normes juridiques propres, variables selon les législations. Sans doute ces normes appartiennent-elles au domaine de la procédure (civile, pénale, administrative), mais leur lien avec les diverses branches du droit est si intime qu'on rencontre nombre de dispositions légales ailleurs que dans les codes ou lois de procédure. Ainsi, le Code civil français consacre un chapitre entier (art. 1315 à 1369) à la « preuve des obligations et [...] du paiement ». C'est en Angleterre que le droit de la preuve a pris la plus vaste extension : dès le XIII<sup>e</sup> siècle, la fonction de trancher les questions de fait y avait été confiée à un jury ; et le juge royal, seul légiste dirigeant le procès, fut bientôt amené à exercer un contrôle sur les preuves et à écarter celles susceptibles d'induire en erreur le jury. Les innombrables règles jurisprudentielles qui se sont ainsi accumulées au cours des siècles forment aujourd'hui, sous le nom de *law of evidence*, l'une des branches les plus originales du droit anglais et, par rayonnement, du droit de presque tous les pays de *common law*.

## 📍 Modes de preuve

Les modes ou moyens de preuve en justice comprennent les preuves rationnelles et les preuves irrationnelles.

Ces dernières furent utilisées pendant des siècles par les groupes sociaux les plus rudimentaires. « Dans l'ignorance où ils se trouvent des lois de la nature, [ils] ont été nécessairement conduits à imaginer des puissances supérieures dont ils étaient les jouets et bien souvent les victimes » (H. Lévy-Bruhl). Ces puissances supraterrrestres étant seules capables de connaître la vérité, il fallait les faire intervenir lors du débat et consulter leur oracle pour dissiper l'incertitude du juge. Tel était le fondement de l'ordalie, du duel judiciaire et des autres procédés de jugement par voie surnaturelle. Aujourd'hui encore, les modes de preuve irrationnels n'ont pas été entièrement abandonnés : ainsi, on utilise encore à diverses fins le serment, cet acte d'automalédiction appelant sur le parjure les pires châtiments de la divinité.

Le premier élément de preuve rationnelle qui s'offre à l'esprit tient dans les traces que les événements, spécialement les actes de l'homme, impriment au monde physique : interprétées avec intelligence, ces preuves fournissent parfois de précieuses indications. Également précieuse est la mémoire des êtres humains : ayant perçu les faits, ils sont capables d'en rapporter le témoignage (preuve personnelle).

L'acte écrit permet à l'homme de se munir à l'avance d'une preuve littérale des opérations juridiques affectant ses droits (preuve préconstituée). Cette preuve porte elle-même sur des actes très variés (procédure écrite des tribunaux ; actes sous signatures privées et actes notariés ; testaments ; effets négociables ; papier-monnaie, etc.).

Enfin, pour assister le juge dans l'accomplissement de sa mission, la loi l'autorise à inférer de certains faits connus (admis ou prouvés par quelque autre moyen) certaines conséquences appelées « présomptions », de façon à combler par le raisonnement les lacunes que laisseraient subsister les preuves proprement dites. On distingue les présomptions qui, n'étant pas établies directement par la loi, sont appelées « présomptions de l'homme » et qui découlent des circonstances de la cause ; et les présomptions dites légales, soit que la loi qui les établit admette la preuve contraire (présomptions *juris tantum*), soit qu'elle l'exclue (présomptions *juris et de jure*). Ce dernier type de présomption, assez rare, et qui n'a guère de relation avec la vérité objective ni avec la preuve qui prétend y mener, équivaut à

une fiction juridique. L'exemple classique est celui, déjà cité, de la chose jugée.

On peut aussi se demander s'il faut comprendre parmi les modes de preuve l'aveu et le serment. L'aveu fait en justice (aveu judiciaire) rend la preuve superflue, puisque le fait n'est plus contesté (à moins qu'il n'affecte l'ordre public) ; l'aveu extra-judiciaire, dont la réalité doit être prouvée par un des modes admis, ne vaudra que comme indice ou présomption. Le serment n'est généralement qu'un procédé irrationnel visant à décourager le mensonge du témoin. Certaines législations (tel le Code civil) autorisent pourtant le juge à déférer d'office le serment supplétif pour dissiper certains doutes ; ou encore elles permettent à l'une des parties de déférer à son adversaire le serment « décisoire ».

### 📍 Valeur probante : hiérarchie de preuves

Dans le système de l'*intime conviction*, généralement suivi en France, la valeur probante des divers éléments produits devant le juge du fait est abandonnée à sa libre appréciation.

Le principe subit toutefois bien des dérogations dont le but est de réduire les risques d'erreur. Tantôt la loi prévoit que tel mode de preuve sera suffisant et nécessaire pour établir tel fait (système de la preuve légale) ; tantôt, au contraire, elle écarte tel mode de preuve qu'elle estime trop incertain. Les détails de ces déviations varient selon les législations et on se bornera ici à donner quelques exemples.

La preuve réelle paraît la plus sûre par sa fixité et son objectivité. Elle se recommande en outre par l'aisance avec laquelle elle est produite : les « pièces à conviction » (armes, plans, photographies) s'offrent à l'examen du juge, et celui-ci peut se transporter sur les lieux (du crime, de l'accident) pour en obtenir une vision directe. Mais le langage des objets inanimés, même avec l'aide d'experts, demeure souvent obscur, s'il n'est pas fallacieux (manteau de Joseph aux mains de la femme de Putiphar, mouchoir de Desdémone) ; il ne vaut somme toute que ce que vaut le témoignage rendu à son propos.

Or, quels ne sont pas les dangers du témoignage ? Les faits extérieurs perçus par les sens ne sont transmis à la conscience que sous une forme

fragmentaire et déformée, surtout lorsque, témoins désintéressés, rien ne nous porte à leur prêter une attention soutenue. Bien des témoins sont disqualifiés ou dispensés du témoignage en justice pour des causes prévues par la loi (secret professionnel ou secret d'État ; indignité du chef de condamnation criminelle ; incapacité physique à cause de l'âge ou de l'infirmité mentale). Les personnes les mieux renseignées sur les faits litigieux sont probablement les parties en cause ; mais la plupart des législations excluent aussi leur témoignage et celui de leurs parents, alliés et domestiques, comme étant vicié par la partialité. Cette cause d'exclusion a été abolie en Angleterre et, depuis 1843, les parties y sont admises à témoigner sous serment dans leur propre cause en matière civile. Même en matière pénale, une loi de 1898 a permis à l'accusé de témoigner à sa propre décharge. Sans se faire plus qu'ailleurs d'illusion sur la sincérité des témoins, le droit anglais cherche à y remédier en soumettant tout témoin, quel qu'il soit, à la redoutable épreuve de la *cross-examination* (interrogatoire croisé) par la partie adverse.

On a vanté la valeur probante des indices, accrue grâce aux progrès de la science. Mais la preuve indiciale n'est nullement à l'abri de l'erreur, voire de la fraude : si le choix des indices est tendancieux, il vicie les conclusions qu'on en tire ; et plus on s'écarte des données certaines, moins la présomption sera justifiée. Bref, s'il est vrai de dire que « les faits ne trompent pas », encore faut-il procéder avec la plus grande prudence. Aussi, le Code civil (art. 1353) exhorte-t-il le juge à n'admettre les présomptions de l'homme que si elles sont à la fois graves, précises et concordantes ; et le droit anglais va jusqu'à rejeter toute une série de faits dont le bon sens n'hésite pas à se contenter dans la vie quotidienne : l'opinion personnelle du témoin, voire la réputation ou la commune renommée, écartées des débats comme risquant de détourner l'attention des faits précis ; les faits analogues et les antécédents (spécialement les condamnations antérieures), susceptibles les uns et les autres de créer un préjugé défavorable à l'une des parties ; enfin et surtout, l'ouï-dire (*hearsay*), tenu comme anathème parce que s'offrant au lieu et place de la déposition des témoins directs.

### @ Primauté de la preuve littérale

La preuve littérale est clairement la moins fragile des preuves, et il n'est pas surprenant de la voir traitée avec une faveur particulière. L'adage « lettres

passent témoins », adopté dans de nombreuses législations, fut introduit formellement en France par l'ordonnance de Moulins (1566) et repris presque mot pour mot dans l'actuel article 1341 du Code civil. Celui-ci contient deux règles distinctes, quoique intimement liées entre elles.

Celle qui figure en second lieu exclut la preuve par témoins par présomption de l'homme « contre et outre le contenu aux actes, ou sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes ». Elle repose sur une présomption légale sous-entendue : si les intéressés ont pris soin de dresser un acte écrit, c'est qu'ils ont entendu y inclure tout ce qui leur importait et en exclure toute autre disposition (doctrine anglaise dite de l'intégration).

L'autre règle prescrit aux particuliers d'avoir à passer « acte devant notaires ou sous signatures privées » de toutes choses excédant une certaine somme ou valeur (fixée à 5 000 F par le décret du 15 juillet 1980), la preuve par témoins ou celle par présomption étant également exclues à leur égard. Cette règle suppose, elle aussi, l'existence d'une présomption légale tacite découlant de l'absence d'acte écrit : l'omission de dresser pareil acte fait croire que les parties n'ont pas entendu conclure l'opération alléguée.

Les deux présomptions ne sont pas d'égale vigueur. La première est à peu près irréfragable : elle ne peut être combattue que par des circonstances exceptionnelles (violence, fraude, simulation). En revanche, l'exigence d'un acte écrit comme seule preuve légale comporte de multiples exceptions (contrats de faible valeur pécuniaire, opérations commerciales, obligations non contractuelles ou contractées dans des cas d'urgence, perte fortuite du titre, possibilité de suppléer à l'insuffisance d'un document constituant un commencement de preuve par écrit, etc.).

D'autre part, l'habitude de consigner par écrit les termes de contrats s'est généralisée à tel point que l'écrit, exigé à l'origine comme preuve (*ad probationem*), est parfois requis pour conférer à l'acte un effet obligatoire (*ad solemnitatem*). On peut citer à titre d'exemples le testament, le contrat de mariage, l'acte de société. C'est même sous cette forme extrême que l'exigence d'un titre écrit a été adoptée en Angleterre (1677), et a entraîné en retour une réaction

d'autant plus vigoureuse (abrogation presque totale en 1954 de l'exigence d'une preuve littérale).

Enfin, toutes les preuves littérales ne sont pas d'une égale force probante. La plus complète est le titre authentique, reçu par un officier public (notaire, officier de l'état civil, consul) : les constatations de l'officier instrumentant ne peuvent être contredites que par la procédure extraordinaire d'inscription de faux. Non seulement l'acte sous seings privés n'a pas lui-même cette autorité, mais la loi le soumet parfois à l'observation de certaines formes particulières (formalité du double pour les contrats synallagmatiques, du « bon » ou « approuvé » pour les promesses unilatérales, de l'enregistrement pour conférer à l'acte date certaine contre les tiers et déjouer la fraude par antedate, du timbrage, etc.). Des règles spéciales se réfèrent aux registres des marchands, aux papiers domestiques, aux effets de commerce, aux billets de banque ; et les quittances, factures, bordereaux, lettres missives ou télégrammes peuvent aussi constituer, sinon une preuve littérale suffisante, du moins un commencement de preuve par écrit. Enfin, la loi du 12 juillet 1980 a accordé force probante aux copies constituant une reproduction fidèle et durable des originaux.

### 📌 Administration de la preuve

La manière dont les preuves sont produites dépend essentiellement des règles de procédure. Leur choix appartient en général aux parties, le juge se bornant d'ordinaire à décider de leur admissibilité et à apprécier leur valeur probante. Celui-ci s'est toutefois vu reconnaître, depuis la loi du 5 juillet 1972, le pouvoir d'exiger la production d'un élément de preuve détenu par l'une des parties ou un tiers. Les témoignages sont recueillis par le juge de la mise en état ou le juge d'instruction selon qu'il s'agira d'une procédure civile ou pénale. Les dépositions des témoins absents peuvent être prises par voie de commission rogatoire.

Le fardeau de la preuve incombe en principe au demandeur, c'est-à-dire à l'accusateur (ministère public, partie civile) en matière pénale et à celui qui, en matière civile, réclame l'exécution d'une obligation. Mais celui qui, pour faire échec à l'action, invoque un fait, doit le prouver. De toute manière, la preuve contraire est de droit.

La production des pièces à conviction et des actes écrits s'effectue à la barre au cours des débats. Les témoins sont appelés à comparaître à tour de rôle. Après avoir juré ou promis de dire la vérité, ils sont invités à déposer de vive voix.

## @ Faits susceptibles de preuve

Pour qu'ils soient susceptibles de preuve, les faits allégués doivent être pertinents et concluants, c'est-à-dire, en les supposant vrais, être de nature à faire triompher la cause de celui qui les allègue.

Encore exige-t-on que leur preuve soit possible, tant physiquement que moralement, et qu'elle ne soit pas prohibée par la loi. La loi étrangère n'étant point de notoriété publique, elle doit être prouvée comme tout autre fait. Il en est de même de la coutume, à moins que celle-ci ne soit suffisamment établie par quelque autre source de droit généralement connue.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## @ NATUREL (DROIT)

### ***Prise de vue***

De prime abord, quand on parle de droit naturel, on suppose une connaissance de la nature accessible à la raison et universellement reconnue ; c'est ce que semblent contredire les disciplines historique et ethnologique qui manifestent la multiplicité des contenus du droit et de la justice. « Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au-delà », disait déjà Pascal. Plus récemment l'étude des sociétés, différant tant par leur situation géographique que par le point d'évolution où elles se trouvent, ne fait que confirmer cette mise en doute. L'argument est invoqué en faveur d'une critique du droit naturel, et on oppose respectivement, comme à son autre, immuabilité et variabilité, nature et culture. Toute mise en œuvre de règles par un groupe est un fait de culture, non de nature.

Pourtant, Claude Lévi-Strauss parle de « réintégrer la culture dans la nature, et finalement la vie dans l'ensemble de ses conditions physico-chimiques »

(*La Pensée sauvage*, Paris, 1962). Ces mots pourraient sembler faire écho à la tradition aristotélicienne, mais en fait ils disent l'inverse. Lévi-Strauss entend en effet mettre en lumière le soubassement organique de toute production humaine.

Au contraire, chez Aristote et Thomas d'Aquin, le concept de nature humaine suppose celui de culture, en ce sens que la nature humaine achevée est conçue comme un fruit de culture. La nature tend à être une nature cultivée dans un devenir personnel et social.

Alors le droit trouve un fondement dans les exigences de la nature. Un tel langage, dont il faut saisir la différence avec celui de Lévi-Strauss par exemple, peut-il être tenu aujourd'hui ? Une philosophie du droit naturel peut-elle résister à la critique historique et ethnologique ?

## @ 1. La tradition aristotélico-thomiste

Si l'homme est un être doué d'intelligence et de liberté, s'il doit réaliser sa nature et sa destinée en fonction de ses finalités propres, si l'homme, *social* par essence, ne peut s'épanouir que dans la société, lieu naturel de son existence, et dans les relations multiformes qu'il entretient avec autrui, alors il existe des droits fondés sur les exigences de la nature humaine. Le droit naturel consiste ainsi en « un ensemble de principes régissant les conditions de toute société, parce que correspondant à la nature identique en tout homme » (J. Leclerc, *Leçons de droit naturel*).

Néanmoins les questions demeurent : Y a-t-il un droit *naturel* ? Mais si droit il y a, n'est-ce pas parce qu'il y a l'exigence impérative d'une loi fondée en raison sur la *nature* ou *essence* des êtres ? Et si les deux concepts de droit et de loi se sont développés indépendamment l'un de l'autre, et apparaissent distincts à l'analyse (Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, II<sup>a</sup> II<sup>ae</sup>, qu. LVII, a. 1), la notion de droit naturel renvoie à celle de loi naturelle.

## @ Histoire d'un malentendu

Le discrédit accordé au droit naturel est lié à un changement de sens de la notion de loi naturelle. À partir du XVII<sup>e</sup> siècle, la loi naturelle est conçue par Descartes et par Grotius comme une création arbitraire de Dieu. La loi dérivant de la volonté du législateur ne peut être clairement et définitivement posée. Le droit naturel apparaît donc comme un système immuable et achevé. Car la loi naturelle est comme un code écrit applicable à tous les hommes d'une manière universelle et identique, non pas un principe de raison susceptible d'applications variables. S'ensuit une conception de la justice qui est alors pensée sur le modèle géométrique de l'époque.

Une telle conception est contredite tant par le point de vue historique qui découvre les multiples contenus du droit que par le point de vue philosophique qui détermine des ruptures dans les systèmes de pensée. C'est une telle conception du droit naturel que rejette le positivisme en rejetant toute idée de loi naturelle.

### 📍 Droit naturel, loi naturelle et concept de nature

La théorie antique du *jus naturale*, reprise par les Pères de l'Église et saint Thomas d'Aquin, a pour concept clé celui de droit naturel.

L'idée d'une loi non écrite et immuable, plus haute que la loi humaine parce qu'elle aurait une origine divine, est formulée déjà par Héraclite, et l'Antigone de Sophocle en est le célèbre porte-parole :

... Et je ne pensais pas  
que tes défenses à toi fussent assez puissantes  
pour permettre à un mortel de passer outre  
à d'autres lois, aux lois non écrites,  
inébranlables, des dieux !

### **La signification ontologique de la loi naturelle**

C'est avec l'élucidation du concept de nature que cette idée de loi non écrite accède à un statut philosophique. Sous ce concept viennent s'expliciter les notions de norme et de normalité que Platon dégage en liaison avec la théorie des idées : une chose est selon la nature lorsqu'elle réalise la conformité à son

archétype.

Mais les difficultés d'un monde d'idées, coupé radicalement du sensible, conduisent Aristote à en faire la critique et à élaborer une nouvelle philosophie de la substance où le concept de nature joue un rôle fondamental. La nature intelligible, ou essence, est immanente à l'individu qu'elle informe dans sa structure et dans son agir. La normalité est normativité ; elle consiste à répondre aux exigences de la nature en tendant droitement vers les fins qu'elle implique. Dans cette ontologie dynamique que commande un modèle biologique, toute nature est soumise au changement, qu'elle doit opérer selon sa propre fin, qui est aussi sa perfection. L'analyse du vivant s'opère conformément à la question de la finalité et, pour tout vivant, la finalité consiste à accomplir « sa fonction propre ». Par cette expression est signifiée son existence comme nature vivante par opposition à ce qui est mort et qui n'a plus ni nature ni fonction, puisqu'il est défunt, « de-functus », c'est-à-dire déchargé de fonction. Toute réalité existant dans la nature et, puisque « l'art imite la nature », tout objet artificiel possèdent une normalité de fonctionnement. La loi naturelle dont la notion n'est pas explicitement dégagée est pourtant désormais reconnue. C'est la manière dont les êtres doivent réaliser leur nature, leur fonction, leur fin ou leur bien ; par exemple, pour le vivant, c'est de se mouvoir et de se reproduire selon son espèce : pour l'homme, c'est d'exercer sa raison (*Éthique à Nicomaque*, VII). Le verbe « devoir » a ici une signification strictement métaphysique et ne prend son sens éthique qu'avec les êtres doués de raison et donc aussi de liberté, lorsque la nature franchit une ligne de crête où se dessine, sur fond de cosmos, un ordre particulier : celui de la nature humaine. À la différence du vivant, perfectible selon une orientation progressive qui connaît un point culminant d'activité puis la régression et la mort, autrement dit une orientation fixe et rigoureusement déterminée, l'homme se détermine à lui-même ses propres fins.

Tout individu humain a donc une dignité naturelle que le stoïcisme thématise, en élaborant la notion de loi naturelle. À l'époque où cette philosophie se développe, la cité-État disparaît au profit d'une structure impériale beaucoup plus impersonnelle. L'homme prend alors conscience de lui-même comme citoyen du monde et découvre la dimension de l'amitié cosmique et de la fraternité humaine. L'égalité déjà reconnue par Aristote aux seuls hommes libres s'élargit

désormais à l'esclave comme à l'étranger. Tous les hommes sont constitués de l'étoffe même du feu divin ; tous sont fils de Dieu et égaux par là même, quelle que soit leur condition sociale. En ce sens, la loi naturelle est aussi loi éternelle, puisque l'homme est, dans le cosmos, « le grand animal », comme une partie dans un tout. L'homme est aussi dans ce rapport de partie à tout quand il s'insère dans le « tout social » qu'est l'empire. Dès lors, s'entremêlent la notion de loi naturelle et la notion juridique de loi propre à une communauté politique, que doit mettre en œuvre la raison et qui donne lieu au droit essentiellement humain (*jus gentium*). La loi de nature se trouve définie comme la vraie loi que Cicéron identifie à la droite raison toujours d'accord avec elle-même (Cicéron, *De republica*, III, 22 ; *De legibus*, II, 4). Cette loi a un enjeu moral. C'est elle qui nous porte à faire notre devoir, à éviter le mal et à accomplir le bien. Éternelle, immuable, en vigueur en tous temps et chez tous les peuples, elle est la voix même de Dieu. Aucun amendement ne peut lui être apporté, aucune dérogation ne peut lui être accordée. Elle correspond à une obligation absolue. La loi naturelle est en liaison étroite avec la loi qui peut varier d'une communauté politique à une autre. Mais la loi naturelle s'extériorise-t-elle comme par nécessité, et sans médiation, dans l'ordre politique ?

C'est à la mise au point de cette question que Thomas d'Aquin s'efforce de procéder par la distinction entre justice naturelle et justice légale, la seconde étant une application et une détermination contingente et variable de la première. Sous cet angle encore, le *jus gentium*, droit essentiellement humain, est considéré, à la différence du droit naturel commun aux animaux et à l'homme, comme appartenant dans une certaine mesure à la catégorie du droit positif.

## **Le droit et la justice**

Le droit, objet de la justice, établit des rapports entre les hommes et les choses de manière à rendre juste la situation qu'ils entretiennent. Or, la relation juridique n'est pas immédiate, interpersonnelle ; elle est médiatisée par une *res* (qui désigne non seulement la chose, mais aussi bien un acte humain ou un service). C'est précisément par la médiation de la *res* que l'homme est relié à autrui considéré dans son altérité. La relation juridique est sociale par essence. Relation à autrui en fonction d'une réalité extérieure, « le droit est ce qui est dû à quelqu'un selon un rapport d'égalité, en vertu duquel un objet est ordonné à une personne et devient sien propre » (L. Lachance, *Le Concept de droit chez Aristote*

*et saint Thomas d'Aquin*). L'homme se trouve donc toujours être un des termes du rapport, et la vertu de justice (Thomas d'Aquin, *op. cit.*, II<sup>a</sup> II<sup>ae</sup>, qu. LVII, a. 1 ; Aristote, *Éthique à Nicomaque*, V) est dépendante de la réalité. Car le rôle de la justice est de donner à chacun selon son bien propre. Il existe donc une égalité proportionnelle entre la valeur des choses et le mérite des personnes. Le droit et la justice se recouvrent.

Cependant tout ce qui relève du droit ne se limite pas à ce qui est quantifiable ; la justice étend la notion et la réalité d'égalité au domaine de l'esprit humain, essentiellement qualitatif. C'est ainsi que se trouve opérée une analogie entre la relation d'égalité parfaitement objective d'ordre juridique et la relation d'égalité « morale », impossible à soumettre d'une manière rigoureuse à l'ordre strict du droit.

Car la notion de droit en tant que tel renvoie à celle de dette, fondement de la justice (Thomas d'Aquin, *op. cit.*, I<sup>a</sup> II<sup>ae</sup>, qu. LX, a. 3), et celle de dette à celle d'avoir. M'est dû ce qui est mien et, par suite, tout ce sur quoi je puis faire valoir mon exigence. Ainsi le droit diffère-t-il de la loi en ce qu'elle le règle et le cause. Le droit est donc naturel, lorsqu'il est causé par la loi naturelle, lorsque le rapport d'égalité à autrui découle de la nature de la réalité (*res*) en jeu.

Si le droit est fondé sur la nature des choses, c'est cependant en tant que rapport à autrui médiatisé par un troisième terme, une « chose » ou les exigences mêmes de la relation. La doctrine thomiste du droit, quoi qu'il en soit des manuels d'école, est ferme sur ce point, et l'idée du droit comme rapport à autrui n'est pas une conquête des seules philosophies de la liberté. Mais il demeure que le droit naturel chez Aristote, chez les stoïciens, chez saint Thomas, s'inscrit dans l'ordre universel voulu par Dieu. Le système de références auquel il renvoie est donc rigoureusement cosmologique, théologique et téléologique.

## @ 2. Critique de la conception théologique et cosmologique du droit naturel

L'attaque que la pensée moderne porte à la notion de droit naturel est fondée sur une redéfinition et une valorisation particulière de l'idée de nature et, partant, sur une conception nouvelle des rapports entre la cité et la vertu, dans la mesure

où la cité n'est plus le lieu par excellence de l'accomplissement et de l'achèvement de la nature humaine en sa perfection, mais manifeste plutôt un ordre irréductible à l'ordre naturel, qui est, selon les théoriciens, soit meilleur, soit pire, en tout cas sans continuité avec lui.

### @ La nature dissociée de la perfection

Les philosophes politiques du XVII<sup>e</sup> et du XVIII<sup>e</sup> siècle, convaincus que « le droit existe d'une manière immédiate et naturelle », repensent néanmoins cette nature à partir des notions de faillibilité comme chez Locke, de passion et d'affectivité comme chez Hobbes et chez Rousseau. Pour Locke, la loi naturelle trouve son expression exhaustive et parfaite dans le Nouveau Testament et garantit la paix et la conservation de tout homme, de sorte que c'est sur son modèle que doit être formulé le droit positif. Ce dernier a pour fonction de restituer dans la mesure du possible la justice originelle appartenant à la nature de l'homme avant sa corruption par le péché. Hobbes, de façon exemplaire, opère une rupture décisive avec toute problématique cosmologique et théologique. Celle-ci, en effet, se voit condamnée par lui comme la « vaine philosophie et les traditions fabuleuses » (*Léviathan*, XLVI). Le concept de droit naturel reçoit alors une acception nouvelle, résolument anthropologique.

### **L'opposition du droit naturel et de la loi naturelle**

Le droit de nature et la loi de nature s'opposent exactement comme la liberté et l'obligation. Affirmation de l'individu dans sa singularité, le droit naturel correspond au pouvoir que possède chacun d'exercer sa force, sa puissance. Le désir dans sa pure spontanéité correspond au premier sens de la liberté, synonyme du droit de nature. La liberté est ainsi liberté du désir, en deçà de toute loi. Une telle liberté, seulement concevable dans l'hypothèse d'un état de nature, est le mouvement du désir, désir de vie, de jouissance, de puissance. Chacun pour vivre, pour étendre son empire, a envie de détruire l'autre. C'est la lutte à mort que chacun veut gagner à tout prix et à laquelle aucune possession ne paraît pouvoir mettre fin. Chacun paraît pour l'autre son double monstrueux, son jumeau haïssable. Ce que chacun désire, c'est le pouvoir de l'autre. Sorte « d'hydre à mille têtes », dans une multitude sans lien (*De cive*, II, VI, 1), chacun est prêt, pour dépasser l'autre d'une tête encore, à l'attaquer et à l'abattre. La raison calculant l'intérêt du désir innocente « la liberté de se servir... de sa force naturelle » (*De*

*cive*, I, 7) et justifie le passage d'une stratégie défensive à une stratégie offensive. Puisqu'il s'agit de *libido dominandi*, chacun se donne le droit – et a véritablement le droit – de faire à l'autre ce que personne ne voudrait qu'on lui fit. C'est la guerre de tous contre chacun. Jouer le jeu du désir est donc à la fois inéluctable et impossible. En jouant le jeu de la vie, le désir joue avec la mort. Serait-il donc fasciné par la mort qu'il redoute pour jouer ainsi avec elle ? Mais ce jeu est dangereux. Chacun, sous prétexte de se conserver, ne cesse de risquer sa vie. Le désir se trouve pris à son propre piège, car la mort est son terme. Le droit naturel déterminé par la puissance ou le désir de chacun, en vertu du fait généralisé de conflit et d'incertitude qu'il engendre, tend au degré zéro. Hobbes rejoint Spinoza au *Tractatus theologico-politicus* (XVI) et au *Tractatus politicus* (II). Chez l'un comme chez l'autre, le droit naturel n'est concevable que dans un espace mythique et, en ce sens, il est plus imaginaire que réel. Le droit naturel dans l'état de nature se trouve déchiré par une contradiction : d'une part, il isole chacun en sa singularité, d'autre part, il exige de rechercher la paix en autorisant la guerre, et « requiert l'union qu'il interdit ». Car entre la guerre, avec l'ombre harcelante de la mort et la réprimande du désir, il faut choisir. La raison se rend compte que le désir doit se renoncer pour survivre. La loi naturelle, produit de la raison, met en question le droit de nature et restreint le pouvoir de chacun sur tout et sur tous, en introduisant l'idée d'un droit égal de l'autre (Hobbes, *De cive*, I, II, III ; *Léviathan*, XIV, XV ; Spinoza, *Tractatus theologico-politicus*, XVI).

### **Le passage à l'ordre juridique**

Solution à la contradiction du désir, l'universalité du droit et son transfert, fondement de la société, sont autant de ruses du désir. Mais il demeure qu'on comprend mal comment, là où « les hommes ne retirent pas d'agrément (mais au contraire un grand déplaisir) de la vie en compagnie » (*Léviathan*, XIII), les hommes peuvent en venir à s'assembler ? Au contraire de Hobbes, Spinoza pose l'idée que l'union fait la force et que la négation du droit de nature aboutit au véritable droit : « Si deux individus, s'étant mis d'accord, unissent leurs forces, la puissance et par conséquent le droit, dont tous deux jouissent ensemble activement au sein de la nature, dépassent la puissance et le droit de chacun pris isolément. Plus les individus qui s'unissent d'une telle alliance sont nombreux, et plus le droit dont ils jouissent ensemble sera considérable » (*Tractatus politicus*, II, XIII). Tout se passe comme s'il était inscrit dans la nature du droit de nature de

sortir de l'état de nature, fût-ce au prix d'une violence infligée au désir. La question jamais résolue par Hobbes : comment en vient-on à voir comme un citoyen celui qu'on regardait comme un loup ? comment passe-t-on d'un mimétisme meurtrier à un mimétisme d'accord ? trouve une réponse chez Spinoza.

Spinoza admet que les hommes ont besoin les uns des autres pour soutenir leur existence et cultiver leur esprit (*ibid.*, XV). La sociabilité dite naturelle par Aristote et les scholastiques prend sens dans la loi fondamentale du mécanisme selon laquelle l'addition des forces entraîne leur accroissement. La solidarité augmente donc la puissance (*Tractatus theologico-politicus*, XVI). C'est sur une véritable loi de nature que le pacte est alors fondé et non plus seulement comme chez Hobbes sur l'intérêt et la crainte, sous la discipline de la raison. Mais pour l'un et pour l'autre la violence se trouve conjurée par sa transposition dans le souverain pouvoir ; comme dans l'acte sacrificiel pour R. Girard, la violence s'abolit dans et par une violence contrôlée. Transfert du droit de nature, le souverain pouvoir n'est tenu par aucune loi. Il est le principe de toute loi et constitue tout droit au sens juridique du terme. Il n'est soumis à rien, pas même au droit divin qui est lui-même le résultat d'un pacte entre Dieu et son peuple (*ibid.*, XVII). Le pouvoir souverain chez Spinoza est aussi bien que chez Hobbes tel « qu'on n'en peut en concevoir de plus grand » (*Léviathan*, XX). Il s'ensuit, contre les interprétations totalitaristes de Hobbes, que ce pouvoir appartient au peuple, qui dans le pacte se substitue à la multitude des éléments inorganisés et antagonistes. Si du pouvoir procède le droit, le principe, le sujet et la fin du droit c'est précisément le peuple lui-même. Comme le fait remarquer S. Breton (*Spinoza. Théologie et politique*, p. 115, Desclée, Paris), « nous avons ici un cas éminent de causabilité de soi par soi ».

Mais parce que le pouvoir souverain donne à la loi valeur de commandement, parce qu'il en fait un impératif catégorique alors que la loi naturelle n'est qu'un principe régulateur, la loi naturelle ne peut jamais être invoquée contre la loi civile. La question de la légitimité de l'obligation et du pouvoir du souverain n'a pas de place au *Tractatus* ni au *Léviathan*. Hobbes et Spinoza se démarquent ainsi des conceptions antiques et médiévales qui permettent de critiquer la loi civile au nom de la loi naturelle. C'est que le droit se trouve affranchi de l'emprise théologique supposée par le droit naturel qui cesse d'être le modèle

du droit.

Pour Rousseau aussi, l'état de nature est asocial ; la société civile ne peut qu'accorder une liberté dans la dépendance par le « consentement à la loi qu'on s'est donnée », alors que l'homme « né libre » était heureux parce qu'indépendant. Il n'y a pas de fondement possible des lois de raison dans la nature car celle-ci manifeste l'absence de toute norme et de tout rapport à autrui. Le droit naît en même temps que l'échange moral et la reconnaissance affective d'autrui par la pitié, ce sentiment qui joue le rôle d'intermédiaire entre l'état de nature et l'état de société. À partir de là, le contrat tente de limiter la dégradation de la liberté originare, en entraînant paradoxalement « une aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à la société civile ».

Pour Locke et pour Rousseau, ce qui est décrit sous le nom d'état de nature et de loi naturelle correspond à une image idéale, originare et mythique des rapports humains, et par là même se trouve en rupture avec l'état social existant dans les faits que la raison ne peut que tenter d'aménager ; pour Hobbes, Spinoza et Montesquieu, le droit naturel est référé à la seule puissance, à la seule passion fondamentale de l'individu qui s'affirme en tant que tel et établit son système juridique pour que soit respecté ce pouvoir propre.

À côté du modèle paradisiaque, on trouve donc, à l'âge classique, une conception du droit naturel selon une nature considérée en dehors de sa perfection et de sa rationalité, comme pur pouvoir et absolue puissance. Elle s'écarte délibérément des mythologies religieuses. Mais placer à l'origine la violence des passions, n'est-ce pas inverser purement et simplement le mythe du paradis perdu ? Alors que ni Hobbes ni Spinoza n'accordent à l'imagination un pouvoir de connaissance, ils ont l'un et l'autre recours au mythe, tout comme Rousseau, pour imaginer, dans une hypothèse extrême, la liberté dont jouissent les hommes selon la nature. Exaltée ou tenue pour horrible, l'origine, point au-delà duquel on ne peut régresser, ne peut se penser sans le recours à l'imaginaire. Mais le « conatus », désir de vie et plus largement désir d'être, chez Hobbes et chez Spinoza, constitue un point de départ réel. Entre le discours essentialiste des anciens et le discours mythique proprement dit, Hobbes et Spinoza semblent ouvrir une autre voie. Leurs appels incessants à l'expérience contre les utopistes rendent compte de leur

conception de l'état de nature comme conflit généralisé, qui ne fait que répéter l'ambivalence du désir. L'origine est ce point zéro du temps en lequel l'imagination, par un détour mythique, concentre en le distendant jusqu'à l'excès ce dont les sociétés livrent une expérience partielle, à chaque fois que la loi tend à s'absenter de la scène politique. Ce passé imaginaire est ainsi toujours présent sous la forme d'une résistance latente aux entreprises de la raison, résistance qui sans cesse fait retour et qui reste toujours à surmonter.

### 📍 Droit naturel et liberté

C'est au nom de la notion de liberté, où il voit la définition exclusive de l'homme en tant qu'être autonome et universel, que Hegel critique la doctrine philosophique du droit naturel. Seule l'idée de liberté peut nous fournir le principe de toutes les déterminations que pose la volonté humaine « qui produit comme une seconde nature à partir d'elle-même » (*Principes de la philosophie du droit*, III). Le droit positif, les conduites éthiques, l'ensemble des institutions qui garantissent objectivement la vie de la famille, le travail et l'échange à l'intérieur de la société, la vie politique à l'intérieur de l'État « ne se fondent que sur une détermination de soi qui est le contraire de la détermination naturelle ». Et Hegel de poursuivre : « Le droit de la nature est pour cette raison l'être-là de la force, de la prévalence de la violence, et un état de nature est un état où règnent la brutalité et l'injustice, sur lequel on ne saurait rien dire de mieux que : il faut en sortir. La société au contraire est la condition où le droit se réalise ; ce qu'il faut restreindre et sacrifier, c'est précisément l'arbitraire et la violence de l'état de nature » (*Précis de l'encyclopédie des sciences philosophiques*). L'idée que l'homme est libre comme par nature ne signifie donc pas pour Hegel « selon la vie naturelle », mais nature est pris au sens de notion, d'essence, de sorte que la liberté est ce qui nous définit comme indépendant des contingences individuelles de la naissance, de la classe, de la culture. De ce progrès immense, nous sommes redevables, selon Hegel, au christianisme « qui a délivré les hommes et les a rendus égaux devant Dieu, alors que les Grecs et les Romains ignoraient que l'homme en tant qu'homme est libre » (*ibid.*). N'étant rien d'autre que l'essence de l'homme, la liberté est un droit, « le droit en soi et pour soi », c'est-à-dire l'élément universel auquel doivent être référées toutes les justifications et toutes les critiques du droit positif et des institutions.

Semblable en cela aux philosophes du droit naturel, Hegel cherche un élément d'universalité où fonder le droit, mais, rompant avec eux, il substitue aux traits communs de la vie naturelle de l'homme, de ses besoins et de ses exigences le principe et les réalisations de la liberté, « une notion identique à celle de vie » par son extension universelle et son dynamisme autonome.

### @ 3. Peut-on parler aujourd'hui d'un droit naturel ?

#### Affectivité, raison et histoire

La question posée revient à celle plus primitive de la possibilité rationnelle du concept de nature. C'est souvent en niant le devenir que la philosophie classique, oubliant l'intuition aristotélicienne qui est de penser tout ensemble le changement et la permanence, s'est voulue à la fois philosophie de l'éternel et philosophie du réel. Le réel était conçu d'une manière unilatérale sur le mode de ce qui ne change pas. Certes, depuis Hegel qui en fait la première catégorie de l'histoire (*Introduction à la philosophie de l'histoire universelle*), le devenir apparaît comme nécessairement progressif et positif. Bien qu'elle ne se hâte pas d'accueillir sans réserve cette conclusion, la réflexion philosophique considère le réel comme « devenant », au moins pour une part, et toute ontologie doit désormais partir de « l'ontogenèse » de l'être en devenir. Et l'analyse de l'être qui *devient* fait apparaître l'être dans son aspect relationnel, qu'il ne s'agit pas de substituer à son aspect substantiel, mais qu'on ne peut plus mettre à l'arrière-plan. Car la substance n'est pas un tout clos sur lui-même ; elle est essentiellement – et cela s'avère suprêmement exact de la personne – faisceau de relations. La nature humaine, affectée du devenir, est « métastable » dans ses déterminations, dont les modalités varient selon les époques et selon le progrès dans la connaissance que l'homme a de cette nature. La nature humaine doit être située par rapport à la perspective historique, car l'historicité en est une dimension constituante. On peut en dire autant de l'affectivité ; l'homme, en effet, est un être de désir, et cela dans un sens très différent de l'animal. L'enracinement de l'homme dans le cosmos, sa corporéité, ne permettent pas de réduire à l'animalité tout ce qui en lui n'est pas raison.

Ainsi lorsque Thomas d'Aquin montre que la loi naturelle participe à la loi éternelle (I<sup>a</sup> II<sup>ae</sup>, qu. XCI, a. 2), il veut dire que, comme toutes les autres créatures,

la nature humaine est porteuse de finalité tenant à son essence, et une certaine continuité entre l'homme et les autres vivants se trouve alors affirmée. Mais chez l'homme, et par là c'est une rupture avec le règne animal que saint Thomas veut montrer, la participation à la loi éternelle suppose « la lumière de la raison par laquelle nous discernons ce qui est bien et ce qui est mal ». Accueillir la loi naturelle ne signifie donc pas enregistrer des obligations comme si elles étaient inscrites dans la nature à titre de données absolument déterminées. La raison, en ce sens, est donc créatrice de valeurs, mieux co-créatrice, et la loi, qu'elle découvre, loin de pouvoir être déchiffrée comme un code, est aussi son œuvre. Car la nature de l'homme est raison et liberté engagées dans l'histoire. C'est donc en tenant compte des mutations sociales, de l'histoire qui est devenir, des conditions géographiques variables, de la singularité de l'histoire personnelle, que la raison met en œuvre, sur le fond de ce qui demeure *même*, l'exigence de déterminations *autres*. La loi naturelle n'existe pas toute faite. C'est par les questions que pose l'action qu'elle se constitue dans une confrontation avec les exigences fondamentales de la nature et avec l'apparition de situations existentielles nouvelles. C'est pourquoi, si la loi naturelle n'est pas une forme sans contenu, le seul invariant de ce contenu est qu'il faut « faire le bien et éviter le mal » (Thomas d'Aquin, II<sup>a</sup> II<sup>ae</sup>, qu. XCIV, a. 2) avec les conséquences directes qui en découlent, étant donné que l'homme est une personne enracinée dans le monde physico-biologique.

Mais l'homme est un être historique, et les préceptes fondamentaux de la loi naturelle ne sont rien de plus que des « schémas dynamiques » (J. Maritain, *L'Homme et l'État*), dont la détermination concrète peut et doit varier. Dans l'ordre humain, en effet, où l'historique et le singulier ont une importance capitale, l'identité est « identité de l'identité et de la différence » (Hegel, *Science de la logique*).

### 🕒 Droit naturel, idée conservatrice ou révolutionnaire ?

La philosophie du droit se trouve donc dépendre comme tout l'ordre éthique d'une analyse métaphysique et d'une analyse anthropologique, auxquelles elle demeure cependant irréductible.

Aussi l'idée de sociabilité naturelle de l'homme et de droit égalitaire peut

donner lieu à une conception « droitière » du pouvoir politique. La nature produit l'exception et justifie l'inégalité (Platon, *La République* ; Aristote, *Éthique à Nicomaque*). Toutes les natures ne sont pas de bonnes natures. Certaines ont besoin de guides, d'autres non. La nature donne donc lieu à une hiérarchie, au service de l'essence humaine qui justifie le pouvoir coercitif du chef ou de l'élite. C'est alors que l'idée de nature peut développer une philosophie politique dans une ligne rigoureusement conservatrice, qui paradoxalement consonne avec le positivisme juridique du XIX<sup>e</sup> siècle. Ce dernier emporta sur le rationalisme révolutionnaire une victoire dont on crut qu'elle impliquait l'abandon de l'idée de loi naturelle.

Mais l'idée de droit naturel ouvre d'autres perspectives. Elle interroge l'autorité. Celle-ci suffit-elle à garantir alors la bonté des multiples codes ? La tradition ancestrale, crue sur parole, peut désormais être mise en contestation (Platon, *Apologie de Socrate*, *La République*, *Les Lois*). L'ancienneté ne représente plus l'origine ; elle apparaît au contraire comme ce qui peut cacher l'origine véritable, la nature, étalon du vrai et du bien. Une distinction est opérée entre le naturel et l'artificiel, comme entre le naturel et le conventionnel. La philosophie politique pose et repose la question du droit naturel et cherche un critère de distinction entre le naturel et le conventionnel par le retour aux origines, moment où la vie humaine n'est pas encore régie par la convention. Cela renvoie à la question du bon par nature, entraînant une élaboration théorique du meilleur régime. En ce sens, l'idée de nature apparaît comme le fondement de toute révolution. Aristophane ne remarquait-il pas que les postulats socratiques avaient la force de dresser les fils contre leurs pères ? Et les révolutionnaires de 1789 ne revendiquaient-ils pas l'égalité et la liberté au nom d'un droit de nature, tandis que le clergé et la noblesse prétendaient sauver la monarchie en s'appuyant sur le droit divin ?

Ainsi au *Tractatus theologico-politicus*, Spinoza, en marquant l'écart entre le droit de nature et la liberté du citoyen, rend compte de sa préférence pour la démocratie. Bien qu'il n'y ait place dans son système politique pour un droit de révolte, ni a fortiori de révolution – comment se lèverait-on contre ce dont on est soi-même la cause qui se cause elle-même ? –, Spinoza montre que la démocratie est le régime qui s'accorde le mieux avec le droit naturel. « Il semble plus naturel

et plus susceptible de respecter la liberté naturelle des individus. Dans la démocratie, en effet, nul individu humain ne transfère son droit naturel à un autre individu... il le transfère à la totalité de la société dont il fait partie ; les individus demeurent ainsi tous égaux comme dans l'état de nature. » Mais l'égalité est alors déterminée par la raison, et le choix volontaire d'une vie selon la raison, c'est là la liberté.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## @ LICENCIEMENT

La rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur est longtemps restée dominée par le principe selon lequel « le louage de service fait sans détermination de durée peut toujours cesser par la volonté de l'une ou l'autre des parties ». Le salarié licencié n'était alors admis à faire valoir que le très hypothétique abus de droit, voie vouée à l'échec lorsque le motif du licenciement était d'ordre technique ou économique, l'employeur étant alors généralement déclaré seul juge de l'intérêt de l'entreprise.

Si le principe de la validité de la rupture unilatérale demeure, le licenciement est devenu un acte contrôlé, soumis à une réglementation très protectrice des intérêts du salarié. Cette réglementation résulte essentiellement des lois du 13 juillet 1973 pour le licenciement individuel et du 3 janvier 1975 pour les licenciements économiques, lois récemment modifiées. L'ensemble de ces textes, en soumettant à des règles particulières les licenciements ayant une cause économique, ont associé une division fondée sur les motifs du licenciement à la distinction classique entre licenciement individuel et licenciement collectif.

Le droit commun des licenciements ne concerne que le contrat de travail à durée indéterminée, le louage de services conclu pour une période déterminée cessant en principe à la survenance du terme fixé. Il ne rend pas compte non plus de la spécificité de certains licenciements soumis à des procédures protectrices particulières, tels celui des représentants du personnel ou celui des catégories déterminées de salariés (femmes enceintes, accidentés du travail...).

Tout licenciement, qu'il soit isolé ou qu'il touche plusieurs salariés, qu'il réponde à des considérations d'ordre personnel ou à des impératifs économiques, quelles que soient l'ancienneté du salarié et la taille de l'entreprise, doit, depuis 1973, reposer sur une « cause réelle et sérieuse », c'est-à-dire sur un motif exact, objectif et suffisamment grave pour justifier la rupture.

Chaque partie est invitée à apporter des éléments de preuve au vu desquels le juge forme sa conviction, la Cour de cassation se limitant depuis peu à un contrôle de la motivation des décisions.

Une cause réelle et sérieuse de licenciement peut être trouvée dans le comportement du salarié (par exemple : faute, insuffisance professionnelle, perte de confiance, inaptitude physique, absence prolongée nécessitant le remplacement) ou dans des raisons économiques (par exemple : difficultés de l'entreprise, réorganisation, compression de l'effectif).

La suppression du poste occupé, qui n'implique pas nécessairement une réduction de l'effectif, apparaît comme le critère essentiel du licenciement économique. La qualification est importante, car elle détermine la procédure à mettre en œuvre.

Plusieurs types de procédures sont prévus et parfois se combinent suivant la nature du licenciement.

Le législateur de 1973 a institué, en faveur du salarié faisant l'objet d'une mesure individuelle de licenciement, une procédure protectrice, à laquelle la loi du 30 décembre 1986 a conféré un champ d'application tout à fait général. Les formalités à accomplir sont les suivantes :

— Préalablement au licenciement, l'employeur est tenu de convoquer le salarié à un entretien au cours duquel il énonce le ou les motifs du licenciement envisagé.

— Intervient ensuite la notification du licenciement, par lettre recommandée avec accusé de réception, qui ne peut être expédiée moins d'un

jour franc après la date de l'entretien. Cette lettre doit, si le licenciement est économique ou disciplinaire, contenir les motifs du licenciement. Dans les autres cas, l'énonciation écrite des motifs n'est obligatoire que si le salarié en fait la demande.

Lorsque le licenciement repose sur un motif économique, les formalités ci-dessus sont complétées ou remplacées par des procédures faisant intervenir les représentants du personnel et l'administration du travail.

— Si le licenciement, bien qu'économique, demeure une mesure individuelle, il est soumis à la procédure de droit commun, simplement complétée par une information a posteriori de l'administration. Un délai de sept jours (porté à 15 si le salarié licencié est cadre) doit en outre être observé entre l'entretien préalable et l'envoi de la lettre de licenciement.

— Si le licenciement économique concerne de deux à dix salariés, la même procédure doit être mise en œuvre, complétée par une information et une consultation préalable des représentants du personnel.

— Si le licenciement touche plus de dix salariés, la procédure de consultation des représentants du personnel et d'information de l'administration est plus contraignante. En revanche, les formalités à mettre en œuvre sur le plan individuel sont allégées.

À l'obligation d'informer les représentants du personnel s'ajoute la nécessité de recourir à une démarche plus constructive par l'intermédiaire du plan social, des contrats de conversion et de la négociation obligatoire.

Quant à l'autorité administrative, elle n'est plus, depuis la loi du 30 décembre 1986, chargée d'autoriser les licenciements économiques, mais doit seulement être informée du projet de licenciement. Elle s'assure que la procédure de consultation des représentants du personnel et d'élaboration d'un plan social a bien été mise en œuvre, intervient si elle le juge utile sous forme d'avis, mais sans pouvoir bloquer le déroulement de la procédure.

La réalisation, sur le plan individuel, des licenciements est dispensée de l'entretien préalable, et un délai de un à deux mois, suivant l'ampleur du licenciement, doit séparer les consultations et l'envoi des lettres de licenciement.

Le licenciement s'accompagne en principe du versement par l'employeur au salarié d'une indemnité. Il peut en outre, lorsqu'il est irrégulier, donner lieu à l'application de sanctions.

L'indemnité de licenciement, aux effets dissuasifs pour l'employeur, compensatoires pour le salarié, est apparue dans la pratique avant d'être insérée dans les conventions collectives puis consacrée par l'ordonnance du 13 juillet 1967. Elle est due à tout salarié licencié, ayant deux ans d'ancienneté, sauf lorsque le motif du licenciement est une faute grave. Son montant est fixé par la loi à un minimum d'un dixième de mois par année de présence, souvent dépassé par les conventions collectives ou les contrats individuels.

L'indemnité de licenciement se cumule, s'il y a lieu, avec l'indemnité compensatrice de préavis et les indemnités versées en cas de licenciement irrégulier.

L'irrégularité d'un licenciement peut résulter du non-respect par l'employeur de ses obligations quant à la forme ou de la méconnaissance des règles de fond du licenciement.

Le licenciement individuel, régulier quant au fond, mais irrégulier quant à la forme, ouvre droit pour le salarié à une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire (cette sanction toutefois ne peut être invoquée que par un salarié ayant deux ans d'ancienneté dans une entreprise occupant au moins onze personnes). S'agissant d'un licenciement collectif pour motif économique, les irrégularités de procédure sont passibles d'amendes et peuvent donner lieu, au profit du salarié, au versement d'une indemnité que le juge détermine en fonction du préjudice subi.

L'hypothèse est celle d'un licenciement reposant sur un motif qui n'a pas été jugé réel et sérieux. Dans ce cas, le salarié (ayant au moins deux ans

d'ancienneté dans une entreprise d'au moins onze personnes) pourra bénéficier d'une réintégration si le juge la propose et à condition que ni lui ni l'employeur ne s'y oppose. Si la réintégration n'a pas lieu, le salarié percevra une indemnité dont le montant minimal est fixé au salaire des six derniers mois.

Dans le domaine des licenciements économiques, la suppression de l'autorisation administrative a eu l'heureux effet de mettre un terme à une situation extrêmement complexe née d'un inextricable partage des compétences entre les juridictions administratives et les juridictions judiciaires, situation qui n'avait pas reçu de solution satisfaisante. L'absence de pouvoir de décision de l'administration, qui résulte de la loi du 30 décembre 1986, redonne au juge du contrat de travail le pouvoir de statuer sur la réalité et le sérieux des motifs invoqués.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## 📌 MARIAGE - Droit du mariage

### ***Prise de vue***

L'union durable de l'homme et de la femme est une constante de l'espèce humaine qui obéit à une loi de nécessité physique, sociale, morale et affective. À ce titre, le mariage relève du droit naturel. Aucune société ne peut en effet courir le risque de l'anomie, et toutes enserrent dans des normes plus ou moins contraignantes l'union des sexes et la reproduction de l'espèce, faits de nature sur la base desquels s'édifie la famille. La permanence et l'universalité du droit du mariage expriment la nécessité d'institutionnaliser et de façonner le couple humain. Cette exigence, indispensable à la société comme à l'individu, n'exclut nullement la diversité selon les temps et les lieux du droit du mariage, car tous les peuples, et même tous les hommes, n'ont pas du mariage la même conception et n'assignent à l'institution ni la même forme ni la même nature. Cette diversité existe parfois au sein d'une même société au même moment de son histoire. La manière dont le mariage est saisi par le droit, quant à la formation et à la dissolution du lien conjugal et quant à la nature des relations entre époux, trace les

lignes de partage des grandes civilisations et définit aussi les seuils de leur évolution historique et sociologique.

Le droit du mariage, pièce maîtresse du droit de la famille, est le produit de nombreux facteurs, idéologiques, religieux ou moraux, mais aussi politiques, sociologiques, démographiques et économiques, dont les rôles respectifs varient d'un pays à l'autre, ou d'une époque à l'autre.

La conception du mariage, en tant qu'acte générateur d'une situation juridique, en est directement affectée.

## 📍 1. Diversité des conceptions

Malgré l'apparente sécheresse des lois, la complexité du droit du mariage résulte du fait que l'union des sexes en un couple stable est située au carrefour de plusieurs systèmes normatifs qui tantôt se combinent les uns avec les autres, tantôt s'ignorent, tantôt s'opposent et entrent en conflit. La diversité affecte le droit lui-même à travers la nature des normes, autant que la conception juridique du mariage.

En effet, le lien conjugal est appréhendé non seulement par le droit positif de l'État, mais aussi par des normes religieuses et morales, comme par des coutumes ou des règles de mœurs. Si bien que le droit du mariage et, plus généralement, le droit de la famille, est un des domaines privilégiés des phénomènes d'internormativité.

Toutes les grandes religions ont élaboré un système de normes relatif au mariage. En Occident, par suite de la division des chrétiens, de la laïcisation de l'État et du droit étatique, l'évolution a conduit la quasi-totalité des États européens à dégager le mariage de l'emprise du droit canonique et de la juridiction de l'Église, dont l'autorité en la matière était reconnue par l'État dans l'Ancien Régime en France, et jusqu'à une date récente en Italie, en Grèce et en Espagne.

Dans les pays musulmans, c'est dans le Coran que la plupart des États arabes puisent leur droit du mariage, soit que les règles religieuses aient par elles-mêmes force de loi, soit qu'elles aient inspiré la législation de l'État. Certains pays multiconfessionnels comme le Liban conservent en conséquence un grand pluralisme juridique car on applique aux adeptes de chaque religion le droit qui leur est propre. La laïcisation du droit du mariage et la rupture avec les conceptions religieuses est un problème politique difficile dont la signification et les conséquences sociales sont considérables.

Quant aux règles morales, le droit du mariage et plus encore celui du divorce en est imprégné. Pendant de longues années, le mariage fut en Occident, et sous l'influence de l'Église, considéré comme la forme permissive des relations sexuelles et exclusive de telles relations avec un autre partenaire. De nos jours, les mœurs et l'opinion ayant changé, le droit semble avoir opéré un relatif désengagement moral, en ne réprimant plus pénalement l'adultère, ou en admettant le divorce pour simple séparation de fait des époux.

Les règles de mœurs et les coutumes très diversifiées selon les milieux ou les régions contribuent à définir la pratique sociale. Plus étudiées par les sociologues (cf. MARIAGE – Sociologie du mariage) que par les juristes, ces derniers ne peuvent cependant les ignorer soit pour les combattre, soit pour s'y adapter.

La diversité affecte aussi la notion même du mariage, sa nature ou sa structure.

Tous les systèmes juridiques issus du droit romain et du droit canonique demeurent fidèles au principe de monogamie alors que d'autres admettent et pratiquent la polygamie, ce qui implique une conception radicalement opposée de la société conjugale, des relations de l'homme et de la femme et de leurs rôles respectifs, même si la monogamie des uns est tempérée par les remariages et si la polygamie des autres est plus théorique que réelle.

Le christianisme imposa longtemps l'indissolubilité du mariage du vivant des époux en prohibant le divorce. Ce principe est presque universellement abandonné de nos jours, mais les conceptions du divorce qui s'induisent en partie d'une

conception du mariage sont très variables [cf. DIVORCE].

Pour les uns, le mariage est dominé par le principe de la liberté matrimoniale, inscrit dans les constitutions, alors que d'autres, en droit et en fait, subordonnent le mariage à des impératifs supérieurs à la volonté personnelle des époux qui s'expriment par des contrôles familiaux ou étatiques des unions et également par de véritables prohibitions du mariage pour des raisons sociales ou même eugéniques.

Enfin, l'état des gens mariés dépend de la structure de la famille, élargie à l'ensemble de la parenté ou réduite au couple et à ses enfants mineurs ; de même, le statut juridique des époux et spécialement de la femme fut longtemps, et est encore dans certains pays, conçu en fonction d'un principe hiérarchique ; dans les pays européens d'après guerre, le droit s'est efforcé de consacrer le principe d'égalité de l'homme et de la femme au sein de la famille et de la société.

À ces oppositions de nature et de structure s'ajoutent évidemment, au sein d'une même civilisation, des différences de détail entre les législations nationales.

La diversité des droits sur le mariage ne présente pas seulement un intérêt théorique d'ordre culturel. Ses conséquences pratiques apparaissent en cas de mariage entre deux personnes de nationalité différente. Il appartient alors au droit international privé de résoudre le conflit de lois qui se présente souvent comme un conflit de cultures, en déterminant la loi applicable à la formation, aux effets et à la dissolution du lien conjugal. Les solutions du droit international privé varient elles-mêmes d'un État à l'autre, encore que certains soient liés par des conventions internationales, qui, cependant, ne résolvent pas l'ensemble des problèmes posés. Leur diversité et leur complexité sont telles qu'il apparaît impossible d'appliquer une loi unique à l'ensemble de la situation matrimoniale. Si de nombreux États donnent compétence à la loi nationale des époux, l'harmonisation de deux lois nationales suscite de nombreuses difficultés. De plus, l'application de lois étrangères, lorsque leur contenu diffère de façon trop importante, se heurte souvent à l'ordre public.

En pratique, il est quasi impossible d'éviter ce que l'on appelle « des

mariages boiteux » ou des « divorces boiteux », c'est-à-dire réguliers au regard du droit d'un État mais considérés comme nuls ou non reconnus par un autre État. Le développement des mouvements internationaux de personnes confère à ces problèmes une actualité plus accusée qu'autrefois.

## @ 2. Formation du lien conjugal

Tous les systèmes juridiques établissent un minimum de règles relatives à la création du lien ; les plus essentielles sont sanctionnées par la nullité du mariage. Dans les droits occidentaux contemporains, que l'on analysera principalement, le principe de la liberté matrimoniale inspire le droit positif. Ce principe conduit à mettre l'accent sur le caractère nécessaire mais suffisant de la volonté des époux. Mais, parce qu'il est aussi un acte social, la loi impose l'observance d'un rite, le mariage étant dépourvu d'existence à défaut de célébration. Fidèle cependant à une conception personnelle et libérale, la loi limite au maximum les empêchements à mariage fondés sur des considérations physiologiques ou sociologiques.

### @ La liberté matrimoniale

Principe général du droit, la liberté matrimoniale apparaît comme un des droits de l'homme qu'il s'agit de garantir contre toutes sortes de pressions ou d'entraves qui pourraient le limiter. La loi elle-même s'y efforce de diverses manières, et les tribunaux sanctionnent les atteintes directes ou indirectes à la liberté nuptiale. Certes le droit n'est pas toujours efficace, et ses moyens sont limités pour combattre des phénomènes de mœurs peu respectueux de la liberté, car il se heurte souvent à des difficultés de preuve ou à la résistance des pratiques sociales, telles que l'hostilité envers le célibat, la réprobation envers les mariages interraciaux ou même interconfessionnels qui entraînent l'exclusion sociale de ceux qui dérogent à la norme de tel ou tel milieu.

L'évolution juridique a néanmoins consisté à consacrer, de façon toujours plus nette, la liberté de ne pas se marier comme celle de se marier.

C'est ainsi que les fiançailles ne sont pas considérées comme un contrat, ni comme un engagement juridiquement obligatoire. Certes, la rupture fautive des fiançailles peut être la source d'une responsabilité délictuelle et donner

lieu à des dommages-intérêts réparateurs du préjudice, mais la jurisprudence est très vigilante et sévère dans la qualification de la faute et l'évaluation du préjudice afin de ne pas entraver la liberté de rompre. De même, l'incitation au mariage que représentait la naissance d'un enfant naturel afin de le légitimer s'est fortement affaiblie depuis que la loi civile a réalisé l'égalité des droits des enfants légitimes et naturels. Enfin, le droit affiche une parfaite neutralité envers le concubinage et l'union libre dont les effets sont de plus en plus largement reconnus.

Si un mariage est conclu sous l'influence de pressions, il peut être annulé, le consentement étant affecté du vice de violence. De nos jours, les mœurs ont largement rejoint la loi, et il n'est plus de mariages forcés, notamment par l'entourage familial des intéressés.

Le droit de se marier, en revanche, n'est pas aussi aisément reconnu en fait, si bien que les tribunaux doivent souvent intervenir pour le faire respecter. C'est ainsi que les clauses de célibat incluses dans les contrats de travail ou dans des donations ou legs, le licenciement d'un employé pour cause de mariage avec telle ou telle personne, représentent des pratiques illicites car attentatoires à la liberté du mariage. Cependant, la jurisprudence réserve « les raisons graves ou péremptoires » ou « les nécessités impérieuses » ou encore « les justes motifs » permettant de justifier de façon exceptionnelle les conditions de célibat. C'est ainsi qu'à l'issue d'un long conflit l'assemblée plénière de la Cour de cassation a considéré qu'un établissement privé d'enseignement catholique pouvait résilier le contrat de travail d'un enseignant en raison de son remariage après divorce, contrairement à la règle canonique dont le respect était inclus dans les conditions du contrat. Cette décision a en général été critiquée par la doctrine.

De façon générale, les limites à la liberté du remariage ont peu à peu disparu, en conséquence notamment du développement du divorce et de la libéralisation de ses conditions.

Poser le principe de la liberté la plus large pour l'entrée en mariage peut obéir à des préoccupations sociales destinées à favoriser le mariage plutôt que l'union libre. Plus fondamentalement ce principe est inhérent à une conception qui, conformément au christianisme, fonde le mariage sur l'amour humain ; il est

aujourd'hui dans la logique d'une société qui prétend affirmer pour l'individu le droit au bonheur, bonheur qui se recherche d'abord dans la vie privée et familiale. Cette perspective individualiste correspond au phénomène de « privatisation du mariage » que les sociologues observent dans les mœurs modernes, pour lesquelles le mariage relève essentiellement des individus, plus que de la société. Les règles juridiques qui gouvernent la formation du mariage se révèlent d'ailleurs, par faveur pour l'institution, beaucoup plus libérales que les mœurs, qui créent des contrôles familiaux ou des empêchements sociologiques.

### 📍 La volonté matrimoniale

Dans le droit civil français, l'aspect psychologique du mariage, acte de volonté des époux, prédomine. Alors que, dans le droit canonique, l'union sexuelle, la *copula carnalis*, est aussi une condition de validité du mariage, la loi civile se montre moins réaliste en apparence ; le refus d'ouvrir la voie à des procès dont l'issue dépendait de preuves délicates à rapporter, joint à une certaine pudeur janséniste, a conduit les rédacteurs du Code civil à exiger seulement mais avec force la volonté des époux : « Il n'y a point de mariage s'il n'y a point de consentement » (art. 146 C. civ.). Pour être efficace à créer le mariage, la volonté des époux est nécessaire – elle doit présenter certaines qualités –, suffisante – d'autres volontés ne sont pas en principe requises – et durable. L'admission du divorce par consentement mutuel en 1975 a accusé le caractère volontariste et privé du mariage en tant que situation juridique.

Pour s'en tenir au mariage en tant qu'acte, l'exigence légale de la volonté de chacun des époux est généralement observée dans les mœurs et ne donne pas lieu à un contentieux abondant. Mais il a cependant fallu préciser, pour les cas pathologiques, les qualités que doit présenter le consentement des époux. Leur volonté de se marier doit être réelle – ce qui frappe de nullité le mariage d'un individu privé de conscience et de lucidité mais non pas celui qui est célébré à l'extrémité de vie si le moribond est conscient –, elle doit être exempte de vices tels que l'erreur « dans la personne ou sur les qualités essentielles de la personne » (art. 180 C. civ.) ou la violence physique ou morale qui prive les époux de leur liberté. Outre les difficultés de preuve du vice du consentement et de son caractère déterminant, les nullités de mariage se sont longtemps heurtées en droit civil (au contraire du droit canonique plus souple) à une conception très restrictive

adoptée par la jurisprudence du XIX<sup>e</sup> siècle. Le rétablissement du divorce en 1884 en France devait, grâce à une interprétation large de ses causes, permettre de dissoudre les mariages conclus sous l'influence d'une erreur. Les tribunaux ont imaginé qu'il y a entre futurs époux une obligation de sincérité et que celui qui cache une qualité essentielle de sa personne commet une faute. En 1975, la notion d'erreur a été étendue aux qualités de la personne, ce qui peut expliquer une certaine recrudescence des annulations.

Enfin, il doit s'agir d'une volonté sérieuse, l'intention matrimoniale étant nécessaire. Par là même sont considérés comme nuls les mariages dits simulés, c'est-à-dire conclus dans un but étranger à l'institution, par exemple pour obtenir un avantage particulier tel que l'acquisition de la nationalité du conjoint ou des titres de séjour pour l'époux étranger, mais sans que les prétendus époux aient l'intention de vivre ensemble et d'assumer les conséquences du mariage. La Cour de cassation a cependant refusé d'annuler un mariage à seule fin de légitimer un enfant, ce but n'ayant pas été jugé étranger à l'institution. Mais cette jurisprudence établie en 1963 pourrait être aujourd'hui révisée en raison de la réforme du droit de la filiation intervenue en 1972.

L'individualisme du droit du mariage se manifeste aussi par le caractère suffisant du consentement des époux. D'autres consentements ne sont pas en principe requis. Seul le mariage des incapables est subordonné à l'assentiment des parents pour les mineurs, du curateur ou du conseil de famille pour les incapables majeurs. Le contrôle familial des mariages était la règle dans l'Ancien Régime et avait donné lieu à des conflits entre l'Église, attachée à une conception personnelle du consentement, et le pouvoir royal, qui imposa un sévère contrôle familial des unions, selon une conception sociale, le mariage devant unir des familles plus que des individus. Le Code civil de 1804 maintint des règles strictes de nature à dissuader les enfants de se marier contre le gré de leurs parents, mais des lois successives réduisirent pratiquement à néant l'exigence du consentement parental qui, depuis l'abaissement de l'âge de la majorité à dix-huit ans, n'est plus nécessaire que pour le mariage des filles de quinze à dix-huit ans.

La valorisation du consentement des époux ne fait cependant pas du mariage un acte purement consensuel, ou une situation informelle telle qu'elle

résulterait de l'union libre, car la loi exige, pour qu'il y ait mariage, que le consentement s'exprime selon des formes réglementées.

## 🕒 Le rite matrimonial

En matière de mariage, le rite occupe une place essentielle : il traduit le caractère sacré et en tout cas solennel de l'engagement ; il exprime le désir d'une reconnaissance sociale de l'union ; il rend possible un contrôle de cette union. Nécessaire à la validité, voire à l'existence même du mariage, la forme se présente aussi comme un instrument de preuve du lien conjugal.

L'histoire du rite matrimonial fut mouvementée car, à travers le rite, diverses conceptions de fond du mariage, civile et religieuse, s'opposèrent et s'opposent encore dans certains pays.

Le droit canonique à l'origine considérait le mariage comme un contrat informel qui n'impliquait pas participation d'un prêtre ; il suffisait, pour que le sacrement fût acquis, que fussent réunis le consentement des époux et l'acte de chair. Et Loysel pouvait dire dans un adage longtemps répété : « Boire, manger, coucher ensemble est mariage ce me semble. » À quoi il devait ajouter : « Mais il faut que l'Église y passe. » En effet, le concile de Trente, en 1563, avec le plein accord et peut-être sous la pression du pouvoir monarchique, décréta que le mariage devait être célébré devant le curé de la paroisse de l'un des deux fiancés et devant deux témoins afin d'assurer une publicité du mariage, laquelle permettait à l'Église d'en contrôler la régularité. De ce jour, les mariages clandestins furent poursuivis, et l'opposition devint patente entre mariage et concubinage.

Une fois acquis et bien implanté, le rite religieux subit encore les attaques de l'anticléricalisme, qui conduisit, lors de la Révolution française, à l'institution du mariage civil. En même temps que l'Église perdait tout pouvoir temporel pour imposer son propre droit, l'État laïc s'octroyait le pouvoir de célébrer les mariages « au nom de la loi ». Le combat pour la laïcité était d'autant plus important en France à l'époque révolutionnaire qu'il ne mettait pas seulement le rite en cause, mais à travers lui le droit et les conceptions fondamentales du mariage, à savoir son indissolubilité. Le mariage, ainsi désacralisé et laïcisé, ne perdit pas pour autant son caractère solennel. Les révolutionnaires ne revinrent

pas à une conception purement consensuelle du mariage et imaginèrent, pour concurrencer le rite religieux, un rite civil qui doit se dérouler devant le maire, représentant le peuple et la communauté à laquelle appartiennent les époux. Le Code civil conserva la règle nouvelle qui imposait à tous la cérémonie civile et rejetait hors du droit les mariages célébrés religieusement.

De nos jours, l'état civil s'est, dans les grandes villes du moins, bureaucratisé, et le rite du mariage tend à être ravalé au rang d'un simple enregistrement. La décadence des oppositions que la publicité préalable doit permettre, le désolennisation de fait de la cérémonie civile tendent tout à la fois à diminuer l'importance sociale du mariage et le rôle de la société dans son accomplissement, rapprochant ainsi le mariage moderne du consensualisme originel. L'importance du consentement des époux en sort grandie. « Rien de plus important pour le juriste que cet évanouissement du rite civil. Non seulement parce qu'il a prédisposé la jurisprudence à accueillir tous les affaiblissements juridiques de la solennité, mais surtout parce qu'il a eu, semble-t-il, cette conséquence de transférer de l'État, s'il lui a jamais appartenu, aux époux le rôle efficient dans le mariage, pour la plus grande exaltation de la liberté » (J. Carbonnier, *Terre et ciel dans le droit français du mariage*). La décadence du rite civil est due à la discrétion des officiers d'état civil, peu disposés en général à la célébration des cultes laïques, et à la survivance sociologique des mariages religieux qui, cependant, ne peuvent plus en France être célébrés avant l'acte civil et ne produisent aucun effet de droit reconnu par l'État.

Hors de France, où les conflits des pouvoirs laïc et religieux n'ont pas eu la même acuité, les règles sont souvent bien différentes. Le principe français d'un mariage civil obligatoire est suivi par de nombreux pays européens (Belgique, Pays-Bas, Allemagne...) et par les pays socialistes. Dans la plupart des autres pays, qu'ils soient de tradition catholique (Italie, Espagne, Portugal) ou protestante (pays anglo-saxons et pays nordiques), les individus ont le libre choix de la forme civile ou religieuse du mariage, et la seconde a la même valeur juridique que la première. Ce système suppose, pour fonctionner, soit que l'État délègue au ministre du culte une partie de ses pouvoirs, soit que les mariages célébrés religieusement fassent l'objet d'une inscription sur les registres de l'état civil.

## 📍 Les interdits matrimoniaux

Le rôle de la société se manifeste non seulement par l'exigence d'un rituel mais aussi par des prohibitions du mariage que, depuis le droit canonique, on dénomme « empêchements » et entre lesquels on distingue ceux qui sont sanctionnés par la nullité (empêchements dirimants) et ceux qui, laissant subsister la validité du lien, s'opposent seulement à la célébration (empêchements prohibitifs). Mais afin de préserver autant qu'il est possible la liberté matrimoniale, les empêchements à mariage sont peu nombreux – à cet égard, le droit est beaucoup moins exigeant que la pratique sociale pouvait l'être ou l'est encore dans certains milieux –, et la loi les énonce limitativement ; le raisonnement, par analogie, est donc proscrit.

Positivement, ces interdits se présentent comme des conditions du mariage, dont la diversité selon les civilisations ou les sociétés confère à l'idée de mariage sa forme spécifique.

Leurs fondements ou leurs justifications résident, pour les uns, dans la physiologie du mariage – union sexuelle –, pour les autres, dans des considérations sociales ou encore sociologiques.

L'élément physiologique, si important pour le droit canonique, est en droit français discrètement présent dans trois règles : l'exigence d'une différence de sexes entre les époux (l'union homosexuelle ne saurait être reconnue comme mariage), l'âge légal auquel la loi présume la puberté (15 ans pour les filles, 18 ans pour les garçons), l'exigence d'un contrôle médical en vue du mariage. Institué en 1942, ce contrôle ne poursuit aucun but d'eugénisme comme l'ont pratiqué certains États (lois nazies de 1935 abrogées en 1946). Il préserve le secret médical, même entre futurs époux, et plus encore à l'égard de l'État, et se borne à informer chaque conjoint séparément de son état de santé. À l'inverse des droits scandinaves, l'existence de certaines maladies, même héréditaires, ne crée pas d'empêchement à mariage.

Les interdits de nature sociologique résident essentiellement dans la prohibition de la polygamie et de l'inceste.

Dans les pays occidentaux, le mariage est une union unique. Le droit laïc a entériné une règle de civilisation qui puise son origine dans l'ancien droit romain, puis dans le droit canonique, et s'oppose aux systèmes polygamiques des droits islamiques, africains ou orientaux.

Le principe monogamique s'exprime de façon très vigoureuse : il y a empêchement à mariage lorsque l'un des futurs conjoints est lié par un mariage antérieur non dissous. La loi prévoit plusieurs mesures destinées à prévenir ou à sanctionner la polygamie : l'obligation, pour les futurs époux, de produire un acte de naissance où figure la mention d'un précédent mariage permettra à l'officier d'état civil de refuser de procéder à la cérémonie. Le premier conjoint pourra faire opposition au mariage, et, si le mariage est néanmoins célébré, il est frappé de nullité absolue, que tout intéressé peut invoquer et que rien ne peut couvrir. La bigamie est enfin pénalement sanctionnée comme délit, si elle est volontaire.

De tout temps, cependant, le droit a dû lutter avec plus ou moins d'énergie et d'efficacité contre la polygamie de fait : en réprimant l'adultère comme délit, en sanctionnant civilement le concubinage adultérin, ou en interdisant le remariage avec le complice de l'adultère. Aujourd'hui, le droit a renoncé à poursuivre des faits qui relèvent de la morale privée, de même qu'il ne manifeste plus de défaveur envers les secondes noces. En effet, l'adultère, qui reste une cause possible de divorce, libère l'époux en vue du remariage. Dans nos pays, l'interdiction de la polygamie est fortement atténuée par l'admission d'une polygamie successive que le développement des divorces et des remariages consécutifs tend à normaliser.

Quant à l'interdit de l'inceste, c'est un des plus vieux tabous de l'humanité qui s'oppose à l'union sexuelle de deux personnes déjà unies par un lien de parenté ou d'alliance. Il traduit l'obligation de l'exogamie dont les fondements sont complexes et variables selon les sociétés. À la crainte des tares qui affecteraient les enfants issus d'unions consanguines, s'ajoutent de façon beaucoup plus déterminante des justifications d'ordre moral, social et psychologique qui expliquent la répulsion constante envers l'inceste. L'étendue de la prohibition varie cependant selon la conception que chaque époque ou chaque système de droit se fait de la famille et de la parenté. Alors que le droit canonique

multipliait les interdictions de mariage, le droit civil actuel n'impose qu'une conception très restrictive de l'endogamie. Seul est interdit, sans possibilité de dispense, le mariage entre ascendant et descendant, entre frère et sœur par le sang, et entre beau-père (belle-mère) et bru (gendre) lorsque le mariage produisant l'alliance a été dissous par divorce. Le mariage peut être autorisé par dispense du chef de l'État entre enfants adoptifs, entre oncle et nièce ou tante et neveu, entre beau-père (belle-mère) et bru (gendre) lorsque le mariage produisant l'alliance a été dissous par décès.

Le désordre domestique et psychique que crée la confusion de deux liens familiaux justifie ces restrictions à la totale liberté matrimoniale.

### 👤 3. Les relations conjugales

Le mariage est aussi un état de vie. Bien que le droit ne joue qu'un rôle assez négligeable dans la vie du couple qui serait le lieu privilégié du non-droit, bien que les relations conjugales soient d'abord des relations affectives et sociales plus que des relations juridiques, la société a néanmoins besoin du droit pour forger le statut de la famille dont le couple est à l'origine, déterminer les rôles respectifs de l'homme et de la femme, l'un par rapport à l'autre comme dans les rapports juridiques qu'ils nouent avec les tiers, fixer quelques normes de solution des conflits qui peuvent surgir.

Or, la nature de ces relations dépend de la finalité que la société, donc le droit, assignent au mariage. Là où la finalité sociale prédomine, les époux sont impérativement assujettis au statut légal auquel ils ne peuvent déroger et que la volonté privée est impuissante à aménager. Lorsque au contraire le droit du mariage vise d'abord à satisfaire des aspirations individuelles et à respecter la liberté nécessaire à la recherche du bonheur, le statut conjugal est laissé en partie à la maîtrise des époux par un droit libéral et souple.

Dans la plupart des pays européens, on est, depuis le milieu du XX<sup>e</sup> siècle, manifestement passé de la première à la seconde conception. Mais cette transformation n'a été possible qu'en raison de l'évolution capitale qui a affecté les rôles masculin et féminin dans la vie sociale en général. La libéralisation du droit matrimonial est en partie due à la refonte législative de la structure familiale du

couple autrefois fondée sur un principe hiérarchique qui subordonnait la femme à l'autorité du mari, chef de famille, et aujourd'hui construite sur une base égalitaire.

La mise en œuvre de l'égalité de l'homme et de la femme dans le mariage consiste, selon les cas, tantôt à reconnaître à chacun, et plus précisément à la femme, indépendance et liberté dans l'accomplissement de certaines activités (choix d'une profession, liberté de gestion des gains professionnels et des biens personnels...), tantôt à imposer aux deux époux une solidarité et un exercice conjoint de leurs pouvoirs (solidarité pour les dettes du ménage, autorité parentale conjointe, fixation en commun de la résidence familiale, gestion commune du logement familial ou des biens de communauté). Le principe d'égalité dans ses diverses modalités innerve l'ensemble du droit civil du mariage, qu'il s'agisse des relations patrimoniales ou des rapports personnels entre époux.

Le droit patrimonial occupe une place importante, car la matière est plus facile à traiter juridiquement ; moins subjective et affective, elle intéresse aussi les tiers.

Une catégorie juridique, le régime matrimonial, embrasse l'ensemble des questions patrimoniales concernant les époux : répartition entre eux de l'actif et du passif, pouvoirs des époux sur les biens, sort du patrimoine à la dissolution du mariage. Les techniques et les régimes varient beaucoup d'un pays à l'autre, mais la plupart s'agencent en fonction de trois grands modèles : régimes communautaires qui organisent une indivision active et passive quant à certains biens, régimes séparatistes, dont le type le plus courant est le régime de séparation des biens, et régimes mixtes telle la participation aux acquêts, qui participent des premiers par le partage d'actif entre les époux à la dissolution du mariage, et des seconds par l'indépendance des patrimoines et de la gestion durant la vie conjugale. À défaut de contrat de mariage et de choix d'un régime particulier, le régime légal s'applique aux époux, et celui-ci est en France le régime de la communauté réduite aux acquêts, c'est-à-dire aux biens acquis pendant le mariage à titre onéreux.

Le régime matrimonial a longtemps été considéré comme un pacte de famille que les époux ne pouvaient pas modifier. Désormais, la méfiance que le droit

patrimonial, et spécialement successoral, témoignait envers le couple s'est fortement atténuée en conséquence de la promotion du ménage par rapport au lignage. Le régime matrimonial peut être modifié encore qu'un contrôle judiciaire soit prévu pour vérifier que le changement de régime n'est contraire ni à l'intérêt de la famille ni à celui des tiers créanciers des époux ou de l'un d'eux. Les libéralités entre époux peuvent porter sur une partie importante du patrimoine, ce qui diminue d'autant la réserve héréditaire des enfants. Certes, des règles spéciales défavorables survivent (révocabilité des donations, régime sévère envers les donations déguisées, faible vocation héréditaire ordinaire du conjoint), mais elles s'expliquent par le caractère électif et affectif du lien conjugal plus que par une hostilité présumée envers le conjoint.

Si le droit positif se préoccupe du patrimoine principalement, il n'ignore pas les relations personnelles entre époux. Seulement, la discrétion s'impose dans un domaine par nature réfractaire aux commandements de la loi et aux sanctions juridiques. Si l'on peut avec une certaine efficacité contraindre un époux à verser les pensions alimentaires en exécution de son devoir légal de secours ou de contribution aux charges du ménage, en revanche, il serait ridicule et choquant de poursuivre l'exécution forcée de l'obligation de fidélité ou de vie commune.

Néanmoins, la signification symbolique et les conséquences patrimoniales qui peuvent résulter de règles légales justifie l'énoncé par le Code civil des devoirs du mariage : fidélité, secours et assistance (art. 213 C. civ.), communauté de vie (art. 215), expression générique qui englobe à la fois l'union sexuelle, la cohabitation et qui réalise, selon l'ancienne et toujours actuelle définition du mariage par Portalis, « cette société de l'homme et de la femme qui s'unissent [...] pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie et à partager leur commune destinée ».

La méconnaissance de ces devoirs, et plus largement celle de la morale conjugale qu'ils impliquent, ne connaît pas d'autres sanctions effectives que la dissolution du mariage.

## 👉 4. Mariage et démariage

Tous les systèmes juridiques connaissent des modes de « démariage », terme qui, selon les dictionnaires, signifie « séparation juridique des époux », mais

tous ne les fondent pas sur les mêmes causes et ne démarient pas de la même manière.

L'article 227 du Code civil prévoit que le mariage peut être dissous par la mort ou par le divorce. De la dissolution par décès, il y a peu à dire, si ce n'est que le lien matrimonial justifie au profit du conjoint survivant l'attribution de biens, soit au titre du régime matrimonial – s'il s'agit d'un régime communautaire, il y a partage des biens communs entre le conjoint survivant et les héritiers du prédécédé –, soit au titre des successions légales ou testamentaires, soit encore en raison de l'obligation alimentaire qui pèse sur les héritiers. La coordination de ces diverses catégories juridiques est une des difficultés principales de la détermination des droits du conjoint survivant, dont la condition n'a cessé de s'améliorer au fur et à mesure que s'atténuait le souci de protéger le lignage. La dissolution du mariage du vivant des deux époux appelle en revanche plus de précisions. En droit, deux fondements très différents en théorie, mais parfois proches en pratique, l'annulation du mariage et le divorce ou la séparation de corps peuvent justifier la séparation des époux : le mariage en tant qu'acte juridique peut être, dans sa formation, affecté d'un vice que la loi sanctionne par la nullité, laquelle peut être absolue ou relative selon les caractères de la règle enfreinte, susceptible ou non de confirmation, prononcée à la demande d'un époux seulement ou ouverte à d'autres personnes déterminées, voire à tout intéressé. Les causes de nullité de mariage et la pratique de l'annulation dépendent évidemment de la conception du mariage.

On constate en effet une certaine corrélation entre nullité et divorce. Le droit canonique, qui persiste à tenir le mariage pour indissoluble, compense cette rigueur par une conception de l'annulation plus large qu'en droit civil laïc, qui, parce qu'il admet le divorce, se montre plus exigeant envers les nullités. En pratique, les actions en nullité sont rares, pour la plupart fondées sur la bigamie, car le divorce absorbe l'essentiel du contentieux conjugal. Certains rapprochements existent également quant aux effets de la nullité et du divorce : l'un et l'autre anéantissent le lien matrimonial, mais théoriquement l'annulation est rétroactive tandis que le divorce laisse subsister les effets passés du mariage ; cependant la théorie du mariage putatif empruntée au droit canonique permet, lorsque les époux étaient de bonne foi, d'éviter la rétroactivité des nullités de

mariage, si bien que, pour les époux et pour leurs enfants, la dissolution est tout à fait comparable au divorce, qui ne se distingue plus que par ses causes.

La manière dont chaque système juridique conçoit, organise et aménage le divorce est révélatrice de la conception qu'il se fait du mariage, car légiférer sur le divorce c'est, par contraste, légiférer sur le mariage [cf. DIVORCE]. Sur le plan des idées, le divorce ne met pas fondamentalement en cause l'institution du mariage mais reflète plutôt ce qu'elle ne doit pas être. D'une autre manière, la fréquence du remariage après divorce atteste que l'institution n'est pas contestée et que le divorce ne concerne qu'une union singulière dont l'échec peut être surmonté par une nouvelle union.

Il demeure cependant que le divorce, dont la nécessité ne saurait être remise en cause, est un des principaux facteurs de la fragilité et de l'instabilité de la famille auxquelles la société ne peut rester indifférente.

Cette fragilité du lien conjugal est due non seulement à des facteurs externes d'ordre social ou économique qui pèsent sur le couple à son détriment, mais elle est aussi la conséquence inévitable de la valorisation qualitative du mariage et d'un investissement personnel et affectif peut-être excessif dans l'union conjugale.

Parce qu'il est rupture et déchirure, parce qu'il expose les conjoints désunis à des violences et des rapports de forces, parce qu'il met en cause le sort des enfants, le démariage requiert plus de droit et de contrôle institutionnalisés que le mariage qui, pour se faire et se vivre, peut se passer de la loi et du juge.

Par son libéralisme et sa souplesse, le droit français du mariage laisse aux époux une grande liberté de forger eux-mêmes leur loi commune, si bien que, en fait, différents modèles matrimoniaux peuvent coexister au sein du statut légal. Il appartient à la sociologie, plus riche à cet égard que le droit, d'en écrire et d'en expliquer la genèse et l'évolution.

## @ LÉGALITÉ

### ***Prise de vue***

La légalité est d'abord le caractère d'un acte ou d'un fait qui est conforme à la loi. C'est aussi l'ensemble des règles juridiques applicables dans un pays donné à un moment donné. À ce dernier point de vue, la légalité se confond avec le droit positif. Il convient donc, lorsque l'on examine la légalité d'un acte, de le confronter non seulement à la loi formelle, mais à l'ensemble des dispositions du droit en vigueur concernant l'activité dont il s'agit et quelle que soit la nature des règles qui en sont la source. Ainsi, en France, la légalité est constituée par toute une série de normes qui s'échelonnent selon une hiérarchie allant de l'arrêté réglementaire à la Constitution.

C'est en l'envisageant ainsi dans son contenu concret que la notion de légalité revêt toute son importance. Il apparaît en effet que la légalité forme en quelque sorte la structure juridique de la société et qu'en même temps elle est créatrice d'obligations puisque la légalité d'un comportement ou d'une situation révèle leur soumission aux sujétions incluses dans la règle. Or, si la légalité oblige, on est nécessairement conduit à s'interroger d'une part sur le fondement, d'autre part sur l'étendue de l'obligation.

### @ 1. Légalité et légitimité

La légalité s'apprécie par rapport à l'ordre juridique établi, mais, à moins de se satisfaire de la quiétude que dispense le positivisme, l'esprit ne peut manquer de mettre en cause la valeur de cet ordre. Si la loi enjoint de dénoncer ceux que l'on soupçonne d'hostilité au régime politique, on ne verra pas sans émotion un fils accuser son père. L'horreur qu'inspire ce geste ne saurait être couverte par sa légalité. C'est dire que – plus profond que la régularité formelle qu'exprime la légalité d'un acte – il est nécessaire que sa valeur soit fondée sur un principe qui la justifie. Ce principe, c'est la légitimité. En effet, dès que les gouvernants sont tenus pour légitimes, les règles qu'ils édictent bénéficient de l'autorité qu'ils tiennent de leur légitimité. La question est alors de savoir à quelles conditions le pouvoir peut

être considéré comme légitime.

## 📌 Les caractères de la légitimité

Sans revenir sur ce débat qui n'a jamais cessé de hanter la pensée politique, il suffit de rappeler que la légitimité est un caractère qui s'attache à un pouvoir jugé. Elle n'est pas immanente au phénomène du pouvoir ; elle ne lui est attribuée qu'à partir du moment où il est évalué par rapport à une norme. Elle procède d'une comparaison entre le pouvoir et un principe normatif indiquant ce qu'il doit être ou doit faire. Et, comme ce principe lui-même exprime une valeur, il est nécessairement entaché de subjectivité ; il traduit un choix ou un parti pris. Sans doute s'agissant d'une valeur qui n'est impérative que si elle est reconnue comme telle par le groupe, les préférences individuelles s'estompent-elles dans le choix collectif ; il n'en reste pas moins que sur le plan de la réflexion toute légitimité est relative, puisqu'elle est tributaire d'une série de facteurs contingents (poids de l'histoire, degré d'évolution des mentalités, stature des personnalités dirigeantes, etc.) dont l'action est attestée par la succession des principes de légitimité qui, dans un pays donné, se sont imposés au cours des temps. Si l'on ajoute que la légitimité n'est pas indélébile, car un pouvoir qui a été tenu pour légitime peut cesser de l'être dès lors qu'en face d'exigences sociales nouvelles il ne sait ni les réduire ni s'en inspirer, on comprendra que la légitimité ne saurait à elle seule constituer l'assise d'un ordre juridique stable, car sa mise en cause suscite moins des citoyens que des fanatiques, des rebelles ou des indifférents.

C'est précisément l'intérêt du principe de légalité que d'éviter que, dans la vie courante des peuples, les hésitations qui tourmentent les philosophes politiques viennent suspendre l'exécution des devoirs des citoyens. Il n'est pas possible que les individus s'interrogent à chaque instant sur la légitimité des gouvernants dont les décisions les obligent. Implicitement, ils admettent le troisième type de légitimité identifié par Max Weber : la légitimité rationnelle, celle qui est fondée « sur un système de règles délibérément établies » et qui, de ce fait, s'identifie avec la légalité. Seulement, cette identification est le résultat d'une *présomption* : si le pouvoir légal est le pouvoir légitime, c'est parce que la loi qui le fonde est elle-même légitime. Quant à savoir d'où vient cette validité de la loi, deux explications ont cours dans le monde occidental : l'une envisage l'auteur de la loi, et c'est celle que traduit le principe de légalité entendu dans son acception

française, l'autre met en cause le contenu de la loi, et c'est celle qu'exprime la formule anglo-saxonne de la *rule of law*.

## 📌 Le principe de légalité

Le principe de légalité est directement issu de la conception romaine : *lex est quod populus jubet atque constituit*, définition qui, dans la terminologie révolutionnaire, deviendra : « La loi est l'expression de la volonté générale. » La légalité n'est ainsi formelle qu'en apparence, car, à travers l'auteur de la loi, c'est le contenu de celle-ci qui est décisif. Si elle est vraiment, directement ou par représentation, l'œuvre du peuple, il n'y a pas de risque qu'elle soit arbitraire. Or, c'est bien cette fin que vise le principe de légalité : il garantit que la loi est la même pour tous. Assurément elle peut être dure, voire dangereuse pour les libertés. Peu importe, pourvu qu'elle soit égale : « Pourvu que le législateur se charge lui-même d'enlever aux hommes leur indépendance, ils sont à peu près contents » (Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*). À l'appui du principe de légalité on retrouve ainsi l'attachement à l'égalité qui, si souvent, dans la mentalité latine, prime le souci de la liberté.

La *rule of law*, en revanche, s'impose à raison du fait qu'elle est conçue comme la condition de la liberté inséparable de la dignité humaine. La *rule of law* est irréductible au concept latin de légalité ; elle n'est pas le règne de la loi (à laquelle, en dépit de la multiplication contemporaine des textes édictés par le Parlement, ne s'attache pas une valeur de principe, mais seulement de recette pour trancher des cas) ; c'est le règne du droit. Or, ce droit est celui qui, tout au long de la *common law*, s'est formé comme un système de garantie des libertés anglaises. C'est dans la mesure où il respecte ces règles écrites ou non écrites que le pouvoir peut être tenu pour légal parce que c'est en ce sens qu'il sera un *government under law*.

La présomption sur laquelle repose l'autorité du principe de légalité n'est cependant pas irréfragable. Il arrive en effet qu'un pouvoir dont la légitimité n'est pas globalement contestée édicte des règles qui heurtent la conscience des gouvernés. Lorsque la violence faite à cette conscience vise des principes sur lesquels elle ne peut transiger, l'individu se trouve confronté à un conflit de devoirs : son devoir de citoyen de respecter la loi formulée par des gouvernants

régulièrement établis, son devoir d'homme d'exiger « la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine » (préambule de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, adoptée par l'Assemblée générale de l'O.N.U., le 19 décembre 1948), dignité qui serait bafouée s'il était tenu d'agir contre l'enseignement de sa conscience. Ce conflit qui dressa contre Créon la frêle Antigone n'a jamais cessé d'être présent dans l'histoire de l'humanité. Ses données sont celles qui constituent le problème de la *loi injuste*, question d'école pour les théoriciens de tous ordres – philosophes, théologiens, publicistes, moralistes –, source d'angoisse que notre temps a eu le triste privilège d'introduire dans la vie quotidienne de l'homme ordinaire. Cependant, les spéculations auxquelles donnent lieu ce problème se situent à un niveau tel qu'elles découragent tout espoir de lui apporter une solution simple et univoque. N'est-ce point, d'ailleurs, parce qu'aucune réponse de cet ordre ne lui paraissait satisfaisante que Socrate a accepté de boire la ciguë ? Et n'y aurait-il pas quelque outrecuidance à prétendre, par une ruse dialectique, prendre en défaut son héroïque sagesse ?

## @ 2. La légalité, condition de l'état de droit

Sur le plan du droit positif, le principe de légalité engage des conséquences qui, pour ne mettre en cause aucune philosophie, n'en ont pas moins une portée considérable. Certes, sur les sujétions qu'elle impose aux individus, il est inutile de s'étendre : l'obligation d'observer les prescriptions de la réglementation en vigueur et les sanctions qui l'accompagnent pèsent sur une part de plus en plus considérable de la vie de chacun. Mais qu'en est-il de la situation des organes de l'État, et spécialement de l'Administration, en face de la légalité ? Ici ce n'est plus son fondement qui est en cause, mais l'étendue de son application.

### @ L'étendue de la légalité

La réponse de principe est claire : toutes les autorités étatiques sont soumises à l'obligation de respecter non seulement les règles de droit qui, par leur origine, leur sont extérieures, mais encore celles qu'elles ont elles-mêmes établies : ainsi l'Administration est-elle tenue de se soumettre aux règlements qu'elle a faits et aux normes posées par le juge administratif qui procède d'elle. Là où cette obligation est consacrée par les principes du régime, on dit qu'il y a « État

de droit » par opposition à l'« État de police » où les gouvernants et leurs agents sont affranchis de toute subordination à la légalité.

Si la soumission de l'Administration au principe de légalité doit demeurer incontestée, sa mise en œuvre doit cependant être conciliée avec les exigences propres à l'action administrative. À cet égard, on observera d'abord que le poids de la légalité ne pèse pas également sur toutes les autorités publiques. L'étendue de leur obligation dépend de la place où elles sont situées dans la hiérarchie administrative. À l'échelon inférieur, elles sont assujetties à l'ensemble de la légalité : ainsi, pour le maire, la légalité commence avec les arrêtés préfectoraux et remonte la pyramide des règles juridiques jusqu'à inclure la Constitution. Aux degrés intermédiaires, la légalité ne comprend que les règles posées par les autorités supérieures. Au sommet, pour le Premier ministre par exemple, elle n'est plus constituée que par la Constitution, la loi, les décrets autonomes et les principes généraux du droit qui, définis par la jurisprudence, ont valeur législative.

On notera, en second lieu, que si l'Administration est liée par les règles qu'elle a édictées, elle a la faculté de les modifier ou de les abroger. Ce n'est pas dire cependant que le principe de légalité ne joue plus, car le changement de réglementation est lui-même subordonné au respect de règles qui, quant à l'autorité compétente, au moment et aux formes, en conditionnent la régularité. Il est notamment à souligner que la modification de l'ordonnancement juridique ne peut pas rétroactivement porter atteinte aux droits conférés par la réglementation antérieure. Le principe de légalité est ainsi l'assise du respect des droits acquis.

Enfin et surtout, on doit considérer que l'application de ce même principe n'implique nullement la passivité des autorités administratives. Sans doute existe-t-il des cas où la loi leur impose d'agir dans un certain sens dès que sont réunies les conditions qu'elle fixe. Ainsi en va-t-il, par exemple, lors de la délivrance d'un permis de chasse. Dans cette hypothèse où la liberté d'appréciation de l'agent public est pratiquement nulle, on dit que sa *compétence est liée*. Il est évident que des situations de ce genre ne peuvent être multipliées sans dommage pour le bon fonctionnement de l'Administration. La loi ne peut tout prévoir, et il est même préférable qu'elle ne prévienne pas tout de façon à laisser aux fonctionnaires la faculté d'adapter leur conduite à des circonstances qui sont soit

complexes soit changeantes. Lorsque cette liberté est laissée à l'agent, le pouvoir qu'il met en œuvre est qualifié de *pouvoir discrétionnaire*. Ainsi en est-il en matière de police, par exemple, lorsque la loi, ayant énuméré les autorités compétentes pour intervenir et énoncé les moyens mis à leur disposition, les laisse libre d'apprécier l'opportunité de leur action, le moment où elles doivent intervenir et les formes de leur intervention.

### @ Les limites du pouvoir discrétionnaire

Le qualificatif « discrétionnaire » utilisé pour définir cette sorte de compétence ne laisse pas, de prime abord, d'être inquiétant. Il évoque la fantaisie, voire l'arbitraire. Assurément, ces risques ne sont pas absolument imaginaires. Il faut reconnaître cependant que, dans un ordre juridique sagement équilibré, ils sont moins graves et moins fréquents que l'on pourrait le redouter. D'une part il n'existe pas d'acte totalement discrétionnaire, car quelle que soit la marge de liberté dont dispose l'Administration, l'usage qu'elle fait ou peut faire de ses prérogatives est toujours subordonné à la recherche d'un intérêt public. Et il ne s'agit pas là de l'expression d'un souhait plus ou moins platonique : en France, le but d'intérêt général constitue une condition à la légalité des actes administratifs. Sa méconnaissance est sanctionnée par le juge qui annulera l'acte entaché de détournement de pouvoir, c'est-à-dire accompli en vue d'un but autre que celui en vue duquel la loi avait organisé le service dans le cadre duquel il a été effectué. D'autre part il y a lieu de tenir compte de l'existence d'un contrôle juridictionnel qui prive l'Administration du droit de délimiter seule la sphère d'action où elle est maîtresse de ses initiatives.

Dans tous les pays où règne l'État de droit, des recours sont organisés pour permettre aux particuliers de contester la légalité des décisions prises ou des règles posées par l'Administration. Ce qui distingue les systèmes de droit en cette matière, ce sont les modalités d'ouverture des recours, les juridictions susceptibles d'être saisies et l'étendue de leurs pouvoirs d'investigation. Mais le principe lui-même d'un contrôle de la légalité est partout admis, car aucun État n'ose plus s'affirmer officiellement comme un État de police. En France, le contrôle de la légalité est principalement exercé par l'entremise de recours pour excès de pouvoir portés devant les tribunaux administratifs, accessoirement par l'exception d'illégalité soulevée devant le juge judiciaire auquel on demande de constater

l'illégalité de l'acte et, en conséquence, de ne pas l'appliquer dans le litige qui lui est soumis.

Sans doute, dans toutes ces hypothèses, le juge ne peut-il vérifier que la légalité de l'acte ; il n'a pas à substituer son appréciation sur l'opportunité à celle qui a déterminé l'action de l'Administration. Mais du moins peut-il dire jusqu'où s'étendent les conditions mises à sa légalité et, du même coup, c'est lui qui délimite la sphère de liberté dont disposait l'auteur de l'acte. En outre, il ne peut pas oublier qu'en France du moins le juge administratif est créateur de règles de droit. Par conséquent il peut, dans le silence de la loi, réduire la marge du pouvoir discrétionnaire dont dispose l'Administration, et le Conseil d'État n'a pas manqué de le faire lorsqu'il a estimé qu'en décidant ainsi il ne paralysait pas l'efficacité de l'action administrative.

Une conclusion optimiste quant à l'effectivité du principe de légalité ne saurait cependant être retenue. En effet, dans la plupart des États, il est admis aujourd'hui que la légalité, valable pour les périodes normales, peut être mise en vacance lorsque les circonstances deviennent particulièrement graves. Sous le nom d'état de crise, d'état de danger, d'état d'urgence, d'état de siège, toutes les législations prévoient les cas où les exigences du salut public justifient une inflexion de la légalité. Mais, en dehors même des prévisions législatives, il arrive que les mêmes nécessités conduisent à reconnaître, au profit de l'Administration, des facultés qui, en périodes normales, excéderaient le cadre de la légalité. En France, cet impératif, admis par la jurisprudence, a été mis en forme par les juristes sous le nom de théorie des *circonstances exceptionnelles*. Elle consiste à reconnaître que certaines situations de fait ont pour effet de suspendre à l'égard de l'Administration l'obligation de respecter les règles ordinaires et de soumettre les actes à l'application d'une légalité particulière aux circonstances. Comme il appartient au juge à la fois de vérifier l'existence de ces circonstances et de définir le contenu des règles dont elles déclenchent l'entrée en vigueur, on ne peut pas dire qu'elles affranchissent totalement l'Administration de sa subordination à la légalité. Seulement, il est à redouter (et l'expérience prouve que cette crainte n'est pas vaine) qu'à partir du moment où l'anormal est institutionnalisé dans l'aménagement d'un régime juridique spécial, il cesse d'être exceptionnel pour se rapprocher du droit commun. L'Administration est alors incitée à se réclamer de ce

régime particulier pour couvrir des mesures arbitraires. Trop souvent, en matière de police notamment, l'exception est devenue la règle. Dans ce cas ce n'est plus la loi qui protège l'individu, sa seule garantie réside dans l'indépendance du juge.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## @ CHANGE - Les théories du change

### ***Prise de vue***

Depuis l'abandon, en 1973, du système de changes de Bretton-Woods, l'évolution des parités entre devises a souvent défié la logique des théories. Pourtant, le résultat prévisible du passage aux changes flexibles était a priori simple. D'une part, il devait restituer à la politique monétaire son autonomie en libérant le taux d'intérêt d'un objectif de change. D'autre part, le flottement des taux de change laissait espérer la fin des distorsions internationales de prix dues à la sous- ou surévaluation de certaines devises. Le libre ajustement des cours de change devait donc résorber les déséquilibres des balances courantes. En accélérant la convergence vers des taux de change d'équilibre, la spéculation pouvait alors jouer un rôle positif. Milton Friedman, chef de file du courant monétariste et partisan précoce du flottement, prédisait ainsi que l'élimination du risque de dévaluation conduirait à des taux de changes stables.

Le profil des parités de change depuis 1973 a démenti la plupart de ces prévisions. Loin de la stabilité espérée, les cours des devises se sont révélés extrêmement volatiles et, manifestement, ne convergent pas très vite vers leurs niveaux d'équilibre. Au contraire, les taux de change semblent varier de façon erratique : leurs fluctuations sont largement imprévisibles et difficiles à expliquer, même sur le passé. Ce n'est pourtant pas faute de développements théoriques sur leurs déterminants. Face à l'énigme du comportement du taux de change, les théoriciens n'ont cessé de raffiner leurs modèles explicatifs.

## @ 1. Les théories de base du taux de change

Les théories traditionnelles du taux de change privilégient le marché des biens et services. Dans cette perspective, le taux de change d'équilibre est celui qui assure l'unicité des prix des biens et services à travers le monde et qui ainsi rééquilibre les balances courantes. Rompant avec cette approche réelle, les théories monétaires élaborées durant les années 1970 adoptent une perspective financière dans laquelle les stocks de devises sont traités comme des placements et le taux de change devient ainsi un prix d'actif. L'approche du taux de change par la théorie des choix de portefeuille étend cette logique en prenant en compte non seulement les stocks de monnaies, mais aussi les stocks de titres libellés en différentes devises.

### @ Les premières approches réelles du taux de change

Les deux principales théories traditionnelles de la détermination du taux de change sont la parité des pouvoirs d'achats et l'approche du taux de change par la balance des paiements. Elles ont en commun, outre leur développement déjà ancien, de reposer sur une approche réelle du taux de change, dans laquelle le marché des biens et services joue un rôle essentiel.

La théorie selon laquelle le taux de change devrait assurer la parité des pouvoirs d'achats (P.P.A.) a des racines qui remontent loin dans le temps. En effet, l'idée selon laquelle il y a un lien entre la valeur relative de deux monnaies et leurs pouvoirs d'achats relatifs se trouve déjà dans les travaux du philosophe et historien David Hume (1711-1776) et de l'économiste classique David Ricardo (1772-1823). Mais la première présentation complète de cette théorie est attribuée à Gustav Cassel, qui détaille le principe de la P.P.A. dans deux articles parus en 1916 et 1918.

Dans sa version la plus simple – la « version absolue » – la parité des pouvoirs d'achats implique que le taux de change doit se fixer à un cours qui assure l'égalité entre les niveaux de prix domestique et étranger, une fois ces prix exprimés dans une même unité monétaire. Autrement dit, si la parité des pouvoirs d'achats absolue est respectée, une unité de monnaie domestique permet – au taux de change courant – d'acheter la même quantité de biens et services dans le

pays domestique que dans le pays étranger. Ainsi, à l'équilibre, le taux de change assure l'absence d'un avantage de prix d'un pays par rapport à un autre. Toute déviation du taux de change par rapport au niveau assurant la P.P.A. doit tendre à se corriger d'elle-même. Par exemple, si le niveau des prix domestiques devient inférieur au niveau des prix étrangers, les biens domestiques seront revendus avec profit dans le pays étranger, jusqu'à ce que leur prix en devises augmente jusqu'au niveau des prix étrangers (rétablissement de la P.P.A.).

La P.P.A. absolue peut être envisagée comme une extension de la loi du prix unique pour un bien, à l'existence d'un prix international unique pour un panier de produits. Mais les paniers de consommation domestiques et étrangers ne sont pas parfaitement similaires et il existe des obstacles à leurs échanges internationaux, qui peuvent tenir au protectionnisme, mais aussi aux coûts de transports, ou encore aux caractéristiques du produit. Une version moins exigeante de la P.P.A. – « la version relative » – suppose seulement que l'évolution du taux de change doit suivre le différentiel d'inflation étranger et domestique. Si l'écart entre les taux d'inflation étranger et domestique est un pourcentage positif, la monnaie domestique doit s'apprécier nominalement du même pourcentage, c'est-à-dire s'échanger contre un plus grand nombre d'unités de devise. Le renchérissement de la monnaie domestique compense alors exactement la hausse moins rapide des prix domestiques par rapport aux prix étrangers : la compétitivité extérieure du pays domestique ne change pas si la P.P.A. relative est respectée.

L'approche traditionnelle du taux de change par la balance des paiements conçoit le taux de change avant tout comme une variable d'ajustement, permettant d'atteindre l'équilibre externe. Dans les versions les plus simples de cette approche, le taux de change réel – défini comme le rapport du taux de change nominal à la P.P.A. – doit équilibrer la balance courante. Si le taux de change nominal est flexible, il pourra s'ajuster rapidement, de façon à maintenir un équilibre permanent entre exportations et importations. Si le taux de change nominal est fixe, ce sont les prix qui devront s'ajuster. Dans les versions un peu plus sophistiquées de l'approche par la balance des paiements, la fonction du taux de change est d'ajuster à la fois la balance courante et les mouvements de capitaux qui permettent de la financer. Ainsi, dans le modèle « Mundell-Fleming », développé au début des années 1960, le taux de change intervient non seulement

dans la balance courante, mais aussi dans les sorties nettes de capitaux. En effet, la variation anticipée du taux de change influe sur le différentiel de rendements anticipé entre un placement à l'étranger et un placement domestique.

La littérature sur la détermination du taux de change s'est considérablement renouvelée dans les années 1970, avec le passage aux changes flexibles. Le développement des théories monétaires du taux de change marque ainsi une rupture avec les théories traditionnelles précédemment exposées : on passe d'une approche essentiellement réelle du taux de change à des approches financières, où les devises sont considérées comme des actifs financiers dont le prix (le taux de change) va dépendre de leur rareté relative (et éventuellement du risque).

### 📌 Le modèle monétaire à prix flexibles

Le modèle monétaire à prix flexibles peut être considéré comme une généralisation au cadre international de la théorie quantitative de la monnaie. La théorie quantitative se situe dans un cadre national et prédit que le pouvoir d'achat domestique d'une monnaie est d'autant plus élevé que la quantité en circulation de cette monnaie est faible. L'approche monétaire à prix flexibles prédit qu'une monnaie s'apprécie sur le marché des changes quand elle devient relativement plus rare. Autrement dit, si l'offre de monnaie domestique augmente moins vite que la demande de monnaie domestique, tandis qu'à l'étranger c'est l'inverse, alors la monnaie domestique devient relativement plus rare que les devises et elle s'apprécie. Ainsi, une politique monétaire qui accroît le stock de monnaie au-delà de ce qui est nécessaire pour répondre à la demande de monnaie, va – toutes choses égales par ailleurs – accroître l'inflation domestique relativement à l'inflation étrangère et déprécier la monnaie nationale sur le marché des changes.

On retrouve dans la théorie monétaire du taux de change l'hypothèse traditionnelle de P.P.A. Le taux de change à l'équilibre assure la parité des pouvoirs d'achats, c'est-à-dire l'égalité entre le niveau des prix domestique et le niveau des prix étrangers, une fois exprimés dans la même unité monétaire. Mais, dans l'approche ancienne du taux de change par le marché des biens et services, la parité des pouvoirs d'achat résultait d'arbitrages sur le marché international des biens et services : si le prix d'un bien diminue dans un pays, des achats massifs

dans ce pays le font immédiatement remonter au niveau international. Tandis que, dans l'approche monétaire du taux de change, l'identité entre l'évolution du taux de change et l'évolution du différentiel d'inflation (P.P.A. relative) résulte davantage d'une cause commune que de la loi du prix unique. Ici la rareté relative des monnaies explique simultanément l'ajustement des niveaux de prix et l'ajustement du taux de change. Les prix nationaux s'ajustent immédiatement, car ils sont supposés parfaitement flexibles.

Dans l'approche monétaire, le taux de change – dont l'évolution correspond exactement à celle du différentiel de l'inflation – est ainsi fonction des quantités relatives de monnaies domestique et étrangère en circulation, ainsi que des variables qui affectent les demandes de ces monnaies, c'est-à-dire, usuellement : les niveaux de productions et les taux d'intérêt. Plus la quantité relative d'une monnaie augmente, plus cette monnaie se déprécie internationalement. Plus la demande relative d'une monnaie augmente (hausse relative de la production du pays, baisse relative du taux d'intérêt), plus cette monnaie s'apprécie. Il faut cependant signaler, dans ce modèle de base, l'absence d'une variable représentant la prime de risque de change. Les premières approches monétaires du taux de change supposent, en effet, que deux placements en monnaie étrangère et domestique sont parfaitement substituables : la prime de risque de change est présumée nulle.

La simplicité de l'approche monétaire à prix flexibles lui a assuré une grande popularité. Mais le caractère restrictif de certaines de ses hypothèses a rapidement justifié des aménagements visant à l'étendre à un cadre plus général. Les généralisations du modèle monétaire ont porté successivement sur l'hypothèse de flexibilité des prix, puis sur l'hypothèse d'absence de prime de risque de change.

### 📍 Le modèle de sur-ajustement

Dans le contexte inflationniste des années 1970 où les modèles monétaires ont été développés, l'hypothèse de parfaite flexibilité des prix (à la baisse comme à la hausse) est d'emblée apparue excessive. Le modèle monétaire de sur-ajustement remplace donc cette hypothèse par celle d'un ajustement progressif des prix à l'évolution des quantités de monnaie. En conséquence, le

taux de change n'est pas en permanence égal au niveau assurant la parité des pouvoirs d'achats ; il ne rejoint ce niveau qu'à long terme, après ajustement des prix nationaux. Par exemple, une diminution du stock de monnaie domestique accroît (toutes choses égales par ailleurs) la rareté relative de la monnaie nationale et donc cette dernière s'apprécie immédiatement sur le marché des changes. Mais les niveaux de prix nationaux ne s'ajustent pas instantanément : la parité des pouvoirs d'achat n'est pas respectée à court terme ; elle l'est seulement à long terme. Dans ce cadre, l'accroissement de la quantité de monnaie fait, par contre, immédiatement augmenter le taux d'intérêt domestique relativement au taux d'intérêt étranger. Il s'ensuit des entrées de capitaux qui entraînent une appréciation excessive de la monnaie domestique à court terme, au-delà de ce que justifient les nouveaux niveaux de prix qui s'établissent à long terme.

Le sur-ajustement du taux de change à court terme implique ensuite une correction : après s'être, par exemple, excessivement appréciée, la monnaie domestique va progressivement se déprécier pour rejoindre son niveau d'équilibre de long terme, correspondant à la parité des pouvoirs d'achat. Cet ajustement – nécessaire pour converger vers l'équilibre de long terme après la sur-réaction initiale du taux de change – est parfaitement anticipé par les agents. En effet, l'hypothèse d'absence de prime de risque de change suppose que soit respectée la « parité non couverte des taux d'intérêt », c'est-à-dire que deux placements qui ne diffèrent que par leur monnaie de libellés procurent en moyenne le même rendement. Par conséquent, l'augmentation initiale du taux d'intérêt domestique par rapport au taux d'intérêt étranger a pour contrepartie nécessaire l'anticipation d'une dépréciation future de la monnaie, de façon à préserver l'égalité entre les rendements anticipés des placements en monnaie domestique et étrangère.

Le modèle de sur-ajustement du taux de change présente une caractéristique très attractive : il justifie rationnellement la sur-réaction du taux de change par rapport aux évolutions des variables macroéconomiques. L'excès apparent de volatilité du taux de change par rapport à ses déterminants s'expliquerait ainsi par la lenteur des ajustements de prix. La théorie du sur-ajustement conserve néanmoins une hypothèse restrictive commune avec la théorie monétaire à prix flexibles : l'absence de prime de risque de change. L'hypothèse d'absence de prime de risque de change signifie que deux

placements en deux monnaies différentes sont parfaitement substituables, même si l'un d'eux comporte une conversion à taux de change inconnu à l'avance. Autrement dit, les intervenants sur le marché des changes seraient totalement insensibles au risque de perdre de l'argent du fait d'évolutions défavorables du taux de change. Cette hypothèse forte ne permet pas d'expliquer pourquoi les investisseurs préfèrent des placements diversifiés internationalement, c'est-à-dire des portefeuilles composés de placements libellés en différentes devises. Une dernière extension des modèles monétaires a donc consisté à introduire une prime de risque de change dans les déterminants du taux de change.

### 📍 Le modèle de Hooper-Morton

Développé au début des années 1980, le modèle de Hooper-Morton se présente comme une généralisation des deux modèles monétaires précédents (modèle à prix flexibles et modèle de sur-ajustement), obtenue en levant l'hypothèse de parité non couverte des taux d'intérêt, pour permettre l'existence d'une prime de risque de change. Dans le cas où le terme additionnel de prime de risque de change n'intervient pas dans la détermination du taux de change, on peut le supprimer et on retombe alors sur le modèle de sur-ajustement, qui est lui-même une généralisation du modèle à prix flexibles au cas où les prix s'ajustent lentement.

La frontière est tenue entre le modèle monétaire le plus général (Hooper-Morton) et les modèles du taux de change obtenus par l'approche en termes de choix de portefeuille. Ils ont en commun la caractéristique essentielle de la théorie du choix de portefeuille : la prise en compte de la prime de risque.

### 📍 Le taux de change dans la théorie du choix de portefeuille

L'approche du taux de change par les choix de portefeuille a été développée essentiellement à partir de la fin des années 1970 et dans la première moitié des années 1980. Elle se présente comme une généralisation des théories monétaires du taux de change. Dans la théorie du choix de portefeuille, le taux de change n'est pas le prix de la rareté relative de deux monnaies, mais le prix de la rareté relative des actifs domestiques et étrangers, qu'ils soient monétaires

(quantités de monnaie) ou financiers (titres).

Dans cette approche, le cours de change permet d'égaliser la demande d'actifs libellés en monnaie domestique par les investisseurs internationaux avec l'offre nette de ces mêmes actifs. Les investisseurs ne considèrent pas comme parfaitement substituables deux titres qui ne diffèrent que par la monnaie dans laquelle ils sont libellés. Ils ont de l'aversion pour le risque et sont donc sensibles au risque de change qu'implique un placement dans une monnaie qui n'est pas la monnaie dans laquelle sont libellés leurs principaux flux de revenus et de dépenses. Une prime de risque de change – c'est-à-dire un différentiel de rendements positif et suffisamment stable pour être prévisible – peut alors être demandée sur les placements dans une monnaie qui risque de se déprécier soudainement. En effet, si la monnaie de placement se déprécie par rapport à la monnaie habituellement utilisée par l'investisseur, alors le résultat du placement, une fois converti dans la monnaie de l'investisseur, peut être négatif. Dans ce cas, l'investisseur ne récupère pas sa mise initiale car la dépréciation de son investissement est très forte.

Or une monnaie a d'autant plus de chances de se déprécier de façon brutale et imprévisible que le stock d'actifs libellés dans cette monnaie croît relativement aux actifs libellés en devises. Cela se comprend bien si l'on se rappelle que la différence entre les actifs domestiques détenus par les non-résidents et les actifs étrangers détenus par les résidents correspond à l'endettement extérieur net. Plus l'endettement extérieur net croît, plus le risque que la monnaie nationale se déprécie de façon imprévue et soudaine augmente. Pour accepter de détenir des placements dans une monnaie qui présente un tel risque, les investisseurs internationaux demandent une compensation pour le risque de change qu'ils prennent : le rendement moyen doit être supérieur à ce qu'il serait sur un placement moins risqué (sans risque de change). La parité non couverte des taux d'intérêt ne tient donc pas : les taux de rendements anticipés sur les placements en monnaie domestique et étrangère doivent être différents pour rémunérer le risque de change.

Dans ce cadre, la diversification internationale des portefeuilles de placements se comprend mieux, car la différence de monnaie de libellé n'est pas

neutre : elle induit un risque différent. Un placement à l'étranger n'est donc pas parfaitement substituable à un placement domestique. Pour diversifier leurs risques et réduire la sensibilité de leur portefeuille à un risque particulier, les investisseurs ont intérêt à détenir des titres libellés en différentes devises.

En pratique, on observe toutefois que les portefeuilles de placement sont relativement peu diversifiés internationalement (paradoxe dit de « Feldstein-Horrioka »). Mais la principale limite de la modélisation du taux de change par la théorie des choix de portefeuilles tient surtout aux obstacles que rencontre sa mise en œuvre. Les données sur la composition par devises de l'endettement international de chaque pays sont difficiles à reconstituer. Les pays ne s'endettent pas exclusivement dans leurs propres monnaies, mais émettent aussi des emprunts internationaux libellés dans un certain nombre de devises clefs (dollars, livres sterling, euros, yens). Or les statistiques financières internationales – qui comportent des marges d'erreurs importantes – sont le plus souvent muettes sur cette diversification internationale des endettements. En outre, la recomposition incessante des portefeuilles internationaux – les résidents peuvent ainsi racheter une partie de la dette initialement vendue à l'étranger – rend quasi impossible le suivi effectif des offres nettes d'actifs. Cette dernière difficulté s'est d'ailleurs accentuée avec la suppression des entraves à la mobilité des capitaux dans de nombreux pays.

Finalement, l'application de la théorie du choix de portefeuille aboutit à des modèles du taux de change qui diffèrent peu des modèles monétaires les plus sophistiqués. Le raffinement théorique des modèles de choix de portefeuille peine à trouver une traduction opérationnelle, faute de données adéquates. Dès lors, il n'est pas surprenant que, malgré le réalisme des hypothèses, les performances des modèles de choix de portefeuille soient aussi décevantes, en pratique, que celles des modèles monétaires. Aucune théorie de la détermination du taux de change n'est toutefois véritablement validée par les données disponibles.

## 📍 2. L'énigme de l'imprévisibilité

Du point de vue des théories des taux de change, les années 1980 ont marqué un véritable tournant. En effet, un article de Richard Meese et Kenneth Rogoff paru en 1983 a jeté le discrédit sur les théories macroéconomiques du taux

de change (théories monétaires, de choix de portefeuille) en montrant que les modèles issus de ces théories étaient incapables de prévoir les variations de change. Depuis lors, un certain nombre d'études sont venues nuancer ce pessimisme. Mais la prise de conscience de l'incapacité des modèles macroéconomiques à prévoir l'essentiel des variations de change a largement contribué à réorienter l'objet des théories du change.

### @ Les variations de change sont largement imprévisibles

C'est donc l'étude publiée par Meese et Rogoff qui déclenche la prise de conscience générale de l'échec prédictif des modèles monétaires et de choix de portefeuille du taux de change. En effet, la plupart des modèles du taux de change étaient évalués jusqu'alors à l'intérieur de leur période d'estimation, ce qui biaise les résultats en faveur du modèle utilisé. Meese et Rogoff soulignent la nécessité d'une évaluation plus sérieuse et plus discriminante de la capacité des théories du taux de change à produire de bonnes prévisions des futures variations de change.

L'évaluation systématique des erreurs de prévisions (écart entre la prévision et le taux de change effectivement observé) des modèles monétaires donne, alors, des résultats alarmants : les prévisions de changes issues des modèles théoriques sont toujours moins bonnes que celles d'un modèle naïf qui consiste à prévoir le taux de change futur par son dernier niveau passé observé. Autrement dit, la meilleure prévision consiste à prévoir ... une variation de change nulle. Compte tenu de l'extrême volatilité des cours de change, ce résultat est paradoxal : il suffit d'observer le cours du dollar pour se rendre compte qu'il varie constamment et souvent avec une forte amplitude. Le résultat obtenu par Meese et Rogoff signifie donc que les modèles monétaires se trompent tellement sur le sens et l'amplitude de variation du taux de change qu'il vaut mieux ne pas les utiliser pour faire des prévisions. Pour s'exposer à moins d'erreurs de prévision, il serait préférable de renoncer à prévoir les variations de change, et – en dépit de sa volatilité – de postuler que le niveau de change futur va rester constant, identique à son dernier cours observé.

Rapidement, l'étude de Meese et Rogoff s'est imposée comme une référence incontournable. Cependant, avec le progrès des techniques d'estimation des modèles, le pessimisme de ces conclusions a été nuancé : pour certaines

devises et certaines périodes, des modèles macroéconomiques parviennent à surpasser la prévision naïve d'une variation nulle du taux de change, notamment pour des horizons de prévision assez longs. Mais ces résultats sont rarement constants dans le temps, et ne sont pas transposables d'un taux de change à l'autre. Les économistes ont donc été nombreux à s'interroger sur les raisons de cette quasi-imprévisibilité des taux de change, espérant par là percer une partie de l'énigme qui entoure leur détermination.

### 📍 La mise en cause d'hypothèses restrictives

Une première série d'explications de l'incapacité des modèles macroéconomiques à prévoir plus qu'une faible part des variations de change a consisté à mettre en cause les hypothèses sur lesquelles reposent ces modèles.

Ainsi les modèles monétaires sont fondés sur l'hypothèse de convergence du taux de change vers son niveau de parité des pouvoirs d'achats (P.P.A.), c'est-à-dire vers le cours qui égalise les prix domestiques convertis en monnaie étrangère avec les prix étrangers. Or une série d'études empiriques a montré que cette convergence est, au mieux, très longue. Autrement dit, les déviations du taux de change par rapport à son niveau de parité de pouvoirs d'achat sont tellement persistantes qu'elles finissent par discréditer l'hypothèse de parité des pouvoirs d'achats. Un certain nombre d'arguments théoriques permettent, en outre, de justifier des déviations par rapport à la P.P.A. Par exemple, de nombreux produits sont non échangeables internationalement, alors qu'ils pèsent lourd dans les indices de prix. Il en va ainsi de nombreux services, difficiles à rendre à distance. La loi d'un prix unique au niveau international ne saurait donc jouer pour ces produits. La théorie de Balassa-Samuelson, développée dans les années 1960, justifie d'ailleurs la sous-évaluation des monnaies des pays en voie de développement par des différences de productivité entre le secteur des biens échangeables et le secteur des biens non échangeables dans les pays développés. Au fur et mesure qu'ils se développent et que leur productivité s'améliore, ces pays devraient voir leurs monnaies s'apprécier en termes réels (résorbant peu à peu leur sous-évaluation), jusqu'à ce que – le rattrapage achevé – les taux de change atteignent leurs niveaux de P.P.A. Mais, compte tenu des inégalités durables de développement, la persistance de déviations des taux de change par rapport à leurs niveaux de parité des pouvoirs

d'achat n'est pas très surprenante. Par ailleurs, les imperfections de la concurrence peuvent conduire à la pratique de prix différents selon les marchés et donc selon les pays. Par exemple, le lissage de l'effet des variations de change sur les prix payés par les importateurs (pratique désignée sous le nom de *pricing-to-market* dans la littérature anglo-saxonne) permet de partager le risque de change entre le client et l'exportateur et de diminuer les coûts qu'il y aurait pour l'exportateur à changer trop souvent ses prix en monnaie du client. Cette pratique conduit à facturer transitoirement des prix différents sur les marchés domestique et étrangers et nourrit, là encore, des déviations à la P.P.A.

L'hypothèse d'absence de prime de risque de change ou une modélisation inadéquate de cette dernière peuvent aussi être mises en cause. Les modèles monétaires les plus généraux – ainsi que les modèles de portefeuilles – tiennent compte de l'existence d'une prime de risque de change. Mais la modélisation de cette dernière repose sur un certain nombre d'hypothèses simplificatrices, qui portent, notamment, sur la composition par devises des emprunts internationaux et sur la stabilité des risques relatifs des placements.

### ⊗ Une variable chaotique ?

L'hypothèse même de la linéarité des modèles de taux de change est mise en cause, avec, comme implication, l'inadéquation de certaines procédures usuelles d'estimation et peut-être même un comportement « chaotique » du taux de change. Il revient, en effet, à la « théorie du chaos » d'avoir montré qu'une variable qui est une fonction non linéaire d'un certain nombre d'autres variables, peut avoir une trajectoire totalement imprévisible. Si l'on ne connaît pas, avec une précision absolue, le point de départ de la trajectoire d'une variable chaotique, il est alors impossible de prévoir son niveau futur, même si cette variable est totalement déterministe (aucun aléa ne l'affecte). Une infime erreur sur les conditions initiales donne une trajectoire totalement différente de l'évolution effective. Malgré l'intérêt de l'étude des non-linéarités des taux de change – qui s'est beaucoup développée dans les années 1990 – il reste, toutefois, à justifier de manière entièrement satisfaisante l'hypothèse d'une dynamique non linéaire du taux de change (coûts de transaction, modèles théoriques non linéaires). En outre, la prise en compte des non-linéarités ne permet pas toujours de mieux prévoir le taux de change qu'un simple modèle naïf. Si, dans ce dernier domaine, des

progrès ne sont pas faits, la théorie du chaos permettra toujours d'expliquer cet échec par une imprévisibilité inhérente à une certaine forme de non-linéarité (chaos). Mais il paraît difficile de justifier d'un point de vue théorique que les non-linéarités du taux de change prennent précisément une forme chaotique, imprévisible par essence.

Finalement, l'incapacité des théories – malgré la levée des hypothèses les plus restrictives – à produire de bonnes prévisions de change a amené une partie des économistes à s'interroger sur la part de responsabilité des mouvements spéculatifs dans la déconnexion apparente entre le taux de change et ses déterminants macroéconomiques.

### 📍 Le rôle de la spéculation

La spéculation est souvent donnée comme une explication des variations erratiques des taux de change ou des cours boursiers. Pourtant, le rôle de la spéculation n'est pas nécessairement déstabilisant. Jouer un rôle déstabilisateur ne fait d'ailleurs pas partie des objectifs d'un spéculateur. Ce dernier est simplement un intervenant qui cherche à tirer partie d'une opportunité de profit anticipée. Il prend donc le risque – si sa prévision du taux de change futur s'avère fautive – de réaliser une perte au lieu du gain attendu. La spéculation peut théoriquement accélérer la convergence du taux de change observé vers son niveau d'équilibre. Effectivement, si le niveau de change anticipé par les spéculateurs correspond au cours de change d'équilibre, alors ces derniers vont vendre une devise dès qu'elle est surévaluée (en espérant la racheter moins cher ultérieurement) et l'acheter dès qu'elle est sous-évaluée (en espérant la vendre plus cher ultérieurement). La spéculation est alors stabilisante, au sens où elle ramène continuellement le taux de change observé vers son niveau d'équilibre.

Cependant, la difficulté qu'il y a à prévoir les variations du cours de change à partir de ses déterminants macroéconomiques témoigne plutôt d'une déconnexion entre le taux de change observé et son niveau fondamental d'équilibre. La spéculation ne joue donc pas son rôle stabilisateur. Il est même possible qu'elle joue un rôle déstabilisateur en creusant l'écart entre le taux de change et son niveau d'équilibre, au lieu de le réduire. En effet, les anticipations du taux de change futur, au lieu d'être ancrées sur le taux de change fondamental

– défini à partir de ses déterminants macroéconomiques – peuvent être ancrées... sur elles-mêmes. Les spéculateurs peuvent difficilement ne pas être conscients de l'influence que les anticipations du marché exercent sur le taux de change, via les ordres d'achats ou de ventes qu'elles déclenchent. Le pari pris par un spéculateur repose sur sa prévision du niveau futur du cours de change, niveau futur qui lui-même dépend des positions (achats ou ventes de devises) qui vont être prises par les autres spéculateurs, en fonction de leurs propres prévisions. Il est ainsi possible d'aboutir à une situation où, bien que les déterminants macroéconomiques ne le justifient pas, une devise s'apprécie malgré tout, simplement parce que la majeure partie des spéculateurs prévoit que l'anticipation du marché est haussière. Chacun se porte alors acquéreur en anticipant qu'un mouvement d'achats généralisé va apprécier la devise, ce qui lui permettra ultérieurement de la revendre plus cher. Autrement dit, des anticipations peuvent être « auto-réalisatrices », dès lors qu'elles sont partagées par l'essentiel des spéculateurs sur un marché. Ainsi, des anticipations haussières continues peuvent entraîner le taux de change sur une trajectoire qui diverge de son niveau d'équilibre. Ce phénomène est désigné sous le nom de « bulle spéculative ».

Si elles sont déstabilisatrices, les bulles spéculatives ne sont pas irrationnelles, bien au contraire. Dans la mesure où les spéculateurs engrangent effectivement les plus-values que leur spéculation a déclenchées, le principe de la rationalité financière est parfaitement respecté : la spéculation est profitable, ainsi que les spéculateurs l'escomptaient. L'existence de bulles spéculatives ne remet pas non plus en cause la pertinence des théories macroéconomiques du taux de change. Tous les modèles du taux de change introduisent, en effet, le taux de change anticipé comme un déterminant du taux de change courant. D'après la parité non couverte du taux d'intérêt, le différentiel d'intérêt devrait être égal à la variation anticipée du taux de change. Et si l'on tient compte de l'aversion au risque de change des participants au marché, le différentiel d'intérêt reflète simplement, outre la variation de change anticipée, une prime de risque de change. À travers les taux d'intérêt, le taux de change courant dépend donc toujours de la prévision de son niveau futur. Dans le cas de bulles spéculatives, les anticipations de change peuvent dominer la dynamique du taux de change et le poids des autres déterminants – « fondamentaux » – diminue alors jusqu'à devenir négligeable. L'existence de bulles spéculatives sur le marché des changes permettrait ainsi d'expliquer pourquoi un ensemble de modèles cohérents, incluant

des déterminants macroéconomiques (stocks de monnaie, production, balance courante...) théoriquement pertinents, éprouve autant de difficultés à prévoir le taux de change.

La question qui se pose alors est celle de l'existence de forces de rappel qui permettraient de ramener les taux de change à leurs niveaux d'équilibre. Il suffirait pour cela que la croissance de la « bulle spéculative » se heurte, à un moment donné, à un « plafond ». En effet, si la surévaluation d'une devise ne peut dépasser un certain niveau à une date donnée, alors nécessairement, à la date précédente, aucune spéculation haussière ne peut rationnellement parier sur un niveau supérieur et donc, à toutes les dates antérieures, les spéculateurs refuseront de parier sur la poursuite du mouvement de hausse. Mais le cours d'une devise, contrairement au cours d'une obligation n'est pas borné par une valeur de remboursement. Théoriquement, donc, rien ne vient limiter la surévaluation d'une devise, sauf peut-être le rationnement des emprunts et les niveaux de taux d'intérêt auxquels les spéculateurs peuvent emprunter.

Cela étant, la coordination des anticipations sur une prévision identique reste énigmatique. Si la spéculation joue un rôle dans « l'indétermination » des taux de change, c'est probablement plutôt dans un cadre où les intervenants ne disposent pas tous des mêmes informations et manifestent donc toutes les apparences d'une rationalité limitée.

### 📍 3. Le rôle de l'information à travers la microstructure du marché des changes

L'approche du taux de change par la microstructure – qui étudie la structure détaillée des échanges – suppose que les caractéristiques institutionnelles du marché des changes et les différences entre les participants au marché ont un impact notable sur le niveau et la volatilité du taux de change. L'organisation pratique des transactions conditionnerait la transmission des informations entre les différents intervenants. En outre, même s'ils disposent d'informations identiques, deux intervenants pourraient former des prévisions différentes du fait de la diversité de leurs objectifs (couverture du risque de change ou, au contraire, spéculation) et de leurs horizons de décisions (intra-journalier, journalier, hebdomadaire, mensuel, etc.).

Au sein du marché des changes, les intermédiaires (cambistes) occupent une place particulière dans la mesure où ils bénéficient d'une information privée provenant des flux d'ordres reçus de leur clientèle. Cette situation privilégiée leur permet d'ajuster plus facilement leurs portefeuilles de devises et de ne pas faire trop d'erreurs dans les cotations de change qu'ils proposent (prix d'achat – *bid* – trop élevé ou prix de vente – *ask* – trop bas). Contrairement à l'hypothèse d'information parfaite sur laquelle reposent généralement les modèles macroéconomiques, l'information sur le marché des changes n'est pas ici supposée également répartie. Les flux d'ordres reçus par chaque cambiste ne sont pas, en effet, une information publique. Les taux de change ne sont pas uniquement influencés par les annonces macroéconomiques, ce qui peut expliquer les résultats décevants des modèles traditionnels.

Une autre conséquence de l'organisation décentralisée et continue des échanges de devises est l'existence de transactions à des cours pour lesquels l'offre peut être inférieure à la demande, ou inversement. Ces transactions hors équilibre, qui peuvent agir durablement sur la trajectoire des taux de change, sont rendues possibles par la nature des ordres passés. Les ordres transmis à un intermédiaire relèvent essentiellement de deux grandes catégories : les ordres au mieux, exécutés immédiatement, au meilleur cours dont dispose l'intermédiaire, et les ordres à prix limite, exécutés dès qu'une limite de prix (plafond pour un achat, plancher pour une vente) est respectée. Les ordres de change au mieux sont ainsi immédiatement exécutés, sans attendre un éventuel ajustement des cours vers l'équilibre, tandis que les ordres à prix limite attendent que le cours atteigne un seuil, seuil qui peut ne jamais être atteint et a peu de chances de coïncider avec le prix d'équilibre.

Richard Lyons (2001) propose de combiner les approches macroéconomique et la microstructure pour améliorer les performances empiriques des modèles de détermination du taux de change. Si les variables de microstructure (flux d'ordres, position de change de l'intermédiaire) révèlent des informations privées (par exemple, un changement futur de politique monétaire) susceptibles d'influer sur la détermination du taux de change, cela peut alors expliquer pourquoi les modèles macroéconomiques peinent à rendre compte des variations de change. Les premiers résultats obtenus par des modèles de change mixant variables

macroéconomiques et variables de microstructure sont encourageants : les flux d'ordres de change cumulés expliquent une part significative des fluctuations de change à court terme mais aussi à long terme, ce qui permet d'améliorer les performances des modèles de change. Par ailleurs, la théorie de la microstructure permet d'expliquer le volume exorbitant des échanges journaliers de devises entre institutions financières, non tant par une frénésie spéculative que par la nécessité pour les intermédiaires de réajuster fréquemment leur position de change, modifiée en permanence par les ordres de la clientèle.

Malgré le caractère encourageant des premiers résultats de la théorie de la microstructure du marché des changes, la difficulté de la collecte de données sur les flux d'ordres – alors que les transactions de change sont non seulement très volumineuses mais aussi très décentralisées – freine ses applications. En dépit de ses progrès, la théorie de la détermination du change par la microstructure reste encore essentiellement orientée vers l'explication de la dynamique de court terme des cotations des cambistes. Parallèlement au développement des théories de la microstructure, il y a donc eu la place pour un renouveau des théories du taux de change de long terme.

#### @ 4. Le renouvellement des théories du taux de change d'équilibre à moyen et long terme

L'incapacité des modèles traditionnels à prévoir les fluctuations de change à court terme a réorienté la recherche en macroéconomie ouverte vers l'analyse de la dynamique du cours de change à moyen et long terme. En effet, le poids des anticipations sur le taux de change futur, élevé dans les mouvements de change à court terme, faiblit largement à plus long terme. Longtemps limitées à l'hypothèse d'une convergence progressive du taux de change vers son niveau de P.P.A., les théories du taux de change d'équilibre à long terme ont connu un essor important dans les années 1990.

##### @ Le taux de change d'équilibre fondamental

L'objet des théories du taux de change d'équilibre à long terme, n'est plus tant de prévoir le taux de change, même à long terme, mais bien plutôt de déterminer dans quelle mesure certaines monnaies sont sous- ou surévaluées. Le

taux de change d'équilibre ainsi calculé est alors plus proche d'une norme de change que d'une prévision de la dynamique observée du taux de change. Il peut, en principe, servir à justifier des interventions de change ponctuelles, voire à définir l'objectif de change dans un régime de changes fixes.

Le concept de taux de change d'équilibre fondamental a été défini en 1983 par John Williamson. Mais le véritable essor de cette théorie et son application aux données observées ne datent que des années 1990. Face à l'instabilité des taux de change flottants, John Williamson préconise le passage à un régime de zones cibles, où l'objectif central de change serait choisi de façon à être compatible avec à la fois l'équilibre interne et l'équilibre externe de l'économie. Le taux de change d'équilibre fondamental est alors défini comme le taux de change qui assure l'équilibre interne et l'équilibre externe. L'équilibre interne correspond à la croissance maximale qui n'accélère pas l'inflation (taux de croissance potentiel). L'équilibre externe correspond au déficit de la balance courante soutenable à long terme, c'est-à-dire au déficit qui peut être financé à long terme par les entrées nettes de capitaux extérieurs qui ont un caractère structurel. John Williamson distingue, à cet égard, les flux de capitaux étrangers à court terme, de nature spéculative et transitoire, des transferts de capitaux permanents (investissement direct), à caractère plus structurel.

En pratique, les évaluations du taux de change d'équilibre fondamental sont sensibles à la mesure retenue du taux de croissance potentiel qui définit l'objectif d'équilibre interne, et surtout au choix de la cible de balance extérieure (définition du solde structurel). C'est pourquoi le taux de change d'équilibre fondamental est parfois qualifié de taux de change désiré d'équilibre : il a un caractère fondamentalement normatif qui en fait davantage un objectif qu'une prévision. Par ailleurs, la qualité des estimations obtenues dépend aussi de la qualité des estimations des élasticités-prix du commerce extérieur (taux de croissance de la demande – d'exportation ou d'importation – en réaction au taux d'augmentation des prix). Or ces estimations sont extrêmement variables selon les études économiques menées, ce qui laisse planer un doute sur la précision des résultats. La marge d'erreurs autour des estimations du taux de change d'équilibre fondamental reste encore trop élevée pour permettre de mesurer de façon fiable la sous- ou surévaluation des taux de change.

## 📍 Le taux de change réel naturel (Natrex)

Toutes les théories du taux de change d'équilibre ne sont cependant pas exclusivement orientées vers la définition de normes. Ainsi Jerome Stein, auteur du modèle de taux de change réel naturel (Natrex, pour *Natural Real Exchange Rate*) motive l'intérêt de son approche avant tout comme un moyen d'expliquer la dynamique observée des taux de change réels, notamment celle du taux de change euro/dollar. Son modèle sert aussi à mesurer les désajustements des taux de change courants et à repérer les variables contrôlables qui pourraient permettre d'agir sur ces désajustements. Mais, selon Stein, le taux de change réel naturel est bien la trajectoire d'équilibre vers laquelle le taux de change courant converge effectivement, et ce d'autant plus vite qu'il fluctue librement. Le succès de ce modèle dans les services d'études économiques et de recherche tient largement à son caractère opérationnel : le Natrex a été construit dès le départ pour produire des estimations.

La théorie du taux de change réel naturel se présente comme une généralisation à la fois de la P.P.A. et de la théorie de la détermination du taux de change par la balance des paiements. Contrairement à la théorie de la P.P.A., la théorie du taux de change réel naturel ne contraint pas le taux de change réel – défini comme le taux de change nominal divisé par son niveau de P.P.A. – à être constant, mais explique sa dynamique en fonction de déterminants réels qui sont la préférence pour le présent – représentée par la part de la consommation dans le P.I.B. – la productivité du capital et le taux d'intérêt. Par ailleurs, le taux de change réel naturel n'équilibre pas nécessairement à chaque période la balance courante, mais induit une dynamique des flux de capitaux cohérente avec un endettement soutenable à long terme.

À moyen terme, le taux de change réel naturel d'équilibre est simplement celui qui assure l'égalité de la balance courante avec le différentiel entre épargne et investissement. C'est celui qui prévaut en l'absence de facteurs spéculatifs et cycliques. Il est fonction, non seulement des déterminants réels fondamentaux (productivité du capital, consommation, taux d'intérêt), mais aussi du stock de capital et de la dette extérieure. À cet horizon de moyen terme, une augmentation de la consommation engendre une baisse du différentiel entre l'investissement et l'épargne, financée par une augmentation des entrées nettes de

capitiaux, c'est-à-dire par une hausse de l'endettement extérieur net. Les entrées de capitaux apprécient le taux de change réel, ce qui dégrade la balance courante et rétablit l'équilibre entre la balance courante et le différentiel investissement-épargne.

Le passage de la dynamique de moyen terme à une dynamique de long terme se fait par l'interaction entre stocks et flux. Après une augmentation de la dette extérieure, le déficit du compte courant continue mécaniquement de se dégrader, du fait des flux d'intérêt à payer au reste du monde. L'épargne doit donc augmenter pour que la dynamique de la dette reste soutenable à long terme. Autrement dit, l'effort pour limiter la consommation afin de pouvoir payer le service de la dette va améliorer le compte courant, limiter donc le recours aux financements externes, c'est-à-dire les entrées nettes de capitaux – ce qui déprécie le taux de change réel et permet effectivement l'amélioration du compte courant. À long terme, le taux de change réel suit une trajectoire stable qui ne dépend plus du stock de capital ni de la dette extérieure – tous deux stabilisés – mais seulement des déterminants réels fondamentaux (la productivité, la préférence pour le présent, le taux d'intérêt).

## @ 5. Vers une unification des théories du change ?

Il est difficile de discerner une approche commune dans le foisonnement des théories du change. Le renouvellement des théories semble ainsi traduire plus un déplacement des préoccupations des économistes qu'un véritable rejet des anciennes théories. Ainsi l'objet des théories du taux de change s'est dans les années 1990 décalé de la prévision vers l'étude de la circulation de l'information et la définition de normes de change. Pour autant, les théories financières du taux de change (approches monétaires et par les choix de portefeuille), développées dans les années 1970 et 1980, ne sont pas véritablement rejetées. L'incapacité des modèles macroéconomiques à prévoir plus qu'une part marginale des variations de change peut s'expliquer en effet par la présence d'asymétries d'information et/ou par des bulles spéculatives. La déconnexion entre le taux de change et ses déterminants théoriques ne signifie pas nécessairement que ce ne sont pas les bonnes variables macroéconomiques qui ont été sélectionnées.

La finance internationale se heurte à une difficulté commune à l'ensemble des

théories économiques, et plus généralement aux disciplines « non scientifiques » : l'impossibilité d'invalider définitivement une théorie par une expérience réalisée dans des conditions parfaitement contrôlées et reproductibles. L'économie se réclame pourtant du statut de science, soumettant ses hypothèses à l'épreuve des faits. La large collecte de données économiques permet de procéder à des tests statistiques d'un certain nombre d'hypothèses théoriques sur le taux de change. Mais il n'y a jamais l'assurance que les spécificités des données du passé permettent de tirer des conclusions suffisamment générales pour invalider définitivement une théorie. Il est donc très difficile de rejeter définitivement une théorie du taux de change, à moins qu'elle révèle une faille importante dans sa cohérence interne. Cela étant, l'accumulation de résultats similaires sur différentes périodes et divers taux de change finit tout de même par discréditer un certain nombre d'hypothèses théoriques. C'est ainsi, par exemple, qu'il y a un large consensus sur l'existence de déviations persistantes du taux de change par rapport à la parité de pouvoirs d'achats ; de même l'absence de prime de risque de change est une hypothèse largement rejetée, même si les estimations des primes de risques ne sont pas encore satisfaisantes.

Il faut nuancer l'impression d'éclatement donnée par la théorie du change. En effet, beaucoup d'explications théoriques sont davantage complémentaires que véritablement concurrentes. Ainsi, le rôle de la microstructure du marché des changes dans la diffusion des informations peut éclairer la dynamique du taux de change à court terme, tandis que les autres approches théoriques se concentrent davantage sur sa détermination à moyen ou à long terme. Un certain nombre de théories se rejoignent, en outre, sur des points essentiels. Par exemple, les modèles monétaires les plus sophistiqués rejoignent les modèles de choix de portefeuille en incluant une prime de risque de change. De même, les modèles de taux de change d'équilibre fondamental reprennent l'approche traditionnelle du taux de change par la balance des paiements, mais en intégrant les mouvements internationaux de capitaux, dont l'importance a été mise en évidence par la théorie des choix de portefeuille.

L'énigme de la détermination du taux de change fait ainsi l'objet de théories qui soit mettent l'accent sur le poids des anticipations et la lenteur des ajustements réels, soit relativisent le caractère erratique du taux de change à court terme et

surtout à long terme.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## LIBÉRALISME

### ***Prise de vue***

Le libéralisme est une doctrine économique : celle qui se donne le marché pour seul fondement, avec pour alliées naturelles l'initiative privée et la libre concurrence. Le libéralisme est aussi une philosophie politique : sa vision du monde lui commande d'aménager et de garantir la liberté de ceux qui vivent dans la cité. Enfin, le libéralisme est une disposition d'esprit : plus qu'une doctrine relative à l'agencement institutionnel de la société politique ou de la société économique, moins qu'une véritable éthique permettant à chacun de s'accommoder de sa condition, il constitue une interprétation simultanée de l'homme et de la société qui fait de la liberté le point d'aboutissement d'une création continue, et non une espèce d'état de nature qu'il conviendrait de préserver intact.

Doctrine économique et philosophie politique, vision du monde social et politique en même temps que justification a posteriori d'un ordre existant : entendu dans son sens courant et non dans ce que la raison est en droit d'y trouver, le libéralisme est à la fois l'une et l'autre, ce qui ajoute à la difficulté d'en donner une définition dépourvue de toute ambiguïté. Difficulté réelle, car non seulement les sources du libéralisme sont multiples, mais elles n'appartiennent pas toutes, tant s'en faut, à la même époque. En outre, les mots du libéralisme se sont universalisés et chacun en fait un usage pour ainsi dire tactique. Bien plus, le libéralisme exprime pour les uns une revendication proprement politique, tandis que d'autres estiment au contraire que l'économie de marché est la condition nécessaire du libéralisme politique. Ironie de l'histoire enfin : la référence au libéralisme est d'autant moins ostentatoire que celui-ci s'incarne davantage par la force apparente des choses et des idées.

## 📍 1. Les origines du libéralisme

Le libéralisme n'est pas la réalisation historique d'un schéma conçu préalablement par l'esprit. Il n'est pas davantage cet ensemble de principes seuls capables de justifier a posteriori un ordre social ou politique résultant de l'action désordonnée des hommes. Ni guide exclusif pour l'action, ni idéologie légitimatrice d'un ordre existant, le libéralisme exprime seulement une interprétation de l'univers social, interprétation qui s'élabore et se modifie progressivement sous la double épreuve des faits et des idées. Les faits, ce sont les événements d'une histoire que les hommes font sans le savoir, ou en le sachant. Les idées, ce sont les éléments de cet ordre juste auquel les hommes aspirent et au regard duquel ils considèrent inmanquablement leur présent et leur passé.

Ainsi, le libéralisme n'étant pas unique ou uniforme, chacune de ses versions trouve son fondement originel dans un événement historique ou chez un penseur qui n'appartient qu'à elle. Là réside sans doute l'ultime singularité de ce que l'on nomme libéralisme : dans son incapacité, en tant que schéma d'intelligibilité aussi bien que comme image de la société « bonne » à se donner un élément fondateur unique, que celui-ci soit un événement historique ou la pensée d'un philosophe prophète.

Si l'on consent néanmoins, par pure convention, à donner un acte de naissance au libéralisme, celui-ci n'est autre que la Déclaration des droits de l'homme de 1789. La Révolution française consacre en même temps qu'elle achève le siècle des Lumières. C'est sous la forme du principe de la « souveraineté nationale » que la démocratie est instaurée en France. La souveraineté n'appartient pas au roi ; elle n'est pas divisée entre les différents ordres ; elle réside dans la volonté générale de la Nation : « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément. » Et l'Assemblée se déclare chargée « d'interpréter et de présenter la volonté générale de la Nation ». La formulation fait de la Nation la personne juridique seule titulaire de la souveraineté. La Nation, c'est le « moi commun » de Jean-Jacques Rousseau. La loi devient ainsi la manifestation la plus éclatante de l'avènement de la démocratie, après

l'absolutisme monarchique. Ainsi s'achève le siècle des Lumières, dont l'inspiration centrale avait été, selon la formule de Francis-Paul Bénéoit, de « consacrer le talent et le savoir, par opposition à la seule naissance ».

1789 fonde en effet la première version libérale de la démocratie politique : la liberté politique, selon les textes, s'accorde avec l'égalité et la liberté des aptitudes juridiques. « Nul ne peut être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leurs manifestations ne troublent pas l'ordre public. » Avec ce corollaire : « La communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi. »

## 📍 Le libéralisme politique

À l'origine, le libéralisme est une philosophie politique dont 1789 apparaît comme la consécration solennelle. Au milieu du XVII<sup>e</sup> siècle, John Locke se faisait déjà l'ardent défenseur des droits individuels, droits dont il soulignait qu'ils plongent leurs racines dans la nature de l'homme, ce qui contraint du même coup les gouvernements à les reconnaître et à les protéger.

À la même époque, Spinoza affirmait : « Quand chaque homme cherche le plus ce qui lui est utile à lui-même, alors les hommes sont les plus utiles les uns aux autres » (*Éthique*, IV). Le cartésianisme figure également parmi les fondements de la philosophie du libéralisme politique. Les initiateurs de la Réforme partent eux aussi de l'idée selon laquelle chacun dans le monde social doit être construit sur la base du libre examen et de la responsabilité individuelle.

Spinoza, Locke, Descartes, Milton : la liste des pères fondateurs du libéralisme politique est assurément plus longue. Bien que leur inspiration philosophique diffère, tous s'accordent sur les traits caractéristiques de la société libérale. Le premier concerne l'étendue des pouvoirs qui assurent le fonctionnement de la société. L'État n'a pas le droit de tout faire, et il ne doit jamais faire ce que d'autres que lui pourraient faire à sa place. Ainsi le libéralisme politique se définit d'abord négativement : il n'est ni un étatisme ni un anarchisme ; il refuse pareillement le dépérissement de l'État et sa déification. C'est ce que Bénéoit appelle la « subsidiarité de la puissance publique ».

Le deuxième trait caractéristique du libéralisme politique, c'est son acceptation de la diversité sociale, et même les encouragements qu'il lui apporte. Alors que l'objectif de tout système totalitaire est de réaliser l'unité sociale, de vaincre les particularismes des milieux sociaux, le libéralisme se donne au contraire la diversité sociale sous tous ses aspects à la fois comme point de départ et comme point d'aboutissement. Cette diversité est respectable en ce qu'elle constitue le résultat nécessaire des libertés individuelles. Elle est, en outre, éminemment souhaitable : c'est elle, et elle seule, qui donne à la société une fluidité suffisante pour que les passages d'une condition sociale à une autre soient aisés et fréquents. Ainsi, la diversité sociale est-elle pour le libéralisme politique à la fois une fin et un moyen : son acceptation se confond avec celle d'une organisation spontanée de la société.

Enfin, troisième trait caractéristique du libéralisme politique : son affinité d'inspiration avec l'idéal démocratique. De celui-ci, Montesquieu donne l'interprétation la plus largement répandue aujourd'hui : « Lorsque, dans la république, le peuple en corps a la souveraine puissance, c'est une démocratie. » La puissance entre les mains du peuple : cela implique, en même temps que la fixité et la généralité de la loi, la dévolution de la souveraineté au peuple et à lui seul. Dans le sens où les sociétés n'ont jamais cessé de l'entendre, depuis ses origines grecques, la démocratie exprime le mode de désignation des gouvernants, le fondement de la légitimité de leur pouvoir, et non l'étendue et moins encore les buts de celui-ci. À la différence du libéralisme, la démocratie n'a pas pour préoccupation ultime de protéger la liberté, ou mieux, les libertés. Il reste que l'un et l'autre, bien que leur objet soit fondamentalement différent, convergent nécessairement aujourd'hui parce qu'ils trouvent leur source d'inspiration dans une même tradition qui va de la philosophie grecque à l'esprit des Lumières en passant par la pensée judéo-chrétienne. Comme le souligne Raymond Aron dans son *Essai sur les libertés* : « La logique du libéralisme conduit à la démocratie par l'intermédiaire du principe de l'égalité devant la loi. Mais la démocratie exige, pour être réelle, le respect des libertés personnelles, liberté d'expression et de discussion, liberté d'association et de groupement. »

## @ Le libéralisme économique

Moins qu'une doctrine au sens strict du mot, assurément plus que la

justification a posteriori de certaines réalisations dans l'ordre économique, le libéralisme économique est aussi une logique d'action, fondée sur une éthique. Mais avant d'être l'objet d'une réflexion, le libéralisme économique s'est d'abord inscrit comme une réalité dans les événements de l'histoire. À l'origine, il fut une réaction contre le colbertisme. L'État assumait alors l'essentiel de la responsabilité immédiate de l'économie, tantôt en réglementant de façon minutieuse toutes les activités industrielles, tantôt en agissant sur la conjoncture au moyen de la détermination autoritaire du prix. Dans un premier temps, le colbertisme a favorisé l'essor économique de façon considérable. Mais au fil des années les réglementations et les interventions conjoncturelles de l'État sont apparues de façon toujours plus évidente comme un obstacle au progrès économique : le libéralisme, à cet égard, est né de la volonté de lutter contre ces contraintes, désormais nuisibles.

Ce sont les physiocrates et, au premier rang parmi eux, Quesnay, qui ont ouvert la voie à la doctrine du libéralisme économique. Selon la thèse développée dans le *Tableau économique* de 1758, toute la richesse provient de la terre et c'est elle qui anime la vie économique en circulant entre les groupes sociaux : les agriculteurs injectent cette richesse dans le circuit économique en achetant des biens manufacturés, richesse qui leur revient ensuite par le jeu des achats de produits agricoles. Le cycle se referme ainsi sur lui-même. Cette interprétation délimite avec précision le domaine d'intervention de la société politique : celui-ci doit se borner à favoriser ce circuit économique naturel ; la liberté du commerce, du travail, de la production et de la concurrence internationale doivent être les préoccupations constantes et primordiales des gouvernements. On sait que Turgot s'est voulu l'instrument de cette doctrine formulée par les physiocrates.

Avec ses *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations* (1776), Adam Smith achève la conceptualisation de la doctrine du libéralisme économique. Conceptualisation qui, du reste, est contemporaine de la naissance de l'industrie en Angleterre. Selon lui, toute la richesse vient du travail de l'homme. Et c'est la perception de son intérêt personnel qui pousse l'homme à l'épargne et au travail. D'où cette conclusion décisive : l'intérêt privé est le moteur de l'économie. Conclusion à laquelle Adam Smith ajoute la thèse de l'harmonie

fondamentale entre l'intérêt particulier et l'intérêt général. De cet ensemble de constatations, l'économiste déduit que la société politique se doit de garantir la libre concurrence des intérêts privés, s'exerçant dans le cadre du marché, seule capable d'assurer l'adéquation automatique entre l'offre et la demande.

Si l'on admet que les physiocrates et Adam Smith sont les véritables « fondateurs » de la doctrine économique libérale, la formule célèbre « laissez faire, laissez passer » revêt une signification et une portée autres que celles qui lui sont prêtées ordinairement. Le laissez-faire que réclamait Vincent de Gournay dans ses *Considérations* n'était rien d'autre, en définitive, que la demande de suppression des corporations, privilèges injustifiés pour les maîtres et cause d'enchérissement des produits. Quant au laissez-passer, il correspondait dans son esprit à la suppression des barrières douanières intérieures, obstacles aux échanges et à la concurrence. D'où cette affirmation de Benoît : « À ses origines, la pensée économique libérale sur le rôle de l'État est donc ferme, mais nuancée : pas d'action économique conjoncturelle de l'État, mais une action de réglementation dans la mesure où cela est nécessaire pour assurer le respect par tous du libre jeu effectif des mécanismes économiques naturels » ; ce qui montre les relations de filiation de ceux que l'on nomme aujourd'hui les néo-libéraux avec les véritables inspirateurs du libéralisme économique, et permet du même coup de frapper d'inauthenticité le libéralisme dont se réclamaient Malthus et Ricardo.

Sans nul doute, Malthus et Ricardo sont bien libéraux si l'on tient pour décisive la préférence affirmée pour la liberté économique et la condamnation simultanée de l'intervention de l'État. Mais l'un et l'autre, en vérité, chacun à sa façon, s'écartent de la voie tracée par Quesnay et Smith en prônant l'adoption de mesures susceptibles d'influer sur les comportements du présent au nom du futur qu'ils croient pouvoir discerner. Sans le savoir, ils se mettent ainsi en contradiction avec les principes dont ils se réclament. Pour Malthus, l'humanité court à la famine, car la population s'accroît beaucoup plus vite que les subsistances : tel est le diagnostic de son *Essai sur le principe de population* (1798). Pour Ricardo, le risque que court l'humanité est l'augmentation des prix, qui serait surtout ressentie par les ouvriers. Dans ses *Principes de l'économie politique et de l'impôt* (1817), il explique que le salaire des ouvriers se fixe nécessairement à un niveau permettant la survie physique. Cette théorie du « salaire naturel » ignore par conséquent la

possibilité d'une politique délibérée de salaires élevés ou bien celle d'une action des salariés pour obtenir une amélioration de leur condition. Mais ce sont les événements, non les théoriciens, qui ont frappé d'inauthenticité le libéralisme de Ricardo et de Malthus. Les idées de ce dernier ont provoqué un affaiblissement des pays se réclamant du libéralisme, non seulement parce qu'ils ont limité le nombre des naissances, mais aussi en raison des obstacles qu'ils ont dressés devant l'augmentation spontanée des salaires. Quant aux idées de Ricardo relatives au « salaire naturel », elles sont devenues loi d'airain pour le socialiste allemand Lassalle avant d'être érigées en dogme dans l'interprétation du capitalisme que Marx a vulgarisée.

Avec ses *Principes d'économie politique* (1848), Stuart Mill  a renoué avec la tradition des pères fondateurs du libéralisme économique. Moraliste et économiste, il a posé le problème des rapports entre la question économique et les questions sociales : l'ordre social ne trouve son ultime justification que dans la poursuite du bonheur pour tous. C'est à lui que l'on doit la distinction entre les « lois de production », de caractère physique ou naturel, et en tant que telles parfaitement universelles, et les « lois de répartition », de caractère social, et susceptibles à ce titre d'être subordonnées à des objectifs moraux ou, si l'on préfère, politiques. En mettant ainsi l'accent sur les libertés dont l'État a pour tâche de réaliser les conditions, le libéralisme humanitaire de Stuart Mill s'opposait à la fois au laissez-faire et au pseudo-libéralisme de Ricardo et de Malthus. La voie était ouverte pour une conciliation de la liberté économique avec le progrès social.

Cependant, ce sont les succès mêmes du libéralisme économique, dans la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle et pendant les trente premières années du XX<sup>e</sup>, qui ont détourné certains libéraux de la « question sociale ». Après Léon Walras, Keynes a cédé, entre 1910 et 1930, à la tentation de la technique économique, de l'économie « pure », renonçant du même coup à la réflexion sur la finalité de la société. Qu'il s'agisse du plein emploi, de la redistribution des revenus ou du développement de la consommation des classes les moins aisées, Keynes choisit toujours la voie de la technique de l'économie, de préférence à celle de la finalité sociale de l'économie.

C'est précisément contre les pièges de l'économie pure que se sont

élevés tout d'abord Walter Lippmann aux États-Unis et Jacques Rueff en France, bientôt suivis par des penseurs venus d'horizons aussi différents qu'Alfred Sauvy, François Perroux, Jean Fourastié et Maurice Allais, tous s'accordant à la fois sur les vertus de la concurrence et sur la nécessité, afin de la préserver, d'encadrer la liberté économique par des institutions juridiques et politiques. Or, cette idée de l'encadrement institutionnel du libéralisme économique, ou de la prise de conscience de la nécessité de l'intervention du législateur, est le thème central de l'œuvre de Sismondi qui, à une conception simplement analytique et descriptive de l'économie, a substitué une conception finaliste. L'économiste, selon lui, « s'adresse au cœur aussi bien qu'à la raison ». Et il ajoute : « L'économie politique doit nous enseigner la théorie du bien-être de tous. » Ce qu'il complète par cette affirmation : « L'accroissement des richesses n'est pas le but de l'économie politique, mais le moyen dont elle dispose pour procurer le bonheur de tous. » D'où cette affirmation qui éclaire toute sa réflexion : « L'économie politique est, en grande partie, une science morale. »

Loin d'apparaître comme un reniement du libéralisme classique d'Adam Smith, la pensée de Sismondi se situe dans le prolongement de celle des physiocrates : son ambition est de mettre en accord les techniques de l'économie libérale avec les finalités de la société politique. Ses *Nouveaux Principes d'économie politique* (1819) sont d'abord un plaidoyer ardent en faveur de la liberté de l'entreprise et de la propriété privée des moyens de production. Ils portent surtout la marque d'une conviction : « La société libérale ne peut durer que si toutes les classes sont dans l'aisance. » Encore que l'égalité des conditions économiques ne soit pas l'objectif souhaitable de la société juste et bonne selon Sismondi : « Il n'importe pas que chacun ait une part égale aux fruits de la terre », car le travail « ne peut trouver de stimulant que dans ces inégalités mêmes ». Ainsi, le but de la société libérale, « ce n'est donc point l'égalité des conditions, mais le bonheur dans toutes les conditions ». D'où la nécessité, pour atteindre ce but, d'une certaine intervention du législateur et du gouvernement. Fidèle à Quesnay et à Smith, Sismondi s'oppose par conséquent au laissez-faire et au laissez-passer de l'école classique anglaise.

## @ 2. La démocratie libérale

Fruit d'une évolution historique bien plus que schéma de société conçu par

l'esprit, la démocratie libérale, en son sens premier, est la conjonction du libéralisme politique et du libéralisme économique.

### 📍 Le double principe de la démocratie libérale

Son « principe », pour s'exprimer comme Montesquieu, ou bien, si l'on préfère, son principe d'intelligibilité, est double. Il réside dans la dissociation de la politique et de l'économie et dans l'indissociabilité simultanée du libéralisme politique et du libéralisme économique. Celle-ci commande implicitement toute l'œuvre doctrinale de Sismondi ; celle-là fut explicitement proclamée, en France, dès les premières années de la Révolution en 1789.

Dissociation, d'abord, de la politique et de l'économie. En son sens exact, l'économie englobe la totalité des activités relatives à la production, à la distribution et à la consommation des richesses. Ainsi entendue, l'économie constitue bien « le fond des choses » : pas de vie humaine sans la satisfaction, dans de bonnes ou de mauvaises conditions, des besoins de tous en biens et en services ; pas de vie sociale possible s'il n'y a pas production et consommation des biens et des services tenus pour indispensables. La politique, en son sens étymologique, c'est l'organisation de la Cité, ce sont les choix fondamentaux qui déterminent les modalités de l'organisation de la société. De façon plus précise, la politique, c'est la détermination de la forme de l'État, l'organisation des différents pouvoirs publics et la mise en œuvre de leurs compétences respectives. En son sens le plus usuel, celui qui correspond à l'expression « faire de la politique », le mot désigne tout ce qui concerne l'accès aux fonctions dont la compétence est délimitée par les différents pouvoirs publics. Au sens large ou au sens étroit du terme, la politique désigne toujours l'effort des hommes en vue d'assurer la maîtrise de leur destin, leur volonté de ne pas subir sans réagir la force des choses et de déterminer eux-mêmes les traits de la société où ils vivent. Comment, du même coup, l'un des objets essentiels de la politique ne serait-il pas l'action sur l'économie ? En d'autres termes, ceux de Benoît, « si l'économie constitue le fond des choses, l'objet de la politique est d'acquérir la maîtrise des choses ».

Formule qui éclaire doublement le principe libéral de la dissociation de la politique et de l'économie. Elle affirme, en premier lieu, la prééminence de la politique sur l'économie. Alors que la thèse marxiste du matérialisme historique

affirme la primauté de l'économie, l'organisation politique n'étant guère qu'une superstructure en dernière analyse commandée par elle, le libéralisme déduit la prééminence de la politique des enseignements de l'histoire : « C'est la politique qui tend toujours à gouverner l'économie. » Elle indique, en second lieu, que le libéralisme économique commande à l'État de « refuser de considérer l'économie comme entrant globalement dans le cercle des attributions propres de la puissance publique, État ou collectivités décentralisées, pour la laisser, en règle générale, aux particuliers ». Il reste que la dissociation est simplement institutionnelle : la décision de confier l'activité économique à l'initiative et à l'action privées implique, bien loin de l'exclure, « la maîtrise de l'économie par l'État libéral ». Moraliste et économiste, Sismondi l'enseigne : le bien-être de toutes les classes sociales, le bonheur pour tous doit constituer l'horizon de toute politique. En ce sens au moins, l'économie ne doit jamais cesser d'être subordonnée à la recherche de la liberté de la personne humaine.

Second principe constitutif du libéralisme, après celui de la dissociation « institutionnelle » de la politique et de l'économie : l'indissociabilité du libéralisme politique et du libéralisme économique. L'un et l'autre constituent les deux aspects de la société libérale. L'un et l'autre convergent vers un type particulier de société que Benoît baptise démocratie libérale. La logique et l'histoire s'accordent-elles pour démontrer ou pour illustrer l'unité profonde du libéralisme ? À coup sûr, la question est cruciale, celle de savoir si les libéraux ont raison de plaider qu'il n'est pas de libéralisme qui ne soit à la fois politique et économique. Sont-ils fondés à dénoncer comme étant contre-nature l'alliance à laquelle aspirent certains socialistes entre un libéralisme intellectuel ou politique et un certain dirigisme économique, plus ou moins proche de la planification autoritaire ?

L'histoire enseigne, disent les libéraux, que le libéralisme résulte de la conjonction de deux mouvements, le libéralisme économique et le libéralisme politique, mouvements dont les origines sont distinctes mais qui procèdent, l'un comme l'autre, de la même aspiration des hommes à plus de liberté dans les sociétés au sein desquelles ils vivent. Et la logique exclut la possibilité de dissocier les deux dimensions du libéralisme. Il n'existe pas de libéralisme économique véritable sans libéralisme politique : « La liberté de produire et de consommer, souligne Benoît, ne peut exister sans la liberté de choisir, faculté qui n'est

précisément reconnue aux individus – producteurs et consommateurs – que dans le cadre du libéralisme politique. »

## 📍 L'éthique du libéralisme

La dissociation de la politique et de l'économie, l'indissociabilité du libéralisme politique et du libéralisme économique : ensemble, les deux principes attestent l'unité profonde du libéralisme. Cette unité réside dans une philosophie ou, mieux, dans ce que Jean Baechler n'hésite pas à appeler une « idéologie ». À ce titre, le libéralisme apporte une réponse à chacune des quatre questions qualifiées de fondamentales : le Mal, le pouvoir, les conflits, l'extérieur. Le Mal est sans aucun doute possible le problème fondamental de l'existence humaine, et il déborde le champ couvert par l'« idéologie ». Selon Baechler, le libéralisme donne à cette question une réponse sans ambiguïté : « En chaque homme, il y a un tyran sanguinaire et un ange de bonté [...], chaque homme, pris individuellement ou en groupe, est un mélange indissociable de Bien et de Mal [...]; quoi que l'on fasse, chacun a son versant lumineux et son ombre. » Cette réponse de Baechler revient à faire du libéralisme une version laïcisée du dualisme et à le distinguer par là des autres idéologies qui, toutes, cèdent au monisme. Une telle réponse comporte logiquement plusieurs implications : la primauté de l'ombre sur la lumière chez l'homme à l'état de nature ; l'impossibilité d'une cité idéale et la nécessité corrélative d'accepter une société imparfaite ; l'impossibilité d'accroître le Bien sans accroître simultanément le Mal.

Comme système de pensée ou comme disposition d'esprit, le libéralisme se donne également une certaine conception du pouvoir dans la société. Selon lui, le pouvoir est à la fois un bien et un mal : « Un bien, explique Baechler, en ce que seul le pouvoir permet de contenir la méchanceté naturelle. » Et d'ajouter : « Mais les détenteurs du pouvoir sont aussi des hommes et peuvent en user méchamment. » De là procède pour le libéralisme la règle impérieuse d'un pouvoir limité et divisé. Si l'on en croit en effet Baechler : « Le libéralisme parfait ou pur serait réalisé dans une société dont chaque membre serait un centre autonome de décision, qui consentirait des délégations provisoires et partielles du pouvoir et ne s'inclinerait devant la majorité qu'en se réservant le droit ultime à la révolte [...]. La réalité est plus ou moins éloignée de l'idéal, selon le nombre et la puissance des frottements. » Faute de pouvoir remplir les conditions pour qu'un tel idéal soit

possible, l'absence d'empiétement sur l'autonomie d'autrui, l'égalité du pouvoir de décision de chacun, la société libérale s'accommode de solutions institutionnelles imparfaites : la multiplicité des partis, la liberté d'association, la division des pouvoirs, le contrôle de l'administration, les procédures d'appel...

Une troisième singularité du libéralisme réside dans la manière dont il pose le problème des conflits et dont il envisage leur résolution. À cet égard, la difficulté résulte du fait que le libéralisme reconnaît les divergences entre les opinions, les intérêts ou les profits, qu'il considère même que ces divergences constituent une richesse et une chance de salut pour les sociétés. La question, du même coup, se pose de savoir comment concilier la stabilité de l'ordre collectif et la protection de la diversité sociale. Dans l'univers de rareté qui est celui où se prennent les décisions économiques, le marché est la seule procédure pacifique permettant d'arbitrer les conflits. Le marché est la seule procédure sociale qui permette à des consommateurs et à des producteurs de s'entendre sur un prix et sur un volume de transaction. C'est la loi de l'offre et de la demande : vendeurs et acheteurs se font réciproquement des concessions, qui permettent de s'arrêter à un prix qui ne satisfait personne mais que tous acceptent. Au débat entre des intérêts divergents il n'y a pas d'autre issue, hormis la procédure du marché, que la loi du plus fort, c'est-à-dire le plus souvent celle du pouvoir politique. Encore faut-il, pour que le marché soit « bon » et juste, assujettir les opérateurs à des règles impératives.

En tant que procédure d'arbitrage, le marché ne concerne pas seulement les échanges réputés « marchands ». Partout où existent une offre et une demande, le libéralisme met toute sa confiance dans le marché, conçu comme un affrontement entre des intérêts divergents, pour parvenir à un arbitrage en suivant une voie pacifique. Ainsi existe-t-il, selon cette ligne de pensée, une offre et une demande de nuptialité, de natalité, de criminalité. Et les libéraux rappellent que l'homme politique lui-même se présente sur un marché : l'échange des suffrages contre un programme. Rappel d'autant plus salutaire à leurs yeux que l'homme politique pense bien souvent pouvoir tout promettre sans jamais rien donner.

Il reste que sur l'issue de l'affrontement entre l'offre et la demande, les

libéraux n'ont pas toujours professé le même optimisme, et ils demeurent aujourd'hui encore très divisés. Pour le libéralisme des Lumières, la concurrence ne peut pas ne pas favoriser le triomphe de la raison, pour peu qu'aucune entrave ne vienne en fausser le jeu. Comme le dit encore Baechler : « ... l'équilibre ne peut être stable qu'au point où s'impose la bonne solution, devant laquelle les passions, les intérêts et les opinions s'inclineront, car le bon sens – c'est-à-dire la capacité de s'ouvrir à la vérité – est la chose du monde la mieux partagée ». En d'autres termes, la « main invisible » ou la « ruse de l'histoire », sous les apparences de mouvements browniens irrationnels, finit néanmoins par faire coïncider le réel et l'idéal. Conviction assurément contradictoire avec celle de l'imperfection irréversible des hommes : on ne peut simultanément affirmer que le Mal est indéracinable et que la Raison finira par triompher pour instaurer un ordre juste et bon.

À ce libéralisme optimiste ou angélique on peut en opposer un autre, établi sur un fond de scepticisme ou de relativisme. Dans cette seconde version du libéralisme, aucune solution ne peut être décrétée rationnelle et la coïncidence entre le réel et l'idéal n'est pas l'issue nécessaire de la confrontation des idées ou des intérêts sur le marché. Le Vrai ou le Bien ne pouvant être le privilège de personne, il faut postuler l'équivalence entre les profits et le caractère arbitraire de chacun. Une fois admis ce postulat, la confrontation sur le marché aboutit, non pas à la « bonne » solution, mais à la moins mauvaise possible, celle au moins dont la seule vertu incontestable sera d'inspirer le respect, faute de pouvoir être admise comme préférable aux autres.

Enfin, le libéralisme est singulier en ce qu'il pose autrement le problème des relations internationales et celui de la guerre. Ce sont les principes mêmes dont il se réclame qui lui commandent le respect de l'indépendance, la tolérance vis-à-vis de systèmes sociaux tenus pour « équivalents », la préférence pour les valeurs de paix ou de compromis et la condamnation simultanée des valeurs héroïco-militaires. Sur le plan international, l'idéal libéral est donc un système multipolaire et concurrentiel, calqué sur le modèle intérieur. Baechler voit dans l'adhésion à de tels principes l'ultime explication de la faiblesse des sociétés libérales, dès lors qu'elles sont confrontées avec des régimes non pluralistes. Bien que tacite, le postulat libéral selon lequel « les autres sont comme nous »

anesthésie et ne peut pas ne pas anesthésier « la réaction normale de méfiance et d'opposition devant l'étranger ».

Le Bien inextricablement associé au Mal, un pouvoir limité et divisé, la confiance dans le marché comme procédure de résolution des conflits, le présupposé ethnologique de l'équivalence des cultures érigé en principe d'action dans les relations avec les autres États : le libéralisme est à la fois une façon d'interpréter la société présente et un projet pour l'avenir. Il ne se confond pas avec le conservatisme parce qu'il est avant tout une volonté de liberté, de changement et de responsabilité. Il s'oppose en tous points à l'individualisme égoïste, au repliement sur soi qui caractérise les sociétés idéocratiques, asservies qu'elles sont à une vérité qu'elles prennent ou qu'elles feignent de prendre, pour « la » vérité.

### 📍 Le retour du libéralisme

Il n'est guère excessif d'avancer que la polémique partisane, depuis près de deux siècles, est dominée pour l'essentiel par la question du libéralisme. Libérale en paroles et par son action, la Révolution de 1789 a été détournée très vite de ses objectifs par un mouvement connu sous le nom de jacobinisme. Au nom de l'égalité et de leur impatience à créer une société selon leur cœur, les Jacobins ont institué un pouvoir central et autoritaire. La terreur ne fut bientôt plus que l'autre nom de l'État, et l'autoritarisme devint celui de l'égalité. L'opposition jacobine a assurément retardé de plusieurs décennies la mise en œuvre de la démocratie libérale proclamée par 1789.

L'autre opposition virulente au libéralisme est venue de l'Église catholique. La méconnaissance du libéralisme est profonde parmi les membres du clergé, si l'on en juge par les déclarations fréquentes qui sont faites à son endroit. Souvent, ils identifient laissez-faire et libéralisme, définissant ainsi ce dernier comme le faisaient ses adversaires, plus que ses partisans. Ce n'est sans doute pas un hasard si le libéralisme a rencontré moins d'obstacles dans les pays majoritairement protestants. On sait pourtant le caractère novateur et parfaitement « libéral » de la plupart des encycliques promulguées par Rome depuis le début des années 1960. La proclamation par Rome, dont les démêlés avec la liberté d'expression furent nombreux, d'un droit de tous à une information objective revêt

à cet égard une valeur symbolique de première importance.

Le libéralisme subit également les attaques de ceux qui se réclament de lui : ce sont les adversaires de l'intérieur, les plus dangereux car ils avancent masqués. Parmi eux, Malthus ou Ricardo, ces faux libéraux coupables de prêcher pour autre chose qu'un simple encadrement institutionnel du marché et de la concurrence. Plus récemment, ces économistes qui cèdent à la tentation de la technique économique ou de l'économie pure, indifférents qu'ils sont aux finalités ultimes de la société libérale et à la philosophie qui l'inspire nécessairement.

Adversaires déclarés du libéralisme, sous toutes ses formes, ceux qui tiennent l'État pour l'instrument exclusif de la liberté réelle et concrète de l'individu. Fasciné par l'État prussien, Hegel voyait dans l'État l'incarnation de l'Esprit à l'œuvre dans l'Histoire. Le libéralisme, quant à lui, n'accepte pas plus la déification de l'État que l'illusion de son dépérissement.

Mais c'est évidemment le socialisme qui constitue le principal défi au libéralisme. Entendu dans son sens le plus général, le socialisme tient pour nécessaire, au nom de la primauté de l'intérêt général sur les intérêts particuliers, la substitution de l'action de la collectivité sur la libre initiative des individus qui la composent. Proudhon, le premier, lance l'anathème : « La propriété, c'est le vol. » Alors que les libéraux font du droit de propriété le fondement même de la liberté, le socialisme de Proudhon considère qu'elle est la cause ultime de l'inégalité, de l'injustice et de l'asservissement. Par-delà son interprétation de la société capitaliste, Marx fera de l'appropriation collective des moyens de production le passage obligé vers la société sans classe, celle où peut seulement prendre fin l'exploitation de l'homme par l'homme.

Le plus grand défi que le marxisme ait lancé contre le libéralisme réside dans la distinction, désormais classique, entre les libertés « formelles » et les libertés « réelles ». À quoi bon bénéficiaire de la liberté formelle, inscrite dans le droit positif, si l'on ne dispose pas des moyens de l'exercer ? Quelle est la liberté des loisirs de celui dont le temps est tout entier absorbé par le travail quotidien ? Que signifie pour un homme d'être libre de se cultiver s'il manque matériellement du minimum vital ? Semblables questions, les démocraties qui se réclament du

libéralisme ne se les seraient sans doute pas posées de la même façon, en l'absence du défi marxiste. Au moins se seraient-elles montrées moins attentives aux conditions qui influent, et qui ne peuvent pas ne pas influencer sur l'exercice des libertés consacrées et garanties par les dispositions juridiques.

À cette distinction, qui les oblige à la confrontation du droit avec les faits, les libéraux doivent seulement rappeler que les libertés baptisées formelles sont la condition d'existence des libertés réelles. Ou bien, selon la formule de Raymond Aron dans son *Essai sur les libertés* : « Contre une certaine complaisance des privilégiés, enclins à s'accommoder de la misère du plus grand nombre pourvu que leurs libertés formelles fussent respectées, la protestation marxiste n'a rien perdu de sa fraîcheur. Mais le jour où, sous prétexte de liberté réelle, l'autorité de l'État s'étend à l'ensemble de la société et tend à ne plus reconnaître de sphère privée, ce sont les libertés formelles que revendiquent les intellectuels et les masses elles-mêmes. »

En cette fin du XX<sup>e</sup> siècle, celui dont les hommes se sont dits si volontiers les fils naturels du stalinisme et du fascisme, on assiste au retour du libéralisme. La pensée libérale inspire à nouveau les savants. L'unité profonde de la personnalité humaine est prise en compte et l'examen des comportements de l'homme social se recommande du modèle du marché. Ce qui implique une lecture autre de la famille, de la criminalité, de la vie politique. Les sciences sociales prennent alors une nouvelle dimension : elles deviennent la science des choix plus ou moins rationnels qui se présentent aux hommes dans toutes les circonstances de leur vie.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## @ ORDRE PUBLIC

### ***Prise de vue***

L'expression d'ordre public évoque communément l'ordre dans la rue. Cette conception populaire – que Bernanos dénonçait comme « une conception

hideuse de l'ordre » – n'est pas totalement inexacte, mais la notion d'ordre public est, juridiquement, beaucoup plus subtile.

L'ordre se comprend aussi comme organisation, comme stabilité sociale sans laquelle les sociétés humaines ne sauraient vivre et qu'il appartient à l'État d'assurer. L'ordre public se présente alors comme l'ensemble des institutions qui tendent à garantir tant la sécurité des rapports entre les citoyens que le cours normal de la vie publique, et une distinction s'impose immédiatement à son égard.

D'une part, un but d'ordre public justifie certaines opérations ou décisions nécessaires au bon ordre de la vie sociale. D'autre part, un caractère d'ordre public s'attache, avec ses effets propres, à certaines règles de droit dont il paraît exiger strictement l'observation.

De ces deux aspects de l'ordre public – les exemples seront pris dans le droit français – les juristes soulignent plus particulièrement le second, et cela de l'une à l'autre des diverses branches du droit, dont chacune entend et utilise plus ou moins à sa façon la notion juridique qui leur est commune. Mais cette notion, si forte qu'elle soit de sa technique et de son vaste champ d'application, de son originalité comme de sa souplesse, ne doit pas faire oublier la réalité primaire élémentaire, qui reste la manifestation fondamentale de l'ordre public.

## 📍 Le but d'ordre public

Les exigences de l'ordre public expliquent deux formes bien différentes d'intervention de l'autorité, que réunit au fond la poursuite d'un but identique. Il s'agit des mesures de maintien de l'ordre et des mesures de police administrative.

### **Le maintien de l'ordre**

Aux termes d'un décret du 20 mai 1903 portant règlement sur l'organisation et le service de la gendarmerie, « la police administrative a pour objet la tranquillité du pays, le maintien de l'ordre et l'exécution des lois et règlements d'administration publique » (art. 59).

À cet égard, selon les termes du même décret, la gendarmerie est invitée à adresser des rapports spéciaux, dans le plus bref délai, à l'autorité administrative (art. 51 et 87) « pour les événements pouvant intéresser l'ordre public ou la sûreté générale », ou (art. 53) « ayant une sérieuse importance au point de vue de l'ordre public ou de la sûreté de l'État et nécessitant des mesures spéciales pour maintenir l'ordre (grèves, émeutes populaires, attentats anarchistes, complots, provocation à la révolte, découvertes de dépôts d'armes ou de munitions, d'ateliers clandestins de fabrication d'explosifs, etc.) ».

Corrélativement, la gendarmerie peut recevoir des réquisitions de l'autorité administrative quand il s'agit, notamment, « d'aller assurer le maintien de l'ordre sur des points où il est menacé » (art. 67). Cela étant, « dans tout service exécuté en troupe, en vue du maintien de l'ordre ou de la tranquillité publique, les gendarmes ou gardes à pied sont toujours armés de la carabine ou du fusil » (art. 96).

En effet, même en l'absence de l'autorité judiciaire ou administrative, les officiers, gradés et gendarmes peuvent « déployer la force armée », c'est-à-dire faire usage de leurs armes, pour se défendre contre des violences ou les menaces d'individus armés, lorsqu'ils ne peuvent remplir autrement leur mission, lorsque des personnes invitées à s'arrêter ne peuvent y être contraintes autrement, et même, « lorsqu'ils ne peuvent immobiliser autrement les véhicules, embarcations ou autres moyens de transport dont les conducteurs n'obtempèrent pas à l'ordre d'arrêt » (art. 174).

Finalement, « dans aucun cas les brigades ne doivent quitter le terrain ni rentrer à leur résidence avant que l'ordre soit parfaitement rétabli [et] doivent se rappeler que force doit toujours rester à la loi » (art. 176), sans méconnaître qu'aussi bien « une des principales obligations de la gendarmerie étant de veiller à la sûreté individuelle, elle doit assistance à toute personne qui réclame son secours dans un moment de danger » (art. 302).

Ces dispositions qui s'appliquent à l'activité d'autres corps de police décrivent parfaitement ce qu'est le *maintien de l'ordre*. Cependant, celui-ci, avec ou sans intervention de la gendarmerie, est aussi l'un des objets de la police

administrative tout comme la tranquillité du pays et l'exécution des lois et règlements.

## **La police administrative**

En droit administratif, l'application essentielle de la notion d'ordre public concerne la théorie de la police administrative et définit les buts en vue desquels les mesures de police administrative peuvent être légalement prises.

C'est ainsi que la police municipale – dont le maire est chargé, sous la surveillance de l'administration supérieure – « a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publique », aux termes du Code de l'administration communale (art. 96 et 97).

Cela étant, et pour prendre un exemple, le visa de la commission de contrôle des films cinématographiques ne met pas le responsable de la projection d'un film licencieux à l'abri d'une condamnation pénale pour délit d'outrage aux bonnes mœurs, car « le principe de la séparation des pouvoirs s'oppose à ce qu'une autorisation administrative, même accordée en vertu d'un texte réglementaire, relève le juge répressif du devoir qui n'incombe qu'à lui d'appliquer la loi pénale. » Toutefois une question peut être soulevée ici : le maire a-t-il le droit d'interdire la projection du film sur le territoire de sa commune ?

Dans un arrêt du 18 décembre 1959 (Société « Les Films Lutétia »), le Conseil d'État a jugé que le Code de l'industrie cinématographique, « en maintenant le contrôle préventif institué par les textes antérieurs, a notamment pour objet de permettre que soit interdite la projection des films contraires aux bonnes mœurs ou de nature à avoir une influence pernicieuse sur la moralité publique, cette disposition législative n'a pas retiré aux maires l'exercice, en ce qui concerne les représentations cinématographiques, des pouvoirs de police qu'ils tiennent de l'article 97 de la loi municipale du 5 avril 1884 ; [et donc] qu'un maire, responsable du maintien de l'ordre dans sa commune, peut interdire sur le territoire de celle-ci la représentation d'un film auquel le visa ministériel d'exploitation a été accordé, mais dont la projection est susceptible d'entraîner des troubles sérieux ou d'être, à raison du caractère immoral dudit film et de circonstances locales, préjudiciable à l'ordre public. »

Ainsi donc, l'arrêté municipal d'interdiction ne peut se fonder sur la seule immoralité d'un film (dont l'appréciation au regard de la loi pénale appartient aux juridictions répressives). Mais l'interdiction de la projection du film peut être parfaitement justifiée par la probabilité d'une atteinte à l'ordre public.

Cette solution illustre bien l'intérêt du but d'ordre public pour la justification des mesures de police administrative. Elle est également à retenir pour la distinction qu'elle consacre entre l'ordre public et les bonnes mœurs, que d'autres textes, au contraire, tendent à rapprocher, voire même à confondre.

### 📍 Le caractère d'ordre public

La mesure de police administrative, à but d'ordre public, ne se rencontre pas qu'en droit administratif, puisqu'on trouve dans le Code de procédure pénale, par exemple, la détention provisoire admise, notamment, « lorsque cette détention est nécessaire pour préserver l'ordre public du trouble causé par l'infraction » (art. 144), la publicité des débats écartée par le huis clos si elle doit être « dangereuse pour l'ordre ou les mœurs » (art. 306), la possibilité d'un pourvoi en cassation déclaré immédiatement recevable, par exception, « dans l'intérêt de l'ordre public » (art. 570) ou le renvoi d'une affaire, d'une juridiction à une autre, ordonné « pour cause de sûreté publique » (art. 665).

Il existe néanmoins une autre fonction de la notion d'ordre public, que le droit administratif n'ignore pas, et qui connaît dans les autres branches du droit un développement remarquable. Dans les domaines les plus variés, en effet, il existe des règles de droit dites d'ordre public, à l'application desquelles il est interdit de déroger, sous la menace de sanctions ou la garantie de facilités procédurales également caractéristiques.

### **L'interdiction de déroger**

Le principe fondamental est posé par l'article 6 du Code civil, d'après lequel « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs » ; d'où il résulte, par exemple, que la cause d'une obligation est illicite « quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public » et que l'obligation, en ce cas, « ne peut avoir aucun effet »

(art. 1131 et 1133).

Le domaine d'application de ce principe est très vaste. En effet, à côté d'un ordre public civil, concernant principalement l'intégrité corporelle, la liberté et la condition juridique des personnes, on a vu se développer un ordre public monétaire, un ordre public fiscal et un ordre public économique, qui prend une extension toujours plus grande.

En droit civil ou commercial, ou en droit du travail, l'ordre public se manifeste par l'interdiction de déroger par des actes juridiques à l'application de la règle d'ordre public. En droit international privé, au contraire, cette même règle est reconnue d'ordre public pour écarter le jeu des effets que devrait normalement produire en France non seulement l'expression d'une volonté privée, mais aussi bien l'application d'une loi étrangère ou un acte quelconque d'une autorité étrangère.

En droit administratif, la notion d'ordre public joue un rôle analogue, mais adapté, comme en droit international privé, aux régimes et aux situations en cause. Il y est admis qu'il est des règles s'imposant impérativement avec une force particulière. C'est ainsi qu'une disposition législative déclarant qu'une mesure administrative « ne pourra faire l'objet d'aucun recours » est comprise comme n'excluant pas, par elle-même, la possibilité d'un recours pour excès de pouvoir, fondé sur un principe d'ordre public. On peut dire que l'ordre public, en droit administratif, a pour effet de donner une force exceptionnelle à certains principes généraux du droit.

En droit pénal ou criminel, on doit dire que tout est d'ordre public, en ce sens que – sauf le cas où la définition de l'infraction comprend le non-consentement de la victime (cas du vol, du viol, etc.) – il n'est pas possible de consentir à l'accomplissement de l'infraction pénale, ni de renoncer préventivement à en poursuivre réparation. Tout ce que la loi pénale incrimine est d'ordre public, et la remarque est d'une grande importance.

Si la rigueur de ses sanctions caractérise en effet extérieurement d'une façon très sûre l'ordre public, celui-ci ne se laisse pas aisément définir en lui-même

Les auteurs insistent à cet égard, d'une part, sur le caractère concret de l'application qu'il faut en faire en chaque cas et, d'autre part, sur sa variabilité, sur sa relativité, bref, sur la difficulté de savoir exactement, en chaque pays et à chaque époque, quelles règles juridiques sont ou ne sont pas d'ordre public. Mais la loi elle-même, si elle ne le précise pas toujours expressément, l'indique souvent implicitement par la façon dont elle aménage les sanctions de la violation de l'ordre public.

### **La sanction de la dérogation**

La sanction de la violation d'une règle d'ordre public est normalement la *nullité* de l'acte illégal et une nullité d'ordre public qui présente des caractères particuliers.

C'est une nullité qui, en règle générale et sauf exception légale, peut être invoquée par toute personne y ayant intérêt et par le ministère public. Le juge peut la prononcer d'office. Elle ne peut être écartée par la volonté des parties à l'acte, ni effacée par une confirmation de celui-ci. L'action en annulation ne se prescrit que par trente ans et l'exception de nullité peut être soulevée à tout moment de la procédure, c'est-à-dire tant qu'une décision définitive n'a pas donné son dernier terme au procès.

En droit international privé, cependant, la nullité n'est pas la seule sanction. On y voit jouer plus fréquemment cette autre sanction qu'est l'*inopposabilité*, sanction se traduisant par le refus d'appliquer en France, dans tel cas concret, la loi étrangère ou la décision d'une autorité étrangère.

En procédure civile, pénale ou administrative, la notion d'ordre public peut également intervenir et sous la garantie des deux sanctions que sont la nullité et l'inopposabilité. Il est bien évident que la règle d'ordre public pourra être méconnue si personne n'en demande l'application au cours de la procédure, et si le juge s'abstient de l'appliquer d'office (c'est ainsi que s'explique la « correctionnalisation » judiciaire, par laquelle un véritable crime peut être jugé et puni comme un simple délit correctionnel). Mais la notion d'ordre public peut jouer un rôle important dans toutes les procédures.

À cet égard, tout ce qui touche à l'organisation judiciaire est généralement considéré comme d'ordre public alors qu'en procédure civile (et même, dans une bien moindre mesure, en procédure pénale) relativement peu de règles concernant la marche des procédures sont reconnues d'ordre public. Mais le caractère d'ordre public de la règle de fond ou de forme exerce encore une influence notable sur le cours du procès, à la faveur de ce qu'on appelle les moyens d'ordre public.

### **Les moyens d'ordre public**

L'application de certaines règles de procédure peut être écartée en présence de tel ou tel moyen d'ordre public, et cela est admis qu'il s'agisse d'une procédure civile, pénale ou administrative.

Ce moyen peut s'appuyer sur une règle de fond ou sur une règle de forme, méconnue en l'espèce. Si cette règle est d'ordre public, le moyen qui en est tiré peut être soulevé d'office par le juge ; il peut être invoqué par le plaideur alors même que le droit d'action (ou d'exception) sera éteint et en tout état de la procédure, c'est-à-dire même dans le cas où il se présenterait sous la forme d'une demande nouvelle formulée pour la première fois en cour d'appel ou de cassation.

En réalité, il n'y a là qu'un renforcement de la rigueur de la sanction normale de la violation des règles d'ordre public. Mais l'ordre public y produit en quelque sorte un effet positif, alors que son effet principal et habituel est de caractère négatif, puisqu'il est constitué par l'interdiction de déroger à l'application de la règle d'ordre public.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## UNION EUROPÉENNE - Politique de l'environnement

### ***Prise de vue***

À beaucoup d'égards, la politique européenne de l'environnement a pour principale préoccupation la relation entre protection de l'environnement et

développement économique. La capacité des pays industrialisés à maintenir une croissance satisfaisante dépend dans une large mesure de leur succès dans la conciliation des exigences de la compétitivité avec celles de l'environnement. Dans le cas de l'Europe occidentale, cette dialectique a, depuis l'origine, une dimension supplémentaire : celle de l'intégration communautaire, de la création du marché intérieur.

Dans le traité de Rome de 1957, l'intégration des marchés constituait l'œuvre fondamentale de la Communauté économique européenne ; il fallait, par exemple, faire échec aux obstacles à la libre circulation des marchandises résultant de normes techniques ou aux possibles effets anticoncurrentiels des aides étatiques accordées aux industries. La protection de l'environnement n'était guère considérée comme un but en soi dans les années 1960. Ce n'est qu'en 1972, année de la conférence des Nations unies de Stockholm, que la Communauté aborda réellement les questions relatives à l'environnement. La Commission présenta sa première communication consacrée à ce sujet le 24 mars 1972 et, la même année, les chefs d'État et de gouvernement adoptèrent le principe d'une politique communautaire de l'environnement.

Les besoins de la protection de l'environnement dépassent dans la plupart des cas le cadre des frontières politiques : la nature même des problèmes environnementaux en faisait des thèmes propre à une prise en charge par la Communauté.

## 📍 1. Fondements et principes de la politique communautaire de l'environnement

### Les fondements

Le cadre juridique d'une action en matière d'environnement a été institué en 1986 par l'acte unique européen, qui a fait entrer ce sujet dans le traité instituant la Communauté européenne en lui consacrant les articles 130 R, S et T. Puis le traité sur l'Union européenne a élevé cette action au rang de politique à part entière en 1992, précisant que le développement harmonieux des activités

économiques qui constitue l'une des composantes de la mission de la Communauté doit être « équilibré » et accompagné d'une croissance « durable et non inflationniste respectant l'environnement ».

La consolidation du cadre juridique de la politique de l'environnement est parachevée par le traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997, qui, en réorganisant l'ensemble du traité instituant la Communauté européenne, déplace ses textes fondamentaux vers les articles 174, 175 et 176. Il ajoute que le développement des activités économiques auquel la Communauté a pour mission de pourvoir doit non seulement être « harmonieux » et « équilibré », mais encore « durable ». La recherche du développement durable, qui ouvre la voie à un traitement harmonieux de bien des hésitations entre les objectifs économiques et environnementaux en les dotant d'une logique commune, fait ainsi son chemin jusque dans l'acte institutionnel suprême de l'Union européenne. De manière plus concrète, les objectifs économiques doivent être assortis de la recherche d'« un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement », qui devient l'une des composantes de cette mission.

## 🌐 Les principes

S'il fallait n'énoncer qu'un seul principe de la politique européenne de l'environnement, ce pourrait être celui qui vise un niveau élevé de protection. Les applications en sont omniprésentes dans les mesures prises. Mais il faut toujours tenir compte de la diversité des situations dans les différentes régions de la Communauté et des caractéristiques de chaque matière.

Les principes d'action préventive, de précaution et de correction par priorité à la source des atteintes à l'environnement doivent également animer cette politique. Le principe de prévention conduit à empêcher la création de pollutions ou de nuisances, plutôt qu'à y remédier. Le principe de précaution vise à ce que, par prudence, certaines mesures soient (ou au contraire ne soient pas) prises même en l'absence de certitude scientifique quant à la réalité du risque encouru ; c'est lui qui est invoqué en matière d'organismes génétiquement modifiés (O.G.M.), par exemple. Le principe de correction par priorité à la source requiert une intervention sur l'objet même qui provoque, directement ou indirectement, l'impact sur l'environnement, notamment dans les cas de pollution transfrontière.

Enfin, la référence au principe du pollueur-payeur est de plus en plus fréquente. À l'origine, durant les années 1970, il s'agissait d'appliquer des normes imputant aux pollueurs la charge de l'élimination de leurs nuisances. D'où l'interdiction des aides d'État, même aux investissements favorables à l'environnement. Depuis le début des années 1990, un recours croissant aux mécanismes du marché incite à rechercher le soutien de la théorie. La théorie micro-économique dite des « externalités » considère, sous certaines hypothèses, qu'une taxe, égale au montant que les usagers seraient prêts à payer pour limiter la « déséconomie externe » causée par la nuisance, conduit à une maximisation des profits à un niveau de production, et donc de pollution, inférieur à ce qu'il serait en l'absence d'un tel prélèvement.

## 🌐 Le cinquième programme d'action pour l'environnement

Dans son cinquième programme d'action pour l'environnement intitulé *Vers un développement soutenable*, adopté en mai 1993, la Commission exprimait, chiffres à l'appui, son inquiétude face à la dégradation de l'environnement impliquée par l'instauration du marché unique. Le rapprochement progressif avec les pays de l'Association européenne de libre échange, très attentifs à la question de l'écologie, et le resserrement des liens avec les pays d'Europe centrale et orientale, beaucoup plus pollués, compliquaient encore la situation. Comme ses prédécesseurs, le cinquième programme d'action comportait des « objectifs à long terme » et des « cibles à atteindre » ainsi qu'un « ensemble représentatif de dispositions à prendre » à ces fins.

Pour faire face à ce qu'elle tenait alors pour « le défi des années 1990 », la Commission s'efforçait d'imposer un changement des modes de consommation et des comportements tendant vers une « responsabilité partagée » : sa stratégie visait à créer une interaction entre les gouvernements, les industries, le public et les principaux secteurs économiques. La Commission exprimait dans son document le besoin de pouvoir disposer d'une gamme plus large d'instruments d'intervention.

## 🌐 2. La protection des domaines de l'environnement

Les mesures qui visent à la protection des grands domaines de

l'environnement forment en fait un ensemble très hétéroclite.

## 🌐 La politique de l'eau

Une directive instituant un cadre pour l'action communautaire dans le domaine de l'eau remplacera prochainement une partie des mesures relatives au milieu aquatique et à son usage : qualité des eaux superficielles destinées à la production d'eau alimentaire, informations relatives à la qualité des eaux douces superficielles, qualité des eaux douces piscicoles, des eaux conchylicoles ou encore protection des eaux souterraines. Pour préserver et améliorer l'état des écosystèmes aquatiques, elle imposera une gestion des ressources à l'échelon de districts hydrographiques, directement inspirés des bassins hydrographiques français, lesquels constituent le niveau géographique le plus pertinent pour la mise en œuvre de plans de gestion globaux. Des valeurs limites d'émission seront fixées par référence aux meilleures techniques disponibles. Mais, si leur application ne permet pas de respecter des normes de qualité environnementale, des conditions plus sévères pourront être imposées.

D'autres mesures relatives à l'eau conservent leur objet spécifique : la directive du 21 mai 1991, relative au traitement des eaux urbaines résiduaires, particulièrement connue parce qu'elle impose aux agglomérations de plus de deux mille personnes d'être équipées de systèmes de collecte des eaux urbaines résiduaires au plus tard le 31 décembre 2005, la directive du 12 décembre 1991, concernant la protection des eaux contre la pollution par les nitrates à partir de sources agricoles, ou encore la directive du 18 décembre 1975 sur la qualité des eaux de baignade, qui a imposé une information du public à ce sujet. Citons enfin la directive du 3 novembre 1998, relative à la qualité des eaux destinées à la consommation humaine, qui contraint à diminuer en vingt-cinq ans la teneur maximale de l'eau en plomb de 50 mg/l à 10 mg/l, pour un coût évalué à plus de 50 milliards d'euro.

## 🌐 La pollution atmosphérique

Les véhicules, les autres engins mobiles et leurs carburants ont fait l'objet de nombreux textes dès le début des années 1970, au premier rang desquels figure la directive du 20 mars 1970 sur les mesures à prendre contre la

pollution de l'air par les gaz émis par les moteurs. Plus récemment, la directive du 20 décembre 1996 a institué un contrôle technique des véhicules à moteur et de leur remorque.

Les directives du 28 juin 1984, relative à la lutte contre la pollution atmosphérique en provenance des installations industrielles, du 24 novembre 1988, relative à la limitation des émissions de certains polluants dans l'atmosphère en provenance des grandes installations de combustion, et du 8 juin 1989, sur les installations nouvelles d'incinération des déchets municipaux ont été affectées par l'entrée en vigueur prochaine de la directive du 24 septembre 1996, relative à la prévention et la réduction intégrées de la pollution (I.P.P.C., *Integrated Prevention Pollution Control*) – la plus caractéristique des réglementations non sectorielles –, qui a remplacé la première et pris le relais des mécanismes d'autorisation préalable prévus par les deux autres.

La directive du 11 mars 1999, relative à la réduction des émissions de composés organiques volatils dus à l'utilisation de solvants organiques dans certaines activités, soumet les installations concernées à autorisation préalable. De manière assez inhabituelle, elles peuvent cependant se conformer à un schéma de réduction permettant à l'exploitant d'obtenir, par d'autres moyens, des résultats comparables et les États membres peuvent les exempter du respect des valeurs limites si ils mettent en œuvre des plans nationaux de réduction préalablement approuvés par la Commission.

Pour la protection de la couche d'ozone, le règlement du 15 décembre 1994 régit la production, l'importation, l'exportation, l'offre, l'utilisation et la récupération des chlorofluorocarbures et des hydrochlorofluorocarbures de manière draconienne, puisqu'il a très largement interdit les premiers et considérablement restreint les seconds, eux aussi appelés à disparaître.

Enfin, la première vague de réglementation relative à la qualité de l'air, qui avait fixé des valeurs limites de concentration de certaines substances, tels l'anhydride sulfureux et les particules en suspension, le plomb ou le dioxyde d'azote, a été remplacée par la directive du 27 septembre 1996, concernant l'évaluation de la qualité de l'air ambiant. Ce texte définit les principes de base

d'une stratégie commune en la matière en imposant le respect de valeurs limites de concentration et de seuils d'alerte pour les niveaux de pollution de l'air ambiant. Les États membres doivent établir la liste des zones et des agglomérations où ces valeurs limites sont dépassées et adopter un plan ou un programme permettant de les atteindre dans les délais fixés.

### @ La protection des milieux naturels

En ce qui concerne les milieux naturels, un nombre de recours particulièrement important est exercé à l'encontre de la France du fait de sa violation récurrente des mesures relatives à la chasse. La directive du 2 avril 1979, concernant la conservation des oiseaux sauvages, prévoit la mise en place d'un réseau de zones de protection spéciales appropriées pour 175 espèces d'oiseaux et des espèces migratrices. La directive du 21 mai 1992, concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages, vise à établir un réseau communautaire de zones spéciales de conservation appelé Natura 2000, pour 174 types d'habitats naturels, 173 espèces animales et 309 espèces végétales. Le règlement du 9 décembre 1996, relatif à la protection des espèces de faune et de flore sauvages par le contrôle de leur commerce, met en place un système d'interdiction et d'autorisation préalable particulièrement rigoureux. Ce dispositif est complété par la directive du 29 mars 1999, relative à la détention d'animaux sauvages dans un environnement zoologique, qui institue un régime de mesures d'octroi de licence et d'inspection des jardins zoologiques.

### @ 3. La réglementation des objets polluants

La réglementation qui s'attache aux objets ayant un impact sur l'environnement est également très diverse.

#### @ Les déchets

En matière de gestion des déchets, une stratégie communautaire donne la priorité à la prévention sur la valorisation et l'élimination. Son cadre juridique, la directive du 15 juillet 1975, a un champ d'application qui laisse une large marge d'appréciation aux États membres, puisqu'il s'applique à « toute substance ou tout objet [...] dont le détenteur se défait ou dont il a l'intention ou l'obligation de se défaire », et que les listes de déchets ont un caractère indicatif. Plans de gestion et

réseaux intégrés d'installations d'élimination soumises à autorisation préalable constituent les pièces maîtresses ce dispositif. Celui-ci est renforcé à l'égard des déchets dangereux par la directive du 12 décembre 1991.

Ce cadre général est complété par des mesures spécifiques, telles que la directive du 16 décembre 1994, concernant l'incinération des déchets dangereux, et le règlement de février 1993, concernant la surveillance le contrôle des transferts de déchets à l'intérieur, à l'entrée et à la sortie de la Communauté. S'y ajoutent des directives spécifiques à certains déchets, comme les huiles usagées, à l'utilisation des boues d'épuration en agriculture, aux emballages et déchets d'emballages, aux P.C.B. et P.C.T. ou encore aux piles et accumulateurs.

### @ Les substances et organismes dangereux

À une époque où il n'était pas encore question de protection de l'environnement, par la directive du 16 août 1967, sans cesse actualisée depuis lors, la Communauté a organisé la classification, l'emballage et l'étiquetage des substances dangereuses. Puis, les risques d'accidents majeurs de certaines activités industrielles mettant en œuvre des substances dangereuses sont venus au premier plan de l'actualité avec l'accident de Seveso. Le législateur communautaire leur a consacré la directive du 24 juin 1982, ultérieurement remplacée par la directive du 9 décembre 1996 dite Seveso II, qui prescrit de prendre les mesures qui s'imposent pour prévenir de tels accidents et en limiter les conséquences pour l'homme et l'environnement, notamment au moyen de l'autorisation et du suivi des activités concernées. Enfin, les organismes génétiquement modifiés (O.G.M.) sont réglementés : lorsqu'il s'agit de leur utilisation confinée, par la directive du 23 avril 1990, modifiée par la directive du 26 octobre 1998, et, lorsqu'il s'agit de leur dissémination volontaire, par la directive du 23 avril 1990 et le règlement du 27 janvier 1997, relatifs aux nouveaux aliments et aux nouveaux ingrédients alimentaires.

### @ Les objets bruyants

Les directives du 6 février 1970, relative au niveau sonore admissible et au dispositif d'échappement des véhicules à moteur, et du 23 novembre 1978, relative au niveau sonore admissible et au dispositif d'échappement des

motocycles sont très vite intervenues, largement inspirées par des motivations libre-échangistes. Les avions ont vu leurs valeurs limites d'émissions sonores réduites successivement au fur et à mesure de l'évolution des accords de l'Organisation de l'aviation civile internationale, relayés par la réglementation communautaire. Mais il existe aussi des directives pour les engins et matériels de chantier (motocompresseurs, grues à tour, groupes électrogènes et autres pelles hydrauliques), et même pour les tondeuses à gazon et les appareils domestiques...

## 📍 4. Les progrès d'une réglementation plus générique

### Les mesures transversales

Des actions plus modernes s'affranchissent des carcans que constituent les divers domaines et phénomènes de l'environnement. Une approche profondément différente, dite « transversale », doit permettre de mieux tenir compte de leur interdépendance. En progressant, la politique de l'environnement a fini par couvrir les divers aspects de l'environnement concernés par un phénomène, par exemple une activité économique.

Le prototype d'une telle mesure transversale a été la directive du 27 juin 1985, concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, qui impose aux États membres de subordonner à la réalisation et à la prise en compte des résultats d'études d'impact tous les travaux de construction ou d'autres installations ou ouvrages ou d'autres interventions dans les milieux naturels ou le paysage qui sont susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement.

Depuis l'adoption de la directive du 24 septembre 1996, sur la prévention et la réduction intégrées de la pollution, cette approche est qualifiée d'« intégrée », parce qu'elle vise à l'appréhension de l'ensemble des phénomènes environnementaux, quel que soit le secteur de l'environnement ou l'objet polluant concerné. Elle devrait connaître d'intéressants développements, répondant clairement au souci d'efficience du droit européen de l'environnement.

### 📍 Les instruments économiques et fiscaux

Le droit européen de l'environnement fait appel aux mécanismes du

marché pour donner suite au vœu de partage de responsabilité formulé dans le cinquième programme. Apparaissent ainsi des instruments, largement fondés sur le principe pollueur-payeur, c'est-à-dire qui visent à « internaliser » les coûts externes environnementaux. Ils devraient prendre une place de plus en plus grande parmi les moyens utilisés pour obtenir des prix qui reflètent la réalité de tous les coûts, pour faire jouer les incitations fondées sur les mécanismes du marché ou pour susciter un comportement économique qui soit également écologique. Le législateur communautaire s'efforce de créer de tels instruments économiques et fiscaux, qui s'appuient sur ces phénomènes micro-économiques. Mais, constatant les obstacles qui s'y opposent, il se résout à les adjoindre aux plus classiques instruments réglementaires, à l'occasion de leur révision.

### 🌱 Les accords et engagements dits « volontaires »

La Commission favorise désormais, sous certaines conditions, la mise en œuvre des directives communautaires par la voie de simples accords environnementaux entre les pouvoirs publics et les intéressés. Dans une communication du 27 novembre 1996, elle en a, en effet, dressé un bilan prudent mais néanmoins positif, fondé sur l'expérience des États membres ; une expérience d'ailleurs inégalement répartie, puisque, si cette technique contractuelle est fréquente aux Pays-Bas, elle l'est beaucoup moins dans les autres pays. Mais ces accords doivent être contraignants pour contribuer à la mise en œuvre de normes elles-mêmes obligatoires, et lier tous les intéressés, ce qui les exclut lorsque ces normes confèrent des droits et obligations aux particuliers.

Doivent en être distingués les engagements volontaires qui permettent aux entreprises de s'engager de manière facultative, le système communautaire de management environnemental et d'audit, d'une part, et le label écologique, d'autre part. Les industriels qui y satisfont subissent les coûts tant des démarches occasionnées que des mesures environnementales qui en résultent, le cas échéant, et que les consommateurs devraient en contrepartie favoriser par leurs choix.

### 🌱 L'intégration dans les autres politiques

Les exigences de la protection de l'environnement doivent, selon l'article

6 du traité instituant la Communauté européenne, être « intégrées dans la définition et la mise en œuvre des autres politiques », par rapport auxquelles la politique de l'environnement fait ainsi figure de privilégiée : l'omniprésence des considérations qui l'animent la distingue, notamment, des politiques sectorielles, qui doivent par conséquent satisfaire aux exigences de la protection de l'environnement en les « intégrant ».

La politique européenne de l'environnement devrait en tirer avantage. Les autres politiques constituent pour elle des relais et un instrument potentiellement très efficace, qui ne peut que contribuer à sa recherche d'efficacité. Bien connue en matière de libre circulation des marchandises, où elle s'est d'abord manifestée, cette intégration est également effective en droit de la concurrence, et les institutions communautaires s'emploient à la répandre dans les politiques sectorielles.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## @ POUVOIR DISCIPLINAIRE, *entreprise*

Depuis longtemps, le pouvoir disciplinaire fait partie intégrante des prérogatives du chef d'entreprise. Mais, depuis la loi du 4 août 1982, on substitue volontiers à l'expression « pouvoir disciplinaire » celle de « droit disciplinaire ». L'observation est significative de l'apport de la législation récente à la matière : sans aller jusqu'à instituer un organe disciplinaire dans l'entreprise, elle a créé un cadre légal dans lequel s'exerce désormais le pouvoir disciplinaire de l'employeur et a organisé un système de garanties et de contrôle entièrement nouveau et d'application générale. Définie par la loi, la sanction disciplinaire donne lieu à la mise en œuvre d'une procédure qui, à bien des égards, rappelle celle du licenciement, et les pouvoirs du juge ont été considérablement étendus.

Le législateur a défini la *sanction disciplinaire* comme « toute mesure, autre que des observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par lui comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise,

sa fonction, sa carrière ou sa rémunération ». Cette définition abstraite, qui ne fournit pas une énumération des sanctions, ménage à l'employeur une certaine latitude, mais elle laisse aussi planer le doute sur la qualification de certaines mesures. Si le blâme, l'avertissement, la mise à pied, la mutation, la rétrogradation, le licenciement — sanctions traditionnelles — entrent sans aucun doute dans la définition légale, il est d'autres décisions patronales, souvent ressenties par les salariés comme des sanctions, qui s'y rattachent moins nettement.

L'employeur d'une entreprise d'au moins vingt salariés doit fixer dans le règlement intérieur la nature et l'échelle des sanctions applicables dans l'entreprise, mais, selon une jurisprudence contestable, il peut aussi appliquer une sanction non prévue au règlement intérieur. La loi prohibe en outre certaines sanctions : les amendes et autres sanctions pécuniaires appliquées à un salarié qui a normalement rempli son obligation de travail ; les sanctions discriminatoires motivées par l'origine, le sexe, la vie privée ou les convictions du salarié ; celles enfin qui lui seraient appliquées en raison de l'exercice du droit d'expression dans l'entreprise reconnu par la loi. Il convient d'ajouter que les comportements fautifs ne sont susceptibles de donner lieu à application d'une sanction que s'ils sont en rapport direct avec la prestation de travail.

Ces précisions et interdictions protectrices du salarié ont été complétées par une sorte de prescription selon laquelle : d'une part, un fait fautif du salarié ne peut plus être sanctionné si les poursuites disciplinaires n'ont pas été engagées dans un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance (il peut toutefois être pris en considération en cas de nouvelle faute du salarié ayant un lien avec la première) ; d'autre part, aucune sanction antérieure de plus de trois ans ne peut être invoquée par l'employeur à l'appui d'une nouvelle sanction.

La *procédure disciplinaire* instituée en 1982 pour assurer la protection des droits de la défense a eu l'heureux effet d'éliminer le vide juridique antérieur que ne comblaient qu'imparfaitement certaines conventions et certains statuts particuliers.

L'ensemble des formalités instaurées n'est pas à mettre en œuvre en toute hypothèse. Un régime simplifié s'applique aux sanctions mineures tel l'avertissement, l'employeur n'étant alors tenu que d'informer le salarié par écrit des griefs retenus. La formalité est néanmoins importante, car elle fixe les bases d'une discussion susceptible de se poursuivre devant le juge. La procédure normale, qui concerne toutes les autres sanctions, est plus complète : elle comporte, outre la notification écrite des griefs, une audition du salarié dans le cadre d'un entretien préalable au prononcé de la sanction, au cours duquel le salarié peut se faire assister par un membre du personnel de l'entreprise.

Une innovation essentielle a été introduite en la matière par la loi du 4 août 1982 avec la reconnaissance d'un *contrôle judiciaire* de la proportionnalité de la sanction à la faute (le juge ne vérifiait auparavant que la matérialité et la qualification de la faute, et l'absence de détournement de pouvoir).

Le nouveau contrôle du juge s'exerce dans trois directions : il vérifie la régularité de la procédure suivie ; il apprécie si les fautes reprochées au salarié sont de nature à justifier une sanction ; il examine enfin l'adéquation de la sanction prononcée à la faute commise. Le conseil de prud'hommes peut ainsi annuler, sauf en matière de licenciement qui demeure régi par ses règles propres, une sanction irrégulière en la forme, injustifiée ou disproportionnée par rapport à la faute commise. Il ne peut pas, cependant, modifier la sanction.

La charge de la preuve des faits reprochés pèse sur l'employeur, le doute profitant au salarié.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## @ PÉNALE (PROCÉDURE)

### ***Prise de vue***

De nos jours, les images audiovisuelles des procès pénaux ne donnent de la procédure qu'une connaissance furtive, un aperçu des coulisses d'un rituel.

Pourtant, depuis longtemps – la description de la cité en paix sur le bouclier d'Achille, du chant XVIII de *L'Illiade*, en témoigne –, le récit de la scène judiciaire, de la manière dont un procès pénal se mène, suscite l'intérêt constant des hommes. La procédure pénale touche à l'intérêt général, aux libertés des individus, à leur honneur. Elle constitue le mode de production de la vérité judiciaire en matière pénale. Elle enserme la réaction sociale dans des règles précises, depuis la recherche et le constat de l'infraction jusqu'à l'exécution des peines et même leur effacement de la mémoire judiciaire. Elle détermine les modalités selon lesquelles vont être recueillies les preuves, et organise le débat judiciaire, le jugement et éventuellement la condamnation. Loi de forme, la procédure pénale va guider la mise en œuvre de la loi pénale de fond. Celle-ci définit les conditions de la responsabilité pénale, les faits pénalement punissables et les peines encourues par les coupables.

La procédure pénale constitue une protection, une contrainte et l'expression de la recherche difficile d'un équilibre. C'est une protection, car, sans règles de procédure, l'existence même de la défense est en péril. C'est une contrainte, parce que la défense doit aussi se plier à ces règles. C'est la recherche difficile d'un équilibre entre les libertés individuelles et collectives d'une part, et les nécessités de la répression d'autre part. La procédure pénale est vivante, et elle évolue sans cesse, précisée par la jurisprudence ou modifiée par les législateurs successifs dans un sens libéral ou autoritaire. Les droits de la défense ont pour baromètre la procédure pénale.

L'histoire a fourni deux modèles principaux de procédure qui traditionnellement sont opposés l'un à l'autre. L'une est la procédure dite accusatoire, dont le modèle pur associe trois caractéristiques : la justice y est publique, orale et contradictoire. C'est-à-dire que tout y est débattu devant le juge qui écoute les parties avant de trancher. Le peuple, par des juges non professionnels, rend la justice. C'est un accusateur (d'où le nom d'accusatoire) qui déclenche les poursuites et qui doit apporter la preuve de son accusation. On lui oppose le modèle pur du procès inquisitoire, né avec la procédure du tribunal de l'Inquisition. La procédure y est secrète, écrite et non contradictoire. Menée par un juge professionnel qui est à la fois juge et procureur, la procédure y est centrée sur les interrogatoires et la recherche de l'aveu.

Schématiquement, on peut dire que l'accusatoire est préoccupé d'éviter l'arbitraire et que l'inquisitoire a principalement le souci de l'efficacité. Ces modèles ne se rencontrent plus aujourd'hui sous leur forme pure. Dans les modèles principalement accusatoires, la victime a été très tôt remplacée dans l'accusation par des accusateurs publics. Dans les modèles inquisitoires, les fonctions de juge et de procureur ont été institutionnellement séparées.

Depuis le XIX<sup>e</sup> siècle, le droit français a choisi un modèle de procédure pénale mixte. La première phase du procès relève du modèle inquisitoire avec une phase d'enquête secrète, écrite et non contradictoire. La procédure d'instruction s'inspire au XIX<sup>e</sup> siècle des mêmes principes. La seconde phase, celle du jugement, se rattache plutôt au modèle accusatoire avec des audiences publiques, des débats oraux et cet échange contradictoire entre les parties, qui culmine avec les réquisitoires et plaidoiries. Depuis lors, à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et au cours du XX<sup>e</sup> siècle, des effets de convergence ont rapproché les deux phases du procès pénal en droit français. Mais le dosage entre accusatoire et inquisitoire n'exclut jamais les défauts de l'un et l'autre système. La justice américaine, par exemple, ne peut maintenir un modèle accusatoire que grâce à une pratique massive du « plaider coupable » qui peut recouvrir une « justice à deux vitesses », profondément inégalitaire en ce qui concerne l'administration de la preuve et sa discussion. Les dernières décennies ont amorcé le dépassement de cette opposition classique au profit d'un nouveau modèle, celui du procès équitable.

## @ 1. Le cadre de la procédure pénale

La procédure pénale a connu en un demi-siècle à peine une formidable mutation. Elle est placée au premier rang d'un phénomène de mondialisation qui atteint notamment le droit processuel. Ses sources, jusque-là nationales, sont massivement dominées par des textes internationaux. Ils dessinent un modèle universel du procès équitable commun aux nations civilisées et qui inspire bien sûr la procédure de la cour pénale internationale.

### @ Les sources de la procédure pénale

En France, après la Seconde Guerre mondiale, la procédure pénale nécessitait une réforme profonde. Un nouveau code ne fut cependant adopté qu'en 1958 après deux commissions de réforme, présidées respectivement par Henri Donnedieu de Vabres en 1949 et par A. Besson en 1953.

## **Le Code de procédure pénale de 1958**

Le souvenir de la barbarie nazie et des atteintes aux libertés qui l'avaient accompagnée imposaient de protéger les libertés, tandis que, à compter du milieu des années 1950, la crise de la décolonisation et bientôt la guerre d'Algérie nourrissaient le souci de sécurité. Le Code de procédure pénale, adopté en 1958 et encore en vigueur aujourd'hui, était à l'origine le fruit de ce compromis entre liberté et sécurité.

Les principales modifications qu'il a subies depuis lors ont répondu à diverses finalités. La guerre d'Algérie conduisit à l'adoption de législations d'exception. L'accroissement de certaines délinquances et notamment les atteintes aux biens et la délinquance routière ont nécessité l'instauration de procédures simplifiées. La recherche d'une limitation de la détention avant jugement a constitué un souci récurrent chez le législateur des années 1970 à 1990.

La dernière décennie du XX<sup>e</sup> siècle vit des réformes plus ambitieuses souvent contrecarrées par les jeux d'alternance politique. La commission Delmas-Marty proposa une refonte importante de la phase de mise en état du procès pénal que deux lois de 1993 suivirent et défirent partiellement. Depuis lors sont intervenues une loi d'orientation et de programmation de la sécurité publique en 1995, une loi commune aux différentes procédures (civile, pénale et administrative), une loi relative à l'enfance délinquante modifiant, après d'autres, l'ordonnance de 1945, une loi relative aux procédures particulières en matière de terrorisme et une autre instituant un nouveau mode alternatif de règlement des litiges, la composition pénale. Tous ces textes témoignent d'une intense activité législative en la matière.

Pourtant, la loi du 15 juin 2000 et sa correction partielle, la loi du 5 mars 2002, ont encore revisité l'ensemble de l'édifice. La première de ces lois a placé en ouverture du Code un article préliminaire qui en résume les principes directeurs.

Le législateur a cependant procédé par petites touches plutôt que sous l'inspiration d'une grande visée théorique. Les 934 articles de la seule partie législative du Code de procédure pénale attestent de la complexité atteinte par la matière dans un pays comme la France.

## **Des sources internationales et constitutionnelles**

Mais la loi et, à sa suite, le règlement ne sont plus et de loin la seule source de la procédure pénale. Les nouvelles sources sont à la fois internationales et constitutionnelles.

En France, le Conseil constitutionnel a construit par sa jurisprudence, en matière de procédure pénale, autour de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, du Préambule de la Constitution de 1946 et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, un ensemble normatif qui s'impose au législateur comme aux juges.

À la mobilité toujours plus grande des individus et des délinquants en particulier, mais aussi à la montée d'une criminalité transnationale organisée, doivent répondre des instruments d'entraide répressive internationale. Les cadres en sont à géométrie variable, depuis l'espace défini par les conventions bilatérales ou internationales en passant par l'Union européenne en tout ou en partie (accords de Schengen) jusqu'à l'espace des États du Conseil de l'Europe. L'objet peut en être l'extradition, le terrorisme ou telle autre infraction, la construction d'une police européenne ou la protection des intérêts financiers de l'Union européenne.

Les sources internationales forment plus encore les instruments essentiels de protection des droits et libertés fondamentaux. Dans le sillage de la Déclaration universelle des droits de l'homme, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 et, en Europe, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (C.E.D.H.), demain la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, permettent aux juridictions chargées de les appliquer de dégager des standards du bien juger qui imposent au législateur comme au juge un modèle du procès équitable.

### **@ Le modèle du procès équitable**

Affirmé par l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, comme par l'article 6 de la C.E.D.H., le droit à un procès équitable s'analyse en un triptyque de garanties essentielles dégagées par la Cour européenne. C'est au travers de ces garanties que se structurent aujourd'hui les cadres de la procédure pénale ; c'est autour d'elles que se nouent les enjeux de ses réformes, le tout, en Europe, sous l'influence de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

### **Les garanties essentielles**

Première de ces garanties, le droit à un juge ou droit d'accès à un tribunal est évidemment un droit fondamental, commun à toutes les matières. En matière pénale, il est reconnu de manière plus large, en amont du jugement, à certaines opérations de police et, en aval, à l'application des peines. Les mesures d'arrestation ou de détention doivent ainsi pouvoir être vérifiées par un juge ou un magistrat habilité, de même que les visites, perquisitions et saisies. Un tribunal doit pouvoir juger les recours contre de telles mesures d'arrestation ou de détention. La présomption d'innocence jusqu'au jugement de fond doit aussi être protégée par un juge. L'accusation doit être portée devant un juge qui, en cas de condamnation, fixera la peine prononcée. C'est un juge qui doit fixer les modes effectifs d'application de la peine.

La garantie d'une voie de recours et le droit d'accès à un juge de cassation ont ainsi amené le législateur français à ouvrir un recours contre les arrêts de cours d'assises et à modifier les règles de recevabilité du pourvoi en cassation contre les décisions pénales. Il est vrai que la Cour de Strasbourg a constamment affirmé que « la Convention a pour but de protéger des droits, non pas théoriques et illusoires, mais concrets et effectifs ».

Des garanties institutionnelles tendent à assurer la qualité de la justice rendue, son indépendance et son impartialité. Les garanties d'indépendance sont assurées pour l'ensemble des magistrats, par leurs conditions de recrutement, la protection statutaire et l'institution d'organes de garanties de l'indépendance, mais selon une intensité différente pour les magistrats du siège et ceux du parquet. Elles se traduisent au pénal, dans l'organisation de l'institution judiciaire, par le principe de séparation des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement.

L'impartialité commande pour sa part que le même juge ne connaisse pas des mêmes faits pour les mêmes parties à des instances différentes. Cependant cette exigence d'impartialité fonctionnelle ne concerne pas le parquet, qui peut être représenté par le magistrat ayant précédemment assumé les fonctions d'instruction dans l'affaire en cause. Bien plus, la partialité personnelle de l'accusation ne semble pas, selon la jurisprudence, susceptible de porter atteinte à l'impartialité du tribunal. La subordination hiérarchique du parquet au ministre de la Justice jointe à l'appartenance des magistrats du parquet au même corps que les juges du siège, particularité française, font débat depuis plusieurs années.

Enfin, dans la procédure pénale française, la juridiction collégiale constituait le principe, sans pour autant avoir jamais eu de valeur constitutionnelle. Les exceptions à ce principe sont aujourd'hui nombreuses. La collégialité ne constitue plus nécessairement, aux yeux du législateur, la forme du « bon juge » pénal.

### **Les garanties procédurales**

C'est ici que la distance peut être la plus grande entre les principes du procès équitable et les réalités concrètes de la procédure pénale. Le droit absolu au respect de la dignité humaine, la prohibition absolue de la torture et des traitements inhumains ou dégradants constituent des droits substantiels dans la procédure pénale.

La publicité, la célérité, qui ne se confond pas avec la précipitation, et l'équité, l'équilibre de la procédure, qui, au pénal, implique le respect des droits de la défense, constituent les standards internationaux de ces garanties. Mais pour indispensable qu'elle soit, la publicité supporte des exceptions légales nombreuses. La célérité est requise à diverses étapes de la procédure et son obligation s'impose de plus en plus aux diverses parties au procès pénal. Quant à l'équité, elle devrait contraindre à la motivation des décisions de justice, mais on est, dans les faits, souvent loin du compte. Elle emporte aussi l'égalité des armes dans l'exercice des voies de recours comme dans l'examen contradictoire des charges de l'accusation et le droit de se taire et de ne pas s'auto-incriminer.

Le droit d'être informé des raisons de son arrestation, de la nature et de

la cause de l'accusation, le droit de préparer sa défense, de l'exercer soi-même ou avec l'assistance d'un avocat, de convoquer et d'interroger des témoins, le droit à l'assistance gratuite d'un interprète constituent dans la C.E.D.H. l'expression des droits de la défense en matière pénale.

Dernière garantie du procès équitable, le droit à l'exécution de la décision paraît peu concerner la procédure pénale. Et pourtant le caractère très général de la jurisprudence rendue par la Cour de Strasbourg sur le sujet pourrait bien à l'avenir intéresser les victimes. Le principe contraste en tout cas, en France, avec la difficulté rencontrée par la justice pour mettre à exécution toutes les peines prononcées.

Les questions de la charge et les moyens de la preuve sont au cœur du procès pénal. La présomption d'innocence impose de laisser la charge de la preuve à la partie poursuivante, mais ce principe peut souffrir des exceptions. À la liberté de l'accusation et de la victime dans la production de la preuve répond la liberté pour le juge d'admettre ou non cette preuve, selon son intime conviction. Pour autant, la liberté de la preuve pénale subit toutes les limites posées par la loi, au travers des règles d'administration de cette preuve. Dans ce domaine, la loyauté n'est pas une exigence absolue, notamment en droit français pour les preuves rapportées par les parties civiles. Mais, en revanche, la procédure organise avec précision les conditions légales dans lesquelles doit être recueillie la preuve (auditions, interrogatoires, expertises, perquisitions, interceptions de correspondances, etc.).

Entre les intérêts de la société, ses exigences de sécurité et les intérêts de la personne poursuivie, dont l'honneur et la liberté sont en cause, la procédure pénale a la charge de garantir une bonne justice, une justice fiable. Dans le cadre ainsi défini par les principes, aujourd'hui internationaux, d'un droit processuel, dont le champ est bien plus large que celui du seul procès pénal, même si celui-ci a ses exigences particulières, le dossier pénal va « aller en avant », traduction littérale du latin *procedere*.

## @ 2. La marche du procès pénal

Oralité et écrit n'ont pas la même place dans le procès pénal selon que le

modèle historique lui servant de base est un modèle inquisitoire ou accusatoire. Alors que, dans certains pays européens, telle la Grande-Bretagne, le dossier écrit n'a encore aujourd'hui que fort peu de place, on peut dire qu'il est en France essentiel. Ces différences ne se conçoivent en réalité que parce que dans le premier système il existe une procédure de plaider coupable qui élimine, lorsqu'elle est mise en œuvre, la question de la preuve et de son administration devant le juge.

En France, le choix d'un système mixte se manifeste par une procédure de nature plutôt inquisitoire dans la phase préparatoire du procès. Marquée par une instruction écrite, restée longtemps largement secrète et non contradictoire, elle est suivie d'une autre phase de nature plutôt accusatoire au temps du jugement, caractérisée, elle, par une audience généralement publique, un débat oral et contradictoire. La constitution d'un dossier écrit résultera de la phase d'investigation de police judiciaire ou d'instruction. Le cheminement de ce dossier est le meilleur moyen de décrire le cours du procès pénal et de rendre compte de son orientation. La phase de décision et l'exécution de cette décision pénale n'en seront pas moins soumises, elles aussi, à une procédure complexe et différente selon les juridictions concernées et les peines à exécuter.

### @ La constitution et l'orientation du dossier

Dans un modèle mixte comme le modèle français, la constitution du dossier est donc la phase préparatoire mais aussi déterminante du procès pénal. Cette opération recouvre des réalités très diverses allant du simple procès-verbal constatant une infraction bénigne, une contravention, au dossier constitué par une enquête de police judiciaire de quelques procès-verbaux qui relatent un délit, jusqu'au dossier d'instruction, parfois très volumineux et constitué de plusieurs milliers de pages, qui analyse soigneusement un ou des faits criminels ou délictuels graves.

Ce dossier est constitué par les différents acteurs de la procédure, à commencer par les officiers et agents de police judiciaire en charge des enquêtes. Le procureur de la République, titulaire de l'action publique, décide certes de la suite à y donner. La victime, qui dispose de l'action civile pour obtenir réparation de son préjudice, et les personnes impliquées dans la commission de l'infraction

contribuent également à son élaboration durant la phase d'enquête et le cas échéant d'instruction.

## **La police judiciaire et les formes de l'enquête**

Les activités de la police judiciaire sont variées : contrôles et vérifications d'identité, enquêtes préliminaires ou sur infractions flagrantes, exécution d'actes décidés par les magistrats du siège, les commissions rogatoires et les mandats de justice. Pour autant et malgré sa dénomination, la « police judiciaire » n'est pas unifiée, ni placée sous l'autorité du ministère de la Justice. Le constat des infractions et les investigations sur leur commission sont ainsi confiées à la police nationale, aux polices municipales, à la gendarmerie et à certains agents de certaines administrations. Mais au contraire d'autres droits, tel le droit américain, le droit français ne confie aucun pouvoir en ce domaine aux agents privés de recherche.

Les enquêtes de police judiciaire ont pour objet la recherche des preuves, et leur finalité judiciaire est évidemment la manifestation de la vérité. Cette finalité justifie et nécessite l'exercice de pouvoirs de coercition mais qui doivent demeurer proportionnés aux enjeux, pour respecter le droit constitutionnel en charge de la défense des libertés publiques. Les pouvoirs de coercition vont ainsi varier en fonction de deux critères : la capacité accordée à ceux qui les exercent, officiers de police judiciaire (O.P.J.) ou agents de police judiciaire, et le type d'enquête, enquête de flagrance ou préliminaire.

Diligentée d'office ou sur les instructions du procureur de la République, l'enquête préliminaire, consacrée dans le système procédural français par le Code de procédure pénale de 1958, exclut le cas d'une instruction déjà ouverte. Sans être insérée dans des conditions de temps, pouvant être interrompue puis reprise, l'enquête préliminaire permet de procéder à des constatations matérielles y compris sur les lieux de l'infraction, à des perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction, mais sous la condition du consentement écrit de celui chez qui l'opération a lieu. Les auditions sont consignées sur des procès-verbaux qui, depuis la loi du 15 juin 2000, doivent comporter les questions auxquelles il a été répondu, tandis que les auditions des mineurs gardés à vue et des victimes mineures d'agressions sexuelles font l'objet d'un enregistrement

audiovisuel.

En cas d'infraction flagrante, pour les crimes et les délits punis d'emprisonnement, les O.P.J. disposent de pouvoirs renforcés pour mener les enquêtes. Définie par la loi quant à son domaine, confiée aux O.P.J. et au procureur, qui la contrôle, enserrée dans des conditions de durée, l'enquête de flagrance voit les règles relatives aux actes de police judiciaire simplifiées ; celles relatives aux témoins sont plus contraignantes, tandis que les conditions de perquisitions et saisies sont élargies. On espère de cette souplesse une rapidité de l'enquête qui en cas de flagrance peut assurer son succès.

La garde à vue est prévue pour l'une et l'autre des formes d'enquête. Les conditions, les délais, les droits du gardé à vue et les garanties sous lesquelles cette mesure peut être mise en œuvre ont fait l'objet de larges remaniements en 1993, 2000 et 2002. Elle peut être prise à l'encontre d'une personne lorsqu'il existe des raisons plausibles de soupçonner que celle-ci a commis ou tenté de commettre une infraction. Mesure de contrainte, décidée par un O.P.J. pour les besoins de l'enquête, elle prive une personne de sa liberté d'aller et venir pendant une durée conçue comme brève. En France, la garde à vue, de vingt-quatre heures en droit commun, renouvelables une fois, peut atteindre, en certains domaines, une durée de quatre jours, ce qui ne la place pas parmi les durées les plus longues. En revanche, et au contraire de nombreux autres pays, l'intervention de l'avocat y est encore très limitée : de courtes visites lui permettent la seule vérification des conditions de garde à vue, sans prise de connaissance possible du dossier.

## **Les parties au procès pénal**

Les juridictions de jugement ou d'instruction n'ont pas la faculté de se saisir elles-mêmes des plaintes et dénonciations ni des infractions sur lesquelles il a été enquêté. Qui va dès lors pouvoir réclamer l'application de la loi pénale et préalablement, si nécessaire, la mise en état judiciaire du dossier pénal, c'est-à-dire l'ouverture d'une instruction ? Dans le système procédural mixte à dominante inquisitoire qui existe en France, du moins lors de cette phase du procès, ce rôle de mise en mouvement et d'exercice de l'action publique est dévolu au ministère public dirigé par le procureur de la République, chargé de

l'accusation, et exceptionnellement à certaines administrations. L'action publique est exercée au nom de la société ; elle a pour objet l'application de la loi pénale par une juridiction répressive à l'auteur d'une infraction afin de réparer le dommage causé par l'infraction à la société.

Les pouvoirs de poursuite du ministère public ou parquet peuvent se concevoir, tant sur le plan de sa mise en mouvement que de son exercice, à partir de deux théories : le principe de légalité ou le principe d'opportunité des poursuites. Le premier impose au ministère public de poursuivre toute infraction portée à sa connaissance, le second lui laisse une liberté d'appréciation. Les deux modèles théoriques ne précipitent pas pour autant les systèmes pénaux qui adoptent l'un ou l'autre d'entre eux dans l'automatisme pour le premier ou l'arbitraire pour le second. Les deux théories ne sont pas si irréductibles l'une à l'autre qu'on pourrait le croire.

S'agissant de l'engagement des poursuites, les deux modèles sont assez également représentés dans le monde, tandis que le principe de légalité est davantage retenu en matière d'exercice de l'action publique. Le droit français a retenu le principe d'opportunité pour la mise en mouvement de la répression de sorte que le ministère public peut classer sans suite une affaire ou subordonner sa décision à l'issue d'une procédure de règlement alternatif des poursuites.

Mais, d'une part, en raison de la subordination hiérarchique du parquet, le procureur peut recevoir des instructions du parquet général, et celui-ci du ministère de la Justice. D'autre part, en France, le principe de l'opportunité est largement tempéré par la possibilité ouverte à la victime de mettre en action indirectement l'action publique, en choisissant de porter devant la juridiction répressive son action civile, pour obtenir réparation du dommage personnel que lui a causé l'infraction. Enfin, s'agissant de l'exercice des poursuites, la France a fait le choix d'un système tempéré de légalité des poursuites. Il est ainsi interdit au parquet de transiger en cours de procédure et, s'il estime ne plus devoir requérir de condamnation, la juridiction de jugement n'est pas pour autant dessaisie.

## **L'orientation du dossier par le ministère public**

L'une des grandes décisions d'orientation du dossier concerne

l'ouverture ou non d'une information, encore appelée instruction. Obligatoire pour les crimes, facultative mais extrêmement rare pour les délits, l'information est exceptionnelle en fait comme en droit pour les contraventions. En l'absence d'information, le parquet peut citer ou faire citer directement les personnes qu'il entend poursuivre, devant le tribunal correctionnel, s'il s'agit de délit, ou devant le tribunal de police, s'il s'agit de contravention. Il peut user de la citation directe à délai normal, qui exclut toute détention provisoire.

Mais l'évolution quantitative du contentieux correctionnel a conduit à enrichir au fil des années les techniques de procédure correctionnelle sommaire autrefois limitées aux « flagrants délits ». C'est ainsi que le parquet peut user, qu'il y ait ou non flagrance, de la convocation par procès-verbal d'un prévenu devant le tribunal correctionnel, dans un délai qui ne saurait dépasser deux mois, en sollicitant même auprès du juge du siège le placement sous contrôle judiciaire. Enfin, et toujours à supposer que l'affaire soit en état d'être jugée, le prévenu d'un délit flagrant ou d'un délit qui lui fait encourir un emprisonnement de deux ans au moins et sept ans au plus peut voir ordonner par le parquet sa comparution immédiate devant le tribunal.

Le parquet peut souhaiter recourir à la médiation pénale ou à la composition pénale – cette dernière s'approchant davantage de la transaction que du *plea bargaining* américain –, ou à d'autres alternatives aux poursuites (rappel à la loi, classement sous condition, injonction thérapeutique).

Ajoutons que, désormais, ces décisions d'orientation du parquet sont de plus en plus souvent prises sans examen du dossier lui-même, sur les seules indications téléphoniques des services de police ou de gendarmerie, système appelé « traitement direct » ou « traitement en temps réel ».

Concurremment au parquet et si par exemple celui-ci a décidé de classer sans suite un dossier après enquête, la victime peut décider de citer directement celui qu'elle entend poursuivre devant le tribunal correctionnel ou de police. Enfin, mais cette observation vaut à tout moment de la procédure, le parquet comme la victime, lorsque celle-ci met indirectement en mouvement l'action publique, doivent s'interroger sur les questions de compétence matérielle

et territoriale des juridictions qu'ils saisissent ainsi que sur les éventuelles causes d'extinction de l'action publique et notamment la prescription. La durée de celle-ci diffère selon la gravité des infractions et ses règles supportent de plus en plus d'exceptions.

## **L'instruction préparatoire**

L'instruction préparatoire est l'une des institutions les plus originales et les plus controversées de la procédure pénale française. Si son activité en pratique représente moins de 10 p. 100 des dossiers jugés, elle constitue, par la gravité des dossiers qui sont concernés, un enjeu essentiel des débats contemporains. Elle est assurée par le juge d'instruction, en appel par la chambre de l'instruction et, le cas échéant, par le juge des enfants pour les mineurs.

La fonction de l'instruction est de mettre en état le dossier pénal dans les affaires graves ou complexes : réunir les preuves, identifier ou exclure les auteurs possibles et les complices, réunir des éléments sur la personnalité des personnes poursuivies mais aussi sur les victimes, préparer la tâche des juridictions de jugement sur les questions de droit par l'analyse juridique des faits dont le juge d'instruction est saisi. Fonction d'enquête donc, mais qui se poursuivra au terme de l'information, après réquisitions du ministère public, par une décision de renvoi devant la juridiction de jugement ou au contraire de non-lieu. Cette décision-là relève d'une fonction de poursuite. Jusqu'à la loi du 15 juin 2000 s'ajoutait une fonction juridictionnelle : celle de décider de la détention provisoire. Cette dernière est désormais confiée, entre autres compétences, à un autre juge du siège, le juge des libertés et de la détention. La fonction se traduit encore par le fait que le juge d'instruction possède le pouvoir de dresser des procès-verbaux, de prendre des mandats tel le mandat d'arrêt, et de rendre des ordonnances.

Pensée initialement sur le modèle inquisitoire, la procédure d'instruction se teinte de plus en plus d'accusatoire. Elle offre à la défense et à la partie civile un rôle plus actif dans le choix des investigations à mener, et un caractère beaucoup plus contradictoire. Les parties peuvent ainsi réclamer au juge d'instruction des mesures très diverses d'expertise, de confrontations. La défense peut demander l'interrogatoire d'un témoin ou de la partie civile en sa présence. Toutefois ce caractère contradictoire manque encore largement en matière

d'expertise.

Le secret de l'instruction est souvent mis à mal par la médiatisation des affaires judiciaires. La présomption d'innocence oblige donc à une graduation savante des statuts des personnes impliquées ou soupçonnées, et des droits distincts pour le témoin, le témoin assisté ou le mis en examen. Le mis en examen, naguère appelé inculpé, est une personne contre laquelle il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer comme auteur ou complice à la commission d'une infraction. Les restrictions de liberté imposées au mis en examen se sont aussi diversifiées (contrôle judiciaire, détention provisoire en prison ou sous la forme de la surveillance électronique). La tentative de la loi du 15 juin 2000 de limiter la détention provisoire en matière d'atteinte aux biens a été largement remise en cause par la loi du 5 mars 2002.

Procédure écrite, entourée de garanties au bénéfice des personnes mises en examen, la procédure d'instruction atteint une très réelle complexité. Ce qui amène un contrôle de plus en plus fréquent de sa conformité par la chambre de l'instruction et a conduit le législateur à organiser les actions en annulation des actes d'instruction sous des conditions de délai de plus en plus strictes pour les parties.

La notion de délai raisonnable, importante dans la jurisprudence de la C.E.D.H., a conduit aussi le législateur français à organiser plus strictement le déroulement de l'instruction dans le temps, tout comme bien sûr la durée de la détention provisoire.

### @ 3. La décision et son exécution

L'organisation des juridictions de jugement varie d'un système légal à l'autre même si les choix à faire sont toujours les mêmes entre magistrats professionnels ou non, collégialité et juge unique, juridictions à compétence générale ou spécialisées, recours à des juridictions d'exception ou défiance à leur égard, choix du plaider coupable et des formes des voies de recours.

Sur tous ces plans, le droit français connaît une réelle diversité. Le tribunal correctionnel statue à juge unique ou en collégialité selon les infractions. Le

tribunal des enfants réunit magistrats professionnels et des citoyens désignés, tandis qu'à la cour d'assises les jurés sont des citoyens tirés au sort qui entourent les magistrats professionnels. L'appel des jugements correctionnels est porté devant une juridiction supérieure, alors qu'aux assises on a recouru à l'appel « tournant », c'est-à-dire porté devant une autre cour d'assises, autrement composée. Des juridictions d'exception (politiques, militaires) ou spécialisées (tribunal pour enfants, cour d'assises en matière de terrorisme ou de trafic international de stupéfiants) s'ajoutent à un schéma organisationnel de plus en plus fourni.

L'oralité de la procédure de jugement est à la fois une conséquence du principe de publicité de ces audiences et une nécessité en raison de la composition des juridictions. Le débat sur les charges est en effet mené devant des juridictions collégiales dont un seul membre a pris connaissance du dossier écrit d'information ou d'enquête. L'instruction définitive ou « instruction d'audience » présente quelques caractéristiques communes aux différentes juridictions.

En France, la procédure, au contraire de celle des pays anglo-saxons notamment, ne sépare pas la discussion sur la culpabilité de celle sur la personnalité et sur la peine. C'est là une caractéristique importante qui rend plus complexe encore la construction par le juge de son intime conviction, critère légal de la décision en matière pénale. La procédure d'audience évolue pourtant dans sa forme et devient pourrait-on dire plus interactive, puisque désormais, comme dans les pays anglo-saxons, le ministère public et les avocats des parties peuvent poser directement leurs questions aux témoins et aux parties à la barre.

Après l'instruction d'audience, les observations de la partie civile, les réquisitions du ministère public et la plaidoirie de la défense, la juridiction pénale doit rendre une décision. En cour d'assises, en France, les réponses par oui ou par non aux questions posées à la cour seront la seule motivation de cette décision.

La décision rendue par un tribunal ou une cour d'assises peut être frappée d'appel et l'affaire est alors réexaminée sur le plan des faits et du droit. Les parties peuvent encore former un pourvoi en cassation contre la décision d'appel. Comme

dans les autres domaines du droit, la cour de cassation a pour rôle d'apprécier la conformité des décisions avec la loi, et non le fond des affaires. Le pourvoi en révision a quant à lui pour but de permettre à la justice de revenir sur une erreur judiciaire, et le pourvoi en faveur des droits de l'homme donne la possibilité de réviser une condamnation pénale lorsqu'elle a été rendue en violation de la C.E.D.H.

La procédure pénale étend désormais de plus en plus son champ d'intervention en aval de la décision pénale, à la phase d'exécution de la sanction. L'application des peines est devenue depuis la loi du 15 juin 2000 une activité juridictionnelle relevant de plusieurs juridictions auxquelles s'appliquent diverses procédures communes ou d'urgence. La défense sera nécessairement amenée à investir davantage cette phase du procès, comme elle le fait aussi en matière de procédure disciplinaire en milieu pénitentiaire.

La procédure pénale est un enjeu important du droit. Enjeu législatif, lorsque s'affrontent des conceptions opposées pour traduire en règles précises ses principes fondamentaux. Enjeu de défense aussi, lorsque de son respect dépend la qualité de la justice et les libertés individuelles.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## 📌 PROPRIÉTÉ DU DOMAINE PUBLIC

### ***Prise de vue***

Le droit de propriété n'a pas pour titulaires que les particuliers ; les collectivités publiques possèdent également des biens mobiliers et immobiliers qui constituent ce que l'on appelle leur domaine et dont on admet généralement aujourd'hui qu'elles sont propriétaires. Toutefois, pour des raisons qui tiennent au degré d'importance que ces biens présentent pour l'administration, ils ne sont pas tous soumis au même régime juridique. Les uns, qui forment le *domaine privé*, obéissent, sous réserve de quelques dispositions particulières, aux règles du droit privé ; ce qui entraîne la compétence judiciaire pour les litiges auxquels ils peuvent

donner lieu. Les autres constituent le *domaine public* et relèvent d'un régime de droit public. Le droit de la propriété privée ne leur est pas en principe applicable ; les difficultés contentieuses qu'ils soulèvent sont tranchées par les juridictions administratives.

## 📍 Critère de la domanialité publique

La distinction entre domaine public et domaine privé était ignorée de l'Ancien Régime : le domaine de la couronne avait une consistance hétéroclite. Les biens que le roi avait acquis à titre personnel s'y confondaient avec les chemins, les rivières et les places de guerre. L'ensemble était considéré comme une propriété du monarque, propriété inaliénable mais dont la couronne pouvait tirer des revenus. Le Code civil s'est borné à transférer à la nation la propriété du domaine (art. 541), mais sans introduire de distinction entre les biens qui le composaient. C'est seulement dans la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle que la doctrine, sous l'influence de Proudhon (*Traité du domaine*, 1833), s'est employée à dégager de l'ensemble des biens publics certains d'entre eux pour les faire bénéficier d'une protection spéciale, notamment de l'inaliénabilité que la Révolution avait supprimée. Ce sont ces biens qui, désormais, allaient former la catégorie du domaine public.

Il restait à identifier leurs signes distinctifs. Ce fut l'objet d'une longue controverse doctrinale mettant en œuvre à la fois les caractères intrinsèques des dépendances domaniales et les positions prises par la jurisprudence administrative à leur endroit. Aujourd'hui, la thèse dominante retient plusieurs critères dont la combinaison permet de rattacher au domaine public certaines propriétés des collectivités et des établissements publics. Le premier critère est l'affectation du bien à l'usage du public, soit que cette affectation vise un usage collectif (voies publiques, rivages de la mer, par exemple), soit qu'elle concerne un usage privatif (cimetières, halles, parkings payants, etc.). L'affectation à un service public constitue le second critère de la domanialité publique. Cependant, appliqué sans nuance, et compte tenu de l'extension actuelle du nombre des services publics, il conduirait à soustraire au droit commun de la propriété un nombre considérable de biens, et cela sans aucune justification d'intérêt public. C'est pourquoi la

jurisprudence limite les conséquences de l'affectation à un service public en exigeant que le bien soit lié au but visé par le service soit par sa nature, soit à raison de l'aménagement spécial qu'il a reçu. Cette restriction permet de résoudre le problème posé par la domanialité des meubles (les tableaux d'un musée feront partie du domaine alors que la machine de la dactylo en sera exclue) et par la multiplicité des bâtiments utilisés par l'administration. Seuls seront considérés comme dépendances domaniales ceux qui auront fait l'objet de travaux spécifiques d'installation. On peut donc, en définitive, rattacher au domaine public l'ensemble des biens des collectivités et des établissements publics mis à la disposition du public, directement ou par l'entremise d'un service, sous réserve que ces biens soient adaptés à leur fin par leur nature ou par les aménagements qu'ils ont reçus.

## 📍 Consistance du domaine

Il résulte de cette définition que le *domaine privé* des collectivités publiques comprend tous les biens dont elles sont propriétaires et qui ne répondent pas aux critères qui viennent d'être retenus. Ces biens appartiennent soit à l'État (forêts domaniales, immeubles de rapport, lais et relais de la mer), soit aux communes (bois et pâturages communaux) soit même à des établissements publics (patrimoine d'Électricité de France et de Gaz de France). Quant aux départements et aux régions, leur domaine privé ne comprend guère que le capital de leurs participations financières dans les sociétés d'économie mixte. Le Code du domaine vise en effet les droits mobiliers aussi bien que les droits immobiliers ; par conséquent, les participations financières dans des entreprises publiques, qu'elles soient nationales, départementales ou communales, constituent des éléments du domaine.

La consistance du *domaine public* est plus hétérogène encore. Elle peut être envisagée à la fois quant aux biens et quant à la personne publique propriétaire. En ce qui concerne les dépendances domaniales affectées à l'usage du public, elles comprennent :

- le domaine maritime (rivages de la mer, havres, rades et étangs salés) ;
  
- le domaine aérien, c'est-à-dire l'espace situé au-dessus du territoire

national ;

– le domaine fluvial, c'est-à-dire les cours d'eau classés comme navigables et flottables, les lacs intérieurs et les canaux ;

– le domaine terrestre (routes, rues, places des villes et leurs accessoires : éclairage, signalisation, etc.) ; les édifices du culte, les halles et marchés ; les bibliothèques publiques, les musées, les cimetières ;

– le domaine mobilier (objets d'art des musées, livres des bibliothèques, archives).

Quant aux dépendances domaniales résultant de l'affectation à un service public, ce sont d'une part les installations afférentes aux domaines maritime, fluvial et aérien (ports maritimes et fluviaux, aérodromes, bouées, ouvrages de défense des rives), d'autre part les éléments du domaine militaire (fortifications, arsenaux, bases navales et aériennes), enfin les voies ferrées et leurs dépendances. L'aménagement de certains édifices utilisés par les services publics leur donne aussi la qualité de dépendance domaniale (écoles, casernes, palais de justice, prisons, etc.).

Tous ces biens se répartissent entre les collectivités territoriales. La totalité des domaines maritime, fluvial et aérien ainsi que les installations qu'ils comportent appartiennent à l'État. Il en va de même des routes nationales avec leur prolongement dans les agglomérations, du domaine public militaire et des voies ferrées. Quant aux bâtiments affectés aux services publics nationaux, ils font aussi partie du domaine public de l'État, à condition d'avoir été acquis par lui et d'avoir reçu les aménagements adéquats. À la commune appartiennent la voirie communale, les cimetières, les halles, les églises bâties avant 1905, et divers édifices et biens mobiliers. Le domaine du département est plus réduit : outre quelques édifices (prisons, collèges, etc.), il ne comprend que la voirie départementale et les voies ferrées et tramways d'intérêt local. Quant au domaine de la région, il se limite aux lycées et autres immeubles affectés aux services publics dont celle-ci a reçu la charge.

## 📍 Régime juridique

L'acquisition d'un bien par une personne publique le fait entrer dans le patrimoine général de l'administration. C'est l'affectation à un service public qui incorpore ce bien au domaine public et, du même coup, l'investit d'un statut distinct de celui des patrimoines privés. La forme de cette affectation est différente selon qu'il s'agit de dépendances naturelles (cours d'eau, rivages de la mer) ou de dépendances artificielles (voirie, par exemple). Dans le premier cas, l'affectation résulte d'un fait (modification du lit d'un cours d'eau, hauteur des grandes marées) ; dans le second cas, un acte formel est en principe nécessaire. De cette différence résultent les caractères de l'acte de délimitation. Pour le domaine naturel, il est *déclaratif*, c'est-à-dire que l'administration doit se borner à constater les limites résultant du phénomène naturel. Si elle va au-delà, non seulement sa décision pourra être annulée par le juge administratif, mais encore elle pourra entraîner l'indemnisation du propriétaire lésé. S'agissant d'un domaine artificiel, la délimitation est *attributive* de propriété. Cet effet est particulièrement remarquable en ce qui concerne les voies publiques, car la délimitation, qui prend alors la forme de l'*alignement*, transfère à l'administration la propriété des parcelles incluses dans le nouveau tracé de la voie. Cette procédure pourrait être dangereuse pour les propriétaires riverains : aussi est-elle assortie de garanties. D'une part, elle ne peut être utilisée que pour rectifier le tracé de la voie et non pour déplacer son axe ou, à plus forte raison, pour créer une voie nouvelle ; d'autre part, elle entraîne l'indemnisation des propriétaires dépossédés ; enfin, la décision d'alignement peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir au cas où elle serait employée pour réaliser un élargissement exagéré. Elle ne peut donc dispenser l'administration de recourir à l'expropriation, si l'opération envisagée est d'une certaine ampleur.

Lorsque l'alignement porte sur des terrains non bâtis, ils sont immédiatement incorporés au domaine. S'il s'agit de constructions, le propriétaire est frappé d'une servitude de reculement, qui lui interdit les travaux confortatifs, si bien que l'administration ne devenant propriétaire de l'immeuble que lorsqu'il tombera en ruine aura seulement à payer la valeur du terrain nu.

C'est à partir de son affectation que le bien bénéficie de la protection que lui assure l'application du régime de la domanialité publique. Cette protection réside essentiellement dans l'*inaliénabilité* du domaine. C'est un principe dont on a

coutume de situer l'origine dans l'édit de Moulins de 1566 (ordonnance de réforme de la justice, proclamée par une assemblée de notables), qui avait pour objet d'interdire au roi de dilapider son domaine. En réalité, tel qu'il s'est précisé au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, le principe de l'inaliénabilité vise seulement à empêcher que la dépendance domaniale soit soustraite à l'usage du public ou du service public. Par conséquent, si elle n'apparaît plus nécessaire à cette fin, il suffira de procéder à la désaffectation pour qu'elle retombe dans le domaine privé et redevienne aliénable. L'*imprescriptibilité* est le corollaire de l'inaliénabilité. On ne peut acquérir, par prescription, ni la propriété d'un bien du domaine ni un droit réel sur lui.

Le même souci de protéger l'affectation explique que les atteintes matérielles à l'intégrité des dépendances domaniales soient sanctionnées par un régime répressif dérogatoire au droit commun. Pour les plus importantes de ces dépendances, ce régime est celui des contraventions de grande voirie qui, en matière de voirie terrestre, sont appréciées par les tribunaux civils. L'amende qu'ils sont éventuellement amenés à prononcer présente le caractère d'être à la fois une sanction pénale et une indemnité.

L'affectation n'interdit cependant pas l'utilisation du domaine par les particuliers. Sans doute certaines dépendances les excluent (ouvrages militaires, par exemple) ou encore ne leur sont accessibles qu'en tant qu'ils sont usagers d'un service (domaine de la S.N.C.F.), mais, pour celles qui sont affectées à l'usage direct du public, le problème se pose de savoir quelle est l'étendue des facultés offertes aux particuliers. Il est résolu par toute une série de distinctions qui permettent de concilier le respect de l'affectation et l'exploitation du domaine au mieux des intérêts économiques des citoyens et de ceux de la collectivité.

Lorsque l'utilisation est commune (telle la circulation sur la voie publique), elle est en principe libre, égale pour tous et gratuite. Lorsqu'elle est privative, c'est-à-dire excluant l'utilisation de la dépendance par d'autres personnes, il faut considérer son caractère qui peut être soit conforme à la destination du domaine (concession funéraire, place dans un marché), soit anormale par rapport à sa raison d'être (pompes à essence, kiosques, terrasses de café). Dans tous les cas, l'utilisation est soumise à autorisation et entraîne paiement d'une redevance. Mais quand il s'agit d'utilisation privative normale,

l'autorisation ne peut avoir aucun caractère discrétionnaire. Dans les cas d'utilisation anormale, l'administration jouit d'un plus large pouvoir d'appréciation, surtout si l'utilisation implique l'emprise sur la voie publique. Elle est alors subordonnée à l'obtention d'une *permission de voirie* qui est précaire et révocable, car l'administration est toujours maîtresse de rendre le bien à sa destination normale. Cependant, étant donné l'importance de l'intérêt économique qui s'attache à certaines permissions de voirie (dans le cas de canalisation pour le transport de l'énergie, par exemple), la jurisprudence s'emploie à concilier l'intérêt du permissionnaire à bénéficier d'une situation stable et celui de l'administration à tirer le maximum de profit des redevances qu'elle perçoit du fait de l'occupation de son domaine.

Sur ce point, l'évolution du régime de la domanialité est intéressante. Jusqu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, le droit de propriété des collectivités publiques était très discuté ; on avait tendance à considérer le domaine comme *res nullius* en autorisant seulement l'exercice d'un droit de police. Puis, une fois la qualité de propriétaire reconnue à l'administration, on tenait cette propriété comme non susceptible d'être une source de profit, car le libéralisme dominant exigeait que son usage fût, en principe, gratuit. Aujourd'hui, propriétaires d'un vaste patrimoine, les collectivités publiques se sont vu reconnaître le droit de l'exploiter sous la condition que le souci d'en tirer un revenu ne compromette pas l'affectation au service de l'intérêt général.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## @ PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE

### ***Prise de vue***

On désigne sous le nom de propriété industrielle l'ensemble des droits accordés aux industriels et commerçants sur divers éléments de leur patrimoine commercial. La propriété industrielle présente ce caractère spécifique d'avoir pour objet un bien incorporel, à la différence de la propriété qui s'exerce sur des biens corporels perceptibles par les sens. Elle entretient à ce titre des relations étroites

avec les autres propriétés incorporelles, littéraire et artistique.

Dans son acception la plus large, la notion englobe notamment les appellations d'origine et les indications de provenance, les brevets d'invention, les dessins et les modèles, les marques de fabrique ou de commerce et les noms commerciaux. Elle comprend aussi le droit de se servir des récompenses industrielles et commerciales, et, dans une acception plus large encore, la répression de la concurrence déloyale.

La définition qu'en donne la convention de Londres de 1934 permet de l'appliquer non seulement à l'industrie et au commerce proprement dits, mais également au domaine des industries agricoles et extractives et à tous produits fabriqués ou naturels tels que les vins, les grains, les feuilles de tabac, les fruits, les bestiaux, les minéraux, les eaux minérales, les fleurs, les farines, etc. La crainte que l'inventeur d'un remède nécessaire à la santé publique ne spéculer sur cette nécessité même et n'élève ses prix sans limite à l'abri d'un monopole a longtemps conduit à écarter les médicaments de l'emprise de la propriété industrielle. Cette prévention absolue a laissé place à un régime spécifique de la propriété intellectuelle des médicaments en 1959, puis à une assimilation progressive au droit commun à partir de 1968.

La notion même de propriété industrielle présente des caractères originaux que la sémantique ne fait pas apparaître. La qualification juridique de propriété industrielle a même été contestée. La finalité de cette propriété incorporelle ne peut en effet être celle du droit de propriété tel qu'il est ordinairement entendu. Elle ne réside que dans la protection du commerçant ou de l'industriel contre la concurrence, soit en lui assurant un monopole d'exploitation (brevets d'invention, dessins et modèles), soit en lui conférant un droit privatif sur certains signes de ralliement de clientèle (marques de fabrique et de commerce, nom commercial).

À la différence d'un droit de propriété qui s'exerce sur une chose, le droit de propriété industrielle est non pas perpétuel, mais temporaire. Il est en outre, à certains égards, moins avantageux qu'un droit réel et, à d'autres, plus protecteur. Il est moins avantageux en ce qu'il ne confère pas à son titulaire la propriété de tous

les produits qui sont issus de son droit, alors que le titulaire du droit réel peut prétendre aux fruits de la chose sur laquelle s'exerce sa propriété. Ainsi, le titulaire d'un brevet est seulement investi du monopole de la fabrication d'un produit et non de la propriété des produits eux-mêmes. Il est plus protecteur, en revanche, en ce qu'il investit son titulaire d'un droit exclusif de toute concurrence, à la différence d'un droit de propriété sur une chose, qui souffre quant à lui la concurrence.

Un trait commun aux propriétés industrielles les éloigne encore du droit classique de propriété. Il réside dans ce qu'elles ne constituent pas, à l'inverse des droits s'exerçant sur des choses, des propriétés oisives. Leur existence dépend de l'activité ou de la puissance créatrice de l'homme. Cette activité est, selon les cas, soit une activité actuelle (ainsi en est-il des offices, des clientèles civiles ou des fonds de commerce), soit une activité passée matérialisée dans une création de l'esprit (c'est le cas des brevets d'invention).

Les droits de propriété industrielle, qui sont des éléments du patrimoine, sont regardés à l'instar des autres droits de propriété incorporelle comme des meubles et se cèdent, se transmettent ou se nantissent comme tels, selon certaines modalités techniques.

Il est donc difficile d'adapter la notion de propriété industrielle à la notion commune de propriété. Le terme de « droit de clientèle » lui a été proposé comme substitut par Paul Roubier, dès 1935. Pour Roubier, la notion convient car une clientèle constitue une richesse mouvante ; elle peut augmenter et diminuer. Aussi l'objet même des droits de clientèle ne peut-il être figé. Ces derniers placent leur titulaire dans une position de monopole et d'exclusivité : on ne peut fabriquer le produit breveté sans le consentement du titulaire du brevet ; on ne peut apposer la marque sur un produit sans le consentement du titulaire de la marque. La clientèle est donc réservée à ces titulaires, mais il peut très bien ne pas y avoir de clientèle si le produit breveté n'a pas de succès ou si la marque n'est pas recherchée. Selon Roubier, la notion serait celle de droits *de* clientèle et non celle de droits *sur* la clientèle, mais, dans l'esprit de cet auteur, le droit de clientèle doit englober également l'ensemble des droits de propriété intellectuelle, même littéraire et artistique.

## 📍 1. Évolution historique

Il n'existe pas d'unité historique des droits de propriété industrielle, et il convient à cet égard de distinguer les droits des créations nouvelles et les droits sur les signes distinctifs.

### 📍 Droits sur les créations nouvelles

Le droit de propriété industrielle sur les créations nouvelles procède, dès son origine, d'une protection octroyée par l'autorité. Cette protection est d'abord une grâce du prince, puis devient une sorte de convention passée avec l'autorité publique.

Sous l'Ancien Régime, le droit des créations nouvelles ne se fait jour qu'assez tardivement. Comme celui de la propriété littéraire, avec lequel il présente déjà de grandes similitudes, il n'apparaît vraiment en France qu'au moment où s'amorce la période industrielle, au XVIII<sup>e</sup> siècle. Il est cependant déjà connu en Angleterre depuis au moins un siècle. Très empreint dès l'origine du caractère de protection monopolistique qu'on lui connaît encore, le droit consistait surtout en l'octroi de privilèges royaux accordés par le prince de façon assez arbitraire, en ce sens qu'ils ne bénéficiaient pas nécessairement à tous les inventeurs et qu'ils pouvaient même échoir à d'autres qu'aux inventeurs eux-mêmes. Pour la plupart, ces privilèges consistaient en un monopole de fabrication des produits brevetés et s'assortissaient d'une contrepartie versée au Trésor. Les abus qui en sont découlés – et qui, dans un système équivalent, avaient conduit le Parlement anglais à voter, pour y mettre un terme, la première loi sur les brevets d'invention, en 1623 (Statute of monopolies) – ont également trouvé leur sanction en France dans le droit transitoire.

Même si les tentatives réglementaires de Turgot, en 1762, et la jurisprudence du Parlement de Paris s'étaient efforcées de donner une uniformité à la protection de la création industrielle, c'est la période révolutionnaire qui marque l'histoire du droit de propriété industrielle par la première loi française garantissant la protection des inventeurs. Le décret du 7 janvier 1791 déclare que les

inventeurs sont propriétaires de leurs inventions et prévoit à leur profit l'octroi de brevets d'invention. La durée de ce brevet est de quinze ans. La délivrance du brevet est accordée sans examen préalable de sa fiabilité, ce qu'expriment les initiales S.G.D.G. qui signifient « sans garantie du gouvernement ». L'idée qui domine ce texte est de laisser à l'expérience, et aux tribunaux en cas de conflit, le soin d'apprécier la valeur de l'invention. Ce système de délivrance sans examen existait déjà en Angleterre, mais n'était pas uniformément répandu dans les pays où l'invention industrielle se trouvait protégée : en Prusse et aux États-Unis, le brevet n'était accordé qu'après un examen administratif des mérites et de la nouveauté de l'invention.

Le droit moderne relatif aux créations industrielles s'est, dans un premier temps, élaboré avec une certaine lenteur, avant d'entrer dans une phase d'accélération due aux nouvelles contingences du commerce, et notamment du commerce international. Le décret du 7 janvier 1791 a été remplacé par une loi du 5 juillet 1844 qui, tout en maintenant le principe de brevets accordés sans garantie du gouvernement, a introduit l'exigence d'une déclaration de la nouveauté et de la possibilité d'une application industrielle, sans toutefois établir un système de contrôle de ces critères a priori. Cette loi établissait une durée du brevet de cinq, dix ou quinze ans, selon le temps pendant lequel le breveté payait les annuités, puis cette durée a été portée à vingt ans en 1939. Le titre ainsi délivré ne pouvait offrir qu'une protection assez illusoire laissant une grande place au contentieux sur la valeur des brevets, porté devant les tribunaux judiciaires. Une loi du 2 janvier 1968 est heureusement venue remplacer celle de 1844 et a accru la fiabilité du brevet par l'exigence, à l'instar des systèmes en vigueur depuis 1790 aux États-Unis et depuis 1877 en Allemagne, d'un examen préalable portant sur la nouveauté de l'invention. Ce texte a enfin été modifié par la loi du 13 juillet 1978, dont le premier objet était d'aligner le droit français sur les conventions internationales récentes qui lient la France, notamment les conventions de Munich, de Luxembourg et le Patent Cooperation Treaty, et dont le second objet était de renforcer la valeur du brevet français.

La période contemporaine d'internationalisation du commerce a fortement marqué de son empreinte les mécanismes protecteurs de la création industrielle. Les transformations du droit international sont, à cet égard, de trois

sortes : les unes, élaborées dans le cadre du Conseil de l'Europe dès 1953, harmonisent les formalités de demande de brevet ; d'autres résultent du système d'enregistrement international des brevets créé par le Patent Cooperation Treaty en 1970 ; d'autres, enfin, ont pour cadre le Marché commun, telles l'instauration d'un système européen de délivrance des brevets par la convention de Munich, entrée en application en France en 1977, ou la création d'un véritable titre européen par la convention de Luxembourg de 1975.

La protection des dessins et des modèles a suivi une évolution parallèle, quoiqu'elle ait moins que le statut des brevets suscité l'activité du législateur, et son régime actuel demeure pour l'essentiel celui qui a été fixé par la loi du 14 juillet 1909. Antérieurement à cette loi, les dessins industriels, ou dessins de fabrique, étaient protégés par la loi du 18 mars 1806 complétée en 1825, tandis que les dessins purement artistiques étaient protégés par la loi du 19 juillet 1793, et la distinction entre ces deux espèces se révélait parfois difficile. La jurisprudence a fluctué durant tout le XIX<sup>e</sup> siècle, retenant successivement pour critère de classification la destination de l'œuvre, puis son caractère artistique – critère éminemment subjectif. En ce qui concerne les modèles de fabrique, la loi étant restée muette pendant tout le cours du XIX<sup>e</sup> siècle, la jurisprudence est longtemps demeurée indécise sur le point de savoir si les modèles devaient être soumis à la loi de 1793 sur la propriété artistique ou à la loi de 1806 sur la propriété industrielle. Cette incertitude s'est en partie trouvée dissipée par une loi de 1902 qui, renonçant à un critère de classement tiré du modèle lui-même, a fixé comme élément déterminant de la qualification de la protection industrielle la qualité de l'auteur des modèles de fabriques (architecte, statuaire, dessinateur d'ornements...). La loi de 1909 actuellement en vigueur a rompu avec toute dualité de statut et abandonne la qualification de dessins et modèles de fabriques au profit de la notion générale de dessins et modèles sans considération du caractère artistique de la création. Les législations des pays européens actuellement en vigueur sont à peu près contemporaines de la loi française (Allemagne, 1876 ; Belgique, 1886 et 1935 ; Italie, 1940) et adoptent des systèmes équivalents.

## @ Droits sur les signes distinctifs

La découverte de signes portés sur des poteries grecques et romaines a pu permettre de se demander si les marques n'étaient pas reconnues dès

l'Antiquité. C'est ainsi que le dénombrement de six mille marques de potiers romains (*sigillum*), qui identifiaient les produits issus d'un atelier déterminé, ont permis de suivre les courants commerciaux de cette époque, mais il est peu probable que ces signes aient joué un rôle analogue à celui des marques d'aujourd'hui et aient servi à rallier la clientèle. Ils s'étaient plutôt destinés à prévenir le vol des produits portant un même signe. On a toutefois retrouvé des cachets d'amphores de vin qui avaient été falsifiés, semble-t-il pour tromper sur l'origine. La répression de la contrefaçon existait, certes, en droit romain, qui connaissait la loi Cornelia de falsis destinée à punir la fraude ; mais il est douteux qu'ait été en vigueur un système de protection d'un droit monopolistique du propriétaire de signe. Il paraît plus vraisemblable que le droit des marques est né au Moyen Âge et a correspondu au développement des guildes, des corporations et des corps de métier dans les pays d'Europe. De nombreuses traces en ont été relevées dans les villes commerçantes de la mer du Nord (Anvers, Amsterdam...) et dans les cités maritimes italiennes (Gênes, Venise). À cette époque, il faut d'ailleurs distinguer deux sortes de marques : la marque publique ou corporative, qui était celle du corps de métier, et la marque privée, c'est-à-dire la marque individuelle de chaque artisan, qui servait de signe distinctif à l'intérieur de la corporation. La marque publique n'était pas une marque au sens actuel du terme. Elle avait pour but de certifier que le produit avait été fabriqué conformément aux règlements minutieux qui existaient alors au sein de chaque corporation. La marque privée, au contraire, paraît bien avoir été obligatoire à cette époque, tout au moins dans un certain nombre d'industries et de pays. Cette apposition obligatoire de la marque sur tel produit garantissait non seulement les normes de qualité d'un produit imposées par la corporation, mais surtout certifiait sa réalisation par tel fabricant.

Alors que la période révolutionnaire avait été propice à la protection de l'invention, la proclamation de la liberté du commerce et de l'industrie et l'abolition des corporations n'ont pas été favorables à l'établissement d'un droit des marques, en raison de la finalité qui avait jusqu'alors été donnée à ce dernier. Cependant, peu à peu, une certaine protection des marques s'est à nouveau fait jour. Au cours de la première partie du XIX<sup>e</sup> siècle, cette protection est toutefois demeurée assez incomplète et assez imparfaite. Ce n'est guère qu'après 1850, c'est-à-dire au moment où s'ouvre la plus brillante période du libéralisme économique, qu'apparaissent en Europe les grandes lois sur les marques. C'est ainsi qu'en

France fut édictée la loi du 23 juin 1857. Au milieu d'une production croissante et d'une économie orientée vers le bon marché, le droit des marques constitue alors une importante garantie de qualité, et, par conséquent, il assure un exercice et un développement harmonieux de la liberté économique. On aperçoit tout le changement qui s'est opéré par rapport à l'esprit du régime corporatif : la marque n'est plus considérée comme une obligation et donc comme la sanction d'une série de devoirs imposés aux producteurs. Elle est, à l'inverse, véritablement un objet de droit, et elle tend progressivement à devenir, dans un fonds de commerce, une prérogative estimée et de grande valeur. La loi de 1857 a été, depuis lors, refondue par la loi du 31 décembre 1864, elle-même modifiée en 1965 puis en 1975.

La réglementation internationale est très rapidement apparue dans le domaine des marques dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, et un arrangement pour le dépôt international des marques a été conclu à Madrid en 1891, puis révisé en 1957.

L'évolution contemporaine du droit des marques porte une nouvelle empreinte, celle d'un souci de rassemblement des fabricants ou des producteurs autour d'une région ou d'un secteur d'activité qui permet à chacun de bénéficier d'une réputation collective. Certains auteurs y voient un retour à l'esprit des corporations d'antan.

## 📍 2. Régime juridique

### Naissance du droit

Deux critères sont envisageables pour déterminer le titulaire présumé d'un droit de propriété industrielle lors de la naissance de ce dernier : le critère du premier inventeur, qui est conforme à une certaine conception du droit naturel, et le critère du premier déposant, c'est-à-dire de la première personne qui a demandé à l'autorité la délivrance d'un titre. Cette seconde méthode procède de l'observation que la protection naît non pas de l'invention, mais de son dépôt. En droit positif français, la loi de 1968 sur les brevets se ralliait à ce second système ; mais, la Convention de Munich ayant opté pour le premier, la loi française de 1978 s'est conformée à la norme internationale. Ce système de détermination ne va pas sans poser des difficultés de mise en œuvre, notamment en cas de pluralité

d'inventeurs ou en cas d'invention par un salarié, dont il faudra alors distinguer si elle constitue ou non une invention de service.

Les critères de l'objet du droit qui président à la naissance d'un droit de propriété industrielle varient selon le cas particulier, mais présentent généralement ce trait commun de n'octroyer protection qu'à l'invention. Dans cette vue, le critère de nouveauté est évidemment déterminant. L'exigence de la nouveauté est commune à l'acquisition de la propriété des brevets d'invention, des dessins et des modèles, et des marques. Selon l'objet auquel s'attache la propriété, le critère de nouveauté se trouve renforcé ou, au contraire, ne revêt qu'une acception relative.

C'est ainsi que l'acquisition de la propriété du brevet nécessite que la nouveauté soit doublée d'un caractère industriel et renforcée par un caractère inventif qui atteste de l'innovation technique et exclut toute banalité résultant du seul développement des connaissances. Cette même exigence est formulée par la loi allemande, qui subordonne la reconnaissance du caractère brevetable à une certaine « hauteur inventive », et par la législation des États-Unis où, dans une formule imagée, est exigé un « éclair de génie ». S'agissant des dessins et des modèles, le critère de nouveauté est amoindri et s'assimile presque à celui d'originalité. Enfin, plus atténuée encore, l'exigence de nouveauté en matière de marques revêt un caractère relatif et ne constitue pas un obstacle au réemploi d'une marque préexistante dont le propriétaire aurait été dépossédé par défaut d'utilisation.

Les modalités d'acquisition des droits de propriété varient en fonction des législations et des régimes juridiques. Elles présentent, dans la législation française, le trait commun de nécessiter un dépôt auprès d'un organisme public, qui concrétise une sorte de contrat entre le bénéficiaire et l'autorité publique garante du droit et qui, par un mécanisme de centralisation des données, permet d'assurer une protection efficace. Les droits de propriété industrielle reposent avant tout sur les priorités d'un titulaire par rapport au tiers, et il est donc nécessaire qu'existent des administrations qui enregistrent ces droits, procédant, le cas échéant, au contrôle de leurs conditions d'existence et leur donnant date certaine.

Un organisme administratif spécialisé, dont l'importance devient déterminante, est chargé en France de l'application des dispositions légales concernant la propriété industrielle. À l'origine simple service du ministère du Commerce, il s'est mué en 1902 en un office que remplace aujourd'hui l'Institut national de la propriété industrielle (I.N.P.I.). Créé par une loi du 19 avril 1951, cet établissement public a la personnalité civile et jouit d'une autonomie financière. Les attributions de l'I.N.P.I. sont multiples. C'est lui, notamment, qui reçoit (directement ou par l'entremise des préfetures) et qui examine les demandes de brevets d'invention ; il reçoit également, par les soins des greffiers des tribunaux de commerce, un certain nombre des marques qui y sont déposées et, par les soins des secrétaires des conseils de prud'hommes, dans certaines conditions, les exemplaires des dessins et des modèles placés sous la protection légale ; il enregistre enfin, le cas échéant, après enquête, les récompenses industrielles et commerciales. L'I.N.P.I. tient les registres spéciaux des brevets d'invention et des marques de fabrique, le répertoire central des marques, les registres où sont reproduits les dessins et les modèles et le registre central du commerce. C'est encore l'I.N.P.I. qui assure la publicité des brevets, marques, dessins et modèles ; il publie le *Bulletin officiel de la propriété industrielle* et les fascicules concernant la description des brevets. C'est auprès de cet organisme que sont accomplies les formalités destinées à rendre opposables aux tiers les mutations ou constitutions de droits concernant les brevets et les marques déposées.

À côté des organes administratifs nationaux existent des organes internationaux, tels que l'Organisation européenne des brevets, dont le siège est à Munich, et l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, héritière des bureaux internationaux réunis de la propriété industrielle, dont le siège, à Genève, se charge des unions variées s'occupant de la propriété industrielle.

## 📌 Exercice des droits

Les droits de propriété industrielle sont opposables à tous. Le breveté peut, en effet, interdire à qui que ce soit la fabrication du produit protégé ou l'utilisation du procédé couvert par le brevet. De même, le titulaire de la marque ou du signe de ralliement de clientèle peut s'opposer à ce que tout concurrent utilise le même signe pour désigner illégitimement un produit semblable.

Les droits de propriété industrielle sont limités dans le temps. Cette durée déterminée résulte d'un compromis entre, d'une part, le souci de protéger les intérêts de l'inventeur – et par là même de susciter l'activité créatrice –, et, d'autre part, le souci de ne pas scléroser l'activité industrielle par un obstacle à la mise en œuvre du génie inventif. Elle est également fonction de l'importance du contrôle de la nouveauté effectué par l'administration lors du dépôt. La durée des droits de propriété industrielle, subordonnée selon le cas au paiement d'une redevance annuelle ou forfaitaire lors du dépôt, est donc strictement déterminée par la loi pour chaque type de droit. Elle est de cinquante ans pour les dessins et les modèles, car ses inconvénients monopolistiques sont alors considérés comme peu graves, de vingt ans pour un brevet, de six ans pour un certificat d'utilité et d'une durée équivalente à celle du droit auquel il se rattache pour le certificat d'addition. Le dépôt d'une marque est générateur d'une protection d'une durée de dix ans mais, à la différence de la durée de protection des brevets, la durée de protection des marques est renouvelable autant de fois que le désire son titulaire. Le nom commercial, en revanche, dure autant que l'entreprise qu'il désigne, et l'enseigne, tant que son titulaire ne l'ôte pas du local où il l'a placée. Les appellations d'origine, enfin, sont en principe perpétuelles, mais le législateur peut cependant en modifier les conditions d'octroi, ce qui a pour effet de priver certains lieux du droit de se prévaloir de l'appellation (déclassement).

Les droits de propriété industrielle sont limités dans l'espace, car ils ont longtemps été considérés comme procédant d'une manifestation de souveraineté d'un pays. Cette limitation tend à s'estomper, notamment par l'établissement d'une législation européenne. Le recul de cette limite résulte spécialement, à l'heure actuelle, de la mise en place d'un brevet européen qui substitue une procédure unique de dépôt à autant de procédures nationales, et de la création d'un brevet communautaire dont le principe a été adopté en 1975 par la convention de Luxembourg et dont les années 1990 voient l'entrée en vigueur (cf. chap. 3, *Évolution contemporaine*).

Les droits de propriété industrielle sont constitutifs de prérogatives dont l'étendue se présente comme une contrepartie de leur limitation dans le temps. Ces prérogatives varient, elles aussi, selon chaque cas. Les droits nés du brevet, qui sont les plus complets, interdisent à un tiers de fabriquer, d'utiliser, de vendre,

de mettre dans le commerce sous toute autre forme, de détenir ou d'importer un produit ou un procédé breveté. Ils constituent même un obstacle à la fourniture de moyens en vue de la mise en œuvre d'une invention brevetée. Des prérogatives identiques ou dérivées sont adaptées par les textes aux autres objets de la propriété industrielle.

Considérés comme des biens meubles, les droits de propriété industrielle peuvent faire l'objet de transmission à l'instar de tout élément patrimonial. Il pourra s'agir de transmission entre vifs, par un contrat de cession ou de donation, ou de transmission à cause de mort, par voie de succession à titre universel ou à titre particulier. Qu'un droit de propriété industrielle soit susceptible d'opérations juridiques constitue aujourd'hui une évidence. Il n'en a pas toujours été ainsi : le grand juriste allemand Kohler a soutenu que, notamment, le droit à la marque est incessible parce qu'il est un droit de la personnalité de celui qui a fabriqué le produit. L'incessibilité aurait été pratiquement très gênante et préjudiciable à la valeur même du droit. Il a donc suffi aux auteurs de mettre l'accent sur le concept de propriété pour pouvoir en déduire qu'en réalité, comme toute propriété, la propriété industrielle est parfaitement cessible. Hormis les cas de transmission à cause de mort, la cession des droits de propriété industrielle recouvre deux hypothèses principales : la cession et la concession de licence. Les cessions des droits de propriété industrielle posent, en raison de la nature même de ces droits qui sont attachés le plus souvent à l'exploitation d'un fonds de commerce, des difficultés spécifiques. La question s'est en effet posée de savoir si les droits pouvaient être cédés indépendamment du fonds de commerce et, corrélativement, si la cession du fonds de commerce devait nécessairement entraîner la cession des droits de propriété industrielle qui lui étaient attachés. Il existe, en effet, un risque que le public soit trompé, par exemple si une entreprise peut céder une marque à une autre entreprise sans que cette cession soit accessoire des moyens de production ou de diffusion qui garantissent la qualité du produit. Le droit positif a apporté à cette question des réponses différentes selon les droits de propriété industrielle. En principe, s'agissant des brevets, et des dessins et modèles, aucun transfert de plein droit à titre d'accessoire du fonds de commerce ne peut intervenir. Il est donc nécessaire qu'une clause spéciale du contrat prévienne leur cession. Il s'agit en effet de droits qui présentent un caractère très personnel et sont assortis d'un droit moral. Il paraît donc normal qu'ils aient un sort indépendant du fonds proprement dit. S'agissant, au contraire, des droits sur

les signes distinctifs, marques, noms commerciaux ou enseignes se présentent comme des accessoires du fonds de commerce avec lequel ils sont cédés, sauf si une clause contraire de la cession les a expressément exclus de son champ de prévision. L'objection avancée par les auteurs les plus réticents relativement à un usage trompeur d'une marque acquise séparément du fonds auquel elle était attachée a été considérée comme peu convaincante, les partisans de la cession libre répliquant que le risque de voir l'entreprise cessionnaire ne pas être à la hauteur de sa tâche paraissait mince : si le cessionnaire de la marque fournissait au public des produits moins bons que ceux dont elle avait l'habitude, la clientèle aurait tôt fait de le quitter. La loi de 1964 sur les marques est ainsi venue consacrer le principe de libre cessibilité. Ce principe est aussi celui de la législation britannique, mais, à l'inverse, le droit allemand lui demeure hostile. Les règles qui président aux cessions de propriétés industrielles témoignent toutefois, en droit national, d'un libéralisme limité, puisque sont autorisées les cessions partielles des droits quant à leur objet mais non quant à leur emprise géographique. Cette limitation est, en revanche, autorisée pour les concessions de licences. Plus limitée que la cession, la concession de licence confère au tiers concessionnaire uniquement le droit d'exploiter selon certaines modalités dans les termes de la licence qui lui est accordée. La propriété demeure au concédant. La concession de licence peut être prononcée d'office, au cas où le titulaire d'un brevet négligerait d'en assurer l'exploitation.

La nature mobilière des droits de propriété industrielle emporte d'autres conséquences d'une importance majeure dans la vie des affaires. La propriété industrielle est ainsi incluse dans le droit de gage des créanciers d'un commerçant et participe donc au premier chef du crédit d'une entreprise. Les créanciers peuvent saisir les droits et se payer sur leur prix à la suite de leur licitation. La saisie est alors opérée non pas entre les mains du titulaire des droits, mais auprès de l'organisme qui en a reçu le dépôt et qui constitue le lieu de consultation publique des enregistrements d'opérations juridiques portant sur la propriété industrielle. Ce mécanisme est imposé par la nature incorporelle de la propriété qui met obstacle à toute appréhension matérielle du gage. Il est proche de celui que le droit connaît chaque fois que l'appréhension d'un élément de patrimoine est susceptible de difficultés. La publicité des droits immobiliers et l'immatriculation de certains meubles procèdent de systèmes proches.

Les droits de propriété industrielle peuvent enfin faire l'objet d'apports en société, parmi lesquels on doit distinguer les apports en propriété des apports en jouissance. Dans le premier cas, le droit de propriété industrielle entre dans le patrimoine de la personne morale et, à la dissolution de celle-ci, il suit le sort de l'actif social ; dans le second cas, il retourne à l'apporteur, qui retrouve la plénitude de ses prérogatives. La propriété industrielle peut également revêtir la forme d'une copropriété indivise génératrice le plus souvent de difficultés d'exploitation que des règlements de copropriété peuvent tenter d'endiguer. En l'absence de convention, il est admis, en matière de brevets, que l'un seul des copropriétaires peut s'opposer à l'exploitation – ce qui constitue un frein au dynamisme économique ; en matière de marque, il est admis que chaque copropriétaire peut se livrer à une exploitation personnelle, ce qui n'est pas sans entraîner de graves risques de confusion.

### 📌 Sanction des droits

Les droits de propriété industrielle sont le plus souvent assortis de mécanismes propres de sanction au cas où ils viendraient à être violés. Le principal attribut du droit de propriété industrielle, qui réside dans un monopole d'exploitation, ne peut être protégé que par un système de répression et de réparation spécifique. La loi qualifie de contrefaçon l'atteinte portée aux droits de propriété industrielle. En ce domaine, le droit de la propriété industrielle a suivi la tendance plus générale de la dépénalisation des pratiques commerciales illicites dès lors qu'elles ne mettent pas directement en cause les consommateurs. Jusqu'en 1978, les sanctions en cas de violation des droits attachés aux brevets étaient à la fois civiles et pénales. Mais sanctionner pénalement la contrefaçon en matière de brevet était délicat. L'appréciation de la contrefaçon est souvent malaisée et ne paraissait, pour cette raison, pouvoir être confiée à des tribunaux répressifs qui mettent en œuvre des principes de droit pénal mal adaptés à la matière et qui, souvent, rendaient illusoires les poursuites. Un système complexe s'était établi, prévoyant l'intervention des tribunaux civils, plus expérimentés, aux côtés des tribunaux répressifs. Le législateur de 1978 a préféré abandonner les sanctions pénales en matière de contrefaçon de brevets. On a alors objecté que la disparition des sanctions pénales affaiblissait la protection de la propriété industrielle, et l'on a souligné que toutes les autres propriétés mobilières ou immobilières, et même les droits de la personnalité, étaient protégées par les

dispositions du Code pénal. La dépénalisation abandonne désormais sur ce point à l'initiative individuelle le soin de veiller à la loyauté des pratiques commerciales. La diligence des intervenants économiques est d'autant stimulée qu'existe un délai de trois ans par lequel se prescrivent les actions en contrefaçon. À l'inverse, le droit des marques, qui lie étroitement les intérêts des commerçants et ceux des consommateurs, a conservé un système de sanctions pénales.

La poursuite de la contrefaçon présente trois aspects originaux qui résident dans l'action en contrefaçon, dans la faculté ouverte aux licenciés d'agir en justice contre les contrefacteurs et dans la saisie de contrefaçon. Ces trois caractères présentent le trait commun d'offrir à la victime les moyens les plus énergiques que le droit civil mette en œuvre pour contraindre les tiers à une exacte observance des prérogatives de la propriété industrielle. En premier lieu, l'action en contrefaçon peut s'exercer non seulement contre les contrefacteurs directs, mais aussi contre ceux qui vendent ou utilisent en connaissance de cause l'objet de la contrefaçon. En deuxième lieu, elle peut être exercée non seulement par le titulaire du droit lui-même, mais encore par le bénéficiaire d'une licence d'exploitation soit à titre principal, si la licence est exclusive, soit à titre d'intervenant à l'action principale du titulaire, dans les autres cas. Enfin, quoique civile, la sanction a conservé un certain caractère de peine privée constituée par la saisie de contrefaçon. Cette saisie a pour objet soit de ménager une preuve contre l'auteur de la contrefaçon – et sera alors purement descriptive –, soit de placer sous main de justice, le cas échéant en vue de sa destruction, l'objet de la contrefaçon – la saisie est alors réelle. Compte tenu des conséquences graves d'une telle procédure, le législateur a pris des précautions de nature à dissuader des actions téméraires qui n'auraient d'autre objet que de créer un trouble illégitime dans le jeu de la concurrence : le litige doit être examiné dans un délai de quinze jours à compter de la saisie, faute de quoi non seulement celle-ci serait nulle, mais elle exposerait son auteur à de lourdes indemnités.

### @ 3. Évolution contemporaine

L'évolution contemporaine du droit de la propriété industrielle s'oriente selon deux axes. En premier lieu, le droit s'internationalise et trouve dans le marché européen un terrain d'uniformisation. En second lieu, le droit de la propriété industrielle tend à servir de modèle à l'ensemble des droits de propriété

intellectuelle, dont les spécificités s'estompent.

L'internationalisation s'était fait jour dès 1883, à l'initiative des onze pays signataires de la convention d'union de Paris qui comporte deux séries de dispositions : les premières consacrent le principe d'assimilation des unionistes aux nationaux, et les secondes instituent un système d'harmonisation du droit. Cette convention a été jugée devoir être adaptée. Les pays en développement estiment en effet que le principe d'égalité qu'elle consacre leur est éminemment préjudiciable en ce qui concerne le montant des taxes, la durée des brevets, le délai de priorité des brevets déposés sur leur territoire et l'obligation d'exploiter le brevet. La règle de l'unanimité, qui préside à la modification de la convention elle-même, est un obstacle à son évolution. Elle a conduit à la conclusion d'accords de deuxième rang entre certains des signataires seulement, réunis en unions particulières. Toutes ces unions sont désormais gérées par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle. La construction européenne, pour sa part, a été la source de deux institutions distinctes déjà signalées. L'Organisation européenne des brevets délivre un brevet européen et comporte en son sein non seulement un organe d'enregistrement, mais encore une instance de recours. Par ailleurs, les États membres de la Communauté européenne ont signé, le 15 décembre 1975, à Luxembourg, une convention relative au brevet européen pour le Marché commun. Cette convention institue un brevet communautaire. En France, sa ratification a été autorisée par la loi du 21 décembre 1991. Les accords européens conclus pour la mise en œuvre de cette convention ont pour objet la création d'une Cour d'appel commune chargée d'assurer l'unité de la jurisprudence relative au brevet communautaire. À la différence du brevet européen, qui éclatait dès sa délivrance en autant de brevets nationaux, le brevet communautaire est un brevet autonome et unique pour tous les États de l'Union européenne.

Seconde évolution, l'unité de la propriété intellectuelle mise en lumière par Roubier trouve actuellement une expression inattendue lorsqu'il s'agit de concilier les droits nationaux de propriété intellectuelle et le principe de libre circulation des marchandises posé par le traité de Rome instituant le Marché commun. Le traité n'envisage formellement que les problèmes de conciliation du principe avec les droits nationaux de propriété industrielle. Mais la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes marque une propension à aligner le statut

du droit d'auteur dans le cadre de l'Union européenne sur celui de la propriété industrielle. Cette uniformité existe, il est vrai, comme aux États-Unis, dans la plupart des pays économiquement les plus puissants.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## @ PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE

### ***Prise de vue***

Protéger le droit d'auteur et les intérêts pécuniaires des écrivains ou des artistes ne fut jamais pris en compte pendant plus de deux millénaires. Si avec l'apparition de l'imprimerie tous les pouvoirs décidèrent d'instaurer une haute surveillance sur le risque séditieux des œuvres de l'esprit en imposant aux imprimeurs-libraires, mais à leur seul bénéfice, des « privilèges d'imprimer », ce fut sans pour autant se soucier de la condition des auteurs. Et cela sans parvenir à endiguer les éditions pirates ; ce mal sévit encore davantage aujourd'hui.

### @ Les premiers dispositifs de protection juridique

La première loi véritablement fondatrice du droit d'auteur est le *Statute of Anne*, votée, en Angleterre, par la Chambre des communes en 1709. Elle reconnaissait à l'auteur d'ouvrages déjà édités « le droit exclusif de les imprimer à nouveau pendant une durée de vingt et un ans ». Autres pays précurseurs, la Norvège et le Danemark (1741), puis l'Espagne (1762) furent parmi les premières nations à protéger les droits de leurs auteurs.

En France, tout en acceptant la réglementation royale des privilèges, Diderot posa, en 1767, les jalons d'une reconnaissance du droit de l'auteur : « Quel est le bien qui puisse appartenir à un homme, si un ouvrage d'esprit [...], la portion de lui-même la plus précieuse, celle qui ne périt point, celle qui l'immortalise, ne lui appartient pas ? » En 1777, des arrêts du Conseil du roi édictent pour la première fois les privilèges des auteurs auxquels est accordé un

droit de propriété tendant à prendre le pas sur les acquis (à double tranchant) du « libraire-éditeur » ; ceux-ci avaient prévalu pendant près de trois siècles.

Aux États-Unis, la législation fédérale de mai 1790 en matière de copyright précédera de peu deux décrets de l'Assemblée révolutionnaire française : voté en janvier 1791, le premier concerna le droit de représentation des spectacles. Quant au second (juillet 1793), il devait innover en adoptant, pour la première fois, les termes de « propriété littéraire et artistique » et énoncer ce qui deviendra la base de la législation française : « Les auteurs d'écrits en tout genre, les compositeurs, les peintres et les dessinateurs qui font graver les tableaux et dessins jouiront leur vie entière du droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages dans tout le territoire de la République et d'en céder la propriété en tout ou partie. » L'article 2 de la loi étendit aux héritiers et cessionnaires un même droit « durant l'espace de dix ans après la mort des auteurs ».

En France, d'autres lois nous rapprochèrent de l'état de droit positif contemporain. Celle du 14 juillet 1866 porta le délai de protection *post mortem* à cinquante ans (terme au-delà duquel l'œuvre tombe dans le « domaine public »), et elle fit bénéficier le conjoint des intérêts patrimoniaux et du droit moral. Celle du 11 mars 1902 établit qu'une œuvre est protégée quel que soit son mérite ou sa destination, aucun critère d'ordre esthétique ou autre n'étant opposable. En 1910, la loi du 9 avril protégea les reproductions des œuvres d'art, et celle du 29 mai supprima la nécessité de déposer à la Bibliothèque nationale deux exemplaires de l'œuvre pour bénéficier de la protection, mesure qui datait de François I<sup>er</sup>.

L'adhésion de la France à la Convention de Berne en 1886 précéda d'une année celles de la Suisse et de la Belgique, du Luxembourg (1888) et du Canada en 1928. L'objet de cette Convention consistait à étendre la protection du droit d'auteur sur le plan international, en se substituant aux premiers accords bilatéraux d'État à État. Au début du XX<sup>e</sup> siècle, l'expansion des traductions, la reproduction amplifiée des photographies en similitravure, puis, ultérieurement, l'apparition du cinéma, du disque, de la radio et de la télévision devaient rendre plus complexe la tâche des tribunaux.

La loi française du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique

marqua une étape décisive mais cependant temporaire, puisque le législateur ne pouvait prévoir, ainsi que le résume Claude Colombet, « ni la multiplication des œuvres audiovisuelles, ni le développement du câble, du satellite et de l'informatique, ni le danger de la photocopie de masse ». La loi du 3 juillet 1985 pallia certains de ces manques et, aujourd'hui, un corpus regroupe, depuis le 1<sup>er</sup> juillet 1992, sous le titre *Code de la propriété intellectuelle* (avec le droit des marques et celui des brevets) un ensemble de textes législatifs codifiés.

## 📌 Le Code de la propriété intellectuelle (C.P.I.)

La première partie du C.P.I. est exclusivement consacrée à la propriété littéraire et artistique, qui couvre tout à la fois le droit d'auteur et les droits voisins du droit d'auteur.

S'agissant du droit d'auteur, le principe fondamental est posé par les deux premiers alinéas de l'article L.111-1 du C.P.I. « L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous. Ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial. » De ces deux dispositions découle tout l'édifice législatif : une œuvre, un auteur, un droit moral, des droits patrimoniaux (ou pécuniaires).

*L'œuvre.* Reportons-nous à la première partie de l'article précité. Il affirme que la seule existence de l'œuvre, même inachevée et non divulguée – et indépendamment de toute formalité d'enregistrement –, implique la reconnaissance du droit d'auteur. De même, « le titre d'une œuvre de l'esprit, dès lors qu'il présente un caractère original, est protégé comme l'œuvre elle-même ».

Sans que ce caractère d'originalité soit explicité ou même érigé expressément en condition déterminante de la protection de l'œuvre par le législateur, c'est bien autour de cette notion que s'est organisée la jurisprudence pour décider du caractère protégeable – ou non – d'une œuvre de l'esprit. L'œuvre est dite protégeable dès lors qu'elle est l'empreinte de la personnalité de son créateur, ce qui suppose qu'elle ait pris forme : seules la composition et l'expression sont protégées par le droit d'auteur, à l'exception des idées qui sont de libre parcours et dont l'appropriation frauduleuse pourra tout au plus être

sanctionnée sur le fondement du droit commun de la responsabilité.

Ce critère d'originalité, certes relatif et subjectif, concerne tous les genres. Des fiches de cuisine ou un roman, un morceau de musique ou une peinture bénéficient de la même protection « quels qu'en soient le mérite ou la destination », c'est-à-dire indépendamment de leur valeur ou de leurs qualités.

Tous les domaines de l'écrit et de l'oral (conférences, allocutions, etc.) ainsi que les œuvres du spectacle (de la chorégraphie à la pantomime), les compositions musicales avec ou sans paroles, les photographies, les créations cinématographiques et audiovisuelles, les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, les lithographies, les cartes et les illustrations, les plans, les croquis et les ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à l'architecture et aux sciences – ainsi que, plus récemment, les créations typographiques et les logiciels – sont, sous condition d'originalité, protégeables.

Le sont également les œuvres dérivées (par exemple les traductions, les adaptations ou les arrangements), les anthologies et les recueils d'œuvres diverses constituant des créations intellectuelles originales. Enfin, les industries saisonnières de l'habillement et de la parure, qui « en raison des exigences de la mode renouvellent fréquemment la forme de leurs produits », peuvent relever du C.P.I.

*L'auteur.* « La qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée. » Indépendamment de cette disposition conçue comme une commodité pour le législateur, divers cas particuliers sont recensés par le C.P.I.

Ainsi *l'œuvre de collaboration*, à la création de laquelle ont concouru plusieurs auteurs, est-elle la propriété des coauteurs, qui doivent exercer leurs droits d'un commun accord et s'interdisent de porter préjudice à l'œuvre commune. *L'œuvre composite*, « œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière » – par exemple, un poème mis en musique ou l'adaptation cinématographique d'un roman –,

devient-elle la propriété de celui qui l'a réalisée, mais sous réserve des droits de l'œuvre préexistante.

Le C.P.I. réserve toutefois à *l'œuvre audiovisuelle* un traitement particulier : œuvre de collaboration par nature, elle est – sauf preuve contraire – la propriété commune des auteurs du scénario, de l'adaptation, du texte parlé, des compositions musicales avec ou sans paroles et du réalisateur. Est également considéré comme coauteur de l'œuvre audiovisuelle, mais avec des droits prééminents, l'auteur d'une œuvre adaptée (roman ou scénario préexistants) qui n'est pas encore tombée dans le domaine public. En revanche, *l'œuvre collective* – par exemple, une encyclopédie créée à l'initiative d'un éditeur – devient la propriété de ce dernier, seul investi des droits d'auteur *ab initio*.

Le cas d'auteurs salariés d'une entreprise (qui bénéficient d'un contrat de louage ou de service) n'entraîne, sauf clause contraire, aucune dérogation à la jouissance du droit d'auteur, à trois réserves près : si un logiciel est créé par un employé dans l'exercice de ses fonctions, l'employeur bénéficiera seul de tous les droits ; la même dérogation est appliquée aux agents de l'État, des collectivités et des établissements publics ; enfin, si les journalistes se voient reconnaître la qualité d'auteur, ils n'ont pas le droit d'exploiter leur article dans des conditions de nature à faire concurrence au journal ou au recueil périodique qui les emploie.

*Le droit moral* est ainsi défini par le C.P.I. : « L'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre. » Ce droit moral est le fer de lance de la grande majorité des combats juridiques qui portent sur le droit d'auteur : le producteur a-t-il mentionné le nom de l'auteur au générique du film ? L'éditeur a-t-il indiqué le nom du photographe sur l'affiche ? La commune avait-elle le droit de dégrader la sculpture monumentale qu'elle avait commandée ? Un éditeur de chansons peut-il exploiter celles-ci à des fins publicitaires ? Les tribunaux ont tendance à reconnaître aux auteurs (ou à leurs ayants droit) un droit qui peut s'opposer à des modifications d'aspect, de présentation ou de destination de leur œuvre. Les dénaturations sont interdites.

Le droit moral est « perpétuel, inaliénable et imprescriptible ». En cas de décès, il est transmissible aux héritiers selon les règles de la dévolution

successorale, l'exercice pouvant en être conféré à des tiers en vertu de dispositions testamentaires. Le droit de divulgation, celui de décider si l'œuvre doit ou non être communiquée au public, relève également du droit moral. À la mort de l'auteur, le droit de divulgation d'une *œuvre posthume* est toutefois différent de celui prévu à propos des autres attributs puisque, à défaut de désignation par l'auteur d'un ou de plusieurs exécuteurs testamentaires, il est transmis : d'abord aux descendants, à défaut au conjoint contre lequel il n'existe pas un jugement de séparation de corps ou qui n'a pas contracté un nouveau mariage, puis aux héritiers autres que les descendants et, enfin, aux légataires universels. Les renoncements aux prérogatives du droit moral ne sont pas reçus en droit français.

*Les droits patrimoniaux* : « L'auteur jouit sa vie durant du droit exclusif d'exploiter son œuvre sous quelque forme que ce soit et d'en tirer un profit pécuniaire. »

Ce droit d'exploitation comprend le *droit de représentation*, c'est-à-dire celui de communiquer l'œuvre au public par récitation publique, exécution lyrique, présentation ou projection publiques, par représentation dramatique ou télédiffusion, et le *droit de reproduction*, c'est-à-dire le droit de fixer matériellement l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte : imprimerie, dessin, gravure, photographie, moulage, enregistrements mécanique, cinématographique, magnétique, etc.

« Tirer un profit pécuniaire », c'est le droit pour l'auteur de prétendre à une rémunération pour toute forme d'exploitation de son œuvre. Hors quelques cas précis, énumérés par le C.P.I., celle-ci doit être proportionnelle aux produits de l'exploitation, son taux étant toutefois laissé à l'appréciation des parties. Mais ces dernières ne peuvent convenir d'un taux dérisoire sans courir le risque d'une annulation par les tribunaux. La cession pourra être annulée si l'auteur n'a pas renoncé expressément, par écrit, à invoquer cette nullité.

La loi a toutefois prévu quelques restrictions aux droits patrimoniaux de l'auteur ou de ses ayants droit. Ainsi un auteur ne pourra-t-il s'opposer à des représentations privées ou gratuites de son œuvre ou à des reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste. Il ne pourra pas faire obstacle à

une parodie ou à une caricature de son œuvre. L'auteur sera également sans recours face à des revues de presse, des analyses ou de courtes citations effectuées dans un cadre critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information, dès lors que son nom et la source auront été cités.

Si l'on excepte les compositions musicales pour lesquelles elle est de soixante-dix ans et les logiciels pour laquelle elle n'excède pas vingt-cinq ans, la durée de protection des droits patrimoniaux est de cinquante ans *post mortem*. Cependant, quelques prorogations, dites de guerre, existent pour les œuvres publiées avant ou pendant la durée des hostilités des deux guerres mondiales. Ces droits sont prorogés de trente ans lorsque le créateur est mort pour la France.

Précisons que, dans le cadre de l'Union européenne, la directive adoptée le 29 octobre 1993 par le Conseil de la C.E.E. porte à soixante-dix ans cette durée de protection, déjà en vigueur en Allemagne et en Belgique. Les autres États, comme la France, sont invités à harmoniser leur législation avant le 1<sup>er</sup> juillet 1995.

Indépendamment de ces règles générales qui ont vocation à régir toutes les situations, le C.P.I. consacre 17 articles (L. 132-1 à 17) au contrat d'édition ; nécessairement écrit, comportant plusieurs mentions obligatoires (durée et étendue de la cession, domaines d'exploitation des droits cédés), il formalise la cession par le créateur d'une œuvre de l'esprit – ou par ses ayants droit – à l'éditeur du droit de fabriquer ou de faire fabriquer en nombre des exemplaires de l'œuvre et d'en assurer la publication et la diffusion.

L'éditeur est tenu d'assurer à l'œuvre une « exploitation permanente et suivie et une diffusion commerciale ». Si l'œuvre est épuisée et non rééditée, l'auteur peut, après mise en demeure restée infructueuse, solliciter du juge la résiliation du contrat inexécuté, l'allocation de dommages-intérêts et recouvrer la libre disposition de ses droits.

À une date précisée par le contrat, et au moins une fois l'an, l'éditeur doit rendre compte, en adressant à l'auteur ou à ses ayants droit un état mentionnant le nombre d'exemplaires fabriqués, la date et l'importance des tirages, le nombre

d'exemplaires en stock ainsi que le nombre d'exemplaires vendus, détruits ou inutilisables. L'auteur peut exiger toutes justifications propres à établir l'exactitude des comptes. La violation de cette obligation est le plus souvent sanctionnée par la résiliation du contrat d'édition, aux torts de l'éditeur, mais, dans quelques cas, les magistrats ont jugé suffisante une condamnation à des dommages-intérêts, parfois assortie d'une injonction à rendre compte sous astreinte.

Depuis janvier 1994, un arrêt de la Cour de cassation fait obligation à l'éditeur d'indexer les droits d'auteur sur le prix de vente public du livre et non plus, comme le pratiquaient certaines maisons d'édition, sur le chiffre d'affaires dégagé auprès des réseaux de vente.

Fort controversé par les sociétés d'auteurs, le *droit de préférence* autorise l'éditeur à revendiquer soit le droit d'éditer cinq ouvrages nouveaux de l'auteur dans des genres nettement déterminés, soit la production de l'auteur réalisée dans un délai de cinq années à compter de la date de signature du contrat. En cas de refus de l'éditeur de publier un ouvrage, l'auteur disposera de ses droits sur l'ouvrage refusé. Précisons cependant que la cession, par un auteur, de toutes ses œuvres futures est nulle.

Le plus souvent, l'exploitation de l'œuvre par des tiers autres que l'éditeur, telle la cession des droits à un club du livre, à un éditeur de poche ou en vue d'une traduction à l'étranger, est concédée par l'auteur. En ce cas, un intéressement proportionnel pour ces exploitations annexes ou dérivées figure au contrat au profit de l'auteur. Cependant, certains auteurs de best-sellers, en position de force face à l'éditeur, se réservent le bénéfice (ou la majorité) de ces droits. Les droits audiovisuels doivent faire l'objet d'un contrat particulier depuis la loi du 3 juillet 1985.

D'autres formes d'accord existent. Le *contrat dit à compte d'auteur*, qui implique le versement par l'auteur d'une rémunération convenue, à charge pour l'éditeur de fabriquer les ouvrages et d'en assurer la publication et la diffusion, ne constitue pas un contrat d'édition. Certaines officines sont spécialisées dans cette forme d'édition où l'auteur assume, outre les frais de fabrication, une confortable marge bénéficiaire pour l'exploitant : ce dernier promeut l'ouvrage à travers

quelques publicités dans la presse écrite ou à la radio, mais les libraires et autres points de vente ne diffusent pas ces œuvres confidentielles, et la presse, sauf exception, n'en rend pas compte.

Autre forme d'accord possible, le *contrat dit de compte à demi* implique un cofinancement de l'auteur et de l'éditeur, ce dernier devant assurer la publication et la diffusion ; cette forme de société en participation prévoit le partage des bénéfices ou des pertes.

Le *contrat de production audiovisuelle* lie les auteurs autres que le compositeur de musique au producteur, qui doit verser des droits pour chaque mode d'exploitation différent. Une rémunération proportionnelle est due sur le prix payé par le public s'agissant de recevoir communication d'une œuvre « déterminée et individualisable ».

La loi protège également les droits des artistes-interprètes, ceux des producteurs de phonogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle. Ces nouveaux « droits voisins » sont explicités aux articles L. 221-1 à L. 216-1 du C.P.I.

Des sociétés de perception et de répartition des droits des auteurs, des artistes-interprètes et des producteurs – auxquelles ces derniers peuvent librement adhérer – ont pour charge de défendre les intérêts de leurs membres, d'assurer le contrôle et la diffusion de leurs œuvres, de recouvrer certains de leurs droits et d'en assurer la répartition. L'action de leur gestion fait parfois l'objet de contestations qui ne proviennent pas uniquement des utilisateurs.

Le C.P.I. traite enfin de la *rémunération pour copie privée* que l'extension du magnétophone et du magnétoscope a rendu nécessaire pour protéger les droits des auteurs et ceux des artistes-interprètes.

Est ainsi posé le principe d'une redevance sur toutes les bandes magnétiques, versée par la fabricant ou l'importateur. Son taux et ses modalités de versement – celui-ci étant perçu et réparti par les sociétés de gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins – sont fixés par une commission.

Toute infraction au C.P.I., d'ordre moral ou pécuniaire, peut être l'objet de poursuites à l'initiative du ministère public (en cas de saisine du tribunal correctionnel), de l'auteur ou de ses ayants droit (notamment l'éditeur) et des organismes de défense reconnus (la Société des gens de lettres pour les écrivains, la S.A.C.E.M. pour les auteurs-compositeurs d'œuvres musicales, l'A.D.A.G.P. ou la S.P.A.D.E.M. pour les œuvres visuelles et plastiques, l'A.D.A.M.I. et la S.P.E.D.I.D.A.M.E. pour les artistes-interprètes, etc.).

Les tribunaux, appelés à constater une contrefaçon, peuvent confisquer les recettes, les objets contrefaisants et le matériel utilisé, exiger la destruction des œuvres et la publication du jugement, réclamer des dommages-intérêts. Sur le plan pénal, le délit de contrefaçon est puni par une peine pouvant atteindre deux ans d'emprisonnement et un million de francs d'amende.

### 📌 Différences des systèmes anglais et américains

Il est courant d'opposer le « droit d'auteur » et le « copyright », bataille qui trouve écho jusque dans la presse quotidienne. Le 10 juillet 1990, P.-A. Gay, écrivait dans *Le Monde* : « La conception anglo-saxonne du droit d'auteur, du copyright [...]. pour simplifier, assimile l'« œuvre » à une « marchandise », l'autre, « européenne et continentale », accorde à l'auteur des droits moraux inaliénables sur le fruit de son travail. » À l'inverse, Alain Strowel, auteur du remarquable ouvrage *Droit d'auteur et copyright*, estime souhaitable de prendre « une certaine distance par rapport à l'idée très répandue [...] que le droit français est au service des auteurs, le droit américain au service de l'industrie ».

L'analyse des termes en usage dans divers pays européens est instructive ; elle révèle une forte similitude d'approche entre la France et l'Italie (*diritto di autore*), l'Allemagne (*Urheberrecht*), l'Espagne (*derechos de autor*) et les pays scandinaves, tandis que le terme *copyright* est seul en usage pour définir la propriété littéraire et artistique en Grande-Bretagne, dans le Commonwealth et aux États-Unis. D'un côté, on veut protéger le créateur et sa personnalité, de l'autre, assurer une protection contre la copie (*copy right*).

Quelles principales différences caractérisent ces deux conceptions du droit d'auteur ? La question de la formalité de dépôt pour protéger l'œuvre ne tient

plus depuis 1911, en Grande-Bretagne, avec l'abrogation de cette formalité préalable, et depuis l'adhésion tardive des États-Unis à la Convention de Berne (1989).

On a pu soutenir que seul le droit d'auteur « à l'européenne », comme il est souvent appelé, défendrait le droit moral du créateur. Ce serait oublier que les *moral rights* ont été introduits dans les législations anglaise (1988) et américaine (1990). Cependant, de réelles différences demeurent. John Huston, aux États-Unis, ne put s'opposer à la colorisation de ses films, ce qu'un tribunal français a accepté... Mentionnons encore que le *droit de suite*, qui permet à un artiste de recueillir un pourcentage sur la revente d'une de ses œuvres, une peinture par exemple, en France, en Belgique ou en Allemagne, est ignoré par le Royaume-Uni ou les États-Unis.

Alors que les négociations se poursuivent, l'intégration du droit d'auteur dans l'accord général du G.A.T.T. marque une certaine dérive du droit d'auteur vers le droit économique, mais certaines dispositions de la loi française de 1985 esquissaient déjà cette orientation. Et d'aucuns considèrent que dans le même temps le copyright tend à se rapprocher des législations d'inspiration humaniste. De son côté, la Cour de justice des Communautés européennes tente de concilier l'« existence » et l'« exercice des droits » : dans un premier temps, elle a privilégié les aspects économiques, au nom de la libre circulation des marchandises mais a tendu, plus récemment, à renforcer la protection des créateurs. On notera que le commerce étant libre à l'intérieur de l'Union européenne, il n'est plus possible de fixer des limites territoriales d'exploitation à l'intérieur de ses frontières : ainsi, aucun interdit ne peut-il plus frapper la diffusion-distribution d'une œuvre dans une langue de l'Union européenne, à l'intérieur de celle-ci. Cette mesure a déjà modifié le marché du livre.

Sans nul doute, de réels affrontements subsisteront – tant les enjeux économiques sont considérables – à propos des nouvelles technologies (diffusion par câble, satellites, multimédia et autres procédés à venir).

## 🌐 Les principales Conventions internationales

Elles ont pour objet la protection du droit d'auteur à l'échelon national.

Nous avons cité la première, la Convention de Berne, qui fut révisée à plusieurs reprises (Berlin, 1908 ; Rome, 1928 ; Bruxelles, 1948). Elle pose pour principe fondamental « l'assimilation de l'unioniste au national », qui oblige que tout ressortissant d'un pays signataire soit traité comme un national par le pays dans lequel il réclame protection. Au 1<sup>er</sup> janvier 1990, quatre-vingt-quatre États en étaient signataires.

C'est sous l'égide de l'U.N.E.S.C.O., et en présence des États-Unis qui n'avaient pas encore ratifié la Convention de Berne, qu'est née la Convention universelle sur le droit d'auteur (Genève, 1952). Révisée à Paris en 1972, elle présente l'avantage de lier une vingtaine d'États qui ne sont pas encore membres de l'Union de Berne. Elle privilégie les pays en développement, handicapés notamment par la faiblesse de leur économie et de leurs infrastructures d'édition et de diffusion. Ainsi leur a-t-il été accordé, pour les ouvrages scolaires, universitaires ou de recherche, un régime de « licences obligatoires » qui prévoyait des conditions préférentielles pour les traductions. Au-delà de délais fixés par cet accord, le pays en développement a le droit de traduction et d'édition. Celui-ci ne peut lui être refusé s'il respecte les formes édictées (demande préalable et versement de droits « minorés », dans une monnaie convertible).

Cet État dispose également du « droit de reproduction » d'œuvres littéraires ou scientifiques *dans leur langue d'origine*, après un délai qui ne peut excéder cinq ans après leur publication, si lesdites œuvres ne sont pas disponibles à un prix de vente accessible, correspondant au niveau de vie local. Développer l'essor d'une édition nationale, favoriser le progrès culturel, technique et scientifique en égalisant les chances des pays défavorisés, tel était le généreux objectif des signataires des révisions. Mais cette tentative s'est durement heurtée aux réalités de l'ère postcolonialiste, aux intérêts d'éditeurs nantis qui ont créé des filiales pour, en partie, contrecarrer ces mesures, ou qui ont exporté à des prix enfin plus compétitifs leur production.

## ***Prise de vue***

Jusqu'à une époque que l'on peut approximativement fixer aux alentours de la Première Guerre mondiale la distinction entre la société et l'État, c'est-à-dire entre le social et le politique, permettait de cerner la notion de régime politique par des contours relativement précis et spécifiques. Le régime politique d'un État se caractérisait essentiellement par la forme de son gouvernement. Or, si l'on s'en tenait aujourd'hui à ce critère formel, on ne pourrait guère relever, entre le régime de l'Union soviétique et celui des États-Unis, que des différences de nuances dans les modalités d'exercice du pouvoir. Ce qui est essentiel, en revanche, c'est le style que la société doit au pouvoir. Et parce que ce style dépend de l'aménagement des rapports politiques, il révèle, plus encore que les formules gouvernementales, l'essence du régime.

Cette observation, qui peut paraître évidente, n'est pas encore pleinement consacrée dans la terminologie courante. Sous le titre « régime politique », elle ne retient guère que l'organisation des pouvoirs publics pour les analyser sous l'angle du droit constitutionnel. Ce formalisme s'explique par le fait que la théorie des régimes politiques a été élaborée dans l'atmosphère du libéralisme où l'autonomie de la société constituait un principe incontesté. La politique n'en était, au mieux, qu'un secteur limité, avec ses fins et ses techniques propres. L'universelle politisation qui caractérise l'époque actuelle a pour conséquence de rendre périmée cette conception restrictive. Le politique n'est plus enclos dans une sphère nettement distincte par rapport au social et, par conséquent, la politique a perdu son caractère d'activité spécialisée. Elle pénètre tous les secteurs de la vie sociale et, par contrecoup, est elle-même intégralement tributaire de l'ensemble des phénomènes sociaux. Si bien que les modes d'exercice du pouvoir, les formes de gouvernement ne sont qu'une superstructure, l'essentiel étant la manière dont la société se reflète dans le pouvoir et, inversement, l'allure qu'elle doit à l'action des gouvernants.

## **@ 1. Régimes politiques et réalités sociales**

### **Structures sociales et mentales de la collectivité**

Une première approche de la théorie des régimes doit considérer les relations existantes entre la collectivité envisagée et le type d'autorité qui la régit. Ces théories n'ont, certes, jamais été indifférentes aux données sociales. La géographie, le climat, les ressources, le chiffre de la population ont toujours retenu l'attention des politicologues. Mais, à ces facteurs dont l'importance demeure grande (que l'on songe aux corrélations entre le sous-développement et l'autoritarisme), d'autres sont venus se joindre dont l'influence est devenue prépondérante au fur et à mesure que l'idéologie démocratique se faisait plus exigeante. Il s'agit, d'une part, de la structure sociale actuelle de la collectivité et de la manière dont s'y localise l'énergie politique : c'est ce que l'on pourrait appeler le facteur forces ; d'autre part, des objectifs auxquels la mentalité dominante entend subordonner l'activité des gouvernants : c'est le facteur fins.

On sait qu'aujourd'hui tous les régimes se réclament de la volonté du peuple. Même si l'on néglige son caractère souvent verbal, cette référence n'est pas, en soi, très significative, car il y a bien des manières d'interpréter la notion de peuple. Celle de Jean-Jacques Rousseau n'est pas celle de Benjamin Constant ; le peuple de Karl Marx n'est pas celui auquel songeait Franklin Roosevelt lorsqu'il disait *the people*. S'agissant de savoir quelles sont la nature et la consistance de ce peuple dont la volonté sera formulée et exécutée par les gouvernants, il est possible, en acceptant la part d'arbitraire inhérente à toute schématisation, de distinguer deux thèses dont les institutions politiques portent la marque. L'une accepte, comme source de l'énergie politique, le peuple dans toute la bigarrure de sa réalité sociologique, l'autre privilégie, dans cette réalité même, une tendance, une caste ou une classe qui sera seule autorisée à parler au nom du peuple. Dans le premier cas, il y a démocratie [cf. DÉMOCRATIE], dans le second, il y a monocratie. Concrètement, la différence ressort du fait que, dans la démocratie, le pouvoir procède de la concurrence d'une pluralité de partis, tandis que, dans la monocratie, son assise est un parti unique.

Certes, ce premier critère exige des nuances dans son application. Il est cependant suffisamment important pour indiquer où se trouve la ligne de clivage essentielle entre les régimes car, fondé sur l'observation des *forces*, il rend compte également des différences existantes entre les *fins*.

Il ne s'agit plus ici de savoir où se situe la source de l'énergie que le pouvoir met en œuvre, mais de définir les objectifs de son activité. Leur variété semble défier la classification ; pourtant, si l'on considère la manière dont cette finalité est conçue, on constate que, dans certains pays, son contenu est déterminé par la concurrence des forces politiques en présence, alors que, dans d'autres pays, c'est dans la substance d'une idéologie préexistante que les gouvernants trouvent l'inspiration de leur action. La première observation concerne les États que l'on a coutume de ranger dans la catégorie des démocraties libérales. Ce libéralisme doit être entendu, non pas dans son acception économique, mais dans son sens politique. Il signifie que la consistance des programmes gouvernementaux est commandée par l'issue de la lutte politique, c'est-à-dire, en fait, par le résultat des élections. À travers les partis, ce sont les intérêts, les aspirations, les philosophies qui s'affrontent. Cet affrontement est officiellement érigé en moteur de la vie politique ; il est institutionnalisé. Par conséquent, cela implique que, quelle que soit la finalité que les aléas de la lutte politique assigneront provisoirement au pouvoir, elle ne saurait en aucun cas exclure la tolérance à l'égard des tendances ou des conceptions qui, provisoirement aussi, apparaissent comme minoritaires. À l'inverse, là où s'impose une idéologie officielle – et ce sont alors les pays d'obédience marxiste-léniniste qui sont en cause –, le postulat de l'homogénéité du peuple que la révolution a permis de réaliser conduit à considérer que la volonté de celui-ci ne peut qu'être unanime. Elle vise à accomplir les fins en fonction desquelles la révolution a été faite. Il ne saurait donc être question de concurrence entre forces rivales ni de choix entre une pluralité de programmes. Les fins du pouvoir sont, une fois pour toutes, incluses dans la philosophie du régime dont le parti unique est, tout à la fois, l'interprète et le garant.

Sur le plan des institutions politiques, l'opposition entre les deux manières d'entendre les forces et les fins dont le pouvoir est tributaire incite à distinguer les deux types de régime que nous avons qualifié « pouvoir ouvert » et « pouvoir clos » [cf. DÉMOCRATIE]. La première de ces formules laisse entendre que le pouvoir demeure perméable à toutes les aspirations qui se font jour dans le groupe, et accessible à toutes les forces entre lesquelles s'organise leur compétition. Les mécanismes constitutionnels sont agencés de sorte qu'elle soit paisible et cependant très large. C'est pourquoi la consécration des libertés publiques est inhérente à ce régime [cf. LIBERTÉS PUBLIQUES]. Au contraire, là

où le pouvoir se clôt sur une orthodoxie officielle, il n'y a pas de compétition pour la conquête du pouvoir. L'élection n'ouvre pas une possibilité de choix quant au programme gouvernemental ; elle est le procédé qui doit permettre de désigner ceux qui sont les plus dignes et les plus capables d'œuvrer dans le sens de l'idéologie officielle.

## @ Régimes libéraux et régimes autoritaires

L'opposition entre pouvoir ouvert et pouvoir clos fournit le cadre général d'une classification des régimes ; mais, pour rendre compte avec exactitude des particularités qui distinguent les systèmes politiques présentement en vigueur dans le monde, elle appelle un certain nombre de précisions qui altèrent la pureté du schéma théorique. Certes, le pouvoir clos est une figure de l'autoritarisme alors que le pouvoir ouvert apparaît comme la mise en œuvre, sur le plan politique, de l'idée libérale. Mais autoritarisme et libéralisme sont des concepts dont la réalité fait ressortir l'ambiguïté.

Le signe reconnaissant des régimes autoritaires est de ne pas tolérer l'opposition. Le pouvoir qui s'y exerce est une citadelle qui ne se laisse pas investir ; elle est le réceptacle d'une vérité que les gouvernants ont pour rôle d'imposer dans tous les secteurs de l'activité nationale. Toutefois, et c'est alors qu'apparaît l'ambiguïté de l'autoritarisme, il importe de considérer par qui cette vérité est établie. Soit elle procède de la volonté d'un chef sans que les gouvernés soient appelés à participer à sa formulation, et le terme de *dictature* s'impose alors pour qualifier le régime ; sans doute, la dictature revêt des visages différents selon l'idéologie dont elle se réclame, mais, dans tous les cas, elle se caractérise par le fait que le peuple est tenu à l'écart de l'exercice des fonctions gouvernementales. Soit le finalisme du pouvoir est déterminé par les gouvernés eux-mêmes ; la situation est alors très différente. Dans ce cas, ce sont les gouvernés qui consacrent la vérité selon laquelle ils entendent vivre ; ce sont eux qui la veulent intransigeante, et, par conséquent, ce sont eux aussi qui légitiment l'autoritarisme des gouvernants. Dans cette hypothèse, les modalités d'exercice du pouvoir pourront s'apparenter à celles de la dictature ; mais comme celle-ci procède du pouvoir du peuple, l'autoritarisme revêtira la forme d'une monarchie populaire.

L'adéquation de la formule du pouvoir ouvert aux exigences de l'idée

libérale n'est pas discutable. Mais, là aussi, une distinction s'impose à raison de l'ambiguïté du libéralisme. Certes, il se fonde toujours sur la liberté, mais celle-ci n'a pas le même sens, selon qu'on la tient pour extérieure au pouvoir auquel elle oppose des barrières intransgressibles ou que l'on voit en elle le moyen par lequel le peuple se subordonne le pouvoir pour en faire l'instrument de sa volonté.

À la première conception répond le régime de l'État libéral. Fondé sur la souveraineté d'un peuple de citoyens, son rôle se réfère à la sauvegarde d'intérêts nationaux fondamentaux, à l'établissement d'un ordre formel à l'intérieur duquel, selon ses moyens et sa chance, chacun assumera sa destinée personnelle. Le pouvoir reste bien ouvert, mais il ne l'est qu'aux aspirations qui ne mettent pas en cause l'ordre social établi, notamment la liberté économique et tous les impératifs qui s'y rattachent.

Cette formule, qui fut celle de la démocratie libérale classique, n'est plus, aujourd'hui, incarnée dans des systèmes politiques existants. Partout l'homme situé a substitué ses revendications concrètes à l'abnégation du citoyen. Partout aussi il utilise sa liberté politique pour faire pression sur le pouvoir et en obtenir une amélioration de sa condition. La faveur dont jouit cette conception d'un gouvernement à la fois tutélaire et « missionnaire » fait du pouvoir un enjeu que convoitent les forces rivales. Le libéralisme n'est plus l'objectif du combat ; il en est seulement la règle du jeu. La liberté n'est plus hors de l'État, comme un obstacle à ses prétentions. Elle est, dans l'État, une technique grâce à laquelle est maintenue la concurrence entre les partis et groupements de tous ordres. Le pouvoir ouvert de la démocratie classique, carrefour où convergeaient les vœux des citoyens, se transforme en un terrain de lutte où chacun des compétiteurs vise à établir sa prépondérance. La liberté ne survit que grâce à l'équilibre des forces en présence.

## 📍 2. La représentation politique

Quelle que soit la sincérité avec laquelle les institutions et la pratique politiques consacrent l'origine populaire du pouvoir, le peuple ne peut exercer directement sa souveraineté. Là même où les mécanismes de la démocratie directe (initiative populaire, veto, référendum) sont en vigueur, comme dans la Confédération helvétique, ils n'interviennent que sporadiquement. La gestion des affaires est le fait des représentants que les citoyens se sont donnés. C'est-à-dire

que, hormis quelques exemples caractérisés de dictature personnelle, le système représentatif se trouve aujourd'hui mis en œuvre dans la quasi-totalité des États. Appliqué aussi bien par les démocraties populaires comme l'Union soviétique que par les démocraties occidentales, utilisé pour assurer un authentique gouvernement de l'opinion publique ainsi que c'est le cas en Angleterre, mais servant aussi parfois d'alibi à la domination d'un chef, le régime représentatif désigne tout système constitutionnel où les pouvoirs publics ont une origine électorale. Envisagé ainsi comme une technique de désignation des gouvernants, c'est un organisme neutre. Il n'a cependant pas toujours présenté ce caractère. Lorsqu'il a commencé à être appliqué au XVIII<sup>e</sup> siècle en Angleterre et en France, il était l'expression d'une philosophie politique qui a fourni à l'État libéral ses cadres institutionnels. Les cadres sont restés, mais l'idée à laquelle ils répondaient n'a plus cours. Il est utile, cependant, de la connaître, ne serait-ce que pour comprendre pourquoi, à l'heure présente, les institutions représentatives connaissent une crise que révèle concrètement le déclin (provisoire ou définitif ?) des parlements.

Pour évoquer l'ancienneté de la représentation, Montesquieu disait qu'elle avait été trouvée dans les forêts de Germanie. De fait, les récits des temps les plus reculés montrent les rois ou les chefs écoutant et parfois sollicitant les avis et doléances des représentants de leurs sujets. Il y avait un parlement en Angleterre dès le XIII<sup>e</sup> siècle et si, en France, les états généraux furent un peu moins anciens, il existait auparavant des assemblées où siégeaient les représentants de certaines catégories sociales. Ce n'est cependant que beaucoup plus tard que fut institué le régime représentatif. Ce qui le caractérise, en effet, c'est moins l'existence d'une représentation que la situation juridique des représentants au double point de vue de leurs rapports avec leurs mandants et de l'étendue de leurs pouvoirs. Telle qu'elle est apparue au Moyen Âge, la représentation s'analyse en un mandat de droit privé. Le député reçoit des pouvoirs exprès ; il est lié par les instructions qui lui sont données sans être autorisé à faire valoir une volonté qui lui soit propre. Nommé et révocable par ses mandants, d'ailleurs rémunéré par eux, il est leur porte-parole. Cette conception civiliste de la représentation allait de soi dans une société composée de collectivités animées d'un particularisme jaloux, à défendre leurs privilèges et incapables de s'élever jusqu'à la compréhension d'un intérêt national. Cet intérêt global, c'est au prince, pensait-on, qu'il appartenait d'en prendre soin, et nul ne concevait l'idée d'associer les représentants aux

responsabilités du pouvoir.

C'est en Angleterre d'abord que la représentation s'est affranchie des lisières où la tenait son interprétation selon les normes du droit privé. L'évolution s'est produite dans le sens d'un affermissement du pouvoir des représentants, corrélatif à l'effacement de leur subordination vis-à-vis de leurs électeurs. Dès le XVIII<sup>e</sup> siècle, l'indépendance des députés ressort des adresses qui sont envoyées à la Chambre des communes. Dans son *Commentaire sur les lois anglaises* William Blackstone confirme le fait et Edmund Burke l'illustre dans sa célèbre lettre aux électeurs de Bristol (1774) : « Le Parlement, leur dit-il, n'est pas un congrès d'ambassadeurs représentant des intérêts divers et hostiles, c'est l'assemblée délibérante d'une nation, n'ayant qu'un seul intérêt en vue, celui du pays. » Une telle conception implique que les députés ne sont pas des délégués envoyés auprès du souverain, mais qu'ils sont eux-mêmes l'incarnation de la souveraineté. Et c'est bien pourquoi, en France, le régime représentatif est né le jour même (17 juin 1791) où les États généraux, se déclarant Assemblée nationale, s'érigèrent en organe de la nation.

Replacé dans le contexte historique qui entourera son avènement, le régime représentatif a été établi pour donner au peuple une volonté beaucoup plus que pour lui permettre d'exprimer une volonté qui préexisterait à la représentation. À la thèse de Rousseau qui n'attribue à la représentation qu'une raison d'être pratique, à savoir l'impossibilité matérielle dans laquelle le peuple se trouve de faire connaître directement ses vues, les hommes de l'Assemblée constituante ont préféré la théorie de Montesquieu qui assigne à la représentation un fondement rationnel. Si elle est nécessaire, c'est parce que le peuple n'a pas une culture suffisante pour aborder les problèmes que pose le gouvernement d'un État ; il n'en a pas davantage le loisir. Mais, incapable de décider par lui-même, il est parfaitement qualifié pour choisir les personnalités que leur sagesse, leur expérience et leur désintéressement désignent pour traiter les affaires du pays. C'est donc la raison qui exige que l'on s'en remette à eux. « Le grand avantage des représentants est qu'ils sont capables de discuter les affaires. Le peuple n'y est point du tout propre » (*De l'esprit des lois*). De plus, ce n'est pas l'individu qui est souverain, c'est la nation. Or la nation est une entité qui ne saurait émettre une volonté si elle n'était pourvue d'organes aptes à le faire. Ces organes, ce seront

les représentants institués à cet effet. Ce qui signifie que, politiquement aussi bien que juridiquement, la nation n'existe qu'en tant qu'elle est représentée. Dans cette perspective, solidaire du principe de la souveraineté nationale, le régime représentatif trouve en lui une assise particulièrement solide.

Ainsi élaborée à l'époque révolutionnaire, la théorie juridique de la représentation repose sur la notion d'un *mandat représentatif*. Fondamentalement distinct du mandat de droit privé, son caractère essentiel est d'assurer une totale indépendance des représentants. D'abord, il ne s'analyse pas dans un transfert de volonté. Lorsqu'il élit ses représentants, le peuple ne leur délègue pas son pouvoir pour agir de telle ou telle façon. L'objet du mandat, c'est de désigner les individus qui, comme le disait Antoine Barnave, auront le pouvoir de « vouloir pour la nation ». Il faut entendre par là qu'avant qu'ils se soient prononcés, il n'y a pas de volonté nationale, et qu'après leur volonté est imputée à la nation. Le véritable souverain, ce n'est pas la nation en tant que réalité, c'est la nation *représentée*. Et s'il en est ainsi, c'est parce que le mandat représentatif est, en second lieu, un mandat collectif. Il est donné par la nation, unité collective, à l'organe représentatif dans son ensemble. Le député n'est pas chargé par les électeurs d'exprimer leurs vues ; il est désigné par eux pour participer à la formulation de la volonté globale de la nation. Telle est l'idée affirmée par la Constitution de 1791 : « Les représentants nommés dans un département ne seront pas représentants d'un département particulier, mais de la nation entière. » On remarquera que le texte parle des députés élus *dans*, et non pas *par*, les départements. Cette formule par où s'exprime l'essence du régime représentatif a été reprise par la plupart des constitutions françaises et par un grand nombre de constitutions étrangères. Elle est le fondement du dernier caractère du mandat représentatif qui est de protéger l'élu contre les exigences de son collège électoral. Sa liberté est égale à celle de la nation pour le compte de laquelle il exerce sa volonté. Du moment où l'élection n'est pas une délégation de pouvoir mais un mode de désignation et que, d'autre part, le représentant tient ses pouvoirs de la nation et non de ceux qui l'ont désigné, il n'a pas à justifier devant eux l'usage qu'il en fait. Pas plus qu'il n'a à recevoir d'instructions il n'a de comptes à rendre à personne. Il est politiquement irresponsable et ne peut être révoqué. L'apostrophe de Condorcet à la Convention résume cette situation : « Mandataire du peuple, je ferai ce que je croirai le plus conforme à ses intérêts. Il m'a envoyé pour exposer mes idées, non les siennes ; l'indépendance absolue de mes opinions est le premier de mes devoirs envers

lui. » Depuis 1791, toutes les constitutions françaises, sauf celle de 1793, ont sanctionné cette indépendance par la prohibition du mandat impératif.

Il apparaît ainsi que la théorie de la représentation a été imaginée pour servir de correctif à la démocratie, c'est-à-dire pour couvrir du prestige de la souveraineté du peuple les décisions d'un personnel gouvernemental lié, par son origine et sa culture, aux intérêts et aux vues de la société bourgeoise. Ce système ne devait pas résister à l'évolution des forces politiques lorsque les citoyens prirent conscience que leur bulletin de vote pouvait servir, non à désigner ceux qui voudront pour eux, mais à choisir, sur leur programme, des mandataires dociles. Il serait faux cependant de croire qu'il n'est rien resté de la savante construction des théoriciens de l'époque révolutionnaire. C'est elle qui a permis en France d'asseoir sur un fondement politique ce que l'on a appelé l'hégémonie des assemblées. Incarnation exclusive du peuple légal, elles prétendirent également disposer du monopole de sa puissance. De ce fait, les efforts pour aménager l'exercice des fonctions gouvernementales, selon la règle de la séparation des pouvoirs, ne pouvaient guère aller au-delà d'une louable mais inefficace déclaration d'intention.

### 📍 3. Les modalités d'exercice du pouvoir

#### Le principe de la séparation des pouvoirs

Pour distinguer les diverses formules selon lesquelles le pouvoir politique est mis en œuvre dans l'État, il convient d'analyser la répartition des compétences entre les gouvernants. Classer les systèmes politiques, c'est répondre à la question : qui fait quoi ? Or, à l'époque où les régimes constitutionnels se sont substitués à l'absolutisme et où, par conséquent, il devenait possible d'aménager rationnellement l'exercice du pouvoir, le principe de la séparation des pouvoirs fut très généralement admis comme susceptible de fournir une ligne directrice à cette organisation. Il repose sur l'idée que l'autorité unique constitue pour les gouvernés un risque d'arbitraire. À ce risque permet de remédier le morcellement des prérogatives de puissance politique entre les organes distincts. Si « c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser : il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites [...], il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir » (Montesquieu, *De l'esprit des lois*, IX, VI). C'est à ce résultat que tend une répartition des

compétences telle que plusieurs autorités doivent obligatoirement intervenir pour que la décision reçoive sa pleine efficacité. Cette répartition est effectuée à partir d'une distinction tripartite des fonctions de l'État : la fonction législative, la fonction exécutive et la fonction juridictionnelle. L'autorité compétente pour faire la loi n'étant pas autorisée à l'appliquer la fera nécessairement générale et impersonnelle ; l'autorité qui l'applique n'ayant pas la qualité pour la faire, elle ne sera pas tentée de fixer la règle au moment de l'exécution, ce qui est le propre de l'arbitraire ; quant à l'autorité chargée de juger, elle sera impartiale puisqu'elle statuera en vertu d'une loi qu'elle n'a point faite et qu'elle ne peut modifier.

Tel que Montesquieu en donna l'expression la plus parfaite, le principe de la séparation des pouvoirs visait un objectif précis : la sécurité, ou, comme disait l'auteur de *L'Esprit des lois*, la sûreté des citoyens. Certes, la dichotomie qu'elle impliquait quant aux activités des organes de l'État n'était pas de nature à faciliter l'exercice du pouvoir. Mais, à l'époque où le principe connut sa plus grande faveur, les croyances libérales qui étaient dominantes s'accommodaient parfaitement d'une formule gouvernementale qui, pour neutraliser les dangers du pouvoir, aboutissait à le paralyser. Dès lors, on s'explique que l'évolution des idées quant au rôle de l'État, l'influence grandissante des partis requérant son intervention, le souci de doter les gouvernants d'une autorité à la mesure de leurs tâches aient provoqué l'avènement de techniques gouvernementales qui trouvent malaisément une place dans les cadres constitutionnels établis à partir de la séparation des pouvoirs. Cependant, le poids de la tradition impose encore les qualifications anciennes, quoiqu'elles ne correspondent plus aux réalités. La définition des formes de gouvernement, telle qu'elle est consacrée par l'usage, demeure donc celle qui s'attache à la manière dont sont accomplies les fonctions législatives et exécutives. Ainsi distingue-t-on le gouvernement *parlementaire*, où les deux fonctions sont remises à deux organes distincts qui collaborent entre eux, le gouvernement *d'assemblée*, qui écarte la séparation des pouvoirs car la Chambre élue cumule les fonctions exécutives et législatives, et le gouvernement *présidentiel*, où la distinction tranchée des compétences tourne généralement au profit du chef de l'État.

## @ L'équilibre des pouvoirs : le gouvernement parlementaire

Le terme de gouvernement parlementaire recouvre si peu une réalité

spécifique que, lorsqu'on l'utilise aujourd'hui, c'est en y adjoignant un qualificatif dont l'effet le plus clair est de priver le parlementarisme de sa signification comme catégorie juridique abstraite et générale. On parle du parlementarisme anglais ou du parlementarisme français, du parlementarisme orléaniste ou du parlementarisme moniste, voire rationalisé. Et, le débat se politisant, on en arrive à opposer un parlementarisme déformé à un parlementarisme authentique. Ainsi, le parlementarisme, produit de l'histoire, n'a pu survivre à la disparition des conditions dans lesquelles il était né et qui avaient permis son fonctionnement.

Apparu en Angleterre, à la suite de circonstances fortuites, il fut en vigueur du milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle jusqu'au milieu du XIX<sup>e</sup>, c'est-à-dire jusqu'à l'avènement de la reine Victoria. Alors, il était bien en effet un régime de collaboration des pouvoirs, parce qu'il existait dans l'État deux pouvoirs : l'autorité royale et la puissance de la représentation nationale. Le gouvernement parlementaire apparaît ainsi comme une formule de transition entre l'âge du pouvoir monarchique et l'ère de la souveraineté du peuple : la courbe du pouvoir royal décline, celle de la Chambre des communes suit un dessin ascendant. C'est à leur point d'intersection que se situe le parlementarisme. Le Parlement n'est pas encore assez fort pour gouverner seul ; le monarque ne l'est plus assez. Ils doivent donc s'entendre. Leur collaboration se réalise par l'entremise de cette institution si particulière qu'est le cabinet ministériel. Nommé par le roi, mais ne pouvant gouverner qu'avec l'accord de la majorité parlementaire, il est le point de convergence des deux pouvoirs qui, selon la formule de Montesquieu, sont « forcés d'aller de concert ». La responsabilité ministérielle interdit au gouvernement de méconnaître les vœux de la représentation nationale ; la dissolution le protège contre son asservissement par l'assemblée. L'équilibre est réalisé.

Mais, pour que les pouvoirs collaborent, il faut qu'ils existent ; or, le pouvoir exécutif, en la personne du chef de l'État, ne fut bientôt qu'une survivance sans forces, face au pouvoir du Parlement fondé sur le suffrage universel, seule puissance réelle. C'est alors que les politiques et la doctrine s'ingénierent à sauver les qualités de souplesse et d'adaptation que le parlementarisme devait à son origine en le faisant survivre aux conditions historiques qui l'ont vu naître. Et c'est alors aussi que commence pour lui l'ère des avatars et des métamorphoses, le

règne des qualifications et des querelles de mots. Parmi ceux-ci, il en est un qui parvient à s'imposer : on parlera de parlementarisme moniste, c'est-à-dire d'un système où les fonctions procèdent d'un pouvoir unique, celui de l'assemblée élue. L'exécutif ne dispose alors que de l'autorité que la Chambre lui concède. Mais que reste-t-il, dans ce monisme, de la pluralité et de l'égalité des pouvoirs qui firent la vertu du régime parlementaire ? On conserve l'étiquette, mais la marchandise est différente !

### 📍 La confusion des pouvoirs : le gouvernement d'assemblée

Le gouvernement d'assemblée ou gouvernement conventionnel écarte la séparation des pouvoirs. L'assemblée élue incarne, dans sa plénitude, la puissance étatique. Sans doute, il existe bien un exécutif pour remplir les fonctions auxquelles est inapte une chambre nombreuse, mais il ne jouit d'aucune indépendance. Nommé et révocable par l'assemblée, il n'est que son agent. Le gouvernement d'assemblée fut celui que la Convention exerça en France et qu'elle introduisit dans la Constitution du 24 juin 1793. Celle-ci ne fut pas appliquée, mais, sous la Convention même, l'assemblée, qui prétendait exercer seule un pouvoir sans limite et tenir à sa merci les organes du gouvernement, dut subir la dictature du Comité de salut public. En Suisse, où le système conventionnel est établi par la Constitution, la pratique a également conduit au rejet du schéma théorique. En droit, l'Assemblée fédérale (Conseil national et Conseil des États) détient tous les pouvoirs et l'exécutif, le Conseil fédéral, n'est que son instrument. En fait, cependant, il est l'organe prépondérant de la Confédération ; il est stable, fixe sa ligne politique après entente avec l'assemblée et dispose de la réalité du pouvoir gouvernemental. Un divorce analogue entre le schéma théorique et la réalité se retrouve en Union soviétique. Formellement, les institutions sont celles du gouvernement conventionnel. C'est le Soviet suprême qui concentre tous les pouvoirs ; il nomme et révoque les membres du Conseil des ministres qui agit sur ses instructions. Pratiquement, cependant, ce conseil qui, d'après la Constitution, n'est qu'un organe de l'administration de l'État, dispose d'une autorité absolue. Ainsi, les seuls cas où la formule du gouvernement d'assemblée ait été effectivement en vigueur sont ceux où, appliquée dans le cadre théorique du régime parlementaire, elle est la conséquence de sa dégénérescence.

## @ La rivalité des pouvoirs : le gouvernement présidentiel

On situe généralement le régime présidentiel dans le cadre d'une séparation tranchée des pouvoirs [cf. RÉGIME PRÉSIDENTIEL], mais, en réalité, cette forme de gouvernement ne justifie son qualificatif « présidentiel » que dans la mesure où la séparation des pouvoirs est fortement atténuée. Aux États-Unis, le régime présidentiel doit son caractère bien davantage à la conjoncture, à la personnalité du président, à l'état des forces au Congrès qu'aux institutions elles-mêmes. Ce n'est pas la constitution, ce sont les circonstances favorables qui font le régime présidentiel. La preuve en est qu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, Woodrow Wilson, alors qu'il était professeur de droit constitutionnel, crut pouvoir décrire les institutions de son pays sous le titre de « gouvernement congressionnel », marquant par là ce qu'était, à son époque, la supériorité du Congrès.

## @ 4. Les formes actuelles de gouvernement

Une distinction réaliste des formes de gouvernement doit aujourd'hui prendre pour critère fondamental l'existence ou l'absence d'une opposition jouissant de la faculté de se faire entendre par des procédés constitutionnels. Il est certain, en effet, que toutes les techniques gouvernementales se trouvent affectées par la place accordée à l'opposition et par les procédures selon lesquelles elle peut légalement intervenir. On pourrait se réclamer de ce critère pour établir une séparation entre les gouvernements démocratiques et ceux qui ne le sont pas. Seulement, un tel partage suppose que l'on identifie la démocratie à la possibilité de contestation. Or, en fait, pour des millions d'hommes, il suffit, pour qu'un gouvernement soit démocratique, qu'il procède du peuple ; l'absence d'opposition étant seulement considérée comme une preuve de l'unité de la volonté populaire. Il est donc préférable d'écarter le recours au concept ambivalent de démocratie et de s'attacher à la distinction objective entre pouvoir ouvert et pouvoir clos. Elle est à l'origine des deux grands systèmes gouvernementaux qui se partagent le monde : les gouvernements *monocratiques* et les gouvernements *délibératifs*.

## @ Les gouvernements monocratiques

Le gouvernement monocratique est le mode d'exercice du pouvoir clos. Tous les mécanismes constitutionnels sont destinés à servir l'idéologie des hommes qui détiennent le pouvoir. La qualification de monocratique rend compte à

la fois de l'unité de cette idéologie et de la puissance que mettent en œuvre les gouvernants. La monocratie est la condamnation de toutes les formes de pluralisme ; on peut distinguer deux types, la monocratie autoritaire et la monocratie populaire.

Dans la monocratie autoritaire, le pouvoir appartient à un chef qui en incarne les fins et qui l'exerce de façon dictatoriale. Toutefois, cette dictature peut, selon la personnalité de celui qui l'impose et le milieu qu'elle régit, donner lieu à des systèmes politiques différents. Il y a le *césarisme empirique*, qui ne se réclame d'aucune philosophie politico-sociale particulière ; il s'analyse dans une formule simple : celle du chef à poigne qui, par la police ou l'armée, sait se faire obéir. La *dictature idéologique* est une forme plus affinée, car le chef prétend justifier son autorité par le charisme que lui vaut l'idée qu'il sert. Le Portugal de Salazar et l'Espagne de Franco sont des exemples de ce type de monocratie autoritaire. On distinguera enfin la dictature prolétarienne. Sous-produit du marxisme, elle ne reproduit que de façon rudimentaire la dictature du prolétariat car les classes déshéritées au nom desquelles elle s'exerce sont politiquement non évoluées et ne peuvent se passer du chef qui établit son autorité sur leurs acclamations. L'Égypte de Nasser et certains États d'Afrique noire ont connu ou connaissent encore ce régime.

L'autre forme de monocratie est celle qui est en vigueur dans les pays communistes : c'est la monocratie populaire qui paraît être le seul système de gouvernement compatible avec les principes de la démocratie marxiste. Le pouvoir y réside dans un peuple unifié par la révolution. Ce peuple officiellement souverain n'était encore, dans la Constitution de 1936 (art. 3) que l'assemblée « des travailleurs de la ville et de la campagne ». Avec la doctrine de Khrouchtchev (qui n'a pas été ouvertement reniée sur ce point par les dirigeants actuels), il comprend la totalité des habitants, car l'U.R.S.S. est « l'État du peuple tout entier ». Cette formule indique que la phase de dictature du prolétariat est dépassée et que l'édification de la cité socialiste requiert l'effort de tous. Certes, le rôle du parti n'en est pas amoindri : sa vigilance demeure nécessaire pour que soient respectés les impératifs de l'idéologie marxiste, mais, d'une part, il n'est pas séparé des masses puisque, fidèle à la conception de Lénine, il est constitué par l'élite du peuple, par les citoyens les plus conscients de ce qu'exige son bien ; d'autre part, il n'impose

d'en haut ses décisions qu'après que, selon le principe du *centralisme démocratique*, leurs données ont été examinées par la base et que tous les avis y ont été formulés et discutés. Cette technique implique une mobilisation permanente des citoyens, indispensable pour que s'exerce concrètement le pouvoir populaire. Elle s'inscrit également dans la perspective lointaine du dépérissement de l'État, c'est-à-dire de la disparition d'une autorité extérieure au corps social. C'est pour préparer l'avènement de cette phase finale du communisme et pour parer, dans le présent, au développement de la bureaucratie que, dans tous les pays d'obédience marxiste, se multiplient les *organisations de masse* qui, dans tous les secteurs de la vie collective, visent à remettre la décision aux gouvernés eux-mêmes. Sans doute peut-on s'interroger sur l'authenticité de cette démocratisation du pouvoir, et le débat idéologique entre la Chine et l'U.R.S.S. prouve que le doute ne procède pas seulement de la malveillance des tenants du camp bourgeois. Mais on ne peut nier que, sur le plan national, la monocratie populaire soit la formule la plus apte à rapprocher le système de gouvernement de l'idéal démocratique de l'identification des gouvernés aux gouvernants.

### @ Les gouvernements délibératifs

Le qualificatif de délibératif attribué à cette forme de gouvernement tient à ce que, du fait de l'existence de l'opposition, la politique gouvernementale doit obligatoirement faire l'objet de débats et est toujours sujette à révision si l'opposition qui en conteste le bien-fondé s'avère capable d'amener le corps électoral à partager ses vues. Les gouvernements délibératifs apparaissent ainsi comme le mode d'exercice de la démocratie pluraliste. Le régime accepte, comme source d'inspiration du pouvoir, la société dans la diversité de ses familles spirituelles, de ses groupements d'intérêts, de ses communautés d'ordre moral, culturel ou professionnel. Les institutions reposent sur le dialogue entre les libertés solidaires de ces milieux de vie et de ces écoles de pensées.

On conçoit, dans ces conditions, que le propre du système délibératif soit l'instabilité de l'autorité gouvernementale. Cette instabilité, préjudiciable à l'efficacité et à la continuité des politiques va à l'encontre des tâches de l'État moderne qui exigent des gouvernants un arbitrage entre des intérêts souvent contradictoires et une définition à long terme des objectifs politiques. Les divers

types de gouvernements délibératifs se distinguent d'après la manière dont les constitutions des États où ils sont en vigueur et, plus encore, la mentalité politique des gouvernés et le rapport des forces sociales en puissance résolvent la contradiction entre la fragilité d'un pouvoir qui procède de la discussion et la nécessité d'une autorité gouvernementale solide à laquelle doivent se plier les démocraties qui ne veulent pas périr.

### **Gouvernements unitaires**

Un premier type de gouvernement délibératif est celui où l'état des forces politiques, en dépit de leur multiplicité garantie par les institutions en vigueur, permet la formation d'une autorité gouvernementale homogène. On les qualifiera de gouvernements unitaires, en considération de l'unité d'inspiration qui caractérise cette autorité collégiale ou individuelle et d'où émane l'impulsion politique. Les délibérations et le contrôle qui font intervenir les assemblées ont pour objet de rappeler aux dirigeants les vœux de la majorité du corps électoral. Ce système comporte trois variantes : le gouvernement de Cabinet, le gouvernement présidentiel et le gouvernement directorial.

Il y a *gouvernement de Cabinet* lorsque le ministère est constitué par les chefs du parti majoritaire à l'assemblée et se maintient au pouvoir grâce au soutien de ce seul parti. C'est le régime actuellement en vigueur en Angleterre où le Cabinet est une sorte de consultation électorale. Le Premier ministre, pratiquement désigné par les électeurs, s'impose à la fois comme chef de parti et comme leader de la majorité. Les Communes contrôlent l'attitude du gouvernement et l'obligent à discuter avec elles ; mais la menace d'une dissolution empêche la discussion d'aller jusqu'à la rupture.

Le *gouvernement présidentiel* est celui où le chef de l'État incarne l'unité de vue nécessaire à l'action politique. Élu par le peuple, son autorité est cependant limitée par l'obligation où il se trouve d'obtenir de l'assemblée les moyens – notamment financiers – de sa politique. Dans sa version américaine, cette obligation risque de bloquer le système car, si le président se heurte à l'hostilité du Congrès, il est paralysé : le président Truman s'est trouvé dans cette situation à la fin de son mandat après que les élections eurent amené au Capitole une majorité qui lui était défavorable. Pour la même raison, le président Nixon est obligé de

négoier sa politique étrangère avec le Congrès. La séparation des pouvoirs établie par la Constitution subsiste du fait que ni l'assemblée ni le chef de l'État ne disposent de moyens légaux (dissolution, responsabilité ministérielle) d'agir l'un sur l'autre. C'est, en définitive, à l'appui de leur opinion publique que, en cas de réticences des représentants ou des sénateurs, le président devra de pouvoir imposer sa volonté.

Dans sa version française, tel qu'il résulte de l'interprétation que les différents présidents de la République ont donnée de la Constitution de 1958, le gouvernement présidentiel doit son originalité à sa combinaison avec des institutions empruntées au parlementarisme, notamment le Cabinet ministériel. Sans doute, comme dans le système américain, les ministres agissent selon les directives du Président, mais, à la différence de ce qui est possible à Washington, en votant une motion de censure, l'Assemblée nationale peut indirectement mettre en cause la responsabilité du chef de l'État. De son côté, celui-ci a la faculté de dissoudre la Chambre, ce qui permettrait d'éviter le blocage du mécanisme en cas d'opposition entre l'Élysée et le Palais-Bourbon. C'est alors au corps électoral qu'il appartiendrait d'arbitrer le conflit. Praticable également par la voie du référendum, cet appel à l'opinion que peut lancer le président pourrait éventuellement infléchir le gouvernement présidentiel du type français vers la démocratie plébiscitaire.

Le *gouvernement directorial* constitue une dernière variante des gouvernements unitaires. C'est celui qui fonctionne en Suisse où le réalisme empirique a corrigé la théorie constitutionnelle. Subordonnés en droit à l'Assemblée fédérale, les ministres exercent leurs fonctions beaucoup plus en techniciens qu'en politiciens inféodés à une doctrine partisane. Les rapports qu'ils entretiennent avec l'Assemblée s'apparentent à ceux qui existent, dans une entreprise, entre les directeurs et le conseil d'administration. Ce mode de gestion des affaires publiques n'est évidemment concevable que dans un pays où la maturité politique des citoyens s'allie à une homogénéité sociale qui écarte tout encouragement aux aventures idéologiques.

### **Gouvernements par délégation parlementaire**

Le second type de gouvernement délibératif est représenté par les gouvernements par délégation parlementaire. La majorité de l'assemblée,

elle-même résultat d'une coalition de partis, délègue au Conseil des ministres l'autorité nécessaire pour remplir la fonction gouvernementale dans le cadre d'un programme dressé au moment de son investiture ; pour le Cabinet, il s'agit par la suite d'obtenir l'adhésion du parlement à la politique qu'il suit. On retrouve, dans ce système, les institutions du parlementarisme, mais elles n'y ont pas la même signification. Le chef de l'État n'exerce qu'une magistrature morale dont l'importance dépend exclusivement de son ascendant personnel. La responsabilité gouvernementale n'est plus un moyen, pour les élus du peuple, de contrôler le gouvernement, ni de lui imposer leurs exigences. La dissolution est, ou bien pratiquement exclue, ou bien une faculté ouverte au parti le plus nombreux de profiter des circonstances pour renforcer son audience.

Cette formule gouvernementale a été celle de la III<sup>e</sup> et de la IV<sup>e</sup> République en France ; elle résulte également de la pratique politique en Italie, en Belgique et dans les démocraties scandinaves. Si elle satisfait l'exigence démocratique, son application ne va pas sans difficultés. D'abord, le programme que le gouvernement soumet à l'assemblée est élaboré par un groupe qui n'est pas homogène puisque, par hypothèse, il ne peut compter que sur une majorité de coalition. Il manquera donc l'unité, ce qui compromet déjà ses chances de réalisation. D'autre part, il est établi davantage en fonction des suffrages qu'il permettra de rallier qu'en tenant compte des données des problèmes à résoudre. Si bien que lorsqu'il sera en face des difficultés concrètes d'exercice du pouvoir, le gouvernement se trouvera désarmé. À l'heure du choix, le pluralisme devient une servitude paralysante. L'alternative qui s'offre alors au ministère n'est pas confortable : ou s'abstenir, et c'est l'immobilisme dont certaines équipes de la IV<sup>e</sup> République avaient fait une doctrine de gouvernement, ou agir, au risque de briser la coalition qui fournissait la majorité. C'est alors le règne de l'instabilité gouvernementale. La gestion des affaires en souffre ; l'opinion s'alarme et exige une issue. Il n'en est pas d'autre que la démission provisoire du Parlement. Il investit un gouvernement, à charge pour lui de rétablir la situation ; ce à quoi le gouvernement s'engage en demandant les pleins pouvoirs c'est-à-dire l'exercice de la compétence législative et la suppression momentanée du contrôle parlementaire.

Pour remédier à cet état de choses, on a préconisé la dissolution

automatique en cas de renversement par l'Assemblée d'un gouvernement qu'elle avait précédemment investi. Cette formule conduirait au gouvernement de législature. Ce système, cependant, suppose une discipline des partis qui n'est concevable que par leur « abnégation ». S'ils trouvent avantage à son application correcte, il pourra fonctionner. Mais si l'Assemblée comporte une forte opposition dont l'objectif est révolutionnaire, il est vraisemblable que le gouvernement de législature ne procurera pas l'effet bénéfique qu'en attendent ses partisans.

De l'examen des formules gouvernementales contemporaines, il ressort qu'elles sont davantage tributaires de la conjoncture que des institutions constitutionnellement établies. Du côté des démocraties occidentales spécialement, le souci des gouvernants de s'attirer, sinon la sympathie, du moins la tolérance des gouvernés, les conduit à entretenir avec les diverses organisations au travers desquelles s'expriment les exigences populaires des contacts qui relèguent au second plan les organes constitutionnellement qualifiés pour faire connaître les aspirations nationales. D'autre part, l'accroissement des tâches de l'État donne à l'administration un pouvoir que le droit constitutionnel ignore mais dont les citoyens connaissent le poids. Là encore, l'autorité véritable n'est pas là où les institutions la situent. On peut donc se demander si le désenchantement de l'opinion à l'égard des systèmes gouvernementaux ne tient pas au scepticisme qu'ils suscitent quant à l'authenticité de leur signification officielle.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## @ ADMINISTRATIVE (SCIENCE)

### ***Prise de vue***

La science administrative offre à l'heure actuelle l'image contrastée d'une discipline en plein essor et qui, pourtant, n'est pas encore parvenue à définir clairement son objet, sa visée et ses méthodes. Cet essor, dont témoigne la floraison d'ouvrages, de colloques, de rencontres internationales placés sous le signe de la science administrative, et qui tient à l'intérêt croissant que suscitent les

problèmes d'administration dans une perspective tant pratique que théorique, se manifeste notamment par l'extension progressive de son champ géographique : née en Europe à l'époque de la formation de l'État moderne, la science administrative s'est acclimatée, ensuite, avec des caractéristiques un peu différentes, aux États-Unis, avant de s'implanter dans l'ancien bloc socialiste et enfin dans les pays du Tiers Monde.

Cette effervescence, qui dénote une incontestable vitalité et permet un enrichissement constant, a toutefois pour contrepartie l'éclatement de la science administrative, divisée en courants multiples, écartelée entre des conceptions opposées. Longtemps assimilée à l'art de bien administrer, et considérée comme une science appliquée regroupant l'ensemble des connaissances concrètes nécessaires à l'administrateur, la science administrative tend aujourd'hui à se définir comme une science sociale poursuivant la connaissance désintéressée et théorique des phénomènes administratifs, sans que toute trace de la conception antérieure ait été pour autant effacée. De même, son domaine d'investigation s'est différencié, l'administration publique ne retenant plus seule l'attention et subissant la concurrence d'un objet d'étude à la fois proche et différent : l'organisation.

L'élargissement du champ scientifique recouvert par la science administrative, s'il se révèle, à terme, positif, se traduit pour l'instant par la coexistence en son sein de courants parallèles qui s'ignorent et se développent de façon autonome ; de sorte qu'une des tâches les plus urgentes de la science administrative devrait consister à rétablir la cohérence et l'unité de sa démarche, dont dépendent son évolution future et la fécondité de ses résultats.

### @ L'élargissement progressif du champ de la science administrative

À l'origine, la science administrative est, sans doute possible, la science de l'administration publique, ce qui s'explique fort bien compte tenu du contexte historique et politique dans lequel elle prend naissance : l'apparition d'une science appliquée de l'administration, ancêtre de la science administrative, coïncide en Europe avec la mise en place de structures étatiques et administratives modernes,

à laquelle elle a, du reste, pour objet de concourir ; et l'existence, dans des pays comme la France ou l'Allemagne, d'une tradition administrative ancienne et profondément ancrée contribue en retour à asseoir l'idée d'une spécificité absolue de l'administration publique, que conforte sa soumission à un régime juridique exorbitant du droit commun.

En revanche, là où l'administration étatique s'est constituée tardivement et ne fait l'objet d'aucune valorisation particulière, rien ne justifie plus de lui consacrer une place à part et privilégiée, ni d'opérer une séparation rigide entre l'étude de l'administration publique et l'étude de la gestion des organismes privés, qui représente une autre forme concevable d'administration. C'est sur la base d'un tel parallélisme, transcendant la distinction traditionnelle entre public et privé, que se sont développées, aux États-Unis d'abord puisque le terrain y était plus favorable, des recherches centrées autour du thème de l'organisation (« administrer, c'est organiser », disait Henri Fayol), qui introduisent un changement radical de perspective dans le domaine de la science administrative.

Surgissant simultanément dans des domaines très divers, ce thème semble traduire une préoccupation commune aux hommes politiques (cf. la conception communiste du parti, avant-garde organisée du prolétariat et fer de lance de la révolution), aux sociologues (cf. l'analyse du modèle d'organisation bureaucratique par Max Weber) et aux praticiens de la gestion comme Taylor ou Fayol, précurseurs du management moderne : Taylor cherche à fonder scientifiquement l'organisation du travail dans l'entreprise afin d'obtenir un rendement optimal et un profit maximal, Fayol s'attache surtout au perfectionnement d'une « fonction administrative » présente au même titre dans le secteur privé et le secteur public et devant, selon lui, s'inspirer des mêmes principes.

À partir de ces apports assez hétéroclites, une nouvelle discipline va progressivement se constituer et tendre à recouvrir, au moins aux États-Unis, tout le champ des études administratives, concurrençant et même supplantant la science traditionnelle de l'administration publique. L'interrogation centrale de la science des organisations n'est plus : quelles sont les fins et les objectifs de l'administration, quelles prérogatives spécifiques convient-il de lui reconnaître pour

qu'elle puisse remplir correctement sa mission au service de l'intérêt général ? Mais, qu'est-ce qu'une organisation, selon quels principes est-elle structurée et quels processus s'y déroulent, comment rendre son fonctionnement plus satisfaisant, c'est-à-dire à la fois plus harmonieux et plus efficace ? L'attention se déplace, on le voit, des missions externes vers l'organisation et la gestion internes, et les homologues structurelles entre les organisations du secteur privé et celles du secteur public, au lieu d'être minimisées, sont au contraire systématiquement relevées en vue de parvenir à une théorie générale du fonctionnement des organisations de toute nature : on s'efforce ainsi de mettre en lumière, au-delà de ce qui est spécifique à chaque institution, les mécanismes par lesquels elles résolvent les problèmes de coopération, d'intégration et d'adaptation qui se posent partout de façon similaire. La théorie des organisations se veut à la fois pluridisciplinaire et synthétique, regroupant des travaux réalisés dans des perspectives très différentes et jusque-là répartis en plusieurs sphères : *public administration*, *business management*, psychosociologie des relations industrielles, sociologie de la bureaucratie...

Avec un temps de retard, l'approche organisationnelle s'est finalement acclimatée aussi en Europe, en partie sous l'effet de l'interventionnisme croissant de l'État qui a contraint à accorder une attention accrue aux problèmes d'organisation et de gestion et à ne plus considérer comme hérétique l'idée d'emprunter au secteur privé ses méthodes, en partie par le biais de l'influence qu'exerce la sociologie américaine des organisations sur les sociologues européens, notamment en France. Cette approche nouvelle n'a toutefois pas pris la même extension qu'outre-Atlantique, et surtout elle n'a pas fait disparaître la conception traditionnelle d'une science administrative centrée exclusivement sur l'administration publique, qui demeure extrêmement vivace.

### 📍 Les principaux courants de la science administrative contemporaine

L'intitulé « science administrative » recouvre aujourd'hui des recherches portant sur des objets variables et entreprises dans des perspectives diverses. On peut, en dépit de la part d'arbitraire qui s'attache à toute classification de ce type, distinguer parmi elles trois courants : un courant juridico-politique dont le but essentiel est de parvenir à une meilleure connaissance des structures et du

fonctionnement de l'administration étatique ; un courant axé sur la gestion, publique ou privée, et très proche par ses préoccupations du management moderne ; un courant sociologique regroupant l'ensemble des recherches qui ont en commun d'appréhender les phénomènes administratifs à l'aide des concepts et des méthodes de la sociologie.

Le *courant juridico-politique*, surtout implanté en Europe peut se réclamer d'une tradition séculaire, remontant, en France, à Vivien et Macarel et, dans les pays germaniques, à Lorenz von Stein. Concevant la science administrative comme l'étude de la seule administration publique, il demeure très imprégné par la doctrine traditionnelle du droit public : l'administration est présentée à la fois comme une instance subordonnée au pouvoir politique, chargée de préparer et d'exécuter des décisions prises en dehors d'elle, et comme une institution spécifique, irréductible à toute autre parce que œuvrant en vue de l'intérêt général et investie à cette fin de prérogatives exorbitantes du droit commun. Cette science administrative, qui prolonge le droit administratif comme la description des institutions politiques prolonge le droit constitutionnel, reflète les préoccupations de juristes soucieux de dépasser le point de vue étroitement juridique dans lequel l'étude de l'administration publique s'est trouvée pendant longtemps enfermée, afin de parvenir à une connaissance plus concrète et plus réaliste des institutions ; elle est également le fait de certains politologues, qui prennent peu à peu conscience de ce que le fonctionnement du pouvoir étatique ne peut être compris en faisant abstraction de l'instance administrative.

En dépit de leur volonté proclamée de faire de la science administrative une discipline positive distincte du droit administratif, discipline normative fondée sur le raisonnement déductif, les tenants de l'approche juridico-politique restent tributaires des schémas et des théories forgés pour les besoins de l'analyse juridique. On trouve la trace de cet attachement dans la définition même de l'objet de la science administrative, dans l'importance accordée aux mécanismes juridiques pour la connaissance et la compréhension du fonctionnement de l'administration, dans l'utilisation de concepts souvent empruntés au droit administratif, enfin dans la liste des questions abordées – structures, moyens d'action, contrôle... –, qui reproduit en grande partie celle des traités classiques de droit administratif.

Le courant « *gestiologique* » qui, à l'opposé du précédent, assimile l'administration à la gestion, poursuit un objectif essentiellement pragmatique puisqu'il cherche à découvrir et à mettre en œuvre les méthodes les plus rationnelles et les plus efficaces d'organisation en vue d'accomplir dans des conditions optimales une tâche donnée. La science administrative apparaît en somme ici comme un avatar de la science du management, qui elle-même prolonge la réflexion inaugurée par Taylor et Fayol tout en développant l'effort de théorisation et en affinant la formulation de certaines thèses : la notion de profit maximal, en particulier, fait place à celle, plus neutre et plus générale, d'efficience, ce qui, d'une part, concourt à donner aux théories du management l'apparence d'une connaissance scientifiquement élaborée et, d'autre part, leur permet de pénétrer le secteur public dont les nouveaux managers adhèrent pleinement aux mots d'ordre de rationalisation et d'efficacité. Cette conception de la science administrative, qui est tout naturellement celle de nombreux praticiens de l'administration, tend à se répandre dans tous les pays, quels que soient leurs traditions et leur régime, c'est-à-dire non seulement aux États-Unis, berceau du *business management*, mais aussi en Europe occidentale et même dans les pays socialistes, où les remises en cause radicales survenues à la fin des années quatre-vingt accentuent ce phénomène de mimétisme.

Le courant *sociologique*. Deux branches de la sociologie ont été plus particulièrement conduites à s'intéresser aux phénomènes administratifs. D'abord la *sociologie politique*, dans la mesure où l'existence et le fonctionnement de l'administration publique comportent une dimension politique évidente et s'inscrivent dans une problématique du pouvoir (au point que la frontière entre sociologie politique et science administrative tend parfois à s'estomper, leurs domaines de recherche se recoupant partiellement). Ensuite, sous un angle très différent, la *sociologie des organisations* qui, incluant dans son champ d'investigation les organisations de toute nature, s'efforce d'appliquer à l'administration publique les méthodes forgées à l'origine pour mettre en lumière les rapports entre individus et groupes au sein des grandes entreprises.

Cette discipline, qui prolonge à la fois les analyses théoriques de Max Weber sur la bureaucratie et les études empiriques effectuées par les psycho-sociologues sur les « relations humaines » dans les firmes industrielles,

part du postulat que le fonctionnement d'une organisation ne peut être compris en tenant compte uniquement des règlements explicites qui la gouvernent, et que les indications qu'ils fournissent doivent être complétées, voire corrigées, par une analyse des relations informelles découlant des motivations, des comportements et des stratégies des acteurs en présence, dont les intérêts et les objectifs ne coïncident pas toujours avec les fins officiellement poursuivies par l'organisation.

En France, la sociologie des organisations s'est implantée sous l'impulsion de Michel Crozier, qui a fait connaître les travaux des sociologues américains et s'en est inspiré pour ses propres recherches. La méthode « clinique » qu'il préconise se fonde sur l'hypothèse que toute organisation se structure autour de relations de pouvoir que l'on parvient à mettre en évidence en observant et en analysant les stratégies des différents groupes en présence. Appliquant cette démarche à l'étude de l'administration française, M. Crozier a montré comment les caractéristiques essentielles de son fonctionnement – impersonnalité des règles, centralisation des décisions, isolement de chaque catégorie hiérarchique, développement de pouvoirs parallèles – concouraient à la cristallisation d'un « cercle vicieux bureaucratique » et expliquaient son incapacité à s'adapter au changement autrement que par le recours constant à la crise.

### @ Problèmes actuels et perspectives de développement de la science administrative

L'essor de la science administrative et sa reconnaissance comme science sociale à part entière sont hypothéqués pour l'instant par l'incertitude qui s'attache à la définition de son objet et par l'absence d'une réflexion épistémologique approfondie sur la visée et les méthodes de cette discipline.

*La définition d'un objet propre.* La science administrative est écartelée entre deux orientations principales, selon qu'on la considère comme la science de la seule administration publique ou comme la science des organisations de toute nature qui quadrillent la société. Dans le premier cas, on affirme implicitement la spécificité irréductible des tâches d'administration étatique par rapport aux autres activités sociales ; dans le second, on est au contraire amené à insister sur les analogies entre les différentes formes sociales instituées par-delà la démarcation traditionnelle des sphères publiques et privées. Plutôt que de privilégier l'une ou

l'autre de ces thèses, une démarche plus féconde consiste à extraire de chacune d'elles la part de vérité qu'elle contient, en assignant pour tâche à la science administrative non pas l'étude d'un objet brut et préconstruit – que ce soit l'administration publique ou l'organisation –, mais précisément la mise en lumière et l'analyse approfondie du double aspect contradictoire de l'administration, à la fois spécifique comme appareil d'État et néanmoins reliée à l'ensemble des autres formes instituées. Si l'on accepte ces prémisses, on pourra alors la considérer simultanément comme une institution investie, au sein de la société dont elle est le produit, d'une fonction spécifique, comme une organisation délibérément construite pour poursuivre des buts déterminés et présentant à ce titre des caractéristiques communes à toutes les organisations, enfin comme un élément du système d'action par lequel elle exerce son emprise sur la société tout en subissant les contraintes émanant d'un environnement structuré et hiérarchisé – analyse qui permet de mettre en lumière l'ambivalence du rôle imparti à l'administration, à la fois agent de changement social et agent de stabilisation sociale.

*La définition d'une épistémologie rigoureuse.* Cette exigence revêt un double aspect. Elle implique d'abord une claire conscience des obstacles auxquels se heurte la connaissance scientifique des phénomènes administratifs : la sacralisation de l'État, qui empêche d'analyser sérieusement les institutions existantes par crainte d'en mettre à nu les fondements et de faire ainsi douter de leur raison d'être ; le pragmatisme, qui, en enfermant les recherches dans un cadre prédéterminé et en leur assignant un objectif utilitaire, risque d'en fausser les résultats, puisque la science administrative, en tant que science sociale, n'a pas pour but de définir les normes d'un fonctionnement idéal ou simplement meilleur de l'administration, mais bien de découvrir les mécanismes qui régissent son fonctionnement réel ; l'empirisme, également, qui cantonne la science administrative dans des monographies détaillées mais peu fécondes parce que purement descriptives, alors que cette discipline ne saurait se passer du support de la théorie, tant comme instrument heuristique que pour parvenir au stade de l'explication.

Simultanément, la science administrative doit forger des instruments d'analyse adaptés au but qu'elle poursuit, ce qui suppose avant tout de délaisser la démarche juridique, formaliste et déductive, et d'emprunter aux sciences sociales

déjà constituées leurs méthodes, leurs concepts et leurs techniques d'investigation, qui ont fait la preuve de leur fécondité dans des champs du savoir voisins du sien.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## 📍 POLITIQUE - La science politique

### *Prise de vue*

Vieille de près de vingt-cinq siècles, la science politique devrait offrir aujourd'hui des traits propres, aisément discernables et définissables, faciles à présenter en termes clairs et précis. Or, il n'en est rien. Si l'introduction, il y a vingt-cinq ans, de la science politique dans l'enseignement universitaire de la plupart des pays d'Europe a marqué « la fin d'une extraordinaire carence », elle n'a pas été, comme on aurait pu le penser, la fin des controverses.

Déclarée « introuvable », considérée comme une innovation, voire tenue pour une découverte, la science politique, devenue « la science à la mode », a vu son objet propre discuté et même nié ; d'autre part, sa nature « scientifique » a été admise dans la seule mesure où elle se montrait susceptible d'être une connaissance empirique et positive.

Après un quart de siècle, en dépit de leurs prémisses (ou de leurs préjugés), tous ceux qui se sont consacrés à la science politique ont eu à peu près le même champ d'exploration et d'exposition ; cette constatation a présentement apaisé les polémiques, mais la définition de la science politique n'en reste pas moins en débat. Les lignes qui suivent recueilleront les plus retentissants échos de ces affirmations discordantes. On s'efforcera cependant d'en dégager des propositions positives, reflet moins d'une vue personnelle des choses que d'une tradition continuée et confortée. On ne se dissimulera cependant pas que définir, c'est toujours, en quelque manière, s'approprier.

## 📍 1. Existence et indépendance de la science politique

### Une juxtaposition de sciences diversifiées

Aux yeux de beaucoup, dont l'attitude prolonge celle qui dominait pendant la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle et le premier quart du XX<sup>e</sup>, il n'existe pas *une* science politique, mais *des* sciences politiques multiples et distinctes. Politique n'est pas un substantif, mais une épithète, selon les cas, de la philosophie, de l'économie, du droit, de l'histoire, de la géographie, etc.

Si cette dispersion des enseignements politiques est, historiquement, un simple accident pédagogique, elle traduit aussi une orientation délibérée, conséquence logique de vues intellectuelles précises. Selon Francesco Vito, « une science unitaire, entendue comme la somme de branches multiples obéissant chacune à des méthodes diverses de recherche, exclurait, a priori, la possibilité de parvenir à formuler des propositions ayant le caractère de lois scientifiques. Elle peut tout juste aider à décrire les faits dans leur complexité, mais elle s'arrête au seuil de la construction scientifique. » À l'inverse, Vito estimait certaine « la fécondité des contributions qui peuvent être attendues des études politiques, historiques, philosophiques, économiques, lorsque celles-ci sont opportunément tournées vers l'individualisation des problèmes dominants du monde contemporain, convenablement mises à jour par la plus grande réunion possible de matériaux rassemblés selon les procédés de la science d'observation, et soigneusement coordonnées de telle façon qu'aucun aspect de la réalité politique ne demeure inexploré ».

Selon l'axiome que « les sciences progressent dans la mesure où elles se particularisent » (Vito), l'avenir des sciences politiques serait dans leur spécialisation et, par conséquent, dans leur multiplication. Chaque science traitant d'une matière politique tend à engendrer une science distincte. En se diversifiant, elle devient autonome, et abandonne le cadre de la science politique générale. Si bien que plus *les* sciences politiques progressent, plus *la* science politique paradoxalement se vide. Elle n'est plus qu'un résidu sans véritable intérêt ou encore qu'un carrefour de routes multiples.

Cette attitude négative à l'égard d'une science politique unitaire a été

naguère présentée par Vito comme étant celle de la majeure partie des professeurs italiens. En France, elle transparaît dans le titre « institut d'études politiques » donné, en 1945, aux établissements où devait être enseignée la science politique. Aujourd'hui encore, l'autonomie de celle-ci continue à répugner à de nombreux universitaires. André Latreille a récemment renouvelé leurs appréhensions en face d'une distinction de la science politique pouvant aller jusqu'à la séparation et à la concurrence.

### 📍 Une science de complément

Tout en admettant l'existence d'une science politique, d'autres enseignants ou chercheurs ne croient cependant pas à la possibilité pour celle-ci de s'assurer, par ses seules forces, une place propre et exclusive. Son établissement et son développement exigent le support d'une science pédagogiquement plus ancienne et pleinement intégrée dans les enseignements traditionnels.

Cette science d'appui ou de référence est souvent le droit constitutionnel. Les *Éléments de droit constitutionnel et comparé* (1895) d'Adhémar Esmein, surtout dans la première partie de l'ouvrage consacrée aux libertés modernes, sont déjà un beau traité de droit constitutionnel vu sous l'angle de la science politique. Il en va de même des œuvres de Joseph Barthélemy. Plus tard, Georges Burdeau accentuera nettement l'évolution. Une ample étude intitulée *Le Droit public et l'État*, publiée sous l'Occupation (1943), devient, en 1949, le premier tome d'un *Traité de science politique*.

Une autre science d'appui de la politique est l'histoire. Si l'on relit les documents datant de la fondation de l'École libre des sciences politiques, ou l'opuscule rédigé par son ancien bibliothécaire Pierre Rain, et qui retrace son développement, on constate que la politique enseignée n'est qu'un continuel recours aux leçons du passé, qu'une interprétation de l'histoire en vue de la formation politique des auditeurs. Cette orientation a donné lieu à l'élaboration des maîtres livres qui restent, aujourd'hui encore, des monuments de talent et de conscience. *L'Europe et la Révolution française* d'Albert Sorel est un chef-d'œuvre d'histoire diplomatique ; *L'Avènement de Bonaparte* d'Albert Vandal, un chef-d'œuvre d'analyse des événements et des comportements.

Un peu plus tard, dans cette même École libre des sciences politiques, la géographie sera, à son tour, utilisée comme discipline d'appui ou de référence : c'est dans ses marges que s'est développée l'œuvre alors si nouvelle d'André Siegfried. Son *Tableau politique de la France de l'Ouest* est au point de départ du développement de la sociologie électorale, appelée à un bel avenir.

Quoique à certains égards humiliante, cette situation de la science politique, entraînée dans le sillage d'une autre science, s'est révélée sur le plan des études réalisées d'une grande fécondité. Elle a fait faire aux sciences d'appui – droit constitutionnel, histoire, géographie – de notables progrès ; elle a, en retour, largement contribué au développement de la science politique elle-même.

### @ Une science de plein exercice

Une telle croissance de la science politique impliquait son émancipation totale. Mais celle-ci n'était possible que dans la mesure où la science politique pouvait elle-même se prévaloir d'un objet propre dont aucune autre science n'aurait la prétention de s'occuper directement et exclusivement.

Or, c'est précisément sur ce point capital que l'introduction dans l'enseignement universitaire de la science politique devait provoquer les tensions les plus vives. On songe à la boutade de Maurice Halbwachs constatant qu'un jour au moins dans sa vie l'ambition de tout sociologue a été de « donner sa définition personnelle de la science dont il s'occupe ». Peu de professeurs ou de chercheurs en science politique ont résisté à la même tentation.

Cependant, si on néglige les nuances et efface les détails, on peut grouper sous trois grandes rubriques les diverses conceptions de l'objet de la science politique : une conception *relationnelle*, qui s'attache à la détermination d'un rapport spécifique, distinct des autres rapports sociaux ; une conception *dynamique*, qui privilégie la notion de pouvoir dans ses aspects les plus divers ; une conception *institutionnelle*, qui se fonde sur la notion traditionnelle de l'État, institution des institutions.

## @ 2. La détermination de l'objet

## Conception relationnelle

La conception relationnelle donne comme objet propre à la science politique la connaissance d'une certaine catégorie de *relations humaines*, différentes des autres grands rapports sociaux : rapports familiaux, culturels, religieux, professionnels, économiques, etc.

Sans remonter au-delà de l'entre-deux-guerres, la thèse du rapport spécifique se trouve formulée magistralement, mais en termes opposés, par Benedetto Croce et par le juriste patenté du III<sup>e</sup> Reich, Carl Schmitt : pour le premier, le rapport politique est un rapport de conciliation ; pour le second, c'est un rapport d'irréductible antagonisme.

Avec l'effervescence suscitée par l'irruption de la science politique dans l'Université, les thèses relationnelles attirent à elles ceux qui récusent les conceptions dites américaines ou traditionnelles. La notion de rapport politique est mise en lumière par Pierre Duclos dans un livre écrit en captivité (*L'Évolution des rapports politiques depuis 1750*) et dans une série d'essais et de communications. En quête d'une « politique pure », Bertrand de Jouvenel conçoit celle-ci comme fondée sur une activité agrégative. Julien Freund, dans son livre capital *L'Essence du politique*, se rattache aussi, avec des considérants originaux, à la notion du rapport spécifique.

Cependant, malgré toutes ces cautions, la conception relationnelle a trouvé crédit seulement auprès d'un nombre restreint de spécialistes.

Quant au fond, il est vain d'espérer définir la politique par l'originalité du rapport social. Il y a partout conciliation et antagonisme, subordination et participation, attirances et tensions ; seule en varie la proportion. Surtout, la notion des rapports n'est pas apte à fournir le noyau consistant et durable qu'exige la construction d'un objet scientifique. Le rapport a son importance, mais on ne peut s'arrêter à lui. Il appelle un point de référence et de fixation. En outre, la notion relationnelle ne débouche sur aucune unité des conceptions qui peuvent être groupées sous son égide. La spécificité du rapport varie au point de se contredire d'un auteur à l'autre. On recense ainsi une suite d'opinions individuelles souvent intelligentes, souvent attachantes, mais qui ne sont pas susceptibles de répondre à

la seconde exigence de la définition du politique, qui est, après la détermination de son objet, sa limitation à lui seul.

### 📍 Conception dynamique

À l'égard de la multiplicité et de l'éparpillement des thèses relationnelles, la conception de la politique comme *science du pouvoir* a pour elle l'influence et le grand nombre des universités américaines. Elle bénéficie aussi d'un large accueil du milieu européen.

Dans sa contribution à l'enquête de l'U.N.E.S.C.O. sur la science politique contemporaine, le professeur Cook a cette affirmation péremptoire : « La notion de pouvoir est l'objet propre de la science politique. » Toutes ses branches ont un objet commun qui, sous ses divers aspects, est l'étude du pouvoir dans la société. Sa source, sa nature, ses fondements, son utilité, ses objectifs, ses effets moraux, intellectuels et matériels se trouvent envisagés dans leurs formes les plus variées. Sont en cause non seulement l'État, mais encore les groupes locaux, les Églises, les syndicats, les entreprises. Comme le précise un professeur canadien, Watkins, « tout groupement, dès qu'il comporte un pouvoir, relève de la science politique ». Celle-ci établit la notion et les conditions du pouvoir au sein d'une collectivité déterminée ; elle étudie les forces qui le créent, le dirigent et l'utilisent. Bien entendu, elle considère aussi le problème du pouvoir dans le domaine des relations internationales.

Cette conception de la politique comme science du pouvoir peut être qualifiée de dynamique à raison de l'étymologie (*dynamis*, pouvoir), mais aussi de son inspiration, en tant qu'elle met l'accent sur l'élément moteur de la politique. Elle ouvre des perspectives sans cesse renouvelées et, de la sorte, elle exerce une séduction particulièrement vive sur les auteurs américains chez lesquels le passé compte peu.

Cependant, la conception de la science politique, science du pouvoir, n'est ni aussi nouvelle qu'on le dit, ni aussi américaine que certains le croient. On la rencontre déjà dans *La République* de Platon, formulée par Thrasymaque ; on la retrouve dans toute la tradition que, depuis *Le Prince* de Machiavel (1515), on peut qualifier de « machiavélienne ». En Amérique, cette doctrine a fleuri, moins comme

une création autochtone que comme une importation d'intellectuels réfugiés, en majorité d'origine allemande, essaimant outre-Atlantique. À travers eux, le père de la conception américaine de la science politique est le sociologue allemand Max Weber.

Sans toujours se rendre compte qu'il s'agissait d'une récupération, les milieux intellectuels européens ont largement accepté la conception de la politique comme science du pouvoir (ou plutôt des pouvoirs).

Recourir au critère du pouvoir ne permet, cependant, ni de délimiter exactement le champ d'extension de la science politique, ni de pénétrer son véritable esprit. Il y a, simultanément, débordement et rétrécissement de l'objet.

L'idée d'une science comparative des phénomènes du pouvoir repose, de la part des Américains et de ceux qui s'en inspirent, sur une confusion initiale entre puissance et pouvoir, entre *dynamis* et *archè*, entre *potentia* et *potestas*. Or, les phénomènes de pouvoir et de puissance doivent être distingués. Il n'y a, à proprement parler, de pouvoir que politique ; les autres puissances ne sont en elles-mêmes que des forces qui aspirent au pouvoir ou qui y participent. Ainsi en va-t-il des pseudo-pouvoirs « étudiant » et « ouvrier ».

L'extension et la multiplication des phénomènes de puissance, leurs variations successives à peu près sans limite, leur indétermination rendent difficile leur étude globale, tandis que dans leurs aspects particuliers ils relèvent de branches diverses de la sociologie ou de la psychologie sociale. Au demeurant, à supposer la confrontation possible, la science qui y procéderait n'aurait étymologiquement aucune raison de s'appeler « politique ». Elle devrait plutôt se dénommer *cratologie* (du grec *cratos*, puissance). À l'inverse, si le pouvoir est entendu dans son sens précis de pouvoir politique, limiter à sa connaissance toute la science politique est mutiler celle-ci.

L'analyse de l'élément sociétaire est aussi importante que celle de l'élément autoritaire. Le pouvoir n'agit pas dans l'abstrait et ne s'exerce pas dans le vide. Il y a, sans doute, le pouvoir, mais aussi tout ce qui, dans la société, se « situe » par rapport au pouvoir. L'existence de l'État ne se ramène pas à un

phénomène de domination, mais comporte aussi des manifestations d'adhésion, de participation et de contestation, qui ne sont pas moins importantes. C'est d'ailleurs ce que G. Vedel et G. Burdeau, après Weber lui-même dans son écrit posthume *Staatssoziologie*, ont pressenti, en mentionnant que le pouvoir s'exerçait sur une société ayant ses traits propres, société qui fut et demeure l'État.

## @ Conception institutionnelle

La conception de la science politique comme science de l'État a pour elle la continuité d'une tradition millénaire. Avec des crises ou des éclipses, comme au XIX<sup>e</sup> siècle, la science politique s'est constamment occupée de la société politique ou, comme on le disait au XVIII<sup>e</sup> siècle, de la « société civile ». Elle a été longtemps la seule à le faire ; aujourd'hui encore, il en est de même, tout au moins à titre principal.

Si la notion de relation est fluide et la notion de pouvoir variable lorsqu'elle est confondue avec celle de puissance, au contraire la notion d'État située dans l'histoire et datée dans le temps est très précise. Rejoignant progressivement le projet idéal de l'unité humaine, il existe des collectivités à base territoriale étendue, à composition nombreuse, organisées d'une manière hiérarchique. Ces sociétés indépendantes sont représentées par des organes susceptibles de parler, d'agir, de décider pour elles. Elles sont en mesure, aussi, de disposer légitimement de la contrainte à l'intérieur et à l'extérieur.

L'État se situe ainsi au-delà de la simple addition d'un pouvoir et d'une population ; il dépasse la superposition mécanique d'une suprastructure, le pouvoir, et d'une substructure, la nation. Il y a non seulement conjonction, mais transmutation grâce à l'institutionnalisation. En effet, le phénomène institutionnel caractérise l'État, car il y est porté à un degré d'extension très large et de perfection très élevée. L'État est l'institution des institutions en ce que, quantitativement, il englobe une multiplicité d'institutions mineures, sans être lui-même inséré au même degré dans une institution supérieure ; en ce que, qualitativement, il est l'institution suprême, expression du savoir et du vouloir humain. Il apparaît comme un mode de groupement hautement qualifié, distinct formellement de tous les autres groupements. Il lui appartient de discipliner et de mouvoir, selon son propre principe, la nation qu'il « informe » au sens scolastique

du terme.

Loin d'être appauvrissante, comme on le pense souvent, la conception institutionnelle l'emporte nettement sur les autres aux plans théorique et pratique, aussi bien qu'au plan historique, dont l'importance a déjà été relevée.

Au plan théorique, cette conception réalise un dépassement des conceptions relationnelles et dynamiques. Elle n'écarte ni la spécificité des relations politiques, ni le dynamisme du pouvoir, mais elle les intègre dans un ensemble vivant et homogène.

Instituer, c'est mettre en état d'exister. C'est par là même forger un *objet* propre, ce qui est le but de notre présente recherche.

Quant aux faits eux-mêmes, la position classique, loin d'être désuète et dépassée, est la seule dans la période actuelle à leur correspondre pleinement. Depuis longtemps, on a proclamé à grands cris la « mort de l'État » et annoncé son dépérissement progressif. Or, on assiste à une multiplication du nombre des États et à un accroissement de leur puissance par l'adjonction de la dimension économique.

Aussi, *nolens, volens*, dans le concret des travaux et des enseignements, la plupart des adeptes de la science politique comme science du pouvoir reviennent à la notion de la science politique comme science de l'État. L'un des disciples les plus déterminés de la conception américaine, Maurice Duverger, le constatait déjà en 1964 dans son *Introduction à la politique* : « Même ceux qui définissent la politique comme la science du pouvoir en général reconnaissent qu'il atteint dans l'État sa forme la plus achevée, son organisation la plus complète, et qu'on doit surtout l'étudier dans ce cadre ; dans les autres sociétés humaines, il reste embryonnaire. »

### 📍 3. Les modes de connaissance

#### Trois catégories de jugement

En face de l'État, objet du politique, l'esprit humain peut éprouver des

curiosités diverses et se proposer des buts différents : il peut réfléchir sur la cité en philosophe ; il peut ambitionner, en savant, de découvrir et de décrire les phénomènes de la vie politique ; il peut vouloir, en homme d'action, faire prévaloir ses vues sur la conduite du gouvernement.

Il en résulte une grande variété des écrits et propos qui se disent politiques : « Une *Politique*, constate Éric Weil dans sa *Philosophie politique*, peut être équivalentement un traité des théories positives de sociologie au sens large ou encore un programme d'action appuyé par des réflexions scientifiques ou non. » Et il ajoute plus loin qu'une troisième conception est possible : une *Politique* est alors « une considération raisonnable de la réalité pour autant que cette réalité même permet ou impose à l'homme de la modifier selon des buts et à partir du refus qu'il établit lui-même de ses actions ».

L'esprit peut porter sur l'État des *jugements d'existence*. Il donne à ses démarches la forme d'une recherche des faits fournis par l'histoire et par l'observation directe ou indirecte. Leurs auteurs se proposent d'étudier les phénomènes politiques, afin de les connaître, de les ordonner, de les expliquer. L'intelligence découvre au dehors d'elle-même ce qui existe ; puis elle donne à ses constatations une cohérence et, si possible, un sens. L'homme qui étudie ainsi la politique connaît la chose politique, l'État, analytiquement, à la manière dont d'autres connaissent les forces en physique et les corps en chimie.

L'esprit peut émettre des *jugements de valeur*. Les phénomènes politiques sont considérés par rapport à l'idéal que l'auteur se fait de l'homme et de la société. Cette fois, le chercheur ne s'intéresse pas tant à ce qui est qu'à ce qui devrait être. Le moraliste ou le philosophe politique pose des règles qui n'expriment pas l'être, mais le devoir être. Du positif, il passe au spéculatif et au dogmatique.

L'esprit peut, enfin, prononcer des *jugements d'efficacité* sur les moyens d'user du réel ou de le transformer. L'État ne sera plus considéré de façon théorique, comme un ensemble de données observées, expliquées et systématisées. La chose publique ne sera plus regardée de façon spéculative comme un idéal permettant à l'homme d'atteindre à ses fins ou comme constituant

elle-même sa fin propre. La politique, envisagée de manière toute pratique, comme une technique de compétition, appréciera les moyens par rapport aux fins idéales ou utilitaires qui sont les siennes.

Trois ensembles systématiques de connaissances en ce qui concerne l'État peuvent se trouver ainsi simultanément élaborés :

– Une *politique empirique*, descriptive, explicative et éventuellement prospective. Cette politologie est positive (au sens où l'on dit « droit positif »). Elle est la *science* politique proprement dite.

– Une *politique doctrinale* ou encore dogmatique, rationnelle, voire naturelle (au sens où l'on dit « droit naturel »). Cette politique est proprement réflexive, la pensée y faisant retour sur elle-même. On peut la qualifier de « philosophie politique » au sens étroit de ce terme, et voir en elle une *sagesse* inspiratrice de comportements.

– Une *politologie pratique*, s'intéressant à la création de moyens d'actions et au maniement des faits. Elle est une technique, une connaissance active des moyens destinée à instruire l'action ou à assurer son succès. Elle peut recevoir le nom d'« art politique ».

### @ La science politique « stricto sensu »

Les trois ordres de connaissance desquels la politique peut ainsi relever sont également dignes de considération et susceptibles d'être réputés scientifiques au sens large du terme « science », sens qu'avait jadis l'*epistemè* des Grecs et que conserve encore aujourd'hui la *Wissenschaft* des Allemands. En effet, il y a science lorsqu'une réflexion méthodique de l'esprit s'exerce dans un cadre logique, se substituant à l'expression d'opinions sommaires ou de réactions superficielles.

Cependant, depuis Comte et Claude Bernard, la tendance est de privilégier la connaissance positive en lui réservant le qualificatif de science, en tant que seule comparable aux sciences de la nature par ses ambitions et ses méthodes ; d'un assez large consentement, le droit de se nommer science n'est reconnu qu'aux recherches entreprises et conduites pour elles-mêmes, en

indépendance (sinon en opposition) avec les préoccupations normatives ou pratiques de la sagesse ou de l'art.

La science politique *stricto sensu* dit ce que fut l'État et ce qu'il est à présent (dans les différents pays), son mode de gouvernement, de formation, de développement, de déclin. Elle trouve réponse à ces questions dans les données (mots que les sociologues écrivent au masculin, « donnés » correspondant directement au latin *data*).

La réflexion du savant s'exerce sur les faits constatés. Elle introduit de l'ordre dans ces faits et cherche ce qui les relie ; elle appelle à la surface les éléments cachés ou indistincts et procède au classement de l'ensemble, d'abord selon un lien hypothétique, puis à la suite de multiples vérifications. L'hypothèse vérifiée est considérée comme une loi. Les lois de coexistence ordonnent l'ensemble des phénomènes en système idéologique ou en régime constitutionnel. Les lois de causalité expliquent les phénomènes dans leur enchaînement. Ainsi Montesquieu a-t-il établi des lois de succession quand il a étudié les *Causes de la grandeur et de la décadence des Romains* et des lois de coexistence dans *L'Esprit des lois*, lorsqu'il a établi les conditions des régimes de liberté.

Ayant pour objet exclusif la constatation de l'existant, c'est-à-dire la détermination du réel, la science politique implique une « neutralité axiologique ». Celle-ci a été vigoureusement affirmée par le sociologue allemand Max Weber. Ce dernier utilise les termes expressifs, et cependant difficiles à traduire, de *wertfrei* ou encore de *wertblind*, c'est-à-dire « libre » (*frei*) à l'égard des valeurs, ou encore « aveugle » (*blind*) en face de celles-ci.

La science se différencie ainsi radicalement de l'éthique politique. Celle-ci est valorisante (*bewertend*), en tant qu'elle confronte aux valeurs les faits constatés (*wertbeziend*) ou les situe au-delà des valeurs (*wertüerwendend*). Simultanément, la science politique s'oppose à l'art dont les visées sont purement pratiques. Celui-ci n'utilise la connaissance que partialement et partiellement. Il n'est pas intéressé par l'exactitude des constatations mais par leur portée. Il se refuse à la compréhension, mère d'incertitude ; il lui suffit d'enregistrer l'efficacité.

En tant que science positive, la science politique est une discipline à base historique. Elle ne peut être que l'enregistrement et l'intelligence du passé, le présent lui-même étant déjà du passé lorsqu'il devient objet d'étude. Aussi, pendant longtemps, les tenants de la « politique scientifique » ont-ils tenu pour suspectes les tentatives faites pour appliquer à l'avenir certaines de ses constatations, résultant de l'observation. Aujourd'hui, la possibilité d'une prospective scientifique est largement admise. Son initiateur a été, en France, Gaston Berger, et Bertrand de Jouvenel publie une revue, *Analyse et prévision* (Futuribles).

## @ 4. Définition et méthodes

### Choix d'une définition et d'une dénomination

Ayant déterminé son objet et sa nature, il est possible de proposer une définition de la science politique. On dira qu'elle est la connaissance descriptive, explicative et prospective des phénomènes concernant l'État et les sociétés de même ordre qui le précèdent, le remplacent, l'accompagnent ou le dépassent.

Opposée à la conception analytique des sciences politiques spécialisées, cette conception synthétique invite à rechercher, pour la science politique, une dénomination concise qui ne porte pas le poids des confusions du passé et qui évoque ainsi l'existence ou au moins la recherche d'un système d'ensemble logique et articulé.

Par ailleurs, besoin est encore de choisir un terme pour désigner les hommes de science qui s'adonnent à l'étude de la politique. On ne saurait les appeler « politiques », et moins encore « politiciens », ces vocables visant les hommes d'action engagés dans la vie publique à ses divers échelons. Plusieurs vocables ont été proposés ou suggérés. Pour la science elle-même, on a avancé « statistique », « cybernétique », « statologie », « politicologie » ; pour les adeptes de la science, on a retenu « politicologues », « pditistes » ou même le terme anglais *political scientists*. Toutes ces appellations sont, à divers titres, récusables. Par contre, échappent à la plupart des griefs les vocables « politologie » et « politologues » apparus quasi simultanément il y a une quinzaine d'années en Allemagne et en France. Déjà utilisé en 1948 par Eugen Fischer Baling, le terme

« politologie » a été lancé en 1954 par le professeur Gert von Einern (dans le premier numéro de la *Zeitschrift für Politik*). En France, la même année, un critique littéraire, André Thérive, interpellé par Julien Freund, avait lui-même « mis politologue sur les fonts baptismaux » (*Carrefour*, 11 août 1954).

Certaines objections ont été faites aux deux termes, dont la moins piquante n'est pas que ces vocables, correctement formés de deux racines grecques (ce qui n'est pas le cas de « sociologue » et de « sociologie »), aient été étourdiment traités de « barbares ». Mais les résistances vont en s'affaiblissant et leur emploi n'a cessé de s'étendre. En Allemagne, il est officialisé par le grade de *Diplom-Politologe* et par l'existence de chaires magistrales (*Lehrstühle der Politologie*). Dans le reste de l'Europe, et même dans d'autres parties du monde, les vocables jumeaux « politologie » et « politologue » ont reçu, de plus en plus, la consécration de l'usage. D'ores et déjà, ils sont retenus par le dictionnaire Robert, qui fait autorité en la matière.

## 📍 Les différentes méthodes

Une telle définition de la science politique éclaire le choix d'une méthode. La correspondance est profonde entre les deux conceptions. Elles agissent et réagissent l'une sur l'autre. La méthode, a-t-on pu dire, fait la science, et la science, en se faisant, découvre sa propre méthode.

Pas plus que les conceptions de la science politique, les diverses méthodes ne peuvent se localiser parfaitement dans le temps, ni s'inscrire dans un ordre rigoureux de succession. Toutefois, il y a des dominantes très nettes. À l'époque classique, les travaux de science politique traduisent essentiellement la personnalité de leurs auteurs et leurs préoccupations intellectuelles ou pratiques. Depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, la sociologie tend à imposer une méthode rigoureuse, dans laquelle l'observation objective correspond à la démarche suivie dans les sciences de la nature. Aujourd'hui, on recherche une rigueur plus grande encore en recourant aux mathématiques, l'idée étant que celles-ci sont plus scientifiques car elles laissent le moins de place possible à l'appréciation personnelle du politologue.

On peut ainsi distinguer, parmi les méthodes de la science politique

pratiquées aujourd'hui, les méthodes subjectives, les méthodes sociologiques et les méthodes mathématiques.

### **Méthodes subjectives**

Les grands écrivains politiques du passé ont pratiqué l'observation et fait souvent preuve d'une vaste érudition. Ils ont aussi développé de larges vues prospectives, mais ils se sont rarement préoccupés de donner à leur exposé un caractère rigoureux et raisonné qu'aurait, au surplus, souvent condamné leur esthétique du discours. Leur méthode, si méthode il y a, peut être qualifiée de subjective en tant que sa valeur tient aux qualités personnelles de celui qui en use et non pas à sa soumission à des règles scrupuleusement suivies.

Les politologues classiques sont des moralistes et des historiens. Naturellement, ces derniers sont enclins à suivre, dans leurs investigations, les procédés qui sont ceux de la critique et de l'exposé historiques, mais, dans l'ensemble, à la différence du comportement de certains auteurs étrangers, l'école française, notamment l'école libérale, n'a aucun souci d'ordre méthodologique. Ses représentants se recommandent du « bon sens », du « sens commun ». François Guizot dit : « L'essentiel est de voir les choses comme elles sont, dans leur exacte vérité », et Benjamin Constant déclare qu'il y a « dans les esprits une raison naturelle qui finit toujours par les aider à reconnaître l'évidence ». La méthode de l'école française est donc tout intuitive et personnelle ; les résultats en sont brillants lorsqu'il s'agit d'esprits de tout premier plan comme Chateaubriand ou Tocqueville.

Il va de soi que les auteurs « subjectivistes » ignorent ou rejettent la distinction faite plus haut entre la philosophie, l'art et la science politique. Or si, dans une étude à perspective historique, les divers modes de connaissance peuvent être confondus, il en va différemment lorsqu'il s'agit de la recherche proprement scientifique. Ici, il importe de pousser largement à la diversification des méthodes.

La connaissance doctrinale, qui, selon ses vues propres, accepte ou rejette les faits, aboutit à une altération du réel. Si l'on ordonne la recherche scientifique à la prise en considération de valeurs, on y introduit de multiples

causes d'erreurs. C'est ainsi que le droit constitutionnel du XX<sup>e</sup> siècle a été rétréci et affaibli par le « constitutionnalisme ». Celui-ci étudie, comme c'est le cas dans l'œuvre, par ailleurs si remarquable, d'Esmein, les constitutions « ayant la liberté pour objet ». En conséquence, lorsque, dans l'entre-deux-guerres, apparurent les monarchies populaires, les constitutionnalistes classiques furent complètement désorientés. Ils virent dans le fascisme une simple poussée d'antilibéralisme, alors qu'il y avait apparition d'une conception propre de l'État, d'une *hypercratie*, selon la terminologie de Julien Freund.

De même, la connaissance pratique n'est pas moins déformante sur le plan intellectuel. Les préoccupations « mélioristes », selon le barbarisme américain, risquent d'entraîner à une altération des descriptions, noircies ou embellies à l'excès pour les besoins de la cause. D'autre part, sur le plan pédagogique, si la possibilité d'un enseignement de la science politique est certaine, celle d'une présentation didactique de l'art politique est douteuse. Il y a deux façons de transmettre le savoir : par l'instruction et par l'initiation. Or, lorsqu'il s'agit de savoir pratique, l'initiation par l'homme expérimenté est préférable à l'instruction par l'homme savant. Quant à la philosophie politique, son enseignement peut tourner aisément à la simple expression d'un engagement personnel et se confondre avec un discours de propagande. Cette attitude, écartée par l'Université libérale, doit être tenue pour extra-scientifique, comme procédant d'a priori étrangers à la connaissance positive, et formant, à son égard, une sorte d'écran.

L'autre inconvénient majeur de cette absence de système dans la recherche ou l'exposé est de rendre incommunicables et intransmissibles les résultats enregistrés. Ceux-ci disparaissent avec les hommes qui ont pratiqué la méthode dite du bon sens ou du sens commun. Une telle attitude est en opposition avec l'idéal scientifique de l'additivité des connaissances, le disciple ajoutant le fruit de ses recherches à celles de son initiateur et transmettant lui-même un patrimoine accru à ceux qui le suivent.

### **Méthodes sociologiques**

Afin de donner à la science politique les contours et la consistance d'une vraie science, les politologues devaient être tentés de se conduire en sociologues.

En effet, la conception institutionnelle, en donnant pour objet à la science politique la *société* appelée État, l'intègre directement aux sciences sociales et l'invite à suivre les règles de la méthode sociologique telles qu'elles ont été formulées tant par l'*école de la science sociale*, avec Frédéric Le Play, l'abbé de Tourville et Paul Bureau, que par l'*école sociologique française*, avec Durkheim et Lévy-Bruhl.

L'essentiel de cette méthode sociologique réside dans la transposition des méthodes utilisées par les sciences de la nature dans l'étude des sociétés humaines. La démarche de l'esprit, par la suite d'opérations intellectuelles qu'elle implique, peut se comparer à une escalade où l'on atteint des paliers successifs. L'esprit observe, c'est la *constatation* ; l'esprit relève les faits, c'est la *notation* ; l'esprit rapproche les faits, c'est la *comparaison* ; l'esprit s'efforce d'établir entre les faits des liens logiques, c'est la *systématisation* ; l'esprit retourne aux faits pour se rendre compte de la pertinence de ses observations, c'est la *vérification*.

Si ces opérations sont soigneusement menées à chaque étape et correctement conduites dans leur succession, on aboutit à enfermer le réel dans un certain nombre de *théories*, une théorie étant une relation plus ou moins approchée entre des faits ou groupes de phénomènes politiques. Les enchaînements reconnus constants et nécessaires peuvent être qualifiés de *lois* ou, plus modestement, d'*uniformités*.

De grands résultats ont été obtenus par la méthode d'observation. Cependant, on doit reconnaître que celle-ci se heurte, dans son application à la science politique, à des limites difficilement surmontables.

D'abord, le terme « science d'observation » laisserait entendre que le politologue ne parle que de ce qu'il a vu et personnellement connu. Or, très souvent, la part de constatation directe est extrêmement faible. Il peut y avoir observation directe des sociétés de petites dimensions, famille, atelier, village. Elles sont traditionnellement le cadre d'études bien délimitées, qualifiées de « monographies ». L'étendue de l'État et la complexité de son fonctionnement ne permettent immédiatement que des observations partielles. L'observation est en réalité une documentation. Elle encourt donc tous les risques et en supporte toutes

les lacunes. L'écart est souvent énorme entre les faits directement connus et leurs comptes rendus déformés par la presse ou l'opinion publique.

D'autre part, l'idée que l'application de la méthode d'observation à la politique puisse être une simple transposition de son utilisation dans les sciences de la nature est récusée, notamment par Dilthey et Weber. Ceux-ci ont admirablement mis en lumière l'opposition fondamentale entre les sciences de l'esprit ou « noologiques » et les sciences de la nature. « Nous expliquons la nature, nous comprenons la vie de l'esprit. » De cette distinction capitale découle l'orientation originale de la sociologie dite compréhensive. Elle est elle-même idéologique, au sens objectif du terme, car si elle est confirmée et contrôlée par les faits, ceux-ci sont directement appréhendés par l'esprit qui, ensuite, les analyse et les ordonne.

### **Méthodes mathématiques**

Cependant, ce n'est pas dans l'orbite des « sciences de l'esprit » que sont entraînés aujourd'hui la plupart des politologues. Sans doute, quatre-vingt-dix ans après pour Dilthey, cinquante ans après pour Weber, leur influence sur certains chercheurs va-t-elle grandissant ; mais la tendance dominante est différente. Influencé par le développement des études mathématiques en économie, un vaste courant d'origine américaine s'efforce de faire évoluer dans le même sens la science politique. Cette orientation paraît à ses promoteurs susceptible de lui faire faire un nouveau pas vers la précision et l'exactitude, rendant par là même la politologie toujours plus scientifique.

Le recours aux méthodes mathématiques présente d'abord un aspect traditionnel qui consiste dans la *quantification* des données de fait. Le politologue ne saurait se passer du concours que les mathématiques lui offrent directement. L'étude des phénomènes étatiques et para-étatiques implique des informations et des considérations quantitatives. Les méthodes mathématiques permettent de dégager les quantités mesurables et de les associer suivant les règles des sciences mathématiques. Cette traduction permet de mettre en formules précises des phénomènes demeurés fluides, ainsi que leurs relations jusqu'alors confuses. Elle présente avec plus de rigueur et de clarté ce qui résulte de l'observation empirique.

L'expression traditionnelle de la quantification est l'établissement des statistiques. Leurs manipulations sont facilitées par l'emploi des *graphiques* qui permettent des rapprochements et suggèrent la formulation d'hypothèses. Ainsi, le parallélisme persévérant de deux courbes indique, entre elles, une relation d'interdépendance.

Toutefois, certains politologues tendent aujourd'hui à demander davantage aux méthodes mathématiques. Ils ambitionnent de rendre compte grâce à elles de la genèse successive des événements à travers le temps, ou même de la prévoir. Cette dynamique est dénommée *dynamique rationnelle* par certains économistes ; ceux-ci voulant exprimer par là qu'elle est construite par l'esprit sur des hypothèses de travail, plus ou moins proches de la réalité, à partir desquelles on se livre à des représentations schématiques. Lorsque les données issues de l'observation l'emportent sur les données conçues par l'esprit, on peut parler, selon le vocabulaire d'Henri Guitton, de *dynamique expérimentale*.

Parmi les divers procédés inspirés de la dynamique expérimentale, on attache aujourd'hui une particulière importance à la « construction des modèles », à la « théorie des jeux » et à la « théorie de la décision » dont il est impossible ici de résumer les démarches par elles-mêmes compliquées et présentées de manières très différentes suivant leurs inventeurs et leurs utilisateurs (cf. théorie de la DÉCISION, théorie des JEUX, MODÈLE, chap. 5).

Ainsi, la théorie des jeux comporte le recours à un ensemble de moyens qui sont à la fois de prospection, de déchiffrement et de mise en relation ; elle permet la réduction de la complexité à la simplicité et à une rigueur quasi mathématique. Options des hommes et éventualités y sont traitées comme des inconnues auxquelles sont appliquées par des systèmes d'équations complexes la loi des grands nombres et le calcul des probabilités.

Dans leur ensemble, les chercheurs français sont réticents à l'égard de ces applications nouvelles des méthodes mathématiques. Léo Hamon estime qu'il y a « une grande différence entre, d'une part, les constructions fondées sur l'observation et l'analyse des expériences sociales et, d'autre part, une théorie des jeux qui ne s'appuie pas sur des faits expérimentaux, mais représente un essai de

construction d'une théorie normative sur la base d'une logique stratégique ».

On peut donc se demander si finalement les méthodes nouvelles ne sont pas, malgré tout l'appareillage dont elles dépendent, plus incertaines dans leurs conclusions que les intuitions subjectives des maîtres de l'école classique, et si une page de Tocqueville ne permet pas, aujourd'hui encore, de mieux comprendre la politique du président Nixon que les produits des robots électroniques.

Néanmoins, une attitude de rejet pur et simple méconnaîtrait trop complètement l'exigence de la pluralité des voies de recherche résultant de la complexité même de la science politique. Par ailleurs, il est vraisemblable que la génération qui vient, formée très tôt aux mathématiques modernes, saura assimiler des modes de recherches auxquels les politologues nourris des disciplines classiques gréco-latines ou des littératures étrangères modernes demeurent difficilement perméables.

Cependant, comme François Perroux l'a dit de la culture économique, quel que soit l'avenir des nouvelles méthodes, souvent encore embryonnaires, il y aura toujours place, au-delà de la connaissance scientifique de la politique, pour une culture politique, « c'est-à-dire pour un certain sens des proportions et des coordonnées d'un fait [politique] concret ; pour une aptitude à juger vite et bien d'un événement précis du présent ou du passé ; pour une capacité à situer sans hésitation ses causes et ses conditions. La culture n'est jamais une somme de connaissances. Elle se définit mieux par une liberté gagnée sur la masse de connaissances acquises. Il n'en va pas pour [la politique] autrement que pour tout autre domaine de la pensée. Mais la liberté dont il s'agit ne s'acquiert le plus souvent que par une complète et patiente soumission aux méthodes les plus éprouvées du savoir. »

Quoique l'on ait parfois prêté une plus grande extension à la sociologie juridique qu'à la sociologie du droit (celle-ci se limiterait à ce qui constitue le droit lui-même, règles et institutions, tandis que celle-là engloberait tous les phénomènes dont le droit peut être cause, effet ou occasion, y compris des phénomènes de violation, d'ineffectivité, de déviance), on utilise indifféremment l'une ou l'autre de ces expressions.

La sociologie du droit ou sociologie juridique peut être définie comme une branche de la sociologie générale, au même titre que la sociologie économique ou religieuse, que la sociologie de l'éducation ou de la connaissance, etc. Elle est la branche de la sociologie qui a les phénomènes juridiques pour objet d'étude. Le droit n'existant que par la société, tous les phénomènes juridiques sont des phénomènes sociaux ; mais tous les phénomènes sociaux ne sont pas des phénomènes juridiques. Il y a tout un « social » non juridique, formé par ce que l'on appelle les phénomènes de mœurs. Tenir sa droite quand on est au volant d'une voiture, c'est un phénomène de droit ; coller le timbre-poste dans un certain angle de l'enveloppe au-dessus de l'adresse, c'est un phénomène de mœurs. Où est la ligne de partage ? Dans les deux cas, une contrainte sociale s'exerce sur le comportement humain. Mais, pour le phénomène de mœurs, elle est diffuse, elle résulte d'une simple réprobation, ou seulement d'un sourire fugitif des témoins ; pour le phénomène de droit, c'est une contrainte organisée, sous forme de sanctions étatiques maniées par l'organisation qui a le monopole de la violence. Ce critère de la juridicité, qui est classique, a toutefois été contesté. Selon certains auteurs, ce qui définirait la règle de droit par opposition à la règle de mœurs, ce serait sa virtualité de donner lieu à un jugement : non pas la possibilité de recourir à la force pour en assurer l'exécution, mais la possibilité de s'adresser au juge, dont l'activité si particulière consiste à mettre toutes choses en doute, à en débattre, à en décider enfin. Le véritable signe du juridique, ce serait la *justiciabilité* (Kantorowicz).

Quel qu'en soit le tracé, d'ailleurs, la frontière entre le droit et les mœurs, partant entre la sociologie juridique et la sociologie générale, ne sera jamais exempte de flottements. Il est bien connu, par exemple, que, simples règles de mœurs chez nous, les règles de deuil relevaient très précisément du droit dans les sociétés orientales. Et que constate-t-on au cœur de nos sociétés industrielles ?

Beaucoup de situations, de relations sont vécues à la fois comme mœurs et comme droit : phénomènes de mœurs principalement et phénomènes de droit par épisodes. Il en est ainsi du mariage, de la paternité, de toutes les institutions familiales – ce qui explique qu'ait pu s'élaborer entre sociologues purs (Reuben Hill aux États-Unis ; Chombart de Lauwe, Andrée Michel en France) une sociologie de la famille qui ne doit pas grand-chose au droit.

Si la sociologie juridique a besoin d'affirmer sa spécificité par rapport à la sociologie générale, il lui faut aussi marquer ses distances vis-à-vis du droit – du droit *dogmatique* (on le nomme ainsi, sans intention malicieuse, pour mieux souligner l'antithèse avec la sociologie). La différence capitale tient en ceci que la sociologie du droit étudie le droit comme une chose (plus précisément, les phénomènes juridiques comme des choses), tandis que le juriste dogmatique étudie le droit comme *son* droit. On reconnaît la règle d'objectivité posée par Durkheim ; mais, paradoxalement, elle trouve peut-être en sociologie juridique un sens plus fort qu'en sociologie générale. Il faut se rappeler quelle est la position du juriste dogmatique : il est *dans le système*, à l'intérieur du droit positif, auquel il participe et qu'il prétend légitimement influencer. Ce qui distingue le sociologue du droit, au contraire, c'est qu'il est *en dehors*, qu'il peut observer le droit, même son droit national, comme une chose étrangère.

## @ 1. Objet

Il est sociologiquement préférable de parler de *phénomènes* juridiques plutôt que de droit : à l'« en dehors » de l'observateur répond un objet observé qui est reçu comme une simple *apparence*. Autant dire que la sociologie refuse de prendre parti sur la réalité ontologique des grandes notions dont dispute la philosophie du droit (le droit naturel, la justice...). En un sens, la sociologie du droit est destructrice : elle tend à pulvériser le droit en une multiplicité de phénomènes hétérogènes et instables. Ce qui ne l'empêche pas, à un stade ultérieur, d'essayer de reclasser ces phénomènes en catégories.

Dans cette démarche classificatrice, la *summa divisio* pourrait se faire entre phénomènes juridiques primaires et secondaires. Les premiers, générateurs des

seconds : ce sont ceux que le juriste retrouve dogmatiquement dans sa théorie des sources – la règle de droit (loi et coutume), le jugement, la décision administrative, etc. Tous ces phénomènes ont en commun une substance d'autorité, de pouvoir ; c'est d'eux que procèdent les phénomènes juridiques secondaires à l'infini. À cette division peut se rattacher une conséquence épistémologique. C'est en faisant cette réflexion que les phénomènes juridiques primaires devaient être a priori les plus purement juridiques que certains esprits ont été amenés à proposer de la sociologie du droit la conception la plus étroite, qui la concentrerait sur ces seules manifestations de pouvoir, d'autorité et en somme de droit public, où l'interférence des mœurs paraît moins à craindre.

D'un point de vue tout différent, il a été suggéré de classer les phénomènes juridiques en *phénomènes-institutions* et *phénomènes-cas*. Toute institution juridique a vocation à s'appliquer : ses applications forment autant de cas – et aussi bien que les applications, les non-applications, les applications inverses ou perverses. Ainsi, si l'on raisonne sur le mariage, il y a lieu de parler d'abord de mariage-institution (corps de règles, de lois, de jurisprudences) ou, mieux, de plusieurs mariages-institutions, considérés dans l'espace (l'institution française, anglaise, musulmane, etc.), ou chronologiquement (le mariage spartiate, romain, médiéval, etc.). Mais autour de chacun de ces mariages-institutions, et le reflétant, il y a une multitude de mariages-cas : chaque couple vit à sa manière son mariage, et, sous celui-ci, on entrevoit une infinité de comportements, de relations, de situations, d'états de conscience, bref de phénomènes psycho-sociologiques dont le moindre à lui seul est encore un cas. Il ne faudrait pas, néanmoins, se faire de l'originalité et de la foisonnante diversité des cas une idée excessive. C'est un fait que, dépouillé de la richesse de détails qu'y introduisent les tempéraments individuels ou les hasards des destinées, un mariage-cas se laissera additionner à tous ceux qu'enferme déjà le même système juridique, pour ne plus constituer avec eux qu'un seul phénomène – phénomène collectif, collectivité de phénomènes-cas, cette « nuptialité » dont la connaissance n'importe pas moins aux sociologues du droit qu'aux démographes. Ici encore, un intérêt épistémologique peut être impliqué dans le classement : les diverses sortes de phénomènes appellent des méthodes variées d'investigation. Les institutions relèvent surtout de la méthode historico-comparative ; les cas individuels, de l'étude de cas ; les phénomènes collectifs, de l'observation de masse, statistique ou sondage.

## @ 2. Histoire

C'est seulement au fil du XX<sup>e</sup> siècle que la sociologie juridique a pris conscience d'être science : en 1913, l'Autrichien Eugen Ehrlich publie sa *Grundlegung der Soziologie des Rechts (Fondement de la sociologie du droit)* ; en 1956, un enseignement de sociologie juridique est créé à la Faculté de droit de Paris ; en 1962, l'Association internationale de sociologie met sur pied un Comité de recherche de sociologie du droit. Cependant, les sciences jeunes ne détestent pas de se chercher des précurseurs. Or, il n'est pas très difficile d'en découvrir pour la sociologie juridique. Car, dès qu'un non-juriste s'intéresse au droit, ne pouvant l'aborder en technicien, il a des chances de le voir en sociologue. De là, chez les voyageurs, chez les historiens, qui relatent des scènes d'ailleurs ou d'autrefois (la famille, les marchés, les procès, etc.), tant de traits qui sont de sociologie juridique. Et chez les philosophes qui méditèrent sur la cité et les lois, tant de pensées qui, n'ayant pas été contraintes par les exigences techniques d'un droit positif, ont naturellement la liberté imaginative que l'on attend, en sociologie du droit, des grandes hypothèses théoriques. C'est ainsi que Platon et Aristote, Montaigne et Pascal ont été annexés à la sociologie juridique : la *philotes* d'Aristote annonce l'hypothèse du non-droit ; la « plaisante justice » de Pascal demeure une enseigne pour le relativisme que la plupart des sociologues du droit professent aujourd'hui.

On accorde à Montesquieu (*L'Esprit des lois*, 1748) une place à part : c'est consciemment qu'il a frayé des chemins nouveaux à l'étude du droit, et ces chemins peuvent déjà être dits sociologiques. Longtemps tombé en discrédit pour la fantaisie de son information ethnographique (mais ne s'en servait-il pas avec un secret humour ?), il est presque traité de nos jours en moderne pour avoir affirmé l'existence de « rapports nécessaires » entre les phénomènes législatifs et les autres, que ces derniers soient des phénomènes sociaux ou même des phénomènes physiques (ainsi que le suppose, notamment, sa fameuse théorie des climats). Et on ne lui ôte rien de sa modernité, bien au contraire, si l'on soutient que les rapports nécessaires auxquels il songeait doivent être compris moins comme des lois causales d'évolution que comme des interdépendances de structure.

Sur d'autres auteurs, l'historien des idées hésite pareillement : étaient-ce

encore des précurseurs ou déjà des adeptes ? Il faut du moins constater le profit que la sociologie juridique a tiré, continue à tirer de leur œuvre. Ainsi de Summer Maine (*Ancient Law*, 1861) et d'Ihering (*Der Zweck im Recht* [*De la finalité en droit*], 1877), qui, avec des nuances, ont durablement communiqué au droit quelque chose de l'évolutionnisme. Ainsi en est-il de tous les criminalistes qui, dans la *Scuola positiva* ou ailleurs, ont insisté sur l'influence du milieu social parmi les facteurs de la criminalité : de même de Max Weber (dans *Wirtschaft und Gesellschaft* [*Économie et société*], 1922), quand il s'est efforcé d'éclairer le droit par l'histoire économique ou de mettre en lumière l'action des règles juridiques dans les conduites sociales. Il faut aussi mentionner Durkheim, parce qu'à la différence d'Auguste Comte il était convaincu de l'importance du droit, non seulement comme phénomène social, mais comme moyen d'observer en état de cristallisation les autres phénomènes sociaux. Et bien entendu, il y a le marxisme : en régime socialiste, il fut la clef de toute sociologie du droit ; ailleurs, il a été longtemps écharde ou éperon, surtout par deux de ses thèses : le matérialisme historique, qui présente le droit comme une superstructure, déterminée par les rapports économiques de production ; le dépérissement de l'État, qui laisse espérer une abolition graduelle du droit, au moins du droit contraignant, dans la société communiste de l'avenir.

Depuis le milieu du XX<sup>e</sup> siècle, le trait le plus frappant, en sociologie juridique comme en sociologie générale, c'est, sous l'influence américaine, la vogue des recherches empiriques, sans doute au prix d'un certain recul des études spéculatives. Il en résulte une spécialisation croissante des chercheurs. Celle-ci s'est quelquefois opérée par un décalque plus ou moins lâche des catégories juridiques elles-mêmes : la sociologie politique est à peu près une sociologie du droit constitutionnel ; la sociologie criminelle, une sociologie du droit pénal. Dans d'autres cas, la division s'est faite suivant des lignes plus proprement sociologiques : c'est ainsi que l'ethnologie juridique a pris pour objet d'étude les droits coutumiers des sociétés non européennes ; c'est ainsi que le folklore juridique s'est donné pour mission de recueillir les survivances populaires des droits disparus.

### @ 3. Méthodes

Les sociologues du droit ont emprunté leur méthodologie, pour l'essentiel, à

la sociologie générale. Ils ont, eux aussi, d'abord utilisé la *méthode historico-comparative* ; elle leur était la plus accessible : appliquée aux phénomènes-institutions, elle ne nécessite rien de plus qu'une lecture de documents historiques ou ethnographiques. Qu'un même phénomène soit constaté dans de multiples systèmes juridiques, il sera légitime de conclure à sa généralité. À l'inverse, des dissemblances pourront mettre sur la piste d'une causalité. L'*Essai sur le don*, de Marcel Mauss (1923), formulant l'hypothèse que le don fut la forme primitive de l'échange, a illustré l'usage de la méthode historico-comparative en sociologie du droit.

Les phénomènes-cas nécessitent d'autres méthodes. Individuellement, ils peuvent être saisis sur le vif par des *enquêtes monographiques*. Le Play et son école ont donné des monographies de familles paysannes ou ouvrières, qui sont loin d'être à dédaigner : la technique (souvent, une technique de *follow up study*) en est déjà moderne, et, quant au fond, c'est bien de la sociologie juridique, une sociologie du droit familial et successoral.

Quand les phénomènes-cas se présentent comme des collectivités de phénomènes, la *statistique* est l'instrument parfait de l'investigation. Encore faudrait-il un jeu parfait de statistiques. La sociologie juridique n'en dispose pas. Elle se borne à utiliser de son mieux des dénombrements établis à d'autres fins (ainsi ceux de l'enregistrement et surtout ceux de l'état civil). Elle aurait pu trouver en France une source spécifique dans le *Compte général de la justice criminelle et civile*. Mais le *Compte*, après avoir eu sa belle époque du temps de Tarde, a subi une notoire décadence entre les deux guerres. Bien qu'il ait reconquis de sa valeur après 1945, son domaine s'est singulièrement rétréci dans les années précédant son ultime parution en 1978.

La découverte des sondages a contribué à rendre la sociologie juridique relativement indifférente aux insuffisances de ses statistiques. Avec un risque tolérable d'erreurs, l'*enquête par sondage* permet une quantification des phénomènes collectifs comparable à celle de la statistique ; et elle offre des avantages : moins coûteuse, plus rapide, elle se laisse modeler exactement sur les besoins scientifiques du chercheur, au lieu d'être commandée par des vues administratives. Aussi l'enquête extensive est-elle devenue la méthode favorite de

la recherche en sociologie juridique, sous les mêmes formes (enquêtes de fait, de connaissance, d'opinion) qu'en sociologie générale, et avec les mêmes techniques (quant à la constitution de l'échantillon, à l'élaboration du questionnaire, etc.). Non pas que, dans ce transfert d'une sociologie à l'autre, formes et techniques ne requièrent une adaptation. Et peut-être n'a-t-on pas assez examiné, en effet, les modifications que devraient subir les procédures habituelles de l'enquête pour tenir compte des particularités de la matière juridique. Par exemple, dans un sondage d'opinion législative, faut-il se contenter d'énoncer sèchement les deux solutions possibles (comme nous le faisons), ou convient-il de les appuyer de quelques arguments pour et contre (comme il a été fait aux États-Unis dans une enquête modèle sur l'autorité parentale) ? Ou bien encore comment parvenir à distinguer, dans les réponses des interviewés, ce qui procède d'une connaissance, même confuse, du droit (positif), et ce qui peut jaillir de la conscience du droit (faut-il dire naturel ?), d'une espèce d'intuition législative ?

Il est des méthodes employées en sociologie du droit qui semblent originales, mais c'est le caractère juridique de l'objet sur lequel elles portent qui leur confère cette apparente originalité. Ainsi, un chercheur peut décider de dépouiller, soit exhaustivement, soit par sondage, dans un tribunal ou dans une étude d'avoué, une série de dossiers relatifs à un même type d'affaires (par exemple, d'escroquerie, de divorce, d'adoption), de façon à en extraire un certain nombre de données sociologiquement intéressantes ; il pourrait procéder à la même opération sur un type d'actes (par exemple, contrats de mariage) dans des archives de notaire. Les documents analysés sont bien des documents juridiques (et c'est pourquoi, d'ailleurs, il est bon que l'analyste ait une formation de juriste), mais la méthode elle-même n'est autre que l'*analyse de contenu*, pratiquée par tous les sociologues. C'est aussi une analyse de contenu, somme toute, que cette technique nouvelle que l'on a baptisée *analyse sociologique de jurisprudence*. Elle s'oppose à l'analyse dogmatique, au bien connu commentaire d'arrêt, où l'arrêtiériste analyse les motifs de droit de la décision judiciaire pour en apprécier juridiquement la portée et la valeur. Dans l'analyse sociologique, ce sont les motifs de fait que scrute le chercheur pour dégager, par-delà l'arrêt, le paysage sociologique de l'affaire (voire d'un ensemble d'affaires). Parmi les sociologues, les juristes d'origine aiment ce procédé, par eux aisément maniable, parce que le matériau leur en est fourni dans des recueils de jurisprudence qu'ils ont constamment sous la main.

## 📍 4. Résultats

Les sciences physico-chimiques sont parvenues à des résultats qui, pour toutes les sciences, toutes les sociologies, et la sociologie juridique en particulier, représentent un idéal. D'aucuns corrigent : un leurre. Les phénomènes juridiques, étant des phénomènes humains, se déroberaient au déterminisme, donc à l'établissement de véritables lois causales. De fait, beaucoup de ces prétendues lois qu'une sociologie juridique débutante avait cru pouvoir formuler il y a plus de cent ans ne semblent plus aujourd'hui que des hypothèses fragiles : ainsi, la loi de Maine (dans le développement des sociétés, le statut, c'est-à-dire le droit familial, patriarcal, contraignant, précède toujours le contrat), la loi de saturation criminelle de Ferri (dans un milieu social donné, il est un niveau de criminalité qui ne peut être dépassé), etc. Mais des échecs par trop de hâte ou d'ambition ne sont pas probants contre la possibilité théorique d'expliquer scientifiquement, en termes de causalité, une bonne part au moins des phénomènes du droit (l'autre part étant constituée par les phénomènes d'arbitraire, forme juridique de la volonté indéterminée). Dans les collectivités de phénomènes juridiques, notamment, les statistiques, les sondages attestent des régularités tendancielle qui font présumer un déterminisme. Le choix du conjoint, malgré les caprices de l'amour, est guidé par des normes objectives (Alain Girard, 1964). L'union libre, malgré son nom, obéit à des contraintes sociologiques (enquête de 1966). Déposer son bilan est, pour le commerçant, un acte de volonté ; la courbe des faillites est pourtant sous la dépendance de facteurs économiques. Des remarques analogues pourraient être faites pour la « divortialité », la « processivité », la criminalité – et qui sait si tous ces phénomènes ne sont pas liés ? En mettant certaines courbes en perspective avec d'autres, on peut, par le procédé des variations concomitantes, espérer en induire des causalités.

Même si beaucoup des résultats obtenus semblent encore modestes, parce qu'ils demeurent non quantifiés, voire hypothétiques, il est juste d'en créditer la sociologie du droit. Il n'est pas sans importance qu'elle ait mis en lumière le rôle des groupes de pression dans les travaux législatifs ; qu'elle ait montré qu'il est, pour ainsi dire, dans la nature des règles de droit de rester largement ineffectives ; qu'en étudiant le recrutement des juges aussi bien que le mécanisme de la décision judiciaire, elle ait laissé soupçonner les subjectivités sociales, idéologiques, intellectuelles, qui peuvent se glisser sous un jugement impartial.

Peut-être, cependant, est-ce plus loin encore qu'il convient de placer le service capital de la sociologie juridique : elle a apporté une connaissance enfin immédiate des interactions entre le droit et la masse de ses sujets. Jusqu'alors, le réalisme juridique avait consisté à interroger des magistrats et des notaires. Mais comment le droit était-il appliqué, senti, en dehors de l'intelligentsia technique ? On n'en avait que des impressions superficielles et de hasard. C'est seulement par la méthode des sondages que la science a pu aborder les phénomènes juridiques en milieu populaire.

Cette ouverture n'est pas restée sans conséquence pratique. Très tôt, les sociologues du droit se sont sentis attirés par les possibilités de la *sociologie appliquée*. Une fois découvertes les lois causales qui régissent les phénomènes du droit, l'homme commence à avoir prise sur eux. Ne peut-il alors réduire la criminalité en agissant sur les facteurs sociaux (éducation, logement, niveau de vie, etc.) qui la déterminent ? Ne peut-il atténuer les tensions entre salariés et employeurs en modifiant les conditions du débat contractuel (car les relations industrielles, pour partie, relèvent d'une psychosociologie du contrat) ? Des horizons un peu lointains ne sont pas pour décourager les chercheurs. Mais la sociologie juridique, d'ores et déjà, a trouvé des applications plus directement praticables. C'est de la sociologie appliquée que font les tribunaux quand ils ordonnent une enquête sociale (ce qui tend à devenir d'usage là où l'éducation d'un mineur est en cause). Et une expertise sociologique se concevrait aussi bien toutes les fois qu'il y a lieu d'éclairer le juge sur le contenu concret de notions légales telles que l'intérêt de la famille, les bonnes mœurs, etc.

Néanmoins, les applications judiciaires (ou administratives), auxquelles on pourrait songer, n'auront jamais le côté spectaculaire des applications législatives. Mais la sociologie peut-elle de ses observations tirer une législation ? Les objections n'ont pas manqué. Une objection philosophique : il n'existe pas de passage du fait au droit, de ce qui est à ce qui doit être, de l'indicatif à l'impératif. À quoi l'on réplique : c'est moins vrai en droit qu'en morale, il est des faits-droits, témoins la coutume, la prescription acquisitive. Une objection politique : il est bon que la loi fasse de la planification, de la prospective, donc, stimule les mœurs, au lieu de rester à leur remorque. Nouvelle réplique : si la loi ignore les mœurs, elle se condamne à l'ineffectivité. En réalité, nul ne soutient que le législateur devrait

écrire sous la dictée des sociologues du droit, mais il peut utilement leur demander conseil.

De cet emploi modéré de la sociologie en législation, la pratique française offre des exemples. La réforme de la tutelle (1964) a été influencée par l'observation sociologique d'un rétrécissement de la famille. Celle des régimes matrimoniaux (1965) avait été préparée par une enquête d'opinion publique sur échantillon national, et le maintien de la communauté comme régime légal a probablement traduit le large courant d'opinion communautaire que ce sondage avait révélé. Non pas que les indications d'un sondage aient par elles-mêmes un titre à se transformer en règles de droit. Mais, le législateur ayant décidé de légiférer sur tel ou tel point en conformité avec l'opinion publique, il est rationnel, il est scientifique, pour connaître cette opinion, de recourir à un sondage, très supérieur en représentativité aux moyens rudimentaires dont on se contentait auparavant (quelques dires d'hommes de loi, le remuement de *lobbies*, le bruit de campagnes de presse). L'enquête par sondage peut rétablir, entre la nation et son droit, un contact par trop perdu dans nos législations bureaucratiques.

---

© 2003 Encyclopædia Universalis France S.A. Tous droits de propriété intellectuelle et industrielle réservés.

## 📌 DROIT - Théorie et philosophie

### ***Prise de vue***

Le mot « droit » étant un de ces termes à significations multiples comme on en rencontre souvent dans le domaine des sciences morales et sociales, il importe de préciser en quel sens on l'entendra ici.

Si l'on interroge les philosophes et les moralistes, et aussi l'homme profane, le droit est l'objet de la justice, vertu qui consiste à rendre à chacun le sien. Cette acception du mot « droit », qui aboutit à une assimilation du droit à la *justice*, est légitime, d'autant plus qu'elle peut se prévaloir d'un large usage. Cependant, pour les juristes, le droit est, en premier lieu, la *règle de droit* (du bas latin *directum*), c'est-à-dire une norme d'un certain type venant régir le

comportement des hommes en société. D'autre part, on distingue, depuis l'Antiquité, entre le droit dit *positif*, qui est la règle édictée par l'autorité compétente, et le droit dit *naturel*, qui est inscrit dans la nature de l'homme, indépendamment de toute intervention d'une règle positive. Enfin, sous un autre aspect, on distingue entre le droit dit *objectif*, qui est la règle de droit dont il vient d'être parlé, et le droit dit *subjectif*, qui est la prérogative conférée à une personne par le droit objectif.

Entre ces acceptions diverses existent évidemment des liens, ce qui explique les chevauchements de terminologie. C'est ainsi que le droit subjectif, en tant que dérivé du droit objectif, se situe logiquement dans le prolongement de celui-ci ; que le droit positif ne peut être envisagé en dehors de toute référence à la justice ; que le juriste doit prendre attitude devant le problème du droit naturel... Il n'en est pas moins vrai que le domaine de la « juridicité », et, par conséquent, le champ d'investigation propre du juriste, est le droit positif (existant ou considéré dans son essence) et que, pour la science juridique, le droit, sans autre qualificatif, est d'abord le droit positif.

Le présent exposé sera divisé en trois parties. Dans la première, on analysera le droit dans son élément de forme, de structure. Ce sera, si l'on veut, une *théorie* du droit. Dans la deuxième partie, on étudiera le droit dans son contenu : ce sera une *philosophie* du droit. Enfin, dans une troisième partie, on traitera du *droit subjectif*.

## 📍 1. Définition formelle du droit

À la différence de la vérité, par exemple, le droit est, comme le langage, un phénomène de la vie sociale. Il s'agit seulement de l'identifier parmi les autres phénomènes de même ordre, en relevant ses traits distinctifs et ses caractères spécifiques.

### 📍 Traits distinctifs de la règle de droit

#### **Le droit et la société politique**

Pour que la règle de droit apparaisse, il ne suffit pas qu'un homme se

trouve en rapport avec un autre homme : ainsi Robinson dans son île face au nouvel immigrant. Il ne suffit même pas d'une pluralité de rapports interindividuels entre des personnes plus ou moins nombreuses (cf. le concept de « société civile » chez Hegel) ; à ce plan de l'altérité (bilatérale ou multilatérale), la morale est seule à intervenir avec, pour précepte premier, celui de la justice, qui oblige chacun au respect du droit de l'autre. La règle de droit ne prend naissance qu'à la condition que des hommes forment groupe, non seulement par la participation à certains traits communs (race, langue, classe sociale, etc.), mais sur le fondement d'une *société* constituée en vue d'une fin et pourvue d'une organisation au service de cette fin. Bien mieux que le terme « social », qui est vague, le terme « sociétaire » permettrait de désigner le mode de groupement envisagé. Le droit n'est plus alors une simple règle de vie sociale ; il est la règle qui régit les rapports entre les hommes groupés dans des liens sociétaires.

Cependant les sociétés organisées sont de genres multiples. Il y a les sociétés *temporelles*, à fin profane (ainsi les États) et les sociétés *spirituelles*, à fin religieuse (ainsi les Églises). Il y a les sociétés *privées*, à fin d'intérêt privé (ainsi les groupements à but lucratif ou à but non lucratif), et les sociétés *publiques*, à fin d'intérêt public (ainsi l'État). Il y a les sociétés *nationales* (les États, les Églises nationales, tous les groupements délimités par des frontières) et les sociétés *internationales* débordant du cadre national.

Or, en chacune de ces sociétés se manifeste de manière plus ou moins nette le phénomène de la « juridicité » : droit intérieur des groupements privés, droit étatique pour les sociétés étatiques, droit ecclésiastique pour les sociétés religieuses (droit canonique pour l'Église catholique), droit international pour les relations internationales, etc.

Mais entre ces sociétés diverses existe une hiérarchie. Pour nous limiter aux sociétés de l'ordre profane et sans sortir du cadre national, l'État a la prééminence et, par conséquent, son droit prévaut. Tandis que le droit des groupements particuliers règle les relations corporatives en considération de la fin particulière, toujours spéciale, qui est celle du groupement, le droit de la société politique (société globale, *Gesamtgesellschaft*) a compétence pour régler, de son point de vue qui

est celui de l'intérêt général, toutes les activités de ses ressortissants, y compris les décisions et règlements pris par les groupes particuliers à l'endroit de leurs membres. En ce sens, la société politique est *souveraine* : elle « commande en chef » aux individus et aux groupes qui en font partie et, dès lors, son droit, en tant que suprême, est le seul droit.

À vrai dire, cette conception d'un droit nécessairement lié à l'État (quelle que soit la forme historique de cet État : cité antique, principautés ou villes libres du Moyen Âge, État moderne, théoriquement État mondial) a été contestée. On s'appuie sur l'histoire du droit et sur l'ethnologie juridique montrant l'existence d'un droit au moins élémentaire au sein de groupes sociaux qui ignorent l'organisation politique. Ou encore on souligne les différences de contenu et de conception qui distinguent de nos droits d'Europe et d'Amérique les droits traditionnels des pays islamiques, de l'Inde, de la Chine. Mais la question est de savoir si ces dits droits ressortissent à la catégorie du droit tel que nous l'entendons, s'ils prétendent même y ressortir plutôt qu'à la catégorie des mœurs ou de la religion. En tout cas, on ne peut nier que l'avènement de l'État a apporté au droit une figure et une signification nouvelles, sans analogie avec les règles du clan, de la tribu ou de la *gens*.

Du moment que la règle de droit est liée à l'existence d'un ordre sociétaire, en l'espèce l'ordre suprême de l'État, il n'est de règle de droit que celle qui est posée par l'autorité publique (ainsi pour la loi) ou, du moins, reçue et agréée par elle (ainsi pour la coutume juridique). Logiquement, c'est aux organes directeurs du groupe (dans l'État, le pouvoir politique) que revient la tâche d'édicter, pour les fonctionnaires et pour les citoyens, les règles de conduite nécessaires. Quels sont, au sein des États, les organes qualifiés pour poser le droit ? C'est un problème préliminaire, dont la solution est donnée dans la constitution écrite ou coutumière de chaque pays. L'organe créateur de la règle sera alors, selon le régime politique, ou un homme seul, ou un collège, ou une assemblée, ou le peuple tout entier (démocratie directe, référendum législatif). Mais il ne faudra pas oublier le rôle plus indirect, mais très effectif des tribunaux, *eux aussi organes de l'autorité publique*, dans la formation de la règle de droit (cf. *infra*, « Sources formelles du droit »).

## Le droit et la contrainte publique

Édictée ou, du moins, reçue par l'autorité publique, la règle de droit est, en outre, *garantie* par elle : des moyens de contrainte ont été prévus pour en forcer éventuellement l'exécution dans sa teneur même (principe de l'exécution en nature) ou, si c'est impossible, dans quelque sanction attachée à l'inexécution (peine ou dommages-intérêts). C'est, à nouveau, la suite logique de la conception sociétaire du droit. La règle étant la loi du groupe et des rapports au sein du groupe, l'obéissance à son précepte ne peut être abandonnée au bon vouloir des sujets ou, sinon, l'ordre sociétaire serait mis en péril. La situation normale, dans les pays civilisés, est l'obéissance spontanée ; la désobéissance généralisée à une règle ferait tort sinon peut-être à sa validité, du moins à son efficacité. De toute façon, le droit est destiné à passer dans les conduites : voilà pourquoi le respect de la règle, ou de la sanction qui l'accompagne, doit pouvoir être obtenu, au besoin, par la force.

En ce sens, il est vrai d'affirmer que le droit est un « ordre de contrainte », mais en notant tout de suite que ce n'est pas la force qui fait le droit, même d'un point de vue formel ; *de ce point de vue*, ce qui fait le droit, c'est l'ordre du souverain, auquel la force prête seulement son appui. Encore est-il que, là où manque cet appui (cas des « obligations naturelles », non munies d'action, cas des règles liant les détenteurs des fonctions suprêmes dans l'État), l'on a affaire à un droit imparfait.

La force mise au service du droit est la force *publique*. Sauf en des cas exceptionnels, dont le plus connu est celui de la légitime défense, « nul ne peut se faire justice à soi-même », eût-il pour lui le bon droit. La monopolisation de la contrainte par l'État est la condition première d'une société ordonnée. Ce bon droit, il faudra d'abord le faire vérifier par le juge (normalement un juge public) ; après quoi, au vu du jugement donnant gain de cause au demandeur, pourront entrer en ligne les moyens d'exécution, eux aussi prévus et réglés par la loi. Ce n'est d'ailleurs pas toujours l'autorité publique qui mettra en branle l'appareil de la contrainte. Quand seul un intérêt particulier est en cause, le droit de poursuite est laissé à l'initiative de la personne dans l'intérêt de laquelle la règle a été édictée. Encore est-il que si elle décide de l'exercer, le droit de poursuite lui est ouvert à moins qu'elle y ait valablement renoncé.

La contrainte publique revêt un caractère *matériel*, frappant le récalcitrant dans sa personne ou dans ses biens : si le débiteur ne paye pas ses dettes, ses biens seront saisis et vendus au profit de ses créanciers ; si des travaux ont été effectués contrairement aux prescriptions légales (permis de construire, obligations du voisinage, etc.), ils seront détruits ; si des groupements ont été constitués ou agissent de manière illégale, ils seront dissous. Lorsque l'illégalité consiste en une infraction prévue par la loi pénale, le coupable encourra une peine : peine de mort, peine de privation de la liberté, amende, retrait du permis de conduire, fermeture de l'entreprise, etc. Il ne suffira donc pas, pour satisfaire au mode de contrainte postulé par le droit, que la violation des règles soit de nature à provoquer une réaction hostile de l'opinion publique. Une règle livrée à la sanction de l'opinion est une règle désarmée, incapable de vaincre les résistances et, de ce point de vue, déficiente aux yeux du juriste. Les formes de la contrainte publique varient selon les époques, les lieux, les civilisations. C'est ainsi que, en droit privé, le système de la « contrainte par corps » (réduction en esclavage, mise en prison du débiteur défaillant) a été remplacé par le système à la fois plus humain et plus rentable de l'exécution sur les biens ; c'est ainsi également que le système des peines a subi des modifications profondes non seulement quant au genre des peines (suppression de la loi du talion, abolition en droit ou en fait de la peine de mort), mais quant à la signification et à la fonction de la peine, qui n'est plus tant de restaurer l'ordre légal perturbé que de défendre la société et, par la transformation du régime pénitentiaire, d'aider à l'amendement du coupable.

### **Comparaison entre le droit et la morale d'une part, les mœurs d'autre part**

On voit dès à présent, et toujours d'un point de vue formel, que le droit et la morale (*Sittlichkeit*) se différencient par une série de traits :

1. La morale dépasse le cadre sociétair. En dehors de la vie sociétair, il y a Dieu, vis-à-vis duquel l'homme, fût-il isolé, a des devoirs ; il y a la personne même de l'individu, dont celui-ci ne peut pas disposer comme s'il était le maître absolu de son être et des puissances de son être ; il y a les autres hommes pris individuellement, concitoyens ou étrangers, auxquels il doit la justice et l'entraide. Or, de ces devoirs moraux extra-sociétaires le droit n'a pas la charge, à moins

toutefois que leur violation n'ait des incidences défavorables pour la société.

2. La morale gouverne non seulement les actes et les abstentions, mais aussi les intentions et les vœux, même s'ils restent à l'état caché. Le droit, au contraire, ne peut connaître des intentions et des vœux que pour autant qu'ils se soient extériorisés dans un comportement positif (acte) ou négatif (abstention).

Par sa matière, le domaine du droit est donc beaucoup moins étendu que celui de la morale.

3. Sur un point, en revanche, le droit l'emporte : sont assujettis à sa règle non seulement les individus, personnes physiques, mais les *groupements*, personnes morales, tandis que la morale ne s'adresse qu'aux personnes physiques, seules douées de conscience – y compris d'ailleurs les personnes physiques agissant comme organes de personnes morales (ainsi, dans l'État, les gouvernants), car cette qualité ne les dispense pas, dans l'exercice de leur fonction au service de la personne morale, de respecter la loi morale commune.

4. Réserve faite des règles de morale *positive* édictées par un législateur divin ou humain (ainsi, pour les chrétiens, le Décalogue, les préceptes de l'Évangile), le principe inspirateur de la morale se trouve dans la conscience morale de l'homme, guidé, pour l'application aux situations concrètes, par la vertu morale de prudence. Au contraire, le droit est posé du dehors par l'autorité compétente.

5. La règle morale a sans doute ses sanctions, dès ici-bas ou dans l'autre monde ; mais, sauf pour le devoir de justice, qui donne lieu à défense ou revendication, elle n'est accompagnée d'aucune contrainte. L'exécution forcée d'un précepte moral enlèverait à l'acte accompli de force toute valeur morale.

Quant aux mœurs (*Sitte*), comprises au sens des convenances en usage dans une société donnée, elles se différencient tant du droit que de la morale en ce qu'elles n'entraînent pas d'obligation, alors même qu'elles seraient généralement suivies et sanctionnées par des réactions sociales parfois très dures (mise à l'index, etc.). À moins qu'elles ne soient rendues obligatoires par la loi ou

par la jurisprudence, auquel cas elles accèdent au rang du droit.

## 📌 Caractères de la règle de droit

### **Le droit, impératif catégorique**

Comme toute règle de conduite dans le domaine de l'agir humain, le droit fait naître un *impératif* : il *indique* aux membres du groupe (gouvernés et gouvernants) ce qui est à faire ou à ne pas faire (*sollen* proprement dit), ce qui est permis ou licite (*dürfen*), ce qui est attribué comme pouvoir aux uns et aux autres (*können*). Et l'indication est assortie d'un *précepte* qui commande, défend, accorde permission ou pouvoir.

À cet égard, les règles de droit ne sont pas comparables aux lois de la nature : la nature n'obéit pas à des lois comme l'homme obéit à la loi. Les lois naturelles dégagées par le travail de l'homme de science n'imposent rien à la nature ; elles ne sont que l'expression plus ou moins rigoureuse de certaines corrélations entre les phénomènes. L'homme seul, en tant qu'il est esprit, est soumis à des règles de conduite, qui s'imposent à sa volonté certes, mais auxquelles il est physiquement libre de ne pas obéir.

Le comportement des hommes en société, notamment à l'égard du droit, se prête d'ailleurs, lui aussi, à la découverte de « lois sociologiques » ; mais il s'agit alors de la manière dont les hommes se comportent en fait, non de la manière dont ils doivent se comporter selon le droit (cf. DROIT - Sociologie du droit).

Le caractère impératif du droit est masqué dans une série de règles qui, apparemment, n'intiment pas d'ordre : ainsi pour les règles *dispositives*, les règles *permissives*, les règles *supplétives*. Mais une rapide analyse révèle l'ordre donné.

Quand la loi *dispose* que le possesseur de bonne foi d'un meuble en est propriétaire, cette disposition implique défense à tous, y compris le propriétaire dépossédé, de contester le droit de propriété du possesseur ; quand la loi dispose que le domicile de toute personne est au lieu de son principal établissement, cette règle oblige tout le monde à rapporter en ce lieu les effets que la loi attache à l'idée

de domicile ; quand la loi déclare compétent pour tel acte tel fonctionnaire, elle interdit à toute autre personne de s'immiscer dans cette compétence ou d'empêcher le titulaire de l'exercer. Pour les règles dites *permissives*, l'analyse est la même : elles emportent interdiction à quiconque de s'opposer au comportement permis.

Les règles *supplétives* (fréquentes en matière de contrats) présentent cette particularité qu'elles peuvent être écartées par une disposition de volonté contraire des intéressés ; mais, faute de volonté contraire, elles lient comme toute autre règle.

Le caractère impératif de la règle de droit n'entraîne pas cette conséquence qu'elle recevra toujours application. Il faut ici reprendre la distinction, faite ci-dessus, entre les lois qui touchent l'intérêt public et celles qui ne concernent que des intérêts privés : pour ces dernières, l'intéressé juridiquement capable est libre de renoncer à leur bénéfice, comme il peut renoncer au droit d'en poursuivre l'exécution.

Nouvelle précision : l'impératif du droit est un *impératif catégorique*. L'impératif conditionnel vise le moyen à employer pour autant que l'on désire atteindre tel résultat d'ordre technique, œuvre des mains ou de l'esprit. Mais, sauf au titre du devoir professionnel, ni ce résultat ni même ce moyen ne sont obligatoires. À défaut de recourir au moyen adéquat, l'œuvre sera manquée, sans plus. Au contraire, l'impératif du droit, comme celui de la morale, est catégorique. Le jeu du dispositif légal pourra bien être subordonné à la réalisation de conditions : en ce sens, il sera *conditionné*. Par exemple, la règle du respect des contrats suppose la condition qu'un contrat ait été conclu. Mais jamais l'impératif juridique n'est *conditionnel*, au sens d'une liberté d'appréciation laissée au sujet d'y obtempérer ou non.

On a pourtant soutenu, en partant du fait que le droit est accompagné de sanction, que le sujet avait le choix entre l'obéissance au précepte et la sanction : celle-ci, seule, serait obligatoire – d'un impératif catégorique – *pour les organes d'application du droit* saisis d'une demande de sanction, tandis que le sujet conserverait sa liberté à l'égard de la règle, quitte à devoir subir la sanction si elle

lui est infligée. Mais cette analyse renverse les termes du problème : la sanction n'a en effet d'autre rôle que d'assurer l'obéissance à la règle. C'est pourquoi le voleur, par exemple, n'a pas légalement le choix entre le vol et la peine comminée pour sa répression.

L'impératif du droit, qui lie au for externe (c'est-à-dire devant l'État et ses tribunaux), lie-t-il aussi au *for interne* (devant la conscience) ? La réponse affirmative n'est pas douteuse quand la règle a emprunté à la morale l'un de ses préceptes, comme de ne pas tuer ou de payer ses créanciers, ou encore quand la règle morale renvoie à la loi civile dont elle s'approprie la disposition : ainsi pour les droits et obligations des parties dans les contrats. En de tels cas, le for externe et le for interne coïncident. Mais il faut aller plus loin et admettre, en principe, l'obligation de conscience même vis-à-vis de règles portées par la seule loi civile, en vertu de cette considération qu'il est dans la nature de l'homme de faire partie de la société politique et, par conséquent, d'observer les règles édictées par elle en accomplissement de sa fin humaine de bien public.

### **Le droit, règle générale**

Traditionnellement, la règle de droit a toujours été définie comme générale. Non point que cette généralité serait exclusive de régimes particuliers à certaines catégories d'individus selon l'âge, le sexe, la profession, la fonction, etc. Par exemple, les ouvriers et les employés sont soumis à de tels régimes particuliers quant à l'exercice de leur profession, et les règles juridiques qui s'imposent au chef de l'État sont générales quoique le titulaire de la fonction soit unique. Règle générale ne signifie donc pas *droit commun* en tous points uniforme, ce qui serait absurde. Il suffit que le ou les destinataires de la règle ne soient pas un ou plusieurs individus déterminés *in concreto*.

Contre cette position s'est élevée une théorie (Merkl, Kelsen), qui, partant d'une conception pyramidale de règles étagées, distingue entre les *règles générales* et des *règles individuelles*, d'ailleurs créées en application ou en exécution des premières (*Stufenbauthorie*). Seraient ainsi constitutives de règles de droit individuelles : les décisions de condamnation rendues par les tribunaux ; les décisions administratives telles que l'inscription d'un contribuable au rôle de l'impôt ; l'injonction adressée à un propriétaire de démolir son immeuble menaçant

ruine ; les innombrables règles dérivées des conventions et définissant les droits et obligations des contractants... Ces règles individuelles seraient partie intégrante de l'ordre juridique plénier sur la base des lois et des règlements et, plus fondamentalement, de la constitution en vigueur dans le pays.

Mais ce n'est pas parce que ces prétendues règles individuelles tirent en effet leur validité et leur force contraignante de règles générales qu'il faudrait rejeter la généralité comme caractère de la règle de droit. La règle de droit lie tout le monde ; le jugement, la décision administrative, la convention ne lient que les parties au jugement, à la décision administrative, à la convention, ce qui leur enlève non leur impératif, mais le caractère de règle, de norme, de loi, qu'il convient de réserver à la disposition prise *in abstracto* pour un nombre indéfini de cas. À quoi s'ajoute, en ce qui concerne les conventions, individuelles ou collectives, qu'elles ne sont que des règles *privées*, tant du moins que l'autorité publique n'en aura pas étendu la force obligatoire à d'autres que ceux qui y ont souscrit (cas de conventions collectives de travail déclarées obligatoires pour tous les membres de la profession).

### **Le droit, règle systématique : les institutions juridiques**

Dans les sociétés juridiquement évoluées, le droit ne se présente pas comme une masse informe de règles sans lien entre elles. On ne vise pas ici spécialement le phénomène de la codification, où les règles sont distribuées suivant un ordre logique ; car la codification, bien qu'on y ait de plus en plus recours pour des raisons de commodité, répugne au génie pragmatique de certains peuples [cf. CODIFICATION]. Mais, indépendamment des codifications, il reste que les règles juridiques, par un principe inhérent à la nature du droit, se groupent le plus souvent en institutions, convergeant vers une idée centrale dont elles sont les instruments de réalisation. Par exemple, les règles juridiques du mariage, des sociétés commerciales, de la responsabilité des dommages, de l'instance et des voies de recours, etc. sont la totalité coordonnée et hiérarchisée des nombreuses règles relatives à ces différentes matières. S'il s'agit du mariage, il faut en définir les conditions d'existence et de validité – de fond, de forme, de preuve – ainsi que les effets multiples composant le statut d'époux. S'il s'agit de la propriété, il faut en déterminer le contenu et les limites, les modes d'acquisition, de transmission, d'extinction. Éventuellement, il faut mettre en place les mesures de

prévention, de réparation, de répression tendant à faire passer dans la réalité des conduites le prescrit des règles.

Or ces problèmes donnent naissance à un ensemble de dispositions agencées suivant un « esprit » qui est le principe animateur et fédérateur de l'institution envisagée. Par exemple, les règles du mariage sont déduites de la conception philosophico-juridique que le législateur se fait du mariage au regard des époux, des enfants à naître et de la société tout entière. Entre les règles ainsi articulées existe une gradation dont la clé est fournie par la finalité de l'institution et par le degré de proximité du moyen à la fin, le moyen le plus éloigné étant sous la dépendance du moyen le plus proche, et ainsi de suite. C'est en raison de cette hiérarchie que les règles prévoyant des précautions ou des sanctions n'occupent jamais, dans le système, qu'une place subordonnée par rapport aux règles qu'elles ont pour office de garantir.

Souvent, la gradation se marque dans le mode de production des règles, la constitution ou les lois se bornant à poser les *principes* de la réglementation, que des règlements d'« exécution » viendront ensuite préciser et compléter. La Constitution française de 1958 (art. 34) a poussé à l'extrême cette méthode dans sa répartition des compétences entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif : celui-ci ne pose que les principes de la législation (et encore, dans les seules matières énumérées par la Constitution), tandis que le développement des principes est réservé au pouvoir exécutif.

La plupart des institutions juridiques sont d'ailleurs susceptibles de regroupements en des synthèses plus vastes. Par exemple, le mariage est, par sa source, comme la vente ou le louage, un contrat supposant l'accord des parties qui se marient ; ou encore la propriété, en tant que droit portant sur une chose matérielle, se range dans la catégorie des droits réels (*jura in re*), avec les notes caractéristiques de cette espèce de droits.

## 📍 Principales divisions du droit

Le droit, qui est appelé à régir tous les rapports entre les hommes, se divise en un certain nombre de branches, d'ailleurs en perpétuelle augmentation étant donné la multiplicité et la complexité croissante de ces rapports. Parmi les

principes de division que suggère l'examen du phénomène juridique, le plus fondamental est toujours, au stade actuel de l'évolution du monde, celui qui découle de la présence, à la charnière des relations sociales, de l'*État national*. C'est l'existence de l'État, en effet, qui préside à la double série des relations *internes*, publiques et privées, d'une part, des relations *internationales*, publiques et privées, d'autre part.

### **Le droit public interne**

Du jour où l'État s'est affirmé comme le groupement suprême voué au bien de l'ensemble de la population, une catégorie nouvelle s'est superposée à la catégorie des relations jusqu'alors privées (entre les individus du clan, de la tribu, de la *gens*) : celle des relations *publiques* (mieux vaudrait dire politiques). On entend par là les relations qui ont trait à l'État : ce qui englobe, au préalable, les relations par lesquelles l'État est constitué, s'organise et fonctionne ; ensuite, les relations entre l'État et ses membres, individus particuliers ou groupements, privés ou publics (ainsi les divisions territoriales, éventuellement des corporations ou des établissements de droit public) ; dans les États de type fédéral, les relations entre les États fédérés et l'État fédéral. Or, tandis que les relations entre les membres du groupe pris individuellement sont régies par un droit d'État – plus ou moins libéral selon les matières et les régimes – qui est le *droit privé*, les relations dans lesquelles l'État est en cause en tant qu'État sont régies par le *droit public*.

Quoique nié par certains (Duguit, Kelsen), ce dualisme du droit privé et du droit public est dans la nature des choses ; s'il existe des rapports entre les particuliers, auxquels l'État peut bien donner leur règle, mais où il n'est pas partie, il existe aussi des rapports publics qui concernent directement l'État et où il est partie.

### **Le droit privé interne**

Les relations privées, matière du droit privé, se nouent autour de deux centres d'intérêt : les intérêts économiques ou pécuniaires, dits patrimoniaux, et les intérêts variés que l'on nomme, de manière négative, extra-économiques, extra-pécuniaires, extra-patrimoniaux. D'où les deux parties du droit privé : droit du patrimoine et droit des personnes et de la famille. La distinction est importante

parce que, dans les pays à économie de marché, la réglementation des rapports économiques est dominée par le principe de la liberté, alors que le droit extra-économique est en principe réglé par la loi, sans faculté de dérogation par disposition de volonté contraire. D'un autre point de vue, alors que les relations publiques et le droit correspondant sont *exclusivement corporatifs* – l'État en effet est un corps et le droit public est un droit corporatif –, les relations privées et le droit privé sont tantôt *interindividuels*, quand sont en présence des personnes physiques, tantôt *corporatifs*, quand sont en cause la charte constitutive et le fonctionnement interne d'un groupement corporatif de droit privé, tel que les sociétés commerciales ou les associations sans but lucratif.

On n'entrera pas dans les subdivisions du droit public (cf. droit ADMINISTRATIF, droit CONSTITUTIONNEL, etc.) et du droit privé (cf. droit CIVIL, droit COMMERCIAL, etc.), sauf pour faire remarquer que le droit constitutionnel, écrit ou non écrit, qui fonde les États emporte, lui aussi, règle de conduite. En effet, tout groupement organisé d'hommes, en l'espèce la société étatique, ne peut résulter que d'un certain ordonnancement des individus membres, se traduisant par les comportements appropriés au rôle de chacun dans le groupe. Quant au fondement juridique des constitutions, la question ne se pose point, parce que la constitution historiquement première est, en chaque pays, la source originaire des règles positives, sans qu'elle ait été soumise elle-même à aucune norme juridique antérieure. Ce sont les hommes qui, librement, établissent leurs constitutions, n'ayant à prendre pour guide que la raison, l'expérience et la moralité politique.

À la division classique du droit interne en droit public et droit privé est venu s'ajouter, au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, un principe de classement empirique déduit non plus de la considération du *sujet*, c'est-à-dire de la qualité des parties en rapport, mais de celle de l'*objet*, c'est-à-dire de la spécialité de la matière traitée : droits du travail, de la sécurité sociale, des assurances, de la mer, de l'air, de l'espace, de l'énergie nucléaire, etc. Or le règlement de ces matières fait appel, selon les cas, tantôt au droit privé, tantôt au droit public, tantôt au droit international.

## **Le droit international, public et privé**

L'existence de l'État est au départ d'une seconde distinction, plus

essentielle encore que la précédente, entre le *droit interne* propre à chaque État et le *droit international*. Du jour où les États, ayant pris conscience de leur coexistence, ont consenti à se reconnaître comme des sujets de droit, le droit international commençait de naître : *droit international public*, pour les rapports des États entre eux (cf. droit INTERNATIONAL PUBLIC) ; *droit international privé*, pour les rapports entre personnes privées quand s'y trouve mêlé un élément étranger (personnes, choses, lieux), cet élément d'extranéité livrant alors passage, sous les limitations définies par chaque État, à l'application sur le sol national de lois ou de décisions étrangères (cf. droit INTERNATIONAL PRIVÉ).

Cependant le *droit international public* ne répond que d'une manière très imparfaite à la définition du droit. Certes il comporte un certain nombre de règles positives généralement reconnues, sinon toujours observées. Mais, bien que l'on parle de « communauté internationale » des États, il n'est, entre ceux-ci, aucune société organisée supérieure et obligatoire, avec une autorité publique habilitée à gouverner, à légiférer, à juger, et une force publique internationale pour contraindre à l'exécution des règles et décisions du groupe. Faut-il conclure de cette carence que le droit international « n'est pas un droit véritable » (G. Burdeau) ? On dira plutôt qu'il n'est, jusqu'à nouvel ordre, qu'un droit en puissance, d'ailleurs susceptible, selon les circonstances, d'influer en fait sur la conduite des États.

Quant aux règles du *droit international privé*, elles sont laissées à la libre décision de chaque État, sauf convention d'unification totale ou partielle, entre deux ou plusieurs États, des règles de conflit.

Dans le cadre des relations internationales, il importe de signaler, en raison de son importance à la fois théorique et pratique, une branche particulière : celle du *droit des communautés européennes*, instituées par les traités de Paris du 18 avril 1951 (C.E.C.A.) et de Rome du 25 mars 1957 (C.E.E. et Euratom). Deux traits caractérisent ce droit communautaire : d'une part, une certaine aliénation d'*indépendance*, en ce que les États signataires ont accepté de se soumettre, dans les secteurs couverts par les traités, à des règles édictées par les autorités communautaires ; d'autre part, une certaine aliénation de *souveraineté*, en ce qu'ils ont accepté que, dans ces secteurs, les autorités communautaires soient

habilitées à imposer aux nationaux des États signataires des décisions et des règlements que ceux-ci auront à faire respecter (cf. droit EUROPÉEN).

## **Le droit procédural et le droit pénal**

Établies en vue de la mise en application des règles, apparaissent, comme droits d'accompagnement de celles-ci, deux sortes de règles : les règles de procédure judiciaire et les règles gouvernant les mécanismes de contrainte, notamment le droit pénal.

Partout où un litige est déféré à un juge public, le procès doit se dérouler selon des règles dites de procédure (civile, administrative, pénale, etc.), destinées à garantir une bonne justice, exacte et impartiale. La contrainte publique étant une contrainte réglée, c'est la loi qui, dans le domaine civil et commercial, organise les divers modes de saisies, conservatoire et exécutoire, et, dans le domaine pénal, définit les délits et les peines, ainsi que le mode d'exécution de celles-ci (droit pénal et droit pénitentiaire). Bien des règles de droit (privé ou public) ne figurent que dans le Code pénal, lequel, du fait même qu'il prévoit une peine, affirme le caractère illicite de l'acte ou de l'omission réprimés (ainsi pour l'homicide).

## **Inégalité du degré d'emprise des règles selon la nature des relations et des matières**

Il y a, dans le droit, des relations et des matières plus ou moins dociles à ses prises. En *droit privé*, la matière la plus docile est sans doute la matière économique, en raison des analogies de structure entre l'économie et le droit. Les valeurs économiques sont avant tout des « choses », mesurables et comptables, impersonnelles, et, dès lors, plus perméables à une règle extérieure comme le droit (cf. R. Savatier, *Le Droit comptable au service de l'homme*, Paris, 1969). Beaucoup plus difficiles à maîtriser par le droit sont les valeurs extra-économiques de la personne et de la famille. Comment définir la personne, dans son être physique et moral ? Comment opérer la délimitation de ses droits de personne vis-à-vis des autres personnes ? Comment apprécier, même du point de vue économique, la perte d'une vie humaine ? Comment assujettir à une règle suffisamment ferme, avec sanction adéquate, les rapports entre époux, entre parents et enfants ? Le droit est-il en état de pénétrer dans l'intimité familiale pour

y faire entendre sa voix ? La création de tribunaux familiaux spécialisés laisse penser que sa voix est faible et que, souvent, l'exhortation et le conseil du juge auront plus d'efficacité que le précepte tranchant de la loi.

Dans le domaine des *relations publiques*, où se marque également, en certains secteurs (les devoirs des dépositaires des autorités suprêmes dans l'État, les relations entre les États), l'impuissance du droit, celle-ci provient moins de la matière même que de la position des assujettis, contre lesquels l'exercice de la contrainte est impossible. Il est vrai que la politique, à l'intérieur et à l'extérieur, est souvent dictée par des mobiles passionnels : l'orgueil du pouvoir, le prestige de la nation... Mais il incombe aux gouvernants de ne pas céder à ces mobiles et de mener en tout une politique raisonnable. Or la raison commande d'obéir à la règle de droit quand bien même, en l'espèce, elle n'aurait pas les moyens de se défendre. C'est ce qui se passe en droit interne pour les litiges entre l'État et les particuliers : bien que détenteur de la force, l'État condamné s'incline devant les décisions de condamnation rendues contre lui par ses propres tribunaux.

## 📌 Sources formelles du droit

On appelle *sources formelles du droit* les lieux où il faut le puiser (*fontes juris*) ou, sans image, ses modes d'expression. La réponse au problème des sources varie selon les pays et, aussi, selon les branches du droit. Historiquement, on peut ramener à quatre le nombre de ces sources : la loi, la coutume, la jurisprudence des tribunaux, la doctrine des auteurs. Certains ajoutent à tort l'équité. Si, par équité, on entend l'adaptation aux cas singuliers d'une règle trop générale (*ἐπιείκεια*), c'est affaire d'application du droit et par conséquent affaire du juge. Si, par équité, on entend le juste, l'équitable, on quitte le terrain des sources *formelles* pour celui de l'*élaboration* du droit (cf. chap. 2).

### **La loi**

La loi (au sens le plus général, y compris le règlement) émane des organes de l'État constitutionnellement qualifiés pour édicter du droit. La règle y est posée d'avance, dans l'abstrait, d'ordinaire par écrit. Le verbe légal est sans doute la façon la plus claire de poser le droit, d'en assurer à la fois la certitude et la cohérence. En outre, il permet à l'autorité qui l'édicte de prendre du champ par

rapport aux intérêts particuliers pour se hausser au niveau de l'intérêt général. C'est pourquoi la source législative est en faveur même dans les pays où, comme en Angleterre, le droit des tribunaux reste la source de principe [cf. LOI].

Le procédé légal a d'ailleurs des inconvénients, qui sont la contrepartie de ses avantages. La loi, tout au moins dans ses termes, est figée. D'où les deux périls du procédé : un excès de généralité, qui risque de méconnaître les situations concrètes, et la rigidité de textes toujours plus ou moins en retard sur la vie, surtout en notre période de mutations rapides dans les choses et dans les esprits. Il est vrai qu'une interprétation intelligente parviendra souvent à concilier, dans la pratique, le souci de la stabilité du droit avec celui du mouvement et du progrès.

### **La coutume**

Historiquement antérieure à la loi est la coutume. Tandis que la loi vient d'en haut, la coutume est l'œuvre du peuple. Selon la définition traditionnelle, la coutume (juridique) se compose de ces deux éléments, l'un matériel : un comportement habituel dans le groupe (ou dans certains milieux du groupe : professionnels, sportifs, etc.), l'autre psychologique : la conviction du caractère juridiquement obligatoire de ce comportement. Encore faut-il laisser aux tribunaux le droit d'apprécier la rationalité de la règle coutumière. Le principal avantage de la coutume est qu'elle coïncide avec le sentiment populaire, ce qui est un gage de succès ; mais elle n'a pas la souplesse que souvent on lui attribue : la *mos majorum* est souvent vétuste ; de plus, la preuve en est difficile dans l'un et l'autre de ses éléments.

La coutume l'emporte-t-elle sur la loi ? Si tout le monde accorde que la loi peut abroger la coutume, la question est discutée de savoir si la coutume contraire peut abolir la loi. Les défenseurs de l'efficacité du droit l'admettent lorsque, du moins, la coutume peut se prévaloir d'un assez long usage. On peut se demander si cette solution ne risque pas de nuire à l'autorité de la loi ; en tout cas, elle jette l'incertitude dans le droit.

### **La jurisprudence des tribunaux**

La jurisprudence des tribunaux est le mode d'expression du droit qui

découle de la suite des précédents judiciaires. Statuant sur les litiges, les cours et tribunaux ont à dégager la règle de droit applicable à l'espèce [cf. JURISPRUDENCE].

En Angleterre et aux États-Unis, la jurisprudence (*the decisions of the courts*), appuyée sur la force obligatoire du précédent (*stare decisis*), est la source principale du droit. Les règles non codifiées qu'elle consacre forment le droit commun (*common law*). Si les tribunaux sont tenus d'appliquer les lois (*statute law*), celles-ci sont censées n'avoir d'autre rôle que de compléter ou de corriger la common law. C'est pourquoi les lois sont d'interprétation stricte.

Toute différente est la position de la jurisprudence dans les systèmes de droit du continent. La loi et, subsidiairement, la coutume sont les sources premières et uniques du droit. De la règle inscrite dans les textes, les tribunaux n'ont qu'à faire l'application et des cours suprêmes sont instituées dont l'office est de contrôler l'exacte interprétation et application de la loi. C'est seulement en cas de silence ou d'insuffisance des textes que les tribunaux, par ailleurs tenus de juger sous peine de déni de justice, ont à rechercher, toujours sous le contrôle de la cour suprême, la raison de droit applicable à l'espèce. Cependant les décisions des tribunaux, y compris celles de la cour suprême, n'ont valeur que pour l'espèce, ce qui laisse entière la liberté de jugement des autres tribunaux ou du même tribunal dans des espèces identiques à celles précédemment jugées.

Telle est la théorie : sur le continent, la jurisprudence établie, même constante, n'est point, légalement, source de droit, ce qui explique la possibilité de « revirements » de jurisprudence. Mais, en pratique, comme l'interprétation de la loi et, éventuellement, la suppléance à ses lacunes relèvent de la compétence des tribunaux, en particulier des cours suprêmes, on peut dire que la loi est ce qu'en fait le juge et que celui-ci ne se « déjugera » que rarement. De toute façon, législateur et tribunaux collaborent à une même œuvre : la bonne ordonnance des relations sociales.

## **La doctrine**

En aucun pays la doctrine des auteurs (enseignants et écrivains) n'est aujourd'hui source de droit. Mais son influence est grande sur le législateur

lui-même, dans la confection des lois, et sur les tribunaux, qui s'appuient volontiers sur les auteurs ou discutent leurs arguments. Ici encore, la collaboration est étroite entre les autorités juridiques officielles et les juristes qui n'ont d'autre titre que leur savoir.

### **Variété des sources selon les branches**

Chacune des branches du droit énumérées ci-avant a son système propre de sources. On n'en donnera que les exemples suivants.

Tous les États, par le fait même qu'ils existent et fonctionnent, ont une constitution ; mais, en Angleterre, la Constitution est, pour une large part, coutumière et sa force est telle que le Parlement lui-même, quoique tout-puissant, n'oserait pas la modifier, du moins dans ses règles essentielles. Au contraire, aux États-Unis et sur le continent européen, les constitutions sont des lois écrites ; mais on découvre, en marge de la constitution, maintes pratiques coutumières qui en complètent ou même, parfois, en altèrent le texte.

En droit privé, la source principale, dans les droits de la famille romano-germanique, est la loi, et la coutume n'y occupe qu'une place modeste ; dans les pays anglo-saxons, c'est la jurisprudence des cours (common law) qui prime, sous réserve des solutions données par la loi (statute law). Mais les cours tiennent compte des pratiques usuelles alors même qu'elles ne formeraient pas coutume juridique au sens strict. Dans tous les pays civilisés, le principe est admis qu'il ne peut y avoir ni incrimination ni peine sans loi qui les ait prévues : afin de parer à l'arbitraire du pouvoir et à des divergences d'appréciation de la part des juges, seule la loi a compétence pour déterminer les actes punissables comme infraction et le genre de peine qu'ils méritent.

En droit international public, la source première, en l'absence de législateur international, est la coutume internationale, qui est la pratique habituelle reconnue par la généralité des États comme étant le droit, y compris la règle du respect de la parole donnée (*Pacta sunt servanda*), qui est au fondement du droit international conventionnel. Le statut de la Cour internationale de justice, annexé à la charte des Nations unies (1945), ajoute à la coutume et aux accords internationaux « les principes généraux du droit reconnus par les nations

civilisées », principes de droit positif par conséquent, expressément formulés ou sous-jacents, et non de droit naturel ou de droit positif idéal, quelle que soit d'ailleurs la branche du droit (substantiel ou procédural) dont ils dépendent.

## @ 2. Détermination du contenu du droit

Envisagée d'un point de vue formel, la règle de droit n'est qu'un contenant, lequel appelle un contenu. Ce contenu, d'où vient-il ? Existe-t-il déjà dans quelque réalité objective, en sorte que le juriste – législateur, juge ou expert en droit – n'aurait qu'à la *découvrir* quitte à l'adapter aux exigences formelles du contenant (le droit serait alors, comme « donné », objet de *science*) ; ou bien est-il l'œuvre de l'esprit humain qui aurait à l'*élaborer* (le droit serait alors « construit ») ? De la réponse apportée à la question va découler la *méthode juridique*.

### @ Donné ou construit : les thèses en présence

#### **Le positivisme juridique**

Pour certains, il est vrai, la question serait sans pertinence, du moins pour le juriste. Le droit, disent-ils, est norme ; la science du droit est science de normes. Cette science se propose uniquement et exclusivement d'établir ce qu'est le droit et comment il est. Elle n'essaie en aucune façon de dire comment le droit devrait ou doit être fait (H. Kelsen). Non que le contenu de la norme soit sans intérêt ; mais le choix de ce contenu, qui relève d'ailleurs de l'autorité publique, ne peut se faire qu'à partir de considérations psychologiques, sociologiques, éthiques et politiques qui sont étrangères à la science juridique. Étant donné pourtant cette originalité du droit qu'il règle lui-même sa propre création et sa propre application, il revient à la science du droit, à défaut de pouvoir apprécier la valeur *quant au fond* du droit décidé par l'autorité, d'en vérifier la valeur *quant à la forme*, c'est-à-dire la validité au regard des règles juridiques de compétence et de procédure qui gouvernent la création et l'application du droit.

Mais cette position est inacceptable. Certes, il appartient au juriste, comme homme de science, de décrire, avec les explications nécessaires, le droit tel qu'il est, bon ou mauvais, et aussi de juger de la régularité formelle d'une loi ou d'un règlement. Mais puisque le droit est à la fois fond et forme, ce n'est pas rendre compte de cette totalité que de s'attacher uniquement à la forme en se

désintéressant du fond. On objecte qu'aborder le fond serait abandonner le terrain de la science – de la science pure du droit, *reine Rechtslehre* – pour verser dans la « politique juridique ». Il n'empêche que cette politique juridique représente à tout le moins un aspect du droit et que, si elle doit nécessairement faire état de considérations psychologiques, sociologiques, morales et politiques, de soi étrangères au droit, il faut savoir quel rôle elles ont à jouer les unes et les autres, comment les utiliser pour en tirer le contenu des règles. Aussi bien, il est souvent malaisé, même dans l'appréciation de la régularité formelle d'une règle, de s'abstenir de tout examen du fond. Comment, par exemple, décider du caractère irrégulier d'une loi comme violant le principe constitutionnel de l'égalité des citoyens devant la loi sans verser dans la politique juridique et même dans la philosophie sociale et politique ?

Ce qui est vrai sur le plan des règles posées (*de lege lata*), l'est aussi et davantage sur le plan des règles à poser (*de lege ferenda*), office qui incombe bien aux autorités publiques (loi, jurisprudence) mais dont nul juriste soucieux de la qualité du contenu des règles ne peut se désintéresser.

### **Les diverses conceptions du « donné » du droit**

Le problème subsiste donc. Mais sa solution ne va pas sans discussion, au moins pour ce qui concerne le fond substantiel des règles. Suivant l'opinion la plus générale, ce fond est « donné », mais l'accord cesse sur la nature de ce « donné ». En gros, deux courants s'affrontent : l'un « réaliste », « scientifique », qui cherche dans les *faits sociaux* le « donné » des règles ; l'autre, philosophique, qui croit le trouver dans le *droit naturel*.

Pour Duguit, représentant de la conception psycho-sociologique du droit, « il y a règle de droit quand la masse des individus composant le groupe comprend et admet qu'une réaction contre les violateurs de la règle peut être socialement organisée... C'est au moment où la masse des esprits la conçoit, la désire, provoque sa constitution qu'apparaît la règle de droit. » Le travail du juriste est dès lors double : « travail vraiment scientifique : découvrir sous les faits sociaux la règle du droit ; travail d'art technique : préparer la règle coutumière ou écrite, règles constructives tendant à déterminer la portée et à garantir la réalisation de la norme ». D'autres parlent, dans le même sens, de « conscience sociale », de

« sentiment populaire », d'« opinion publique ». On reconnaît dans ces variations le thème conducteur de l'École historique du droit (Savigny) : le droit, dans son fond, émane du peuple, non du peuple légal votant la loi, mais du peuple vaquant à ses activités journalières, pensant le droit en fonction de son expérience et de l'idée qu'il se fait de l'ordonnement juridique.

À l'opposé de ce courant se place la thèse classique d'un donné juridique objectif déduit non plus d'états de conscience ou d'opinions, mais de la *nature de l'homme*, saisi dans son être et ses inclinations foncières, à la fois comme personne douée de raison et de liberté, comme membre d'une famille et comme « animal politique ». Selon l'interprétation aujourd'hui dominante, le droit naturel ne se présente plus avec la fixité qu'on lui attribuait autrefois, du temps de l'École du droit de la nature et des gens. Au contraire, on admet qu'il est, pour une part, sujet à changement non seulement dans la connaissance plus ou moins éclairée que peuvent en avoir les hommes, mais dans ses préceptes, en raison de l'« historicité » de la nature humaine elle-même.

Mais ni l'un ni l'autre de ces « donnés » du droit ne paraissent aptes à rendre le service, qui leur est demandé, de fournir au juriste le contenu du droit.

S'il s'agit de l'*opinion* de la grande masse des esprits, les objections se pressent : quel titre a cette opinion, sinon pour exprimer plus ou moins correctement le droit (ce qu'elle fait par la coutume), mais pour en être la mesure et le critère ? N'arrive-t-il pas, du reste, que, au lieu de se rallier à l'opinion, le droit lutte contre elle, finissant même par en triompher ? Surtout à notre époque, l'opinion est divisée, ou encore elle est « sans opinion » sur le point de droit à régler.

S'il s'agit du donné du *droit naturel*, de quel droit naturel parle-t-on ? Apparemment de celui qui est à la base de la morale, fondant les grandes règles de l'agir humain, d'ailleurs en tous domaines, y compris le domaine social et politique (cf. droit NATUREL). Mais ne faudrait-il pas en découvrir un autre, spécifique, qui serait le droit naturel de la « juridicité », indiquant les règles à poser en vue de la bonne ordonnance de la société sous tous ses aspects et non pas seulement sous l'aspect de la moralité ? Cependant en quoi consiste ce droit

naturel de la « juridicité » ?

### **Le droit, œuvre de prudence**

Ces arguments induisent à penser que, loin d'être la reproduction d'un « donné » que le juriste n'aurait qu'à recevoir, ou même simplement un principe d'inspiration, le contenu du droit positif procède en réalité d'un *faire* et d'un *savoir-faire* propre au juriste, bref d'une élaboration qui construit son objet. Est-ce à dire que l'opération du juriste constructeur du droit ne serait pas œuvre de raison ? Nullement ; mais la raison à l'œuvre en l'espèce est la raison *pratique*. Visant à une fin d'ordre pratique, qui est l'heureux règlement des rapports sociaux en telle société, l'élaboration du droit est affaire non de connaissance spéculative, mais de jugement, plus précisément de prudence. D'où le nom de « jurisprudence », donné par les Anciens à cette partie de la vertu de prudence qui a trait aux activités juridiques du législateur, du juge, du jurisconsulte (cf. F. Senn). En particulier, c'est la prudence législative qui guidera l'opération de tous ceux qui à un titre quelconque, officiel ou non, travaillent à l'édification du droit.

Mais il faut entrer dans l'examen des démarches de la prudence juridique en quête de la bonne règle.

Observons, en premier lieu, que le juriste ne tire pas sa règle du néant et qu'il ne la bâtit pas non plus dans le vide. Comme toute règle, le droit est à base de *faits* qui sont, eux, objets de *science*. Par faits on entend, au sens le plus large, toutes les réalités dont le juriste a à tenir compte dans l'élaboration de sa règle. *Faits d'infrastructure* d'abord : comment, par exemple, construire un droit économique, un droit du travail, un droit de l'énergie nucléaire sans une connaissance suffisante de la vie et des lois de l'économie, des conditions de la vie ouvrière, du phénomène nucléaire ? *Faits d'ambiance* ensuite, où prend place l'état de l'opinion publique, dont l'attitude hostile peut entraîner l'échec de la règle. Faits aussi, les *règles d'action*, sans distinction ici entre l'agir technique et l'agir humain : comment construire un droit bancaire ou un droit des assurances sans avoir égard aux règles techniques des activités de la banque ou de l'assurance ? Et s'il existe, en la matière, une règle de morale, par exemple celle qui interdit le vol ou l'adultère, comment, dans le traitement juridique de ces matières, faire abstraction de l'appréciation morale ?

Encore est-il que ces faits multiples, ressortissant à des sciences auxiliaires multiples, ne sont, pour le juriste, que des *données préalables* (*Vorgegebenheiten*) : elles figurent parmi les éléments de son problème, sans toutefois lui en dicter la solution, qui dépend uniquement de son choix raisonnable de juriste.

Or ce choix ne sera raisonnable que s'il est exercé conformément à une *méthode*, dont l'énoncé théorique est aussi simple que sa mise en pratique est délicate. Il suffit en effet de se demander : 1° à quelle *fin* est ordonnée la règle de droit ; 2° de quels *procédés* elle est tributaire pour se réaliser. La prudence du juriste est subordonnée à ces conditions de fin et d'outillage, en dehors desquelles la règle de droit serait non seulement mauvaise, mais dépourvue de sens.

### 📍 La fin de l'ordonnement juridique

Si le droit est consubstantiel à l'idée de société organisée, la fin de la règle de droit ne peut être que la fin de la société elle-même, à savoir le bien qu'elle poursuit. Et puisque la société en cause est la société politique, l'État, la fin de la règle de droit est le bien public. Politique et droit se rejoignent donc dans la même fin ; plus exactement, en tant que la politique est ce qui a trait au bien de la communauté totale et au bon gouvernement des hommes dans la cité, la règle de droit est au service de la politique, et la prudence qui régit l'élaboration du droit (prudence législative) est une partie de la prudence politique, vertu spécifique de l'homme politique.

### **Notion du bien public**

Le *sujet bénéficiaire* du bien public est le public en général, c'est-à-dire tout le monde dans le groupe, compte tenu des générations présentes et des générations futures. Le « tout » du public n'est d'ailleurs pas une entité séparée des individus et des groupements particuliers ; il désigne simplement l'ensemble indifférencié des individus et des groupes, la *multitude*, par opposition aux individus pris un à un ou dans leur somme.

*Du point de vue formel*, le bien propre du public consiste dans l'établissement d'un milieu favorable au développement de la personnalité et des

activités légitimes de chacun au sein du groupe. Interprété de cette manière, le bien public suppose, premièrement, le maintien dans la société d'un *certain ordre* générateur de sécurité et de confiance, hostile à la violence et à la fraude. De là les fonctions classiques de l'État gendarme : organisation d'une police, instauration de tribunaux, promulgation de règles certaines indiquant leur conduite aux citoyens et aux autorités publiques. À la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, on s'est aperçu que le bien public connaissait d'autres ennemis encore que le désordre dans la rue, à savoir la dispersion des efforts dans une concurrence sans frein. D'où la nécessité d'une certaine *coordination rationnelle* des activités, qui est de l'intérêt de la masse du public et, par conséquent, de la compétence de l'État. Enfin, l'État doit faire en sorte, par sa politique, que tout *service* pouvant être considéré, à un certain moment, comme d'intérêt public, soit assuré au public, en prenant en charge le service reconnu indispensable tant du moins que l'initiative privée ne l'aurait pas devancé ou gérerait mal le service.

C'est en *toutes matières d'intérêt humain* que se manifestent les besoins d'ordre, de coordination, de service, par quoi se définit le bien public : intérêts de l'économie, de la santé, de la moralité, de la culture, etc., et, à titre d'instrument réalisateur, intérêt de l'État lui-même en ce qui touche sa constitution, son organisation, son bon fonctionnement (bien public *proprement politique*). C'est à tort que certains croient pouvoir tracer des séparations entre le politique, d'une part, l'économique, le social, le moral, etc., d'autre part. Le rôle du politique est en effet d'embrasser et de régir toute matière, non en ce qu'il appartiendrait à l'État de gérer, par exemple, l'économie ou la culture, qui sont d'abord l'affaire des particuliers, mais parce que l'État doit avoir une politique économique, une politique culturelle, comportant un programme de réalisation des exigences du bien public en ces diverses matières.

Entre les ordres d'intérêt humain que vient servir le bien public le rang n'est d'ailleurs pas égal, ce qui va obliger l'État, répondant du bien public, à prendre parti. Options superflues s'il était toujours possible de donner satisfaction simultanément aux requêtes de l'économique et du moral, du corps et de l'esprit, des individus et des collectivités. Or, dans le concret de la vie, ces intérêts sont souvent antagonistes : les « lois » de l'économie entrent en compétition avec les règles de la morale (par exemple, en matière de licenciements), ou encore

l'individu se heurte aux collectivités dont il fait partie (il est des collectivités et des autorités tyranniques). Or de tels conflits ne peuvent se résoudre qu'à la lumière d'une philosophie de l'homme et du monde (*Weltanschauung*), qui, de soi, n'est pas de la compétence du juriste.

C'est ce qui confère à la notion de bien public un caractère avant tout *moral*. Malgré son rôle de moyen, le bien public n'est pas chose simplement technique, parce qu'il est en relation étroite, en tous ses secteurs, avec une certaine conception de l'homme et des fins de l'homme. Il n'en est pas moins, dans ses applications, *relatif*, en tant que les hommes sont divers selon les temps et les lieux, en sorte que telle solution postulée par le bien public « en deçà des Pyrénées » pourrait se révéler néfaste « au-delà ». Bien plus encore que de l'historicité du *droit naturel*, il convient de parler de l'historicité du *bien public*, dont les requêtes sont essentiellement dépendantes de l'histoire et de la psychologie des peuples, de leur niveau (ou de leur genre) de civilisation et de culture.

### **Bien public et droit privé**

Il importe de le souligner : le principe du bien public commande toutes les branches du droit.

Vérité d'évidence pour le *droit public*. D'une part, les règles d'organisation de l'État et des pouvoirs ne peuvent être établies que suivant le meilleur aménagement de l'État comme agent du bien public. D'autre part, en ce qui concerne les rapports entre l'État et ses membres, non seulement les charges qu'impose aux citoyens la vie en État ne sauraient avoir d'autre mesure que ce bien public qui est leur raison d'être, mais les « droits de l'homme » ou « libertés publiques », ainsi qu'on les nomme, ont juridiquement leur fondement dans le bien public, qui en réclame le respect en chacun des membres. Même la distribution du bien public, la répartition de ses avantages entre les citoyens ne peut avoir lieu que sous réserve du bien public, dont l'empire s'étend à toutes les formes de justice, y compris la justice distributive.

En dépit des vocables, la norme du bien public gouverne aussi l'élaboration du *droit privé*.

Bien que cette branche du droit règle les rapports des individus et des groupes privés entre eux, il n'en résulte point que le règlement devrait être conçu, premièrement, du point de vue du bien particulier des parties en présence. Privé, en ce qui concerne la nature des rapports qu'il régit, le droit privé est public ou – pour écarter toute confusion avec la branche du droit public – social, aussi bien dans sa fonction que dans son contenu. Cela signifie sans doute que, dans le règlement des rapports privés, le droit privé aura à veiller à la sauvegarde de l'ordre public et des bonnes mœurs en tenant pour nuls les arrangements privés qui y contrediraient, mais davantage encore que, dans la détermination des droits et devoirs respectifs, l'ordonnance devra être conçue d'abord par référence au bien de la communauté tout entière et non au droit particulier de chacun.

Il en va ainsi, notamment, chaque fois que le droit, dans sa disposition, vise à satisfaire à un besoin de sécurité. De sécurité sociale, quand la loi légitime le fait acquis, lors même que cette acquisition se serait produite à l'encontre de ses propres préceptes (cas de la prescription acquisitive des biens), ou quand elle attache à l'accomplissement de certaines formalités une vertu de purgation des vices originaires d'un acte juridique, ou quand elle accorde effet à l'apparence d'une situation. De sécurité juridique, quand la loi cherche à donner des solutions nettes coupant court à toute hésitation, fût-ce au détriment d'une justice qui demanderait plus de nuances (cas des vices du consentement dans les actes, réduits à l'extrême pour ne pas ébranler la stabilité des contrats, exclusion du vice de la lésion dans les contrats commutatifs, etc.). En de tels cas, le principe du *cuique suum*, qui est la règle normale des rapports entre individus particuliers, subit des altérations plus ou moins graves, en considération du bien social général. Encore faudra-t-il que ces altérations soient raisonnablement justifiées, en dehors de tout apriorisme doctrinal, et qu'elles ne portent pas atteinte aux droits essentiels de la personne humaine.

### **La liberté juridique et le contenu négatif du droit**

Norme du contenu *positif* du droit, le bien public est, pour le même motif, la norme de son contenu *négatif*.

Il arrive en effet que les exigences du bien public, selon les sociétés ou selon les matières, commandent à la règle de droit de s'abstenir et de laisser place

à la liberté. Le dilemme est le suivant : la règle décrétée d'autorité sera-t-elle meilleur instrument de solution selon le bien public que la libre volonté des particuliers ? En apparence, la règle seule, comme émanant de l'autorité publique, est capable de s'élever au niveau du bien de tous, tandis que la volonté privée ne pourrait jamais se mettre qu'au service de l'intérêt particulier. Mais si l'histoire condamne la doctrine trop optimiste d'un bien public découlant, par un automatisme fatal, du choc des libertés concurrentes, ce serait, à l'inverse, une erreur que de dénier à la liberté tout effet socialement bienfaisant. Si la liberté a ses périls, en particulier le danger d'oppression du faible, la règle, de son côté, risque de briser l'élan créateur, de décourager des initiatives fécondes. Souvent d'ailleurs, les libertés plus faibles sont en mesure de se protéger elles-mêmes grâce à l'association ; on n'en voudra pour preuve que le fait du syndicalisme ouvrier.

N'oublions pas enfin que le droit n'est pas tout-puissant. Si l'opinion publique ne fait pas le droit, elle compte parmi les données préalables que le juriste doit accepter s'il veut édicter une règle efficace. Face à une opinion publique hostile, le législateur sera forcé de tolérer ce qu'il ne pourrait empêcher, de renoncer à ce qu'il ne pourrait obtenir. Au lieu de la règle contraignante, des procédés indirects, de dissuasion ou d'incitation seront mis en œuvre, qui ressortissent à la politique générale plus qu'à la politique juridique. Soit la lutte contre l'alcoolisme ou contre la hausse désordonnée des prix : plutôt que de faire front par des lois de prohibition ou de blocage, l'État prendra telles mesures dont le but sera d'entraver ou de freiner les comportements nuisibles : taxes prohibitives pour l'alcool, ouverture des frontières, etc.

### 👤 Les moyens : l'outillage technique du droit

Comme toute règle de discipline sociale (au sens de sociétaire), le droit doit se réaliser dans les conduites. Or l'échec d'une règle peut tenir à la forme extérieure du précepte : c'est l'hypothèse du défaut de « réalisabilité formelle » du droit (Ihering). La règle de droit est en effet soumise à application tant de la part des sujets que des « organes d'application » du droit : tribunaux et agents du pouvoir exécutif. Ainsi, la vérité du droit résultant de son adéquation à la fin du bien public et à l'état de l'opinion ne suffit pas à remplir l'idéal de la bonne règle. Il faut, de plus, que le droit soit applicable, praticable, maniable, par correspondance aux

conditions proprement techniques de sa réalisation. Ces conditions, quelles sont-elles ?

### **Une définition suffisante**

La condition première de la praticabilité du droit réside dans une suffisante définition. Un droit insuffisamment défini n'est point praticable en ce que son application donnera lieu à des doutes et à des controverses génératrices d'insécurité. Socialement parlant, mieux vaut parfois l'absence de règle ou une règle moins parfaite en son fond qu'une règle incertaine. C'est la part de vérité que représentait, dans l'attaque menée contre elle au XIX<sup>e</sup> siècle, l'École de la « jurisprudence des concepts » (*Begriffjurisprudenz*). Si le souci du concept ne peut l'emporter sur la considération des intérêts (*Interessenjurisprudenz*) et des valeurs de l'ordre social (*Wertjurisprudenz*), il faut cependant reconnaître que la certitude du droit fait partie de ces valeurs et qu'il n'y sera satisfait qu'au moyen d'un appareil conceptuel relativement rigoureux.

Tel est le motif pour lequel le juriste ne peut souscrire aux thèses, d'inspirations très diverses, tendant à faire litigieuses de règles préétablies ; ainsi, naguère, en Allemagne, l'école dite du « droit libre » ou de la « libre découverte du droit » (*freie Rechtsfindung*) sous le prétexte qu'un droit préétabli, par hypothèse statique, ne serait pas en état de suivre d'assez près l'évolution des faits de la vie sociale, ou encore, sous l'influence de la philosophie existentialiste (des diverses obédiences), la tendance vers un « droit de situation », qui, vu le particularisme prétendument irréductible de chaque situation dans ce qu'elle a de vécu et d'unique, serait incompatible avec une norme générale posée d'avance, dans l'abstrait.

L'insuffisance de définition du droit peut se rencontrer d'abord au stade des sources formelles, soit parce que le problème des sources n'aurait pas été résolu, soit parce que les sources admises pécheraient elles-mêmes par vice d'indétermination. Si, pour la source législative et réglementaire, tout paraît clair (sauf la question de l'interprétation des textes), il n'en va pas de même, on l'a vu, pour la coutume et la jurisprudence des tribunaux : d'une part, le caractère obligatoire de ces sources et leur position par rapport à la loi peut, selon les pays ou les branches du droit, prêter à débat (par exemple, la coutume peut-elle

abroger la loi ?) ; d'autre part, les facteurs constitutifs de la coutume sont souvent difficiles à déceler, et la jurisprudence des tribunaux, qui se forme au fur et à mesure (et au hasard) des procès, est lente à se fixer.

L'insuffisance de définition peut apparaître, ensuite, dans le contenu même des règles. On n'entend pas ici un défaut dans la détermination des mesures destinées à mettre en œuvre l'idée centrale d'un système, telle une organisation incomplète de la tutelle, de la police de la circulation ou du régime des preuves : ce sont là plutôt des lacunes dans le droit. On a en vue l'indétermination des concepts en lesquels sont énoncées les conditions d'application d'une règle ou son dispositif.

Soit, par exemple, la répression des pratiques usuraires dans les contrats. La difficulté est de cerner de manière nette, autrement que par une formule vague, une injustice protéiforme, variable selon les circonstances économiques, selon les localités, selon les moments. Choisir pour critère de cette injustice, comme l'ont fait maintes lois et jurisprudences, l'« illégitimité », l'« excès » ou même l'« anormalité » du gain, c'est en fait renoncer à toute définition, en laissant aux parties et au juge le soin d'apprécier en chaque cas d'espèce. De même pour l'injure grave, érigée par le Code Napoléon en « cause déterminée » de divorce, qui, nonobstant certaines précisions ultérieures (atteinte profonde au lien, vie conjugale intolérable), fonctionne en fait « comme une cause indéterminée de divorce » (Planiol). De même encore, en droit international public, pour la définition de la guerre d'agression, celle-ci ayant pris en fait des formes si multiples, si astucieusement déguisées qu'elle échappe à une définition générale. De même et a fortiori pour des concepts tels que l'« intérêt général » (en matière d'annulation des actes des autorités décentralisées « blessant l'intérêt général ») ou l'« utilité publique » (en matière d'expropriation de biens).

C'est surtout, comme on l'a vu, à l'égard des concepts traduisant des réalités ou des valeurs de l'ordre spirituel et moral, par conséquent du genre qualitatif, que se marque la difficulté de la définition.

### **Les « standards » ou « directives »**

Cependant il ne faut pas exagérer. La définition du droit n'est requise

que jusqu'à un certain point : celui en deçà duquel la règle, décidément trop inconsistante, glisserait entre les doigts. Un droit défini de manière trop stricte est un droit incomplet, car il laisse de côté telles hypothèses, identiques au fond mais non formellement prévues ; souvent, en outre, il manque de souplesse, par absence de marge pour les cas d'exception s'écartant de la normale. De là la faveur témoignée à la méthode des définitions larges (*standards*, « directives »), dont la malléabilité permet à la fois d'englober beaucoup de cas et de donner à chacun d'eux le traitement approprié.

L'une des illustrations les plus remarquables de cette méthode est le concept d'« ordre public ». Le rôle de ce concept, en droit privé (interne et international), est considérable : non seulement l'ordre public fournit le principal critère de la distinction entre les lois impératives, auxquelles il n'est pas permis de déroger, et les lois simplement supplétives (cf. *supra*), mais, par lui-même, il a cet effet de rendre nulle en droit toute disposition de volonté des particuliers qui irait à son encontre. Or si le concept d'ordre public évoque les principes ordonnateurs de la vie sociale, économique et politique d'un pays à un moment déterminé de son histoire, la loi se garde de définir de plus près les exigences de l'ordre public, ce qui se comprend étant donné le nombre illimité et le caractère mouvant de ces exigences. Mais on comprend aussi que le droit, instrument au service du bien général, ne puisse prendre sous sa protection des actes ou opérations qui seraient contraires à l'ordre public. Il reviendra dès lors au juge, sous le contrôle de la cour suprême, de définir les exigences de l'ordre public en rapport avec les cas d'espèce [cf. ORDRE PUBLIC].

Un autre exemple de définition large est donné dans l'article 1382 du Code Napoléon : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. » On voit bien que la faute est un manquement, une erreur de conduite, mais, à la différence d'autres législations, le Code n'énumère et ne spécifie d'aucune manière les actes ou les abstentions méritant la qualification de faute. Pas davantage il ne précise le mode et l'étendue de la réparation. Ainsi, la règle se borne à poser le principe général et abstrait de la réparation des dommages fautifs. C'est le juge qui, sous le contrôle de la cour suprême, opérera détermination du principe d'après les situations concrètes. Par là se trouve garantie la plénitude d'application d'une règle

jugée bonne et utile dans sa généralité même et dont le jeu serait entravé par un système de définition rigide.

La même méthode prévaut, beaucoup plus fréquemment encore, en droit public pour les normes directrices des activités du législateur, du gouvernement, de l'administration. Si, dans l'État de droit, les autorités publiques sont soumises à des règles, celles-ci doivent comporter une marge suffisante d'indétermination permettant de parer de manière adéquate aux imprévus de la vie publique.

Cependant, le procédé des « directives » ne convient pas indistinctement en toutes matières. Il en est dans lesquelles le besoin de sécurité prime : ainsi en droit pénal. Le principe moderne qu'il ne peut y avoir d'infraction punissable sans une loi qui l'établisse (*Nullum crimen sine lege*) serait une formule vaine s'il était loisible au législateur de s'exprimer en des termes si élastiques qu'ils ouvriraient la porte à tous les arbitraires. Également dans le domaine de l'impôt, afin que les comptes soient clairs entre le fisc et les contribuables, ou dans la répartition des compétences entre les diverses autorités afin d'éviter les conflits et les méprises, ou encore dans les règles de procédure où le détail précis importe plus encore que la ligne générale.

### **Les procédés de définition**

Les procédés de définition utilisés pour rendre le droit « praticable » sont plus ou moins radicaux. D'une façon générale, le juriste use de simplification, négligeant le cas rare, s'embarrassant assez peu de nuances, s'attachant de préférence à l'aspect extérieur et sensible des choses. Sans doute, le droit moderne se préoccupe de plus en plus de psychologie et de sociologie, et les catégories héritées du droit romain se sont heureusement assouplies au contact d'une science plus poussée et plus fine. Mais, quoi que l'on souhaite, toujours la définition juridique restera plus ou moins approximative, expéditive et sommaire. Saisir les phénomènes dans leur complexité et leur continuité, a fortiori pénétrer l'essence des choses ne sera jamais le fort du juriste, parce que sa mission n'est pas d'établir des définitions scientifiquement ou philosophiquement valables, mais de mettre sur pied des règles applicables et que la « praticabilité » du droit postule des définitions relativement simples, aptes au maniement.

La tendance à la simplification ressort, en particulier, de l'emploi de certains moyens qui n'ont d'autre fin que de prévenir tout flottement dans l'application du droit : tels le moyen du « chiffrage », pour les concepts représentant des réalités quantitatives (ainsi les délais chiffrés de la prescription), et le moyen de l'énumération d'espèces, pour les concepts représentant des réalités qualitatives (ainsi la liste limitative des établissements dangereux, incommodes ou insalubres, sujets à autorisation administrative). Davantage encore, là où ces moyens se montreraient impuissants à procurer la détermination nette jugée indispensable, le juriste n'hésitera pas à remplacer le concept indocile par un substitut moins exact mais plus saisissable, d'ordinaire son indice ou son signe : ainsi un certain âge pris comme signe irréfragable de la maturité d'esprit justifiant la liberté et la capacité juridique, le caractère immobilier d'une opération comme signe du degré de gravité des actes juridiques justifiant au profit des incapables une protection renforcée. Si le signe est bien choisi, il aura des chances de recouvrir la majorité des hypothèses. Mais il suffit d'une hypothèse sortant de l'ordinaire pour que la vérité du droit soit sacrifiée à sa praticabilité.

### **La réceptivité à la preuve des faits soumis à règle**

Un deuxième facteur de la praticabilité du droit consiste dans la réceptivité à la preuve des faits érigés en conditions d'application des règles. À défaut d'exécution spontanée, la nécessité apparaît d'une preuve objective de l'existence, en l'espèce, de ces conditions, sous peine d'aboutir à une justice impressionniste. Or tous les faits ne sont pas également aptes à la preuve : il en est, parmi eux, qui se dérobent à la démonstration par manque de moyens d'investigation sûrs. La loi peut bien remédier à la difficulté par des systèmes de preuves préconstituées ou même par des présomptions : par exemple, elle dispose que l'enfant de la femme mariée conçu pendant le mariage – et ici interviennent des présomptions préalables, relatives à la durée de la grossesse – est issu des œuvres du mari.

Cependant la matière ne s'accommode pas toujours de ces artifices : ainsi quand les faits se passent normalement dans le secret, hors la présence de tout témoin, ou qu'ils ne laissent pas de trace, ou qu'ils revêtent une signification ambiguë. Il n'est alors, pour le juriste, d'autre ressource que d'éliminer ces faits comme conditions d'application des règles et, au cas où ils devraient en former la

condition unique, de renoncer à la règle elle-même appelée à les régir : ainsi, par exemple, pour l'exclusion du dol comme cause de nullité de mariage.

Ailleurs, le juriste écarte, dans le complexe des faits mis à la base de la règle, l'élément rebelle à la preuve en ne retenant que les circonstances susceptibles de preuve : ainsi, dans l'attribution de la responsabilité du dommage provenant de causes multiples parmi lesquelles se trouverait une faute, on néglige le caractère plus ou moins déterminant de la faute par rapport aux autres causes pour condamner à la réparation totale l'auteur de la faute (théorie dite de l'équivalence des conditions). Le même abandon se remarque dans maintes règles de droit civil, voire de droit pénal, où il est fait abstraction de l'état psychologique de l'agent, de l'intention dans laquelle il a agi ou s'est abstenu d'agir, de sa bonne ou de sa mauvaise foi, simplement parce que ces recherches, de nature délicate, auraient pour conséquence de mettre entrave au jeu aisé de la règle.

### **Concentration des règles et « constructions juridiques »**

Enfin, le droit demande, pour être « praticable », une certaine dose de concentration des règles. De là, notamment, les classements d'hypothèses et de solutions sous des prédicats communs donnant autant de principes de division : par exemple, les choses se divisent en meubles et immeubles ; les systèmes de protection des incapables se divisent en représentation et assistance ou autorisation. Parfois le juriste va plus loin : de la même manière qu'il fausse les définitions par substitution ou amputation, il force les classements soit par extension à des catégories qui, de soi, n'y rentrent point, soit par inversion de l'ordre naturel de rattachement : ainsi la classification meubles-immeubles étendue aux droits de créance et aux droits intellectuels, le rattachement de certains meubles à la catégorie des immeubles (cas des immeubles par destination), etc.

Un autre procédé de concentration des règles est celui des « constructions juridiques ». On entend par là une systématisation du droit par voie dialectique à partir d'une « idée » représentative et, si possible, évocatrice dont les conséquences dérivées rayonneront ensuite sur toute la matière pour l'unifier et, éventuellement, la féconder. À l'explication réelle des règles, tirée de considérations souvent fuyantes ou complexes, vient s'ajouter un principe idéal plus ou moins artificiel au regard de l'explication réelle, mais dont la valeur

synthétique apportera lumière dans l'amas diffus des règles : ainsi l'idée de patrimoine comme entité abstraite indépendante des biens concrets qui le composent, l'idée de la continuation par l'héritier de la personne du défunt, etc. En même temps, l'idée, jouant le rôle de l'hypothèse dans les sciences, peut contribuer au développement du droit en suggérant des solutions sur des points nouveaux non prévus par le droit existant.

Mais il faut dire tout de suite que le procédé des constructions juridiques et aventureux, dans la mesure précisément où l'idée, s'éloignant des réalités qui conditionnent ou gouvernent le droit, risque de sacrifier la substance de celui-ci à une unité factice.

Aussi bien, et d'une manière générale, si important que soit, dans l'élaboration du droit, le facteur de la « praticabilité », on ne peut lui accorder la première place. Avant d'être « praticable », la règle juridique doit être bonne, c'est-à-dire conforme aux exigences du bien public dans les conditions propres au milieu social où elle est appelée à exercer son action. C'est donc un problème d'équilibre et de mesure, sans compter que l'« impraticabilité » d'aujourd'hui peut disparaître demain grâce aux progrès de la science dans la définition de ses concepts, grâce au perfectionnement des moyens de preuve, grâce à une distribution plus logique des matières du droit.

## 📌 Notes complémentaires sur la méthode juridique

### **Vérité relative et variabilité des solutions du droit**

De cet exposé sur la méthode d'élaboration du droit découlent deux conclusions. La première concerne le caractère de certitude simplement morale et même relative des solutions du droit. Apprécier exactement les situations de fait pouvant donner lieu à règlement ; discerner, à propos de ces situations et en relation avec ce règlement, les exigences concrètes du bien général ; discerner et soupeser, à propos du règlement projeté, le sentiment de l'opinion publique ; mettre en forme « praticable » la solution finalement arrêtée ; autant de problèmes que l'on ne peut résoudre à coup de certitudes d'ordre mathématique ou scientifique. Dès lors, s'il existe des solutions de droit qui peuvent s'autoriser d'une certitude suffisante aux yeux des hommes de jugement et d'expérience, il en est

d'autres qui peuvent souffrir contestation, n'étant fondées que sur des opinions plus ou moins probables.

L'étude de la méthode juridique permet, d'autre part, de comprendre pourquoi le droit varie suivant les temps, les lieux, les circonstances. Car si les principes directeurs de l'élaboration ont valeur universelle en ce qu'ils déterminent les facteurs à prendre en considération, les réponses données par ces facteurs, dans les différents pays, aux différentes époques, sont variables. Dans la mesure, d'ailleurs, où les réponses viendraient à changer, le droit établi sur la base de ces réponses doit lui-même changer. C'est pourquoi il est erroné d'assigner au droit une « fonction conservatrice ». Certes, la règle établie a pour but et pour effet de stabiliser le droit : tant qu'elle n'aura pas été changée, elle garde sa force obligatoire. Mais c'est le devoir du législateur et du juriste constructeur du droit de modifier le droit établi pour le mettre en harmonie avec les mutations sociales irréversibles.

## **Droit et morale**

Reprenant, pour la détermination du *contenu* des règles, le parallèle précédemment esquissé, du point de vue formel, entre le droit et la morale, les différences suivantes apparaissent.

1. Tandis que la règle de droit est un instrument – parmi d'autres, relevant de la politique générale – de réalisation effective du bien public, la règle morale n'a pas de fonction instrumentale : elle explicite simplement ce qui est à faire et à ne pas faire dans le domaine de l'agir humain.

2. Tandis que la règle de droit a pour mesure le bien public en tous domaines de l'ordre temporel, la règle morale exprime le bien et le mal par référence à la vocation de l'homme individuel et à l'accomplissement de ses fins naturelles et surnaturelles.

3. Tandis que la règle de droit est obligée de tenir compte de l'opinion publique de peur que sa disposition ne soit inefficace ou même ne tourne finalement contre le bien public, la règle morale est, de soi, insensible à ces contingences.

4. Tandis que la règle de droit, pour être applicable, est assujettie à une technique de formulation et de mise à exécution, la règle morale n'a pas besoin du truchement des sources formelles, ni même des concepts et des mots pour s'imposer aux consciences. D'autre part, l'observation en est libre, sans l'intervention d'organes extérieurs d'application.

Aussi bien, distinction n'est pas séparation. Nonobstant la distinction des fins et des fonctions, très souvent le droit fait sienne l'exigence morale : ainsi spécialement quand il met son impératif au service de la justice. Rendre à chacun le sien, c'est d'abord une règle de morale, mais c'est aussi, normalement, l'exigence du bien public et, par conséquent, du droit. A fortiori, le droit ne peut contredire la morale en commandant ce qu'elle défend, en interdisant ce qu'elle prescrit. Comment imaginer un conflit entre le bien moral de l'homme et le bien de la communauté des hommes envisagé soit en lui-même, soit dans les moyens de le réaliser ?

### @ 3. Le droit subjectif

Le droit subjectif, on l'a dit, est la prérogative conférée à une personne par le droit objectif. Par exemple, un individu, personne physique ou personne morale, est propriétaire d'un bien corporel, ou il est créancier d'un autre qui lui doit une prestation en argent ou en service ; l'auteur d'une œuvre artistique ou littéraire a, sur cette œuvre, des droits moraux et des droits pécuniaires ; les père et mère ont sur leurs enfants mineurs un droit d'autorité ; l'ouvrier a le droit de faire grève, etc. Cependant, la notion de droit subjectif est ambiguë ; certains même la rejettent comme fautive, à tout le moins comme superflue. C'est pourquoi il convient, au préalable, de rechercher en quels termes se pose le problème du droit subjectif, après quoi on présentera une définition de la notion, puis une classification des droits subjectifs. Quant à l'exercice ou au mode d'exercice des droits subjectifs, question qui fait partie de la matière, il en a été traité [cf. ABUS DE DROIT].

### @ Problématique du droit subjectif

Une première confusion à éviter est celle qui résulterait d'un déplacement, sur le terrain de la philosophie sociale et politique, du concept de droit subjectif interprété comme la traduction ou l'écho d'une théorie des droits

naturels de l'individu (Villey). Perspective évidemment fautive en tant qu'elle néglige la nature à la fois individuelle et sociale de l'homme. Mais il ne s'agit pas, en l'occurrence, d'opposer, à un droit subjectif de tendance libérale individualiste, un droit objectif de tendance sociale ou socialiste. Les doctrines sociales sont hors de cause. Le droit subjectif est pris dans le cadre du droit objectif, en dépendance de celui-ci, étant entendu, selon notre définition initiale, que le droit objectif est le droit positif, et non point le droit naturel. En un mot, le droit subjectif reste la prérogative créée et consacrée par le droit positif, dans les limites, sous les conditions et, éventuellement, les charges prévues par le droit positif.

On ne nie point pour autant la légitimité d'une projection du droit subjectif sur un autre plan, qui serait celui de la morale ou du droit naturel, ni même le devoir qui pourrait incomber au juriste, dans sa tâche propre d'élaboration du droit, de faire passer ces droits subjectifs, moraux ou naturels, au rang des droits protégés par la loi positive. En attendant ce passage au plan de la « juridicité » positive, de tels droits, juridiquement, n'existent pas.

Même envisagée dans le cadre du droit positif, la notion de droit subjectif a trouvé des contradicteurs.

Pour Duguit, le droit subjectif est un concept métaphysique, en ce qu'il impliquerait une supériorité de volonté du titulaire de ce prétendu droit sur la volonté de l'individu ou des individus tenus de le respecter. À ce concept, qu'il récuse au nom de la « science positive », Duguit substitue celui de « situation juridique », les individus étant situés par rapport à la règle soit activement, soit passivement. Ces « situations juridiques » seraient de deux espèces : d'une part, les « situations juridiques objectives », ainsi les situations d'époux, d'enfant légitime ou naturel, de propriétaire, de citoyen, etc. ; d'autre part, les « situations juridiques subjectives », ainsi les situations des personnes liées l'une vis-à-vis de l'autre par un contrat.

Pour Kelsen, ce qu'on nomme le droit subjectif n'est que l'effet réflexe de l'obligation juridique, de l'individu ou des individus, de se conduire à l'égard d'un autre individu de telle façon déterminée par la règle de droit (*Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, p. 173). Le droit subjectif n'apparaît qu'avec le pouvoir,

conféré par l'ordre juridique à celui envers lequel existe l'obligation de se conduire de telle façon, de faire valoir, par une action en justice, l'inexécution de l'obligation. Encore est-il que ce pouvoir juridique, tout comme l'obligation juridique, est une norme juridique, signifiant seulement qu'une norme fait d'une conduite déterminée du titulaire (l'exercice de l'action en justice), la condition de certaines conséquences (pp. 181 à 183).

Mais, une fois reconnue la primauté de la règle de droit positif, pourquoi nier que celle-ci puisse faire naître, dans les rapports entre les sujets, des droits subjectifs et des obligations subjectives ? Les situations juridiques actives et passives de Duguit ne se ramènent-elles pas aux droits et obligations de la théorie classique ? De même, l'obligation envers un ou plusieurs autres de Kelsen n'a-t-elle pas pour corrélatif nécessaire un droit de ces autres vis-à-vis de l'obligé ? Et qu'est-ce qui interdit de dénommer droit subjectif le pouvoir juridique, remis à celui envers lequel une certaine conduite est imposée, de poursuivre l'exécution de ce à quoi ou sur quoi, d'après la loi, il a droit ? En définitive, le droit subjectif n'est rien d'autre que le *suum cuique* de la définition classique. Le débat, dès lors, se réduit à une querelle de mots.

Ce qui est exact, en revanche, c'est que la tâche du droit positif ne se borne pas à la création de droits subjectifs comme si le droit subjectif couvrait tout le droit. Le droit subjectif suppose en effet un ou plusieurs titulaires, déterminés ou déterminables. Or une foule de règles ne prescrivent que des obligations dont les bénéficiaires sont la société en général ou les membres indéterminés de la société : ainsi les règles instituant des organismes ou des mécanismes et déterminant les conditions de leur fonctionnement (organisation de l'État, des groupements publics et privés, de l'état civil, de la publicité des mutations, etc.) ou encore les règles édictées dans l'intérêt des tiers ou du public (règles protectrices de l'ordre public, de la sécurité publique, de la police du commerce, etc.). L'objet premier de ces règles, bien qu'elles ne puissent se réaliser que dans et par des comportements, est évidemment institutionnel, normatif, et non attributif de droits subjectifs (sinon parfois par voie réflexe).

Il faut donc écarter les théories antagonistes : tant celle qui fait table rase du droit subjectif que celle qui ne voit dans le droit objectif qu'un réseau de

droits subjectifs. La vérité est que, selon la matière qu'il a à traiter, le droit confère des droits ou ne pose que des règles objectives simplement génératrices de l'obligation générale de l'obéissance à la loi.

### 📍 Définition du droit subjectif

Que faut-il maintenant ranger sous le concept de droit subjectif ? Toute prérogative quelconque attribuée à un sujet mérite-t-elle cette dénomination ? Certains auteurs, d'ailleurs partisans du droit subjectif, estiment qu'on abuse de ce concept et qu'il y a lieu d'en restreindre fortement l'emploi. Ne serait droit subjectif, selon cette opinion, que la prérogative constituant pour son titulaire un véritable bien dont normalement il peut disposer soit par voie de cession à un tiers, soit par voie de renonciation. Remplit ces conditions, au premier chef, le droit subjectif de propriété, mais non, par exemple, la catégorie des droits dits de la personnalité (droit à la vie, aux différentes libertés), lesquels demeurent dans la sphère des intérêts légitimes protégés par une action en justice (P. Roubier). Mais la réponse dépend de la définition que l'on donne du droit subjectif.

Remarquons d'abord, du point de vue méthodologique que rien n'empêche d'entendre le droit subjectif non comme une espèce particulière du genre « prérogative », mais comme synonyme de « prérogative » en général. Historiquement, c'est de cette façon qu'est née l'expression : d'un côté, il y avait le Droit, c'est-à-dire la règle, à laquelle on a donné le nom de « droit objectif » ; de l'autre, il y avait les droits, c'est-à-dire les prérogatives dérivées de la règle, auxquels on a donné, par antithèse, le nom de droits subjectifs. Plus tard, on s'est efforcé de donner du droit subjectif une définition plus stricte, en en faisant une prérogative d'une certaine espèce.

Sous le bénéfice de cette observation, deux grandes définitions ont été proposées : l'une met en avant le pouvoir de volonté conféré par la loi (Savigny, Windscheid), l'autre s'attache à l'idée d'intérêt protégé par la loi (Ihering). Des thèses mixtes ont vu le jour, faisant intervenir à la fois l'intérêt et la volonté (Jellinek, L. Michoud). Il semble bien que la priorité doive être accordée à l'élément intérêt : à la base des droits subjectifs se trouvent des intérêts, c'est-à-dire des biens ou valeurs reconnus par la loi comme appartenant en propre à l'intéressé. Tantôt ces biens ou valeurs sont inhérents à la personne du sujet et ils sont innés

(ainsi la vie, les différentes libertés), tantôt ils lui sont extérieurs et ils doivent avoir été acquis légalement (ainsi les choses). Tantôt l'appartenance est directe : dès l'abord le bien est sien ; tantôt l'appartenance est indirecte, se traduisant par une créance contre une personne, créance fondée soit sur une qualité du créancier (ainsi la créance d'aliments entre parents), soit sur quelque commutation où la créance est la contrepartie d'une prestation (par exemple, la créance en paiement du prix de vente, en réparation d'un dommage appelant réparation, en restitution d'un enrichissement sans cause).

Mais ce n'est pas tout. Sauf au cas de biens dont la jouissance ne nécessite aucune activité de la part du sujet (ainsi pour la vie, qu'il suffit d'entretenir), le droit subjectif appelle à sa suite un pouvoir juridique de libre usage et de libre disposition du bien sur lequel porte le droit : en principe, le titulaire fait du bien qui lui appartient ou qui lui revient, ce qu'il veut. Par cette voie s'introduit, dans la définition, le facteur de la volonté sinon comme élément constitutif du droit (à moins que le droit n'ait précisément pour objet quelque liberté d'agir ou de ne pas agir), mais comme la condition requise pour son exercice. Quant aux personnes que la loi déclare incapables (ainsi les mineurs non émancipés), elles conservent leurs droits, avec les avantages qu'ils comportent, mais en perdent l'exercice, qui est confié à leurs représentants, pour autant d'ailleurs que, par leur nature, ces droits ne répugnent pas à représentation.

Enfin, le droit subjectif, qui s'impose au respect de tout le monde (inviolabilité), est sanctionné par une action en justice (action en revendication d'une chose, en exécution d'une obligation, en réparation d'un dommage, etc.). Nonobstant sa liaison avec le droit, l'action fait l'objet d'un droit subjectif nouveau, dont le sort et le régime juridique ne sont pas toujours ceux du droit garanti. Aussi bien, il est des actions en justice auxquelles ne correspond aucun droit, par exemple les actions en annulation ou en résolution d'actes juridiques.

Si cette définition du droit subjectif est correcte, on ne voit pas le motif d'exclure de la catégorie du droit subjectif, pour les mettre à part, les droits de la personnalité, les droits réflexes du droit objectif, les libertés, les facultés, les pouvoirs, toutes ces situations évoquant des intérêts dont l'ayant droit est le maître, en principe. Seuls font difficulté les droits-fonctions : plutôt que bien propre,

la fonction est service. Encore faut-il remarquer qu'une personne peut avoir un droit subjectif à l'attribution d'une fonction (ainsi les parents pour l'éducation de leurs enfants) et que toute personne investie d'une fonction a le droit d'accomplir, sous sa responsabilité mais sans immixtion indue, les actes d'exercice de cette fonction.

## @ Classement des droits subjectifs

Il est impossible et vain de donner une énumération des droits subjectifs tant sont multiples les intérêts qu'ils peuvent recouvrir. C'est dire qu'il n'est pas de l'essence du droit subjectif d'être préconstitué, défini d'avance par la loi, la coutume, la jurisprudence. En raison des progrès de la science et de l'évolution sociale, des intérêts nouveaux surgissent qui, peu à peu, par le travail des tribunaux et de la doctrine, recevront la protection du droit. Il est possible, en revanche, et indispensable d'opérer entre les droits subjectifs des classements, parce que ces classements influent sur le régime juridique des droits.

Les principes de classement sont très divers. L'un des plus fréquemment cités est le classement des droits en patrimoniaux et extra-patrimoniaux. Mais si l'on se réfère à la structure des droits subjectifs plutôt qu'à des qualités ou attributs étrangers à cette structure (ainsi le caractère patrimonial ou extra-patrimonial), deux principes de classement sont à prendre en considération : l'un, tiré de l'objet du droit subjectif, l'autre déduit du système de relations, interindividuelles ou corporatives, dans lequel s'insère le droit.

### **Classement selon l'objet**

De ce point de vue, les droits subjectifs se divisent en droits de la personnalité, droits sur les choses corporelles (droit réel, *jus in re*), droits sur la personne d'autrui (droit personnel ou de créance, *jus in personam*), droit sur des choses incorporelles (droits intellectuels).

1. Les *droits de la personnalité* sont les droits qui ont pour objet les éléments constitutifs de la personne sous tous ses aspects : physique et moral, individuel et social. En premier lieu, l'être du sujet : son corps et ses membres, mais aussi ses convictions et ses affections, sa pudeur, son intimité, son honneur,

les traits de son personnage physique (son image) et moral. Autant de valeurs qui tiennent à la personne et auxquelles nul ne peut porter atteinte sans violer le droit du sujet.

Mais vivre, pour l'homme, c'est aussi déployer les puissances et satisfaire les aspirations de son être, bref agir et, puisque l'homme est un être doué de raison, agir de façon autonome.

Ici se profile le champ immense des libertés extérieures : libertés corporelles d'aller et venir, de résider en un lieu ; liberté d'expression de la pensée, oralement ou par la presse, de la pratique d'un culte, d'enseigner ; liberté de la production d'œuvres de toutes sortes, des mains ou de l'esprit ; liberté du choix du mode de vie (mariage, profession, travail) ; liberté de communiquer avec autrui par la voie de l'échange, de la donation, de la fondation, de l'association, de la réunion – bref, liberté d'accomplir tous actes quelconques (actes matériels ou actes juridiques, générateurs de droit ou de situations de droit), toujours sous réserve des limitations ou conditions posées par la règle de droit.

À ces libertés ou droits d'agir on joindra les « pures facultés » ou libertés de ne pas agir (de ne pas passer contrat, de ne pas s'affilier à un groupement privé), ainsi que les « droits d'option » entre deux ou plusieurs partis (accepter ou répudier une succession).

2. Les *droits réels* ont pour objet les choses corporelles, solides ou fluides captables (gaz, électricité). Le droit réel le plus complet, que l'on a l'habitude de confondre avec la chose même, est le droit de propriété, qu'il s'agisse de propriété individuelle ou de copropriété indivise. Le propriétaire a la plénitude et l'exclusivité des pouvoirs d'utilisation de la chose ; il peut en user, la transformer ou la détruire, comme il peut en faire bénéficier d'autres personnes bénévolement ou en leur concédant sur sa chose un certain droit d'usage, soit à titre personnel, soit à titre réel. En ce dernier cas, le droit de propriété est dit « démembré » : tantôt le propriétaire ne peut plus tout faire (restriction à la plénitude des pouvoirs : cas de l'usufruit, des servitudes négatives, telle celle de ne pas bâtir) ; tantôt il doit souffrir qu'un autre fasse, de son côté, ce qu'il peut d'ailleurs continuer à faire lui-même (cas des servitudes positives : laisser le

passage par son fonds).

3. Alors que les droits réels frappent les choses, les *droits de créance*, eux, frappent les personnes, en ce sens qu'une personne, le débiteur, est tenue vis-à-vis d'une autre, le créancier, de l'exécution d'une certaine prestation, positive ou négative, formant le contenu de son obligation. En raison de l'obligation qui la lie au créancier, la personne du débiteur est engagée. Le créancier a pouvoir sur elle et, à défaut d'exécution volontaire, l'exécution forcée pourra être demandée sur sa personne ou sur ses biens.

Dans le langage technique des juristes, le nom de droit de créance ne désigne que les créances qui ont pour objet une prestation évaluable en argent. Mais, du point de vue des structures, le caractère patrimonial ou non de l'obligation est sans portée. C'est pourquoi, dans le droit de la famille, les devoirs de cohabitation, de fidélité et d'assistance entre époux, le devoir des père et mère d'élever et d'éduquer leurs enfants répondent entièrement au concept du droit de créance.

C'est à tort que l'on a prétendu ramener au type unique du droit de créance les droits réels sous prétexte que ceux-ci engendreraient simplement une « obligation passive universelle », le débiteur étant alors tout le monde hormis le titulaire du droit (Planiol). En réalité, cette obligation de tout le monde n'est rien d'autre que l'obligation générale négative de ne pas porter atteinte aux droits subjectifs d'autrui, laquelle existe d'ailleurs pour le droit de créance aussi bien que pour le droit réel : n'est-il pas interdit à quiconque de s'immiscer dans les rapports entre le créancier et le débiteur pour empêcher celui-ci de remplir son obligation ? C'est l'opposabilité des droits aux tiers qui est ici en cause. Or, à cet égard, tous les droits, quel que soit leur objet – choses ou personnes – sont opposables aux tiers.

Aussi faut-il répudier la distinction entre des droits qui seraient absolus, tels les droits réels, et des droits qui ne seraient que relatifs, tels les droits de créance. Droits réels et droits de créance sont pareillement absolus, en ce qu'ils existent vis-à-vis de tout le monde ; ils sont pareillement relatifs, en ce qu'ils existent, pour le droit réel, sur une certaine chose, pour le droit de créance, sur

une certaine personne, le débiteur.

4. À la division classique entre droits réels et droits de créance s'est ajoutée, au XIX<sup>e</sup> siècle, une catégorie nouvelle que nous nommerons les *droits intellectuels (jura in re incorporali)* : ainsi les droits des auteurs sur leurs créations (propriété artistique et littéraire, inventions brevetées, dessins et modèles déposés) et les droits sur les signes représentatifs des personnes (nom civil), des entreprises (nom commercial, enseigne) ou des produits (marque de fabrique ou de commerce). Or, indépendamment de l'objet matériel qui leur sert de support (le livre, le tableau, l'appareil breveté, pour les créations ; le vocable ou l'image, pour les signes), c'est sur ces choses mêmes, en tant qu'incorporelles, qu'est assis le droit intellectuel. S'il s'agit de créations, l'auteur ou l'inventeur a la faculté de modifier ou de supprimer sa création, de la garder secrète ou de la communiquer au public en retenant pour lui le bénéfice matériel et moral de la publication. Il peut aussi céder ou donner en licence son monopole d'exploitation. S'il s'agit de signes, le titulaire du nom commercial, de la marque, etc., peut en faire usage pour lui-même et en interdire l'usage par d'autres.

On a proposé de dénommer « droits de clientèle » les monopoles d'exploitation attachés aux brevets et aux marques (Roubier). L'expression n'est guère satisfaisante parce qu'elle n'évoque que la finalité économique de ces monopoles comme moyens de ralliement de la clientèle, sans les définir dans leur structure juridique. Par contre, la clientèle peut faire l'objet d'un droit en tant qu'élément essentiel de l'ensemble incorporel que constitue le « fonds de commerce ».

### **Droits interindividuels et droits corporatifs**

Les droits interindividuels sont ceux qui se meuvent dans les rapports entre des sujets de droit distincts : personnes physiques ou personnes morales, privées ou publiques (ainsi les rapports entre deux États ou entre un État et une personne étrangère). Sous cette réserve capitale que les droits subjectifs des personnes morales ne sont jamais que fonctionnels, au service de leur fin sociale, les sociétés de commerce ou les États, par exemple, ont les « droits de la personnalité » compatibles avec leur nature d'êtres moraux (droit à la vie, à l'honneur) ; ils peuvent être propriétaires (domanialité privée ou publique) ; ils

peuvent être créanciers ou débiteurs ; ils peuvent agir en justice.

Mais si l'on se place sur le plan corporatif, celui des rapports intérieurs entre le groupe, privé ou public, et ses membres, la situation change. Non point que la relation de corps à membre serait exclusive de l'idée de sujet distinct qui est à la base même du droit subjectif. Car l'unité corporative n'est que morale et, dès lors, la dualité des sujets de droit – membre d'une part, groupe d'autre part – subsiste. Cependant, du fait de l'inclusion du membre dans un ordre sociétaire, les droits subjectifs, corporatifs prennent une physionomie particulière.

Du côté du corps d'abord, les droits corporatifs de celui-ci englobent les contributions diverses par lesquelles les membres collaborent à l'établissement et au fonctionnement du groupe. De ces contributions le groupe est, à la lettre, créancier : par exemple, l'État est créancier de l'impôt, comme des autres prestations qu'il peut requérir des citoyens. De plus, le groupe a sur ses membres un droit d'autorité s'exprimant dans les prérogatives de la législation, de l'administration, de la juridiction, avec le droit de sanctionner ses règlements et décisions : par exemple, l'État a des droits de puissance publique.

Du côté des membres du groupe : chacun de ceux-ci (si le groupe est à but intéressé) a le droit de recueillir une part équitable, proportionnelle à son rang ou à ses mérites, des avantages qui sont le résultat des activités sociétaires : par exemple, les citoyens ont le droit d'accès aux tribunaux, le droit à l'usage des services publics administratifs ; fréquemment ils se voient reconnaître des « droits économiques et sociaux » (droit à l'emploi, à la sécurité d'existence, au logement, à l'instruction, à la culture, etc.). Selon que le régime du groupe est plus ou moins démocratique, les membres ont des droits de participation au gouvernement du groupe : par exemple, dans l'État, les droits politiques (électorat, éligibilité, jury, référendum), l'admissibilité aux emplois publics, etc.

Le tableau que l'on vient d'ébaucher montre que le système des droits subjectifs corporatifs fonctionne selon le même modèle, *mutatis mutandis*, dans l'État et dans les groupements privés. Il reste toutefois cette différence essentielle que la position de souveraineté de l'État suscite un problème : celui de la possibilité logique, s'agissant d'un corps qui n'a pas de supérieur, de fonder, d'une

manière à la fois objective et positive, les droits subjectifs réciproques du corps et des membres qu'implique sa vie intérieure corporative. Quant aux citoyens, comment peuvent-ils revendiquer, à l'égard de l'État, des droits subjectifs publics alors que ceux-ci dérivent de la volonté de cet État et ne peuvent être garantis que par lui ? Quant à l'État, comment peut-il être admis, en même temps juge et partie, à définir lui-même souverainement ses propres droits vis-à-vis de ses membres ?

De fait, en théorie, le problème est sans issue. Mais, dans la pratique, des combinaisons institutionnelles ont été imaginées à l'effet de limiter par le dedans le bon plaisir de l'État souverain : ainsi, la séparation des pouvoirs qui cantonne chacun de ceux-ci dans sa sphère d'attributions ; mieux encore, le contrôle des actes de l'État par ses propres juges, à la décision desquels le pouvoir une fois condamné se range spontanément.

Il reste pourtant la toute-puissance du législateur, du moins là où n'a pas été institué un contrôle de la constitutionnalité des lois et, à un niveau plus élevé, la toute-puissance du pouvoir constituant. Mais les autorités internes, même suprêmes, sont parfois liées par des règles internationales protectrices des droits de leurs sujets : il en est ainsi pour la Convention européenne des droits de l'homme, signée le 4 novembre 1950, ratifiée par les États membres du Conseil de l'Europe. Dans cette convention sont énoncés comme droits positifs une série de droits de l'homme (parmi lesquels figurent certains droits subjectifs publics), la sauvegarde des droits énumérés étant assurée par des recours auprès d'organismes judiciaires internationaux (Commission et Cour européennes des droits de l'homme).