UNIVERSITÉ PARIS 1
PANTHÉON SORBONNE

INTRODUCTION AU DROIT PRIVE

(*2019 - 2020*)

Par

Xavier LAGARDE
Professeur à l'Ecole de Droit de la Sorbonne (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne)
Directeur du Département de recherche « Sorbonne - Justice et procès »

Le présent document est un support écrit du cours dispensé en première année de Licence à l'Ecole de Droit de la Sorbonne (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne). Il est conçu pour être accessible à un public profane désireux de s'acclimater aux notions essentielles du droit et aux méthodes des juristes.

Il est volontairement écrit dans une langue qui comporte parfois des familiarités, à l'image du vivant qui est la matière première de la chose juridique.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1.- Le droit et l'ennui

Il est rare qu'un jeune de 17 ou 18 ans entreprenne des études de droit, parce que, comme il l'a écrit dans sa lettre de motivation, « c'est vraiment sa passion ». Il n'allait pas raconter que le droit était son plan B, mais l'enseignant qui a vu son dossier de candidature et lu sa lettre a quand même un doute. Le droit n'est pas enseigné au lycée de sorte qu'il est une inconnue pour les nouveaux bacheliers. Hormis quelques personnages, les hommes de loi ne sont pas connus pour être de joyeux drilles. Dans la catégorie des intellectuels, les spécialistes des humanités, qu'ils soient philosophes, historiens, sociologues, laissent peu de place aux juristes. Quelqu'un qui a un peu de culture sait à peu près « de qui Descartes, Braudel ou Bourdieu sont le nom ». Kelsen et Carbonnier (des juristes) lui diront peut-être quelque chose. Il sera plus incertain à l'évocation de Pothier, Domat, Portalis et bien d'autres encore qui, au mieux, lui rappelleront des noms de rue. Les personnalités médiatiques ne servent pas non plus la cause du droit. Celles qui ont commencé leurs études en « faisant leur droit » en font généralement état sur un mode ironique en expliquant – ne riez pas, le gag est éculé - qu'après une année de droit, ils ont fait les autres de travers. Les patrons, « big boss » ou « start-uper », ont plutôt fait « commerce » ou « ingé ». Les « youtubeurs », on sait pas trop. Quoi qu'il en soit, l'étudiant de première année n'y peut rien, mais il lui est difficile d'être insensible à l'idée répandue que le droit est ennuyeux, qu'il requiert surtout de la mémoire et qu'a priori, son apprentissage ne mène pas sur les sentiers de la gloire.

La principale préoccupation du professeur qui entre dans un amphithéâtre de première année est donc de susciter l'intérêt de son auditoire qui, en attente à cet égard, est néanmoins conditionné pour en douter.

2.- Le droit et les enfants

Une entrée en matière possible est d'indiquer qu'à l'image de Mr Jourdain qui faisait de la prose sans le savoir, les étudiants pratiquent le droit depuis leur plus jeune âge. Dans les cours de récréation de la petite école, de la maternelle ou de la primaire, dans les aires de jeu ou dans les squares, les enfants ne sont pas les derniers à dire : « *c'est pas juste* », « *t'as pas le droit* », « *je vais le dire* », « *je fais ce que veux* », « *çà te regarde pas* ». Il arrive parfois que le langage soit plus fleuri, mais enfin, les mots du droit sont utilisés par les plus jeunes, sans qu'on sache bien pour quelle raison. A la limite, cette ignorance des causes n'est pas bien grave pour le juriste. Ce qui l'intéresse en premier lieu, c'est le sens que les enfants mettent dans ses expressions et ce qu'il révèle d'une approche intuitive du phénomène juridique. En effet, c'est une règle élémentaire que pour concevoir quelque chose, il faut d'abord en avoir l'intuition, puis tenter de rationaliser. On apprend cela au collège et c'est vrai pour toute la vie.

> Petite subtilité au passage (vous pouvez passer et si vous ne comprenez pas, faites temporairement abstraction et revenez-y plus tard). De cette manière d'aborder le droit, quelques esprits bienveillants diront qu'elle « essentialise » le phénomène, qu'elle traduit

une forme de « jusnaturalisme » (en gros, l'idée que le droit est un phénomène naturel comme l'eau de la pluie ou la lave des volcans) et qu'elle est une dénégation sournoise de la dimension culturelle et contraignante du droit. Bof… Dans un univers qui est censé être l'un des plus beaux espaces de liberté, puisqu'il est le lieu où l'esprit se meut à loisir, le jugement, la critique, voire le procès d'intention sont fréquents. Les intellectuels ne sont pas les derniers à soupçonner leur semblable. Bref, attention à ne pas prêter à la présentation intuitive du droit plus que ce qu'elle expose. Il ne s'agit pas de dire que le droit est dans la nature, comme les plantes vertes et les fruits rouges, mais que, naturellement, c'est-à-dire sans préparation spécifique, les enfants « parlent le droit ». C'est un constat (« just facts ») suivi d'une méthode qui se donne pour objet d'analyser les faits observés et de mettre du sens là où il n'y a que des mots.

Reprenons les quelques expressions inventoriées en les traitant dans l'ordre inverse à celui de leur énoncé et ce, pour aller du plus simple au plus complexe :

- « *Çà te regarde pas* », ce qui veut dire en à peine plus élaboré, « *c'est ma vie, c'est pas la tienne* » et, en un peu plus réfléchi, « *il y a dans ma vie, une part à laquelle tu n'as pas librement accès* ». Cette proposition peut être dite en ces termes : « *chacun a droit au respect de sa vie privée* ». C'est encore du langage courant, dont le profane saisit le sens que l'enfant lui prête malgré lui, mais c'est déjà une règle de droit, écrite à l'article 9 du Code civil, l'un des textes (le Code) les plus importants du droit, dont l'existence et la structure (pas le contenu, souvent modifié) datent de 1804 (à l'époque, le « boss », c'est Napoléon et son « job » - évitez « taf », même dans votre langage quotidien, c'est vraiment trop laid) est de mettre un terme à la Révolution qui a certes mis fin à la Royauté, mais avec de sérieux « dommages collatéraux » ; le code civil, on y reviendra, a servi cet objectif de pacification de la société civile française) ;

- « *Je fais ce que veux* » exprime l'affirmation de sa liberté et du droit d'échapper à la contrainte d'autrui. S'il est ajouté, avec arrogance, « *je fais ce que je veux, quand je veux et où je veux* » (réponse que fait le « mélomane » un peu sourd à son voisin qui lui demande de « mettre moins fort »), la proposition sonne comme l'expression d'une liberté abusive qui s'exerce au détriment d'autrui. Il n'est pas besoin d'aller chercher bien loin dans les textes de droit pour y trouver la consécration de cette aspiration éprouvée dès l'enfance et de la conscience qu'elle n'est pas sans limite. Ainsi l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 (on peut dire « la déclaration de 1789 », c'est plus court et tout le monde comprend), qui fait partie de notre Constitution, le texte le plus impérieux en droit français (proposition un peu approximative, mais admissible pour le moment), dispose-t-il que « *la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* » ;

Jusqu'ici, c'est assez simple et l'hypothèse que nous aspirons dès l'enfance au respect de principes qui ont une valeur juridique se vérifie aisément. Cependant cette observation nous révèle seulement que nous avons une conscience intuitive du contenu du droit, au moins de ses grands principes, par exemple, comme on vient de le voir, le respect de la vie privée ou la coexistence des libertés. Elle ne nous donne aucune indication sur notre intuition de ce qu'est le droit. Nous voyons le contenu, pas le contenant. Pourtant, de ce dernier, nous avons une perception, sans doute un peu grossière, mais que révèle les trois expressions qu'il nous reste à approfondir :

- « *Je vais le dire* ». On imagine la saynète. Max amène un ballon dans la cour de récré pour faire « une balle au prisonnier » et Paul lui pique pour faire un foot avec ses copains. Max tente de récupérer sa balle. Paul et ses potes lui font comprendre qu'il perd son temps et « qu'il a qu'à faire un badminton ». Du coup, Max « va le dire » au prof qui surveille la cour de récré. Le prof appelle Paul et lui demande de s'expliquer. Réponse de Paul : « mais c'est luiii, Meusssieu, y nous soûle avec ses jeux de gonzesses ». Le prof se dit que Paul a besoin d'une leçon : 1.- Il a un comportement de petit prédateur ; 2.- Il tient des propos bêtes et sexistes. Résultat : Paul finit « au piquet » et Max fait son jeu avec Hugo, Valentine et cie. Que s'est-il passé ? Un différend entre Paul et Max, en droit, nous dit l'article 4 du code de procédure civile, un « *litige* » ; une explication devant un tiers, certes assez peu brillante, mais au moins Paul a dit ce qu'il avait à dire si bien que l'article 14 du même code a été respecté ; en effet, nous dit ce texte, « *nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée* » ; une sanction prononcée contre Paul et « *mise à exécution* » parce que, décidée par un tiers légitime (ici le « prof »), elle est « *exécutoire* », selon l'expression qu'utilise l'article 501 (toujours du code de procédure civile). Notre prof aura probablement plus l'impression d'avoir sainement géré sa cour de récré que d'avoir fait du droit. Mais s'il a cette impression, c'est en fait qu'il a spontanément intégré la symbolique de la Justice, à savoir le Glaive et la Balance : on écoute les thèses en présence afin d'en balancer leur valeur respective, puis on tranche, avec l'efficacité que donne le maniement d'un glaive (on pourrait dire une épée, mais on dit un glaive, c'est comme çà).

- « *T'as pas le droit* ». C'est ce que Max a dit à Paul avant d'aller s'épancher auprès du prof. Pendant ce temps-là, Mina s'est moquée de Max, qui s'est fait piquer sa balle comme un bleu. Et Valentine a dit à Mina, « *çà se fait pas* », en laissant bien traîner le « a » de « pas ». Ces deux petites accroches, certes du niveau d'une classe de grande section en maternelle, sont néanmoins significatives de ce qu'un mioche (passez l'expression) de 5 ou 6 ans a intégré que dans l'ordre de la contrainte, il y a des différences à faire. Quand Max va se plaindre auprès du prof, Valentine garde pour elle ses états d'âme. D'ailleurs, il est possible que Sonia intervienne dans le débat pour dire à Valentine, que « *ouais, mais c'est pour rire* ». Le langage enfantin révèle la perception que ce qui est de droit, vaut de la même manière pour tout le monde, alors que ce qui ne se fait pas pour Valentine, est acceptable pour Mina et Sonia. Tout un chacun sait qu'il y a des choses qui se peuvent et d'autres non. Mais il y a ce qui vaut pour tous, le droit, et ce qui vaut pour partie d'entre nous, comme les mœurs ou la morale, par exemple.

Nouvelle petite subtilité avec la même observation que pour la précédente. Pour information, il est fréquent que dans les ouvrages de droit, il y ait des parties imprimées en gros caractères et d'autres en plus petits. Ces dernières se composent de développements, dont la compréhension n'est pas absolument nécessaire à court terme (en gros, pour valider son semestre), mais dont la lecture ne peut pas nuire. Elles permettent, dit-on, d' « aller plus loin » et, que ce soit utile immédiatement ou non, c'est toujours bien d' « aller plus loin », ou « plus haut », voire « plus profond ». Venons-en au fait. Il existe un adage « nul n'est censé ignorer la loi » (en latin, c'est plus classe et çà donne *Nemo censetur ignorare jus* ; précision en passant, en latin et à l'écrit – pléonasme, car le latin est une langue morte - il n'y a pas d'accent), généralement connu des profanes. Ils en sourient un peu car quand même. Vu le nombre de codes, de lois, de règlements, d'arrêtés, il est plutôt évident que tout le monde est ignorant de la loi. D'ailleurs, les juristes le

savent bien eux-mêmes. Quand on leur pose une question à laquelle ils ne savent pas répondre, ils disent que ce n'est pas leur domaine et qu'il est impossible d'être omniscient. C'est donc bien la preuve que cet adage est une plaisanterie. Sauf que les juristes sont peut-être ennuyeux, mais pas totalement stupides. Nul n'est censé ignorer la loi signifie que nul ne peut se prévaloir de son ignorance du contenu de la loi pour justifier le comportement par lequel il la méconnaît. Cette règle est plutôt saine car elle permet de sanctionner la petite crapule qui a volé un deux-roues et croit malin d'expliquer au tribunal que : « oui monsieur, je l'ai emprunté, moi, c'est tout et je savais pas qu'un emprunt c'était considéré comme un vol…etc. » Mais au-delà de son bénéfice pratique, l'adage a une portée théorique considérable aux fins d'apprécier la spécificité du phénomène juridique. L'adage dit cette chose importante que la règle est la même pour tous, que l'on soit sachant ou ignorant. Ce qui vaut en droit, c'est d'abord ce qui vaut pour tous. On ne peut pas en dire autant des échelles de valeur qui se discutent et se disputent en politique ou encore sous l'angle des mœurs, de la morale ou de la religion. Et si vous n'en êtes pas convaincu, exposez sans fard et lors d'un dîner entre potes, votre point de vue personnel sur, au hasard, l'adoption par les couples homosexuels, les signes religieux ostentatoires, le suicide assisté ou encore la « gestion des flux migratoires » ; une chose est sûre, vous ne ferez pas l'unanimité. Par contre (expression parfaitement correcte, quoi qu'on dise), si vous exposez que « tout fait quelconque de l'homme oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer », ou encore que « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits », tout le monde va s'endormir, mais, c'est du droit et çà ne fâche pas.

- Restons encore quelques instants dans la cour d'école pour analyser ce que dit un enfant qui, après s'être fait remettre en place, part en boudant et verbalise son dépit d'un « *c'est pas juste* ». Au centre aéré (le mercredi, quand il n'y a pas école, mais qu'on s'y trouve encore) Valentine ne veut pas partager son « quatre heures » avec Mina qui n'a pas prévu de goûter. L' « anim » lui dit « *c'est pas bien* », ce qui sous-entend que Valentine a le droit de ne pas partager son goûter, c'est à elle et elle en fait ce qu'elle veut, y compris l'engloutir avec mauvaise conscience, mais que, malgré tout, elle s'honorerait à être plus généreuse. Vous le pressentez, l' « anim » tient à Valentine un discours moral. Paul exprime autre chose lorsque, après avoir été puni à recopier 25 fois (autrefois, c'était 50) « je ne bavarde pas en classe » alors qu'il s'est contenté de répondre à David qui n'arrêtait pas de le solliciter depuis ½ heure, il fait valoir plus ou moins discrètement que « *ce n'est pas juste* ». Paul dit que la sanction qui lui est appliquée tombe sur la mauvaise personne. Ce n'est pas l'affaire Dreyfus, mais à l'échelle de la petite école, c'est une « erreur judiciaire » (à vérifier quand même, parce que Paul bavarde tout le temps). La règle qui expose à une sanction celui qui trouble le bon déroulement du cours lui a été injustement appliquée et ce discours que Paul intériorise est bien d'ordre juridique. Le récit de ces petites séquences, l'une autour du goûter, l'autre du bavardage, autorise à risquer deux hypothèses : la première, déjà anticipée, est que droit et morale ne se confondent pas, la seconde est que l'idée du droit n'est pas détachable d'un idéal de justice.

Passage en petits caractères (maintenant, vous connaissez l'utilité du procédé). Les développements de ce point n° 2 sont exposés avec légèreté et vous vous demandez si tout cela est bien sérieux. Une chose est certaine, le droit que vous allez étudier dans peu de temps (dans quelques pages et pendant quelques années) est une affaire plus exigeante

intellectuellement. Il reste que, même après 20 ans ou plus de carrière, même en exerçant dans une spécialité bien définie, un juriste ne doit jamais perdre de vue que les développements les plus ardus trouvent une résonnance dans la vie de tous les jours. La technique juridique a pour fonction première de résoudre les difficultés d'individus qui ne la maitrisent pas. Il faut donc rester au contact et maintenir le lien entre la science du droit et la justice intuitive. C'est une marque de talent, spécialement pour un avocat, que de savoir toujours tenir les deux bouts de la corde, les abstractions d'un côté, la situation concrète de l'autre. Une manière de tester son aptitude à ne pas être « trop perché », est de s'astreindre à exposer en 2 ou 3 phrases tirés du langage courant, voire familier, la solution déduite juridiquement (évidemment, il est recommandé que le juriste soit capable de faire le chemin en sens inverse et d'un étudiant, on attend avant tout qu'il maitrise au plus vite la langue et les méthodes du droit).

Un exemple. A l'article 2316 du code civil, il est écrit la chose suivante : « *la simple prorogation de terme, accordée par le créancier au débiteur principal, ne décharge point la caution, qui peut, en ce cas, poursuivre le débiteur pour le forcer au paiement.* ». Vous n'avez peut-être pas compris et c'est un peu normal. Explication par l'exemple (ce qui, en général, n'est pas une bonne méthode, mais elle est acceptable à ce moment de vos études) : vous souscrivez un emprunt pour acheter une voiture (1ère mauvaise idée, car le premier bienfait de cet achat sera de vous énerver dans les embouteillages, mais bon, vous avez le droit et même, plus précieux encore, c'est votre liberté ; 2ème mauvaise idée, car vous empruntez beaucoup trop et vos premières payes vont être englouties par l'emprunt) ; comme votre banquier vous fait totalement confiance mais qu'il est prudent, il demande qu'un de vos parents, qui a des revenus réguliers, accepte de rembourser l'emprunt à votre place au cas où vous ne seriez plus en état de le faire (on dit « insolvable »). Le Banquier, dans le texte, c'est le « *créancier* ». Vous, vous jouez le rôle du « *débiteur principal* », tandis que celui de « *la caution* » est tenu par votre parent qui accepte de s'engager à vos côtés (Attention, la « caution » est ici une personne, celle qui est prête à payer à votre place ; rien à voir avec la « caution » que vous laissez au loueur lorsque vous louez un vélo ; dans ce dernier cas, le termes caution est impropre et il faut parler de « dépôt de garantie »). Vos finances traversent une passe délicate (autrefois, on disait « *vous êtes dans la gêne* »), vous en parlez à votre banquier et ce dernier accepte d'échelonner votre dette (au lieu de payer 100 tous les mois, sur les 2 ans d'emprunt qui restent à courir, vous allez payer 70 sur 3 ans). C'est ce qu'on appelle, dans le texte, une « *prorogation du terme* ». Vous retournez voir votre parent (« *la caution* ») et vous lui dites que, quand même, les banquiers sympas, çà existe. Votre parent n'est pas exactement du même avis parce qu'il vient de recevoir un recommandé dans lequel le Banquier lui écrit la chose suivante : « *le débiteur principal ne réglant plus que 70 sur 100, à chaque échéance, nous vous mettons en demeure (i.e. demandons) de bien vouloir nous régler le complément, soit la somme de 30, à chaque échéance et nous vous prions d'agréer… et blablabla, et blablabla* ». Le Banquier fait tout simplement application de l'article 2316 du code civil en considérant que le terme accordé au débiteur principal (vous) « *ne décharge point la caution* » (votre parent doit donc payer les 30 qui font défaut chaque mois). Il vous reste à espérer que votre parent soit aussi « sympa » que votre banquier, car le même article 2316 énonce également que, « *en ce cas* » (la caution paie à votre place), la « *caution (…) peut (…) poursuivre le débiteur pour le forcer au paiement* ». En résumé, vous considérez que cette affaire ressemble à un jeu de dupe : le banquier fait un cadeau (la « *prorogation du terme* ») à son client, mais il en fait payer le prix à la caution ; la caution règle à la place du débiteur, mais elle peut lui demander immédiatement le remboursement, ce qui rend bien illusoire le « cadeau » du banquier. Bref, en vous accordant un délai, le banquier vous a pris pour une pomme. En même temps, en pensant que le délai du banquier allait vous tirer d'affaire, vous avez été un peu naïf. Si la banque vous a demandé la caution d'un parent, c'est bien qu'elle souhaite être payée au cas où vous seriez insolvable. Elle vous a accordé un délai (la « prorogation du terme », on peut dire aussi un moratoire) parce que, réaliste, elle sait qu'on ne peut vous demander plus. Quant au recours de la caution, c'est un peu normal. La caution s'est engagée afin que

vous obteniez votre crédit. Elle est maintenant appelée à payer à votre place et comme elle ne vous a jamais promis de vous faire cadeau d'une voiture, il est normal qu'in fine (à la fin), ce soit quand même vous qui passiez à la caisse (ce qui vous conduira à revendre la vôtre, « humour de juriste »).
Une incidente et une conclusion :

- L'incidente : vous apprécierez la concision de la langue juridique qui permet d'énoncer en une phrase une solution dont l'explicitation par un exemple et en langage courant requiert un exposé laborieux de plus de 20 lignes ;
- La conclusion : l'article 2136 du code civil est un texte qui fait partie de ce qu'on appelle « le droit des sûretés », lequel est généralement étudié en 4ème de droit (M 1) et dont la compréhension requiert a minima une maitrise du droit des obligations et du droit des biens. Il s'agit donc d'une matière qui présente un haut niveau de technicité juridique. Pourtant, et c'est cela qu'il faut à présent retenir, l'article 2316 de ce code pose une solution sur la justesse de laquelle on peut se déterminer assez simplement. On peut trouver le texte injuste en ce sens qu'il est incohérent pour créer l'illusion d'un délai de grâce, sans vrai délai pour le banquier, et sans grâce aucune pour le débiteur et la caution. Inversement, la cohérence du texte se défend en ce sens qu'elle maintient l'intérêt pour le créancier d'avoir une caution lorsque le débiteur s'avère insolvable. Quand le débiteur dira que le banquier n'a pas de parole, ce dernier lui répondra qu'une dette se rembourse. Pour approuver ou critiquer (les deux sont permis et même souhaitables, sinon faites autre chose que du droit) une solution juridique, il faut garder à l'esprit que les méandres de la technique conduisent à la fin (mais à la fin seulement) à des considérations relevant d'une conception commune et intuitive de la justice.

3.- Le droit et les adultes

Avant de mettre un peu d'ordre dans cet agrégat d'impressions premières, demeurons quelques lignes encore dans l'incertitude. Les souvenirs de la petite école ont leur charme, mais enfin, c'est du passé et l'avenir et l'âge adulte se déclinent sur un mode professionnel. Les études de droit conduisent à l'obtention de diplômes dont l'acquisition permettra l'exercice de professions dites « réglementées », c'est-à-dire, des professions auxquelles on accède sous condition, notamment et spécialement, de diplôme. L'intérêt de présenter rapidement ces différentes professions est à la fois pratique et théorique. Pratique, en ce qu'il n'est pas inutile d'avoir une première une idée des professions auxquelles les études de droit conduisent (les détails techniques sont exposés à l'occasion du cours d' « institutions judiciaires », ou d' « institutions juridictionnelles » ; il existe un excellent ouvrage, régulièrement remis à jour, de S. Guinchard, A. Varinard et Th. Debard, « Institutions juridictionnelles », publié aux éditions DALLOZ). Théorique, en ce sens que les différents métiers du droit sont autant de révélateurs des caractéristiques du phénomène juridique.

Pourquoi parler de « phénomène juridique » et pas de « droit » tout simplement ? C'est vrai que l'expression fait un peu cuistre, genre « Trissotin (*si vous ne savez pas qui est Trissotin, documentez vous, il n'est pas trop tard*) à la faculté de droit ». Elle fait penser à l'économiste qui évoquerait le « phénomène marchand » pour enseigner l'économie. Il ne faut pas prêter trop à l'expression et ne pas multiplier les « préalables épistémologiques », comme on dit dans les sciences humaines, avant d'expliquer ce dont on parle. L'emploi du mot « phénomène » explicite une méthode pour circonscrire un objet d'étude. L'utilisation de l'expression « phénomène juridique » signifie qu'on procède d'abord par observation du droit, comme on observe un phénomène naturel pour ensuite l'étudier. Evidemment, le

droit ne nous tombe pas dessus comme une météorite (v. le passage en petits caractères du point 2). Il reste qu'au moment où nous entrons en société, le droit nous préexiste. Les enfants en ont ainsi l'intuition dès qu'ils se socialisent. Mais de tout l'appareillage juridique (les professionnels, les règles, les procédures, etc.), nous ne savons pas grand-chose, sinon que « cela est », qu'il y a, par exemple, des règles, des juges et des avocats. Le droit n'est pas un phénomène naturel, mais à chaque individu qui entend le découvrir, il est de prime abord, aussi mystérieux qu'un phénomène. C'est cette donnée qu'il est utile de ne pas occulter et qui est précisément éludée lorsque la première phrase de l'introduction donne *ex cathedra* la définition du droit. Il n'y a pas d'erreur à procéder de cette dernière manière, mais en quelque sorte, quelque chose est gâché. Donner immédiatement une définition du droit, c'est considérer que son existence va de soi et qu'il n'y a plus qu'à en apprendre les méthodes et le contenu. Précisément, cette existence ne va pas de soi et il y a des sociétés, plus beaucoup certes, qui fonctionnent honorablement en se passant d'un droit, au moins sous la forme que nous connaissons. La première année de droit n'est probablement pas le moment idéal pour interroger le « pourquoi du comment ». Il faut pourtant que le doute laisse une trace. Le moyen pour y parvenir est d'admettre l'épaisseur de son ignorance et de prendre conscience du chemin à parcourir pour gagner en connaissance. En France, comme dans bien d'autres pays, le droit existe et s'étudie. Il faut donc se mettre à l'ouvrage. Il reste utile, quelques heures seulement, d'adopter à l'égard de son objet d'étude la prudence d'un entomologiste. D'où le « phénomène juridique » et pas tout de suite le « droit ».

Exercer un métier du droit, c'est travailler dans le domaine de *l'exécution*, dans l'ordre du *discours*, en soutien à *l'action*.

Les métiers d'exécution sont ceux dont l'exercice garantit l'effectivité du droit. L'Etat peut bien interdire une manifestation, celle-ci se tiendra si une police n'assure pas la réalité de l'interdiction. Un débiteur peut bien être condamné à rembourser ses dettes, cette condamnation restera lettre morte s'il ne l'exécute pas spontanément et s'il n'est un huissier de justice habilité à saisir les comptes ou autres biens (la voiture, la rémunération, le bien immobilier, etc.) de ce débiteur. Les agents et officiers (dans la hiérarchie, l'agent est en-dessous de l'officier) de police judiciaire, qu'ils soient issus de la Police ou de la Gendarmerie nationale, et les huissiers de justice font bien d'autres choses que de mettre à exécution des décisions prises par des pouvoirs publics (par ex., le Préfet qui interdit une manifestation, le juge qui condamne un débiteur). Notamment, les uns comme les autres participent activement à la recherche de la vérité, les premiers à l'occasion de poursuites pénales (par ex., lorsqu'un crime a été commis, un juge est nommé pour instruire l'affaire, c'est-à-dire rechercher la vérité, et les officiers de police judiciaire l'assistent dans l'accomplissement de cette tâche), les seconds à l'occasion d'une action en justice devant des juridictions civiles aux fins de régler un litige (vous connaissez maintenant le mot) entre des personnes privées (il arrive qu'une personne publique soit déférée devant une juridiction civile, mais c'est assez rare et pour l'instant, laissez de côté). Par ex., si une entreprise considère qu'une autre se livre à son détriment à des actes de concurrence déloyale, il lui sera très utile de missionner un huissier de justice afin que celui-ci dresse constat de ces actes. En conséquence, si vous rencontrez un huissier de justice qui se promène dans un rayon de lingerie, féminine ou masculine (mais oui, les hommes aussi portent des sous-vêtements), qui plus est en prenant des photos, ce n'est pas un fétichiste, c'est tout simplement un auxiliaire de justice qui fait son travail et dont les constats permettront ultérieurement de savoir si les articles vendus sont de réelles créations ou de vulgaires contrefaçons (une contrefaçon, allez savoir pourquoi, c'est toujours vulgaire). Cette séquence n'est cependant pas l'ordinaire d'un huissier de justice et, plus souvent, il

pratiquera des saisies ou des expulsions de personnes qu'on appelle des « occupants sans titre », façon juridique de dire des squatters ou des locataires qui ne paient plus leurs loyers. L'huissier comme l'officier mettent à exécution ce qui a une valeur juridique, qu'il s'agisse d'un acte de l'administration ou d'une décision de justice. Ce sont des métiers du droit et l'exécution, au besoin par la contrainte, donc de force et contre le gré de ceux qui la subissent, fait ainsi partie du droit. C'est une donnée qui est contestée, avec des arguments solides (v. R. Libchaber, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ 2013, et la présentation de l'ouvrage par l'auteur, D. 2014, 985). Pour l'heure, il vaut mieux retenir que l'exécution par la contrainte est un trait caractéristique du droit. Celui-ci peut s'épanouir sans la contrainte, mais sans cette dernière, le droit n'est plus.

L'*ordre du discours* est la partie la plus visible et par chance, la plus belle. Les avocats en sont les principaux animateurs. Ils plaident et parlent encore, même quand la cause est perdue. Et si la rigueur du droit n'autorise pas tous les propos, elle laisse assez de marge pour en toute occurrence permettre le discours. Ce n'est pas par hasard que l'avocat fait un bon personnage de fiction. Il porte l'humanité du droit et lorsqu'il s'exerce sa rhétorique au Palais (sous-entendu, de justice), son art et son talent sont de faire vivre à travers la cause qu'il défend les idéaux de justice et de vérité que la technique juridique voile si facilement. Certes, l'enjeu des audiences varie et l'éloquence n'atteint pas le même niveau selon qu'on plaide sur une fuite d'eau ou un drame industriel dont la presse s'est fait l'écho. Mais il faut se rendre au tribunal (les audiences sont publiques) pour saisir la tension. C'est à l'audience que la justice passe et quelle que soit l'importance du dossier, elle donne toujours des frissons, même petits. Les avocats qui n'ont pas le trac avant de plaider sont tout simplement ceux qui n'ont pas de talent. Leur plus fidèle ami/ennemi, lui aussi sujet de fiction, c'est le juge. Assis dans sa robe, d'autant plus rouge que son rang est élevé, il mène les débats, mais surtout il écoute et prend des notes. En principe, il ne laisse rien paraître, sauf une pointe d'agacement si la plaidoirie s'éternise. Puis à la fin de l'audience, il prononce la clôture des débats et fixe la date dite de « délibéré », c'est-à-dire la date à laquelle, après délibéré, le jugement sera mis à la disposition des parties (en droit, c'est fréquent, on utilise souvent un mot pour désigner quelque chose d'un peu différent de ce que le mot suggère ; il faut s'y faire). Concrètement, à l'issue d'une audience qui s'est tenue le 10 novembre, le président du tribunal lâche : « *délibéré au 20 décembre* », ce qui signifie que le 20 décembre, les parties pourront prendre connaissance du jugement écrit et que, préalablement, entre le 10 novembre et le 20 décembre, le ou les magistrats saisis du dossier auront forgé leur conviction et rédigé le jugement. Avocats et magistrats, telles sont donc les deux professions, à la fois les plus visibles du grand public et les plus caractéristiques de l'activité juridique. Que révèlent-elles du droit ? La place primordiale qu'y tient le langage, avec ses mots, pour dire les choses, révéler les émotions et faire entendre raison. C'est d'ailleurs le principal objet des études de droit que d'en maitriser les rouages, les méthodes qu'il impose, les raisonnements qu'il autorise, partout où il se fait entendre : la famille, la nation, l'entreprise, la finance, la presse, l'hôpital, la prison, etc. Le droit est ainsi : il implique la contrainte, mais il comprend (au sens de contenir) un discours.

Le soutien à l'action. Beaucoup d'étudiants se voient bien « avocats d'affaires ». Les attentes pendant des heures devant une salle d'audience sur les murs de laquelle il y a trace d'au moins trois dégâts des eaux et dont les fenêtres, sales bien sûres, sont agrémentées d'une tringle qui n'a plus porté de rideaux depuis au moins dix ans, très peu

pour eux. Une bonne négo en M&A (pour Merge and Acquisition, soit fusion et acquisition) dans le département corporate (droit des affaires, mais c'est plus classe de dire « je bosse en corporate » que « je suis affecté au département 'droit des affaires' » ; personne ne peut vous expliquer, mais une fois encore, pour le moment, c'est comme çà et un jour çà passera), accessoirement climatisé, d'une belle Law firm (Compagnie d'avocats) anglo-saxone (ce qui veut dire anglaise ou américaine), tel est leur horizon. Un peu d'ironie, mais aucun reproche, ces futurs avocats seront très utiles à leurs clients. Ils leur permettront de mettre en forme leurs projets d'entreprise et les actes nécessaires à cette fin et d'assurer l'efficacité juridique de ces derniers, actes et projets. Un contrat bien « ficelé » est un contrat qui a le double mérite d'exprimer ce que veulent les parties, également de prévenir les contestations qui peuvent en émailler l'exécution. La profession historiquement la première à venir en soutien à l'action n'est cependant pas celle d'avocat. Les avocats se sont mis au « conseil » (qu'on oppose au contentieux) et ils ont bien fait. Mais la profession première aux fins dit-on de « recevoir » (en gros, rédiger) les actes des personnes privées est le notariat qui, comme son nom l'indique, comprend les notaires. Cette profession est souvent critiquée en ce qu'elle s'exerce dans le cadre d'un *numerus clausus* (c'est du latin, pas du grec…), ce qui signifie que les notaires, ou plutôt les études notariales (un cabinet de notaires) sont en nombre limité par les pouvoirs publics. Il est vrai que ce monopole offre un certain confort professionnel à qui en bénéficie. Il fait des envieux, spécialement chez les avocats qui eux sont en situation de (rude) concurrence. L'envie et la jalousie sont des maux inévitables mais elles ne constituent pas des causes d'intérêt général. Les notaires sont en situation de monopole pour une raison incontournable : les actes qu'il reçoivent peuvent être mis à exécution, avec la même efficacité qu'un jugement. En termes un peu plus savants, le notaire bénéficie d'une délégation de l'autorité publique et il est normal que le détenteur légitime de cette autorité, l'Etat, sache exactement à qui il accorde une délégation. Concrètement et par exemple, la délégation d'autorité publique dont bénéficie le notaire signifie ceci : si une banque accorde un prêt immobilier (un prêt pour financer l'acquisition d'un bien immobilier) à un particulier et que ce prêt est « reçu » par un notaire, il devient un « prêt notarié » que la banque pourra mettre à exécution si l'emprunteur ne rembourse pas le prêt aux échéances convenues ; la banque peut donc saisir le bien immobilier et le faire vendre et s'approprier le prix de la vente sans qu'elle ait besoin d'obtenir préalablement un jugement de condamnation du débiteur. L'acte notarié (le prêt reçu par le notaire) a exactement (enfin à peu près) la même efficacité qu'un jugement émanant d'un tribunal institué par l'Etat. La Banque peut donc directement missionner un huissier (métier d'exécution, v. ci-dessus) pour obtenir le paiement forcé de sa créance (son prêt). Elle ne le pourrait pas si elle s'adressait seulement à un avocat pour rédiger le prêt ; d'où la grogne (injustifiée) des avocats.

Ce méandre pour évoquer les « luttes des classes » des professions du droit est significatif d'un des aspects du phénomène juridique. Le notaire a rang d'officier public, en ce sens que les actes qu'il rédige bénéficient de l'autorité publique. Pour autant, le notaire n'est pas un fonctionnaire et il exerce ce qu'on appelle une profession libérale, ce qui signifie que le notaire est rémunéré par ses clients et qu'il assume la responsabilité économique de son étude (on dit un « cabinet d'avocat », mais une « étude de notaire » pour désigner à la fois l'entreprise de ces deux professionnels du droit et le lieu où ils exercent leur art). Le point important est qu'historiquement (fin du Moyen-âge), le notariat s'est développé sans avoir été constitué par le pouvoir royal. L'Etat a progressivement pris le contrôle d'une pratique qui est née sans lui. La signification profonde de l'existence du notariat, et elle dépasse de loin le seul périmètre de cette profession, est que le droit peut exister sans

l'Etat, qu'il peut en quelque sorte venir d'en-bas (« bottom-up », comme adorent dire les « managers », prononcer « manageaire », ç'est très chic), c'est-à-dire de la société civile, et pas seulement descendre d'en-haut (top-down, comme adorent, etc.), c'est-à-dire de la puissance publique. Pour saisir cette chose bien subtile, qui aurait pu être écrite en petits caractères, il faut se mettre en situation et, un instant, sortir de l'étude du notaire, car ce qui est totalement vrai chez le notaire dont l'intervention donne une efficacité maximale à l'acte qui est reçu, se vérifie également, même dans une moindre mesure, ailleurs que chez lui. Vous êtes jeune stagiaire dans le département corporate d'une big law firm (on s'y croit) et vous suivez une « négo » qui dure des jours et des jours. Après quelques nuits très courtes, les parties se décident à signer et vous le découvrirez en pratique, plus un « deal » (hé oui, il faut se faire à ce sublime anglicisme) est important, plus les parties signent tard dans la nuit. Etrange, mais empiriquement vrai. Quoi qu'il en soit, lorsque la signature intervient, tout le monde a parfaitement intégré que ce qui a été signé est désormais la loi des parties. Sans être juristes, les parties signataires savent que ce qu'elles ont signé a pour elle une valeur juridique et contraignante. Même chez les « grands », l'intuition du droit précède sa réalisation (c'est-à-dire le moment où, par exemple, les parties auront un litige sur la bonne exécution du contrat et plaideront devant un juge que le contrat vaut loi et que telle partie doit le respecter). Les juristes ont une locution latine pour désigner cette réalité, c'est l'*opinio necessitatis*, qu'on peut traduire comme la « croyance en la nécessité » de ce que l'on fait, pour un contrat, la conviction (ou plus exactement la certitude que cela va de soi) de sa nature juridique et contraignante.

Contrainte et discours, tels sont donc les deux éléments structurants du phénomène juridique que perçoivent intuitivement les petits comme les grands, les profanes comme les professionnels.

4.- Le droit et ses définitions

On dit les juristes ennuyeux. C'est un peu injuste, mais il faut bien reconnaître qu'ils y mettent du leur. Car tout ce qui vient d'être dit, révélateur, soyons modestes, d'une proximité entre le droit et l'humain (et si l'humain vous ennuie, il vous reste les maths ; proposition bête et méchante, convenons-en, car la capacité des mathématiciens à comprendre des trucs aussi utiles qu'abscons mérite l'admiration de ceux qui en sont incapables, ce qui n'empêche pas un petit tacle de temps en temps, viril, mais correct), les juristes le conceptualisent en proposant dans les introductions au droit qui ont habituellement cours la définition suivante du droit : un ensemble de règles dont le caractère contraignant est garanti par l'Etat. Ce n'est évidemment pas faux (les universitaires adorent critiquer leurs collègues, mais quand même, ce sont des gens raisonnables). En même temps, ce n'est pas franchement attractif. « *Jeunes gens, si vous voulez vous ennuyer, demandez le programme* ». Il est pour autant normal que le passage de l'intuition à la définition soit un peu desséchant. Maintenant qu'il faut se mettre à l'étude et comprendre avec précision la matière à étudier, le moment est venu, en quelque sorte, de « calmer sa joie ».

> Plus sérieusement, l'observation du phénomène juridique par l'analyse d'une approche intuitive du droit (ce qui a été fait au point 2 et 3) permet d'en saisir les ressorts humains desquels il tire sa dynamique : la crainte et la confiance suivies de la contrainte et du discours, le glaive et la balance, puis, derrières, le gendarme et l'avocat (que l'argot désigne aimablement comme le « baveux », pour celui qui est toujours « bavard », même quand son

client est pris la main dans le sac). Ce travail permet d'identifier l'espace intellectuel et émotionnel dans lequel les individus situent le droit ou encore, pourrait-on dire, de quoi se nourrit la conscience juridique. Prendre la mesure de cette réalité est une nécessité à la fois pour bien apprendre, en même temps pour le vivre et le pratiquer. Si les mots l'emportent sur les choses et si le vivant s'efface derrière la règle, l'apprentissage de cette dernière est à périr d'ennui. Plus grave, cette dérive est la meilleure manière de fabriquer de « mauvais juristes ». L'avocat et le juge, les deux figures du droit les plus séduisantes aux yeux du profane, sont en permanence confronté au dilemme du juriste : est-ce le temps de parler, est le temps de contraindre ? La technique du droit permet de lever l'hésitation. Mais il faut une grande part de discernement dans son maniement, le sens du tempo, comme disent les musiciens. Pourquoi ? Tout simplement pour que le propos du professionnel du droit fasse écho dans la conscience juridique du profane et qu'ainsi ce dernier le reçoive et l'accepte, bon gré malgré. Il faut « *persuader sans convaincre* » disait Rousseau. Il reste que ceci ne fait pas une définition du droit. Approcher ce qu'est le droit pour les individus ne donne pas une idée suffisamment construite de ce qu'est le droit pour les professionnels qui en manient le langage et les techniques. Il est donc de bon entendement qu'il y ait un décalage (pas un abyme, sinon l'alchimie donne une explosion) entre la perception et la définition du droit. Finalement, toutes ces choses savantes, c'est un peu comme le froid réel et le froid ressenti.

Ce qui précède est un horizon. Au premier plan, il y a désormais le droit, celui qui est en même temps l'objet des études de droit et l'expertise des professionnels du droit et c'est bien lui qu'il faut définir. La définition d'usage (*un ensemble de règles dont le caractère contraignant est garanti par l'Etat*) est acceptable, mais il semble utile d'y introduire deux modifications aux fins de ne pas exagérer l'écart entre intuition et connaissance.

La première part du constat que la référence aux règles est trop réductrice. Un contrat, une décision de justice ne sont pas des règles. Un avocat qui plaide défend d'abord une cause et les règles dont il réclame l'application sont l'un des éléments de son discours dont la totalité se déroule pourtant dans l'enceinte du Palais. C'est un débat qui occupe les théoriciens du droit que de savoir si tout ce qu'on trouve en droit est toujours lié, de près ou de loin à une règle, qu'il s'agisse de l'édicter, de l'interpréter ou de l'appliquer. C'est un débat qui mérite d'avoir lieu. Pour autant, il y a un moment où les circonvolutions théoriques aux fins de réduire tout ce qui est de droit à une règle atteignent un tel degré d'abstraction que le juriste d'un peu d'expérience y perçoit inévitablement l'artifice. L'observation pour ainsi mettre à distance une querelle théorique significative est sans doute un peu courte et pas forcément très glorieuse. On lui reconnaitra le bénéfice d'une excuse pédagogique. A présent, on retiendra donc que le droit n'est pas seulement un ensemble de règle, mais qu'il est plutôt un *ensemble de dispositifs*, parmi lesquels les règles, qui ont une place éminente, mais aussi les jugements, les contrats, également bien d'autres proses dont la présentation viendra au moment opportun. « Dispositif », ce n'est pas extraordinairement précis, mais en tout cas, ce n'est pas réducteur. Comme diraient les logiciens, ce qu'on perd en compréhension, on le gagne en extension.

La seconde modification tient au fait que la définition classique exagère la dimension contraignante du phénomène juridique et occulte sa part discursive. Le droit réduit à un ensemble de règles contraignantes n'a guère plus de saveur que le règlement intérieur d'une résidence d'étudiants (« Prière de laissez cet endroit aussi propre que vous l'avez trouvé », ce qui, soit dit en passant, n'est généralement pas très exigeant eu égard à l'état des « collectifs » ; « ne pas provoquer de nuisances sonores après 22 h. » ; au fait, avant, on peut ?…). Or, le détour par l'examen d'une approche intuitive du droit a révélé la place

éminente qu'y occupent le débat et le délibéré. En droit et sur une même question, deux thèses sont toujours théoriquement défendables, ce sont celles que plaident les deux avocats des parties qui s'opposent à l'occasion d'un procès (Au passage : celui qui prend l'initiative du procès s'appelle le demandeur et celui contre qui le procès est engagé s'appelle le défendeur ; à ne pas confondre avec le défenseur qui est la personne, généralement un avocat, mais pas toujours, assurant la défense d'une partie ; dans un procès où chacune des parties est défendu par un avocat, le demandeur et le défendeur ont donc chacun leur défenseur). Au reste, avant de consacrer l'une ou l'autre, ou un peu des deux à la fois, le juge hésite et balance, en un mot, il délibère. Le juge n'est pas un gardien de la paix, il fait plus qu'appliquer la consigne. Que cherche-t-il ? N'ayons pas peur des grands mots : la solution juste, c'est-à-dire celle qui repose sur une appréciation exacte de la réalité des faits, et sur une justification solide (en principe une règle, mais encore-faut-il bien l'appliquer) de la solution retenue. Bien sûr, le juge est un être humain et, sauf s'il a perdu la raison, il se sait faillible. Mais enfin, son objectif n'est pas de rendre une décision injuste, il est bien de tendre vers une solution juste. C'est un peu paradoxal, mais c'est ainsi, la finalité du discours juridique est en quelque sorte un idéal qui ne peut être atteint. Il faut prendre la direction du soleil sans espérer le toucher, ce qui est somme toute plutôt raisonnable (souvenez vous d'Icare…). Sauf à appauvrir excessivement la matière juridique, il importe donc d'introduire, avec toutes les précautions requises, la notion d'*idéal de justice* dans la définition du droit.

D'où la définition proposée :

> « *Un ensemble de dispositifs dont le caractère contraignant est garanti par l'Etat et dont la mise en œuvre tend vers un idéal de justice* ».

Cette définition conduit à approfondir l'étude des **éléments** qui constituent la matière juridique, (**I**) et invite à s'interroger sur les **fondements** (on peut aussi dire les finalités) du droit (**II**).

*

I.- LES ELEMENTS DU DROIT

Les dispositifs juridiques ont pour traits communs d'être assortis d'une contrainte. Quels sont ces dispositifs (I.A.) et en quoi consiste la contrainte (I.B.), telles sont les deux questions à traiter.

I.A.- LES DISPOSITIFS

On en rencontre essentiellement deux : les normes générales et les normes individuelles.

1°) Les normes générales

5.- Généralités

L'habitude a été prise d'utiliser indifféremment le terme « règle » et l'expression « norme générale ». En effet, pendant longtemps, les deux catégories ont été tenues pour équivalentes et on pouvait dire que les règles sont des normes générales et que les normes générales sont des règles. Simplement, avec le temps, il est apparu que cette équivalence ne pouvait plus fonctionner de manière exclusive. Soit les articles 9 et 1240 du code civil. Le premier énonce que « *chacun a droit au respect de sa vie privée* ». Le second dispose que « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ». Ces deux textes constituent des normes générales, mais entre les deux, il y a une différence. L'article 9 alloue un droit à tout individu sans poser de conditions ; c'est une norme sans conditions (inconditionnée), ce qui fait d'elle un principe. L'article 1240 est d'une facture un peu moins rustique. Il fait obligation à un responsable de réparer le dommage causé à la victime à la condition que cette dernière établisse la réalité de son dommage, la faute du responsable, et un lien de causalité entre la faute et le dommage. C'est une norme conditionnée et c'est donc une règle. En droit et même si les choses évoluent, les normes générales qui font l'ordinaire du juriste sont des règles. Les principes prennent cependant de plus en plus de place.

6.- Les règles

Les règles présentent 4 caractéristiques. Elles sont abstraites, générales, permanentes et conditionnées (ou conditionnelles ; dans le langage courant, les deux adjectifs n'ont pas le même sens, mais en droit, les deux sont utilisés de manière équivalente). La règle est *abstraite* en ce sens qu'elle se saisit d'une situation à travers quelques traits caractéristiques susceptibles de se reproduire à l'infini ; on peut dire que ces traits caractéristiques sont sans historicité en ce sens qu'ils ne sont pas situés dans le temps et dans l'espace. L'article 1240 du code civil: tout fait quelconque de l'homme qui cause un dommage à autrui oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. L'abstraction de la règle est parfois chose un peu abstraite pour le profane qui n'en comprend finalement pas le sens exact. Il est difficile de présenter cette caractéristique autrement qu'il vient

d'être fait. Mais pour qui peine à en saisir la signification, il existe un « petit tuyau ». Mettez vous dans la peau d'un élève de troisième à qui le prof de SVT demande de définir quelque chose, un arbre, par exemple ? L'étudiant hésite et dit, « ben un arbre, euh, je sais pas trop… C'est par exemple un chêne, un marronnier, un sapin, je sais pas moi ». Le prof lui répond : « je te demande pas un exemple, je te demande une définition ». C'est quoi une définition ? Précisément, c'est une proposition formulée en termes abstraits de telle sorte qu'elle sera valable pour tous les arbres qui existent, ceux d'hier, d'aujourd'hui et de demain, les chênes, les marronniers, les sapins, mais aussi les baobabs et les bonsaïs, etc. La définition, ce sera peut-être quelque chose comme « un végétal s'élevant au-dessus de la surface du sol et la tige est revêtue d'une écorce ». Peu importe ici que cette définition soit exacte. Ce qui importe, c'est de comprendre qu'en définissant quelque chose, on fait de l'abstraction, comme on en fait en posant une règle de droit.

De l'abstraction, se déduit la *généralité* (son caractère applicable à un nombre potentiellement illimité de situations) et la *permanence* de la règle (son caractère indéfiniment applicable tant qu'elle n'a pas été abrogée). La règle est *conditionnelle* ou, dit-on aussi, *hypothétique*, en ce sens qu'elle déduit un effet de droit d'un ensemble de conditions abstraitement définies. On peut la présenter sous la forme « si…, alors… ». Par ex., si une faute cause un dommage, alors l'auteur de la faute doit réparation à la victime du dommage.

Les profanes pensent un peu vite que les *effets de droit* (ou *effets juridiques*) sont nécessairement des obligations (le responsable doit réparation) ou des interdictions (dans un lieu public, il est interdit de fumer). En réalité, les effets de droit sont infiniment plus variés. Ces effets peuvent être :

- Des *prescriptions* : commandement ou obligation (par ex., celle de réparer le dommage que l'on a causé), interdiction (cf. le code de la route), permission ou autorisation. Parce que la liberté est le principe, chacun peut faire ce que la loi n'interdit pas, d'où il suit qu'en première lecture, une règle permissive est une curiosité. Il n'y a pas besoin d'une règle pour être libre. Il arrive cependant que des comportements autrefois interdits, par ex. l'interruption volontaire de grossesse, soient ensuite autorisés, sous conditions ; c'est alors que l'effet de la règle consiste en une possibilité offerte à celui auquel elle s'applique. Ainsi l'article L.2212-1 du code de la santé publique dispose-t-il qu' « *avant la fin de la douzième semaine de grossesse* », « *la femme enceinte qui ne veut pas poursuivre une grossesse peut demander à un médecin ou à une sage-femme l'interruption de sa grossesse* ». Dans un tout autre domaine, on peut également citer l'article L. 410-2 du code de commerce selon lequel « *sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les prix des biens, produits et services (…) sont librement déterminés par le jeu de la concurrence* ». L'affirmation de cette liberté est nécessaire car jusqu'en 1986, les prix étaient contrôlés par le gouvernement (ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945).
- Des *habilitations* : pouvoir est donné à une personne de faire quelque chose. Cela peut paraître assez mystérieux, car si les individus sont libres, leur liberté implique nécessairement le pouvoir d'agir (la liberté est même définie par certains philosophes comme une puissance d'action). Par exemple, la liberté d'aller et venir signifie peu de chose si les individus ne sont pas habilités à sortir de chez eux (cas d'une personne assignée à résidence ou à un quartier). Pour autant, l'attribution

d'un pouvoir est une nécessité, au moins dans deux cas. Première hypothèse, la personne libre est sans pouvoir d'action parce qu'elle n'en a pas les moyens physiques ou mentaux (personne gravement malade ou atteinte d'un handicap lourd) : dans ce cas, il faut bien que quelqu'un (par ex. un tuteur) puisse agir à sa place et pour son compte (signer un bail pour la loger, par ex…) ; cette personne doit alors être habilitée et il faut une règle dont l'application permettra son habilitation. Deuxième hypothèse, la personne libre se sent si bien à son aise qu'elle se verrait bien agir, non seulement pour elle-même, mais également pour les autres. C'est le chef d'entreprise qui développe un projet et engage de ce fait ses équipes (donc ses salariés) à le réaliser. C'est aussi l'association qui prétend faire procès à tel industriel dans l'intérêt de ses membres, mais aussi, pense-t-elle, de tous ceux dont elle dit porter la cause. Il est de nombreuses hypothèses dans lesquelles le droit permet que la liberté de tel un puisse s'exercer de telle manière qu'elle engage tel autre. Cependant, cette liberté prend alors le nom de pouvoir et son exercice est potentiellement attentatoire à la liberté d'autrui de telle sorte que, là comme ailleurs, il faut une règle prévoyant l'habilitation de qui prétend agir pour autrui.

- Des *déclarations*. Ce troisième type d'effet de droit est encore plus inattendu pour le profane. Même d'ailleurs pour certains juristes qui, là comme ailleurs, avec des arguments qui se soutiennent, considèrent que ces effets ne sont pas vraiment des « effets juridiques» (ce qui oblige quand même à des détours théoriques très compliqués et dont le bénéfice n'est pas évident). Pour faire simple (car la matière est complexe), une règle de droit a pour effet une déclaration lorsque, dans certaines conditions, elle énonce « ce qui est » (on peut dire, plus scientifiquement, elle « attribue un état »). Cela signifie que le droit ne se contente pas de dire ce qui doit être, mais également de décrire les choses telles qu'elles sont. Exemple : « *L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari* » (article 312 du code civil), ce qui signifie : si un enfant naît ou est conçu alors que sa mère est mariée, il est le fils du mari de sa mère. La règle se contente donc de dire qui est le père de l'enfant, elle établit le lien de filiation entre l'enfant et le mari de la mère, ou encore, autre façon de dire la même chose, elle attribue à l'enfant de la femme mariée, l'état d'enfant du mari de sa mère. A quoi cela sert ? Posez la question à un enfant né sous X et qui est à la recherche de sa filiation biologique ; vous aurez la réponse. Cet état de la personne, sa filiation, est constitutif de son identité et pour vivre, plus encore pour vivre en société (ce qui est notre lot commun), il est nécessaire d'en avoir une. L'ordonnancement d'une société, à quoi sert un peu le droit, suppose de donner à chacun une identité (ce qui ne veut pas dire que cette identité nous enferme). Il faudra y revenir.

7.- Les principes

Chez les juristes, le terme de principe est polysémique et pour compliquer les choses, on l'utilise tout le temps. En droit, il y a toujours un principe et des exceptions et selon un éminent théoricien du droit (Henri Battifol, 1905-1989), c'est même à cela qu'on le reconnaît (*Principes de base de philosophie du droit*, LGDJ, Paris 1979, p. 254 et s.). Par exemple, l'article 1103 du code civil énonce que « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits.* » C'est une règle (si un contrat a été valablement formé, alors il crée des obligations à la charge de ceux qui l'ont conclu ; par ex., le client d'un

banquier qui contracte un emprunt doit le rembourser), dite de principe, en ce que, normalement, tout contrat valablement formé oblige ceux qui l'ont conclu. Mais il y a des exceptions : par exemple, si l'une des parties est impécunieuse, l'article 1343-5 du code civil prévoit que « *le juge peut, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, reporter ou échelonner, dans la limite de deux années, le paiement des sommes dues* » ; ou encore et la situation est différente de celle de l'impécuniosité d'une des parties, l'article 1195 du même code dispose que « *si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant* ». Dans cette configuration, le terme « principe » est important, mais il sert uniquement à préciser la caractéristique d'une règle. La règle de principe est la règle qui s'impose à défaut de solution contraire. On peut dire « le principe » au lieu de la « règle de principe ». C'est une économie de langage acceptable, mais attention au choix des mots, car ceux-ci sont trompeurs. Le principe n'est ici rien de plus qu'une règle et ne caractérise pas une norme d'un genre spécifique.
Le principe, entendu comme une espèce de norme différente de la règle, s'entend d'une *proposition générale inconditionnée* ou inconditionnelle (dans ce contexte, c'est plutôt mieux de dire inconditionné). Les principes les plus caractéristiques de cette définition sont les normes qui consacrent des droits et libertés fondamentaux reconnus aux individus sous la seule condition de leur existence. Ce qui veut dire qu'en réalité, ces normes sont inconditionnées (a priori, ceux qui n'existent pas n'ont pas besoin de droits) et c'est bien là leur trait caractéristique. Il suffit de naître pour avoir droit. Ainsi la Déclaration de 1789 débute-t-elle par l'affirmation que « *les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* (…) », poursuit-elle en indiquant que « *ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression* », que « *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* », puis que « *tout homme (est) présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable* », encore que « *nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi.* », le reste de la même constitution. Ces normes sont bien plus que des grands principes affirmés avec d'autant plus d'énergie qu'ils seraient bien inutiles en pratique. Ils font partie de notre droit et les juges veillent à leur respect.

En pratique, l'application de la règle de droit donne des résultats plus sûrs que la mise en œuvre des principes. Deux exemples, pas très drôles, mais révélateurs de la gravité du droit :

- Armand séjourne en clinique et en ressort avec une infection nosocomiale. Le dommage (la maladie résultant de l'infection) est certain et le lien de causalité avec le séjour (c'est le propre des infections nosocomiales) également. La clinique est-elle responsable ? Tout dépend du point de savoir si elle est fautive, ce qui suppose de vérifier que les services de la clinique ont bien suivi les protocoles de désinfection en usage. A la fin, il est jugé que la clinique n'est pas responsable, dès lors « *qu'une faute ne saurait résulter de la seule présence, dans l'organisme du patient, d'un germe habituellement retrouvé dans les infections nosocomiales et que cette circonstance ne constitue pas, à elle seule, la preuve que les mesures d'asepsie nécessaires n'ont pas été prises ; que l'origine précise de l'infection n'a pu être identifiée, que l'expert ayant examiné le protocole suivi par le praticien n'a pas identifié de faute de celui-ci dans l'accomplissement des soins, qu'une faute de la clinique ne peut être présumée aux motifs qu'il y aurait nécessairement eu une défaillance du service dans la désinfection des locaux et l'asepsie des instruments chirurgicaux* » (extrait et inspiré de Cass. civ. 1ère 16 novembre 2016, Pourvoi n° 15-

24.715). La décision est sévère, mais elle est prévisible. En matière d'infection nosocomiale, il n'y a pas de risque zéro et la clinique ne peut répondre de dommages alors qu'elle a pris toutes les précautions en usage dans le monde médical pour contenir au mieux le risque. Par ailleurs, même si c'est une autre histoire, il existe un organisme (Acronyme ONIAM pour « Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales ») qui pourvoit à l'indemnisation des personnes subissant un dommage à l'occasion d'un acte de soins et alors qu'aucune responsabilité ne peut être établie (v. par ex. Cass. civ. 1ère 19 juin 2019, Pourvoi n°18-20.883, Publié au Bulletin).

- Armand a séjourné en clinique parce qu'en novembre 2015, il a été pris dans les fusillades du Bataclan. Il en est ressorti moralement traumatisé, de surcroît avec des éclats de balle, à extraire de son tibia. Quoi qu'il en soit, alors qu'il était sur une civière à proximité du lieu du drame, un drap blanc recouvrant ses jambes, il a été pris en photo par un reporter. Sur la photo, qui paraît en une d'un hebdomadaire et qui est ainsi visible à l'affiche dans tous les kiosques à journaux, le visage d'Armand apparaît, sans traces de blessures certes, mais identifiable et médusé. Armand veut faire interdire cette parution qu'il n'a pas autorisée, d'autant qu'il n'a pas voulu que ses jeunes enfants, gardés ce soir là par leurs grands-parents, soient mis au courant de l'épreuve qu'il a subie. C'est son choix et il demande le respect de sa vie privée. Il invoque donc le principe posé par l'article 9 du code civil (« *chacun a droit au respect de sa vie privée* »). La rédaction de l'hebdomadaire lui répond qu'elle aussi a un droit, celui que consacre l'article 10.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (on a le droit d'écrire CEDH, c'est l'usage et c'est plus court ; vous observerez que dans l'acronyme, le S a été chinté, mais c'est parce que Méphistophélès ; à situation dramatique, humour absurde), lequel texte fait partie de notre droit et dispose que « *toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière* ». La rédaction du journal fait ainsi valoir qu'elle a le droit « à la liberté de communiquer des informations » et ajoute qu'au reste, la photo est respectueuse de la personne d'Armand qui n'apparaît pas ensanglanté et dont le visage symbolise la dignité des victimes. La situation est difficile. Chacun se prévaut, non sans argument, d'un droit d'égale valeur. Comment trancher ? Pas simple car là où la règle donne une méthode pour résoudre la difficulté, les principes permettent seulement d'en poser les termes. En tout cas, dans une configuration comparable à celle ici décrite, la Cour de cassation a rendue la décision suivante :

> « *Vu l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble les articles 9 et 16 du Code civil ;*
> *Attendu que la liberté de communication des informations autorise la publication d'images des personnes impliquées dans un événement, sous la seule réserve du respect de la dignité de la personne humaine ;*
> *Attendu que pour juger illicite la publication, par l'hebdomadaire " P... ", d'une photographie représentant Mme X..., victime, lors de l'attentat survenu à Paris à la station Saint-Michel du RER, le 25 juillet 1995, l'arrêt attaqué retient que, si la liberté d'expression et les nécessités de l'information rendaient légitime le compte rendu de l'événement, la protection du droit à l'image de Mme X... commandait que la reproduction de sa photographie, prise sans son autorisation, ne permette pas son identification ;*
> *Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors qu'elle relevait que la photograpie était dépourvue de recherche du sensationnel et de toute indécence et qu'ainsi, elle ne portait pas atteinte à la dignité de la personne représentée, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

(Cass. civ. 1ère 20 février 2001, Pourvoi n° 98-23.471, Bull. civ. I n° 42)
On a le droit de ne pas être totalement convaincu. C'est un point sur lequel nous reviendrons. Il faut ici retenir que l'application d'une règle donne des résultats plus prévisibles que ne le permettent la mise en œuvre de principes.

Il reste qu'en pratique, le juriste travaille essentiellement avec des règles. Il ne doit cependant jamais perdre de vue qu'il existe des principes dont l'application peut contrarier le jeu des règles de droit. En jouant avec les mots, on pourrait dire qu'en principe, les normes sont des règles, mais que par exception, certaines normes sont des principes (si vous avez compris, vous êtes bienvenus dans le monde des juristes). Les propos qui suivent valent d'ailleurs plus pour les règles que pour les principes (cf. ci-dessus le passage en petits caractères).

8.- La sécurité juridique

Le fait que le droit se compose de normes générales et spécialement de règles offre aux individus la sécurité juridique. Cette proposition a une signification pratique et théorique.

D'un point de vue pratique, la sécurité juridique signifie que les individus sont en mesure d'avoir une quasi-certitude (c'est un peu optimiste, mais si c'était totalement vrai, il suffirait d'un algorithme pour faire du droit…) sur la façon de se comporter conformément au droit. Tout le monde ne connaît pas la règle, mais quiconque se préoccupe d'agir conformément au droit est en mesure, fût-ce avec l'aide d'un professionnel, d'identifier les règles applicables à sa situation et, en conséquence, le comportement conforme. C'est d'ailleurs ce que signifie l'adage « *nul n'est censé ignorer la loi* » (v. *supra* les petits caractères du n° 2). Les juristes ne sont pas nigauds au point de penser qu'il faut connaître toutes les règles de droit. L'adage signifie simplement que nul ne peut se prévaloir de son ignorance de la règle pour justifier sa méconnaissance. Il n'y a pas d'excuse d'ignorance dès lors qu'il existe en quelque sorte une règle du jeu préétablie et qu'à la condition de faire l'effort d'en prendre connaissance, il est possible d'agir en conformité avec la règle. Cette exigence de sécurité juridique est tellement forte que le Conseil constitutionnel[1] consacre l'objectif « *de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi* ». La formule est récurrente, mais sa formulation la plus complète figure dans une décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002 dont l'un des considérants est ainsi rédigé : « *le principe de clarté de la loi, qui découle de l'article 34 de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent, afin de prémunir les sujets de droits contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002* ». Si les individus doivent respecter les règles de droit,

[1] Petit conseil : dès que vous voyez apparaître le nom d'une institution (la cour de cassation, le conseil constitutionnel, le conseil d'Etat, etc.) dont le nom vous dit quelque chose, mais dont vous n'avez pas une idée très précise (vous n'êtes pas capable d'en donner une définition), prenez le réflexe d'aller sur le site **officiel** de l'institution en question. Pour toutes ses institutions, il suffit d'en taper le nom sur n'importe quel moteur de recherche et un lien vous amène au site officiel. Une page d'accueil vous propose une présentation synthétique de l'institution qui suffira largement à vous y retrouver. Gardez toujours en tête que vous ne serez jamais omniscient et certainement pas du premier coup.

au moins le Parlement (l'un des plus gros fournisseurs de règles) doit-il leur rendre la politesse et rédiger les règles de manière intelligible.

Tout le monde est contre le harcèlement sexuel, même ceux qui le pratiquent. C'est un peu comme la fraude fiscale. Les récentes affaires sont à cet égard significatives de ce que souvent, tel est pris qui croyait prendre. Quoi qu'il en soit, par une décision n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012, le Conseil constitutionnel a décidé l'abrogation de l'article 222-33 du code pénal punissant le délit de harcèlement sexuel. Est-ce à dire que les sages du Conseil constitutionnel (on peut écrire CC) soient des harceleurs qui s'ignorent ? Certainement pas. Le texte abrogé par le CC était ainsi rédigé : « *Le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* ». Pour décider l'abrogation du texte, voici les motifs retenus par les hauts conseillers :

> « *4. Considérant que, dans sa rédaction résultant de la loi du 22 juillet 1992 susvisée, le harcèlement sexuel prévu et réprimé par l'article 222-33 du nouveau code pénal, était défini comme « Le fait de harceler autrui en usant d'ordres, de menaces ou de contraintes, dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle, par une personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions » ; que l'article 11 de la loi du 17 juin 1998 susvisée a donné une nouvelle définition de ce délit en substituant aux mots « en usant d'ordres, de menaces ou de contraintes », les mots : « en donnant des ordres, proférant des menaces, imposant des contraintes ou exerçant des pressions graves » ; que l'article 179 de la loi du 17 janvier 2002 susvisée a de nouveau modifié la définition du délit de harcèlement sexuel en conférant à l'article 222-33 du code pénal la rédaction contestée ;*
> *5. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'article 222-33 du code pénal permet que le délit de harcèlement sexuel soit punissable sans que les éléments constitutifs de l'infraction <u>soient suffisamment définis</u> ; qu'ainsi, ces dispositions méconnaissent le principe de légalité des délits et des peines et doivent être déclarées contraires à la Constitution* ».

La fin de la décision s'appuie sur un principe propre au droit pénal. Pour autant, le motif par lequel les conseillers relèvent l'insuffisante définition des éléments constitutifs du délit reflète bien l'exigence d'intelligibilité de la loi. Dit familièrement, le dragueur impénitent doit savoir où est la limite. Certains ont naturellement du tact et de la délicatesse et ne se sentent pas vraiment concernés par ce type de comportement. Mais il y a des « gros lourds » et tous ne sont pas des délinquants. Le législateur ne peut donc se contenter de leur dire de ne pas trop en faire. Il doit être plus précis sur la définition des actes de harcèlement, par exemple en indiquant que ces actes s'apparentent à des *ordres, des menaces ou des contraintes*. L'article 222-33 a depuis été réécrit et dans sa dernière version, ultimement modifiée par une loi n°2018-703 du 3 août 2018, il est nettement plus explicite :

> « I. - *Le harcèlement sexuel est le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle ou sexiste qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante.*
> *L'infraction est également constituée :*
> *1° Lorsque ces propos ou comportements sont imposés à une même victime par plusieurs personnes, de manière concertée ou à l'instigation de l'une d'elles, alors même que chacune de ces personnes n'a pas agi de façon répétée ;*
> *2° Lorsque ces propos ou comportements sont imposés à une même victime, successivement, par plusieurs personnes qui, même en l'absence de concertation, savent que ces propos ou comportements caractérisent une répétition.*

> *II. - Est assimilé au harcèlement sexuel le fait, même non répété, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers.* »

Le lecteur peut être rassuré, les « gros lourds » qui multiplient les textos salaces sont toujours dans le viseur. Mais au moins, les choses sont dites avec clarté. Le harcèlement requiert ainsi que l'on « impose » son comportement ou ses propos, qu'on les répète ou qu'on exerce une « pression grave » (par ex. : pas de canapé, pas de promotion, voire plus de travail), qu'on dégrade la personne ou qu'on créée une situation inappropriée (par ex., dans une relation hiérarchique, le supérieur complimente régulièrement le préposé sur son physique, dans son bureau toutes portes fermées et en s'asseyant à ses côtés ; le propos n'est pas dégradant, mais la situation est « *intimidante* » et il est permis d'envisager la qualification de harcèlement).

Toujours d'un point de vue pratique, la sécurité juridique implique également que la loi ne soit pas rétroactive. C'est-à-dire qu'elle ne s'applique pas à des faits antérieurs à son entrée en vigueur. Sinon, ceux qui se sont conformés à la loi apprennent par la suite et sans y pouvoir rien, que leur comportement n'est plus conforme. Il n'y a alors plus de sécurité juridique. C'est un point sur lequel il y aura lieu de revenir, mais il n'est pas inutile d'en faire état dès à présent.

D'un point de vue théorique, la sécurité juridique signifie que les règles de droit échappent partiellement aux soubresauts de l'activité politique. Pour dire les choses plus doctement, **l'existence de règles est ce qui marque la différence entre le droit et la politique**. Le propos peut surprendre dans la mesure où le droit vient en principe de la loi et que le citoyen ayant un minimum d'instruction civique croit savoir (et il a raison) que la loi est votée par le Parlement, lequel se compose d'élus de la République. A première vue, ce sont donc les politiques qui font le droit. D'ailleurs, certains juristes n'hésitent pas à définir le droit comme un simple exercice de mise en forme de l'action politique. En 1981, un député un peu (en fait très) sectaire avait proclamé à l'Assemblée nationale, à l'attention d'un député de l'opposition qu' « *il avait juridiquement tort pour être politiquement minoritaire* » (à l'époque, la Ministre pour l'égalité avait de son côté déclaré à la tribune de l'Assemblée : « *je suis pour l'égalité entre les sexes et je prendrai moi-même les mesures* » ; l'Assemblée était essentiellement composée d'hommes et ils ont beaucoup ri, la Ministre aussi, d'ailleurs, car elle avait de l'humour ; comme quoi, toutes les époques ont leur charme). Cette phrase déplaisante est fort heureusement fausse. Pour le comprendre, il faut revenir un peu plus de deux siècles en arrière, au temps de la Révolution française. A l'époque, il fallait sans doute « briser les chaînes » de l'époque royale, mais enfin, la nécessité de faire des milliers de morts n'était peut-être pas avérée. Après quelques séquences bien sanglantes (la Convention, les chouans, la conjuration des égaux…), les français aspirent à la paix civile. Ils prennent un peu de temps et font finalement de Napoléon leur champion. Napoléon fera la guerre à l'extérieur, mais à peu près la paix à l'intérieur (la paix civile, c'est cela). L'un des outils de cette pacification de la société française tient à l'adoption du code civil, sorte de pacte social implicite des français. A l'époque, pour faire plaisir à l'Empereur, certains juristes flagorneurs ou pas très courageux disent d'ailleurs qu'ils enseignent le « Code napoléon » et non le « Code civil ». Même si la proposition est un peu caricaturale (la réalité est toujours plus complexe), c'est bien l'édification du monument du droit français (le code civil) qui symbolise le mieux la fin des outrances révolutionnaires. Portalis, le père intellectuel du Code civil écrit ceci dans le Discours préliminaire (un des plus grand textes de la littérature juridique) destiné à présenter le projet de code civil :

> « *A chaque instant, les changements naissent des changements ; et les circonstances, des circonstances. Les institutions se succèdent avec rapidité, sans qu'on puisse se fixer à aucune ; et l'esprit révolutionnaire se glisse dans toutes. Nous appelons esprit révolutionnaire, le désir exalté de sacrifier violemment tous les droits à un but politique, et de ne plus admettre d'autres considérations que celles d'un mystérieux et variables intérêt d'État.*
> *Ce n'est pas dans un tel moment que l'on peut se promettre de régler les choses et les hommes, avec cette sagesse qui préside aux établissements durables, et d'après les principes de cette équité naturelle dont les législateurs humains ne doivent être que les respectueux interprètes.*
> *Aujourd'hui la France respire ; et la constitution, qui garantit son repos, lui permet de penser à sa prospérité. De bonnes lois civiles sont le plus grand bien que les hommes puissent donner et recevoir ; elles sont la source des mœurs, le palladium de la propriété, et la garantie de toute paix publique et particulière : si elles ne font pas le gouvernement, elles ne maintiennent, elle modère la puissance, et contribue à la faire respecter, comme si elle était la justice même.* »

En opposant la séquence révolutionnaire, au cours de laquelle « tout est politique », et la paix civile à venir sous l'empire de bonnes lois, Portalis pointe ce qu'il faut comprendre de la différence entre droit et politique. Il est bien évident que le rôle du pouvoir politique est, notamment, de voter des lois. Il est d'ailleurs heureux que celles-ci évoluent avec le temps, la volonté du changement et sa réalisation n'étant que l'expression de notre liberté collective. Mais il est tout aussi nécessaire que certaines règles demeurent et qu'une partie de notre droit se maintienne pour que la cohésion sociale (autre façon de dire la paix civile) demeure. Tel est le message que nous livre Portalis, toujours aussi exact, plus de deux siècles après :

- Le propos est exact d'un point de vue empirique en ce sens que l'expérience révèle que la structure du code civil demeure à l'identique depuis son adoption et que les articles les plus importants du code n'ont pas été modifiés (sur la propriété, la force obligatoire des contrat, la responsabilité pour faute, etc.). L'expérience permet d'ailleurs d'étendre le constat au-delà du devenir du code civil. Les grandes réformes, qu'elles portent sur la laïcité (1905), la liberté de la presse (1881), la liberté des prix (1986), la durée du travail (1936, puis 1997), le mariage pour tous (2013), s'imposent avec le temps. Elles font partie de notre droit pour ne plus être exposées au risque d'une remise en cause à court terme.

- Le propos est exact d'un point de vue théorique. Une règle est une proposition abstraite et de ce fait générale et permanente, avons nous dit. Le fait est que si la règle change tout le temps, la généralité et la permanence deviennent illusoires. La règle s'applique si peu de temps qu'en pratique, elle concerne finalement tellement peu de personnes qu'on peut même les dénombrer et les identifier. Un exemple (inspiré de faits réels) pour comprendre. Imaginons qu'un gouvernement juge qu'un groupe de presse, parfaitement identifié, détient trop de parts de marché et que sa position est excessivement dominante. Il fait voter une loi qui empêche de détenir plus de 40% de parts de marché, quand le groupe dans le viseur en détient 41%. La loi est votée à proximité de la date des élections. Le groupe tient bon et le lendemain des élections, la nouvelle majorité abroge immédiatement la loi qui a été votée. Théoriquement, cette loi éphémère a posé une règle générale interdisant à un groupe de presse, en principe quel qu'il soit, de détenir plus de 40 % du marché. Cependant, cette proposition n'a qu'une valeur théorique et en réalité, la loi n'a été que le vecteur d'une décision politique contre un groupe de presse.

C'était en quelque sorte une règle « pour de faux ». Ainsi, la généralité de la règle n'est effective, donc le droit n'existe, qu'à la condition que le contenu de la règle ait a minima une certaine pérennité. Nous avons là en quelque sorte la preuve que l'existence du droit requiert sa séparation d'avec l'action politique.

Ripert, l'un des penseurs juristes les plus importants du XXème siècle, écrivait ainsi que « *tout juriste est un conservateur* ». Son propos n'était pas de dire que les juristes sont des vieux réacs réfractaires à toute innovation, même s'il est vrai que, parfois, mais c'est un propos à oublier sitôt qu'il aura été lu, certains sont un peu la caricature d'eux-mêmes. Le propos de Ripert, certes provocateur, est de définir l'esprit juridique en ce sens qu'à ses yeux, la fonction du droit et donc de ceux qui ont pour métier de le systématiser est avant tout de conserver l'intégrité du corps social malgré les changements politiques. Ces derniers sont un bienfait en ce qu'ils marquent la vitalité d'une société qui a « brisé les chaînes » et refuse durablement un avenir en forme de répétition d'un passé confit par la tradition. Mais si la société veut survivre à ses changements, son organisation doit reposer sur une dissociation du temps long et du temps court. Ripert écrit ainsi en disciple de Portalis qui, en décrivant l'esprit révolutionnaire, pointe ce qu'est la politique sans le droit. La politique sans le droit, c'est l'absence de règle, c'est le fait qu'à chaque changement de dirigeant, tout change. Il n'y a pas de règles générales et abstraites car les règles posées ne valent que pour le temps de celui qui gouverne. Au reste, il y a pire que la politique sans le droit, c'est la force à l'état brut. Ici le pouvoir n'a même plus de légitimité idéologique ou démocratique. Le pouvoir est celui du plus fort. C'est ce qu'on trouve dans les gangs et les mafias.

Comme le droit est une machinerie bien complexe et pleine de paradoxes, il suppose des normes générales, et qui le soient vraiment, mais également des normes individuelles qui en sont tout le contraire.

2°) Les normes individuelles

9.- Présentation

Les anglais ont coutume de dire qu'on ne règle pas un cas particulier avec une règle générale. Ce qui, malheureusement pour nos esprits cartésiens, n'est pas complètement faux. Une personne agit en responsabilité contre une autre. L'application de article 1240 du code civil, qui pose une règle générale, implique de s'interroger sur l'existence d'un dommage, d'une faute et d'un lien de causalité entre les deux. Jusque là tout est clair. Mais au fait, c'est quoi une faute ? Et si l'on sait répondre, comment s'assurer que le défendeur (vous savez maintenant qui il est) a bien commis la faute qui lui est reprochée par le demandeur ? Le passage de la règle abstraite au cas concret ne se fait pas mécaniquement. Il faut une phase de délibéré pour qu'in fine un juge retienne (ou ne retienne pas) que le défendeur est bien responsable. Ce qui donnera lieu à un jugement dans lequel il sera dit que X doit tant de dommages et intérêts à Y. Ce jugement, c'est une norme individuelle. Il n'y a d'ailleurs pas que la nécessité de juger qui oblige à l'édiction de normes individuelles. L'administration ou la gestion suppose des décisions individuelles. Il existe des règles qui encadrent le droit de faire construire un édifice sur un terrain dont on est propriétaire. La personne qui veut construire doit ainsi obtenir un permis de construire de l'Administration. S'il existe des règles générales qui encadrent la délivrance d'un permis de construire, il n'en reste pas moins que la personne qui veut construire chez elle doit

obtenir un permis qui vaudra pour elle et la construction qu'elle entend réaliser. La délivrance du permis de construire (on pourrait en dire autant du permis de conduire) procède d'une décision de l'administration et c'est aussi une norme individuelle. Enfin, il faut agir, trouver un logement, louer une voiture, conduire son entreprise, engager celle que l'on dirige ou travailler pour celle qui emploie, etc. En toutes ces matières, il existe des règles, mais aucune règle de droit n'a jamais dirigé une entreprise, ni d'ailleurs la vie de qui que ce soit. Chaque jour, de nombreux actes se font librement et créent de la contrainte. L'entreprise qui investit dans une nouvelle gamme de produit conclut pour ce faire de nombreux contrats (emprunt, licence d'un brevet, embauche, sous-traitance, etc.) et ceux-ci l'engagent. Il y a, là encore, des normes individuelles.
Quelles en sont les caractéristiques et quels rapports entretiennent-elles avec les normes individuelles ? Telles sont les deux questions à traiter avant de catégoriser les différentes normes individuelles.

- *Les caractéristiques des normes individuelles.*

Si elles sont individuelles, elles ne sont donc pas générales. Elles s'appliquent ainsi à un nombre limité de situations et de personnes. Attention, il n'y en a pas forcément qu'une de telle sorte qu'un peu curieusement une norme individuelle peut être collective. Par exemple, un juge qui ordonne l'expulsion d'occupants sans titre (vous savez, les zadistes un peu trop chevelus) vise l'ensemble des occupants. Pour autant, ce n'est pas une norme générale en ce sens que le juge vise les occupants au jour où il se prononce et pour le jour où ils seront délogés. On peut donc identifier qui est concerné : les personnes présentes sur la zone déterminée par le jugement le jour où les CRS viendront les expulser. Si cette norme collective demeure individuelle (franchement, cette complexité terminologique n'est pas très heureuse, mais il faut bien faire avec puisque c'est l'usage), c'est qu'en réalité, et tel est le trait caractéristique de la norme individuelle, cette norme est concrète. Ce qui oppose la norme individuelle à la norme générale, c'est avant tout que la première est concrète, là où la seconde est abstraite. La norme individuelle procède par description du cas qu'elle vise quand la norme générale donne la définition de ses conditions d'application. Il faudrait d'ailleurs dire la norme concrète plutôt que la norme individuelle. Mais au fond, peu importe le mot, pourvu qu'on ait compris la chose. *La norme individuelle est donc celle qui, concrète, s'applique à une situation définie dans le temps et dans l'espace et qui, de la sorte n'est pas susceptible de se reproduire à l'infini*. Les exemples du jugement, du permis de construire et du contrat illustrent le propos.
La norme individuelle est-elle permanente ? C'est un point qui se discute, mais il paraît opportun de retenir qu'elle l'est. La règle est permanente, dit-on, non pas en ce qu'elle est insusceptible de disparaître, mais en ce qu'aussi longtemps qu'elle n'a pas été abrogée, elle est indéfiniment susceptible d'application. On dit en droit qu'il n'y a pas d'abrogation par désuétude. En langage courant, cela veut dire qu'une règle ne s'use pas, même quand on ne s'en sert pas. On ne peut pas en dire autant de toutes les normes individuelles qui ont généralement une « durée de vie ». Deux observations conduisent cependant à retenir le principe de permanence des normes individuelles :

- Tout d'abord, certaines d'entre elles sont, comme les règles, à l'abri de la désuétude ; ainsi des jugements qui, aussi longtemps qu'ils ne sont pas remis en cause par l'exercice (strictement encadré) d'une voie de recours, demeurent sans changement ;
- Ensuite, même lorsque les effets d'une norme individuelle sont circonscrits dans le temps (par ex. un bail de 9 ans), il reste que leur caractère contraignant ne peut pas être ignoré de ceux auxquels ils s'appliquent tant que le terme de la norme

n'est pas échu ; dans l'exemple retenu dans la parenthèse, le bailleur (celui qui loue) ne peut pas mettre dehors le preneur (le locataire) tant que le bail (la location) n'est pas parvenu à son terme (9 ans après la date de conclusion) ; sauf si le preneur ne paie pas ses loyers, mais il faut une procédure judiciaire pour parvenir à l'expulsion du locataire.

Les normes individuelles n'ont pas exactement le même type de permanence que celle qui vaut pour les normes générales. Mais entre ces deux formes de permanence, il y a plus de points communs que de différences. Pour les normes générales comme pour les normes individuelles, il faut qu'un événement se produise pour les faire disparaître

- *Le rapport entre les normes individuelles et les normes générales*

C'est une question difficile et en cette période de découverte du droit, elle peut être mise entre parenthèse. La définition traditionnelle du droit (ensemble de règles…) occulte les normes individuelles. Ce qui surprend dans la mesure où aucun auteur ne nie l'existence de normes individuelles et la nécessité de bien les distinguer des normes générales. L'explication théorique tient au fait que les normes individuelles sont généralement présentées comme des applications des normes générales. Aussi bien s'agit-il d'un phénomène juridique second qui en réalité participe de l'exécution de la règle et en révèle le caractère contraignant. Par exemple, un jugement est une norme individuelle qui permet l'exécution d'une règle. Cette présentation n'est pas fausse et après tout, elle a la vertu pédagogique de la simplicité.

Pour autant, elle est réductrice. Lorsqu'un juge tranche un litige, il interprète la règle, il apprécie les faits qui lui sont soumis et il fait bien plus qu'appliquer la règle. D'ailleurs et quitte à anticiper sur des choses qui s'apprennent bien plus tard dans les études de droit, un jugement qui comporte une erreur produit malgré tout ses effets. C'est une solution classique que « *l'irrégularité dont peut être entachée une décision judiciaire (…) ne fait pas obstacle à ce que cette décision acquière l'autorité de la chose jugée* (NdA : un des principaux effets d'un jugement), *si elle n'a pas été attaquée par les voies de recours* » (v. par ex. Cass ; civ. 2ème 27 mai 2004, Pourvoi n° 03-04.070, Bull. civ. II n° 243). Le juge dispose ainsi de marges de manœuvres et ce qui importe en premier lieu est qu'il règle le litige dont il est saisi. Les normes générales sont pour lui des boussoles qui lui permettent de se décider de manière réfléchie et d'éviter l'arbitraire. Mais la norme individuelle dont le juge est l'auteur n'est pas l'application mécanique d'une règle. De manière plus marquée, l'Administration qui délivre un permis ou encore l'université qui décerne un diplôme n'appliquent pas des règles, elles exercent avec une large autonomie des pouvoirs qui leur ont été conférés. C'est encore plus vrai pour les parties qui concluent un contrat (une vente de voiture, la construction d'un bâtiment, un emprunt, etc.) dès lors que, sous certaines conditions, elles déterminent librement le contenu de la norme individuelle qui leur sera applicable. On peut certes dire que l'autorité publique qui exerce ses pouvoirs applique la règle qui l'a dotée de ces derniers, comme les individus qui usent de leur liberté contractuelle font application de celle-ci en concluant un contrat. Mais ces deux dernières propositions sont approximatives et artificielles. Les règles sont conditionnelles si bien que leur application doit conduire à admettre qu'au cas où les conditions de la règle sont réunies, l'effet de droit prévue par celle-ci se produit. Lorsqu'une administration exerce ses pouvoirs, l'administré ne sait pas si l'autorisation espérée sera délivrée. Lorsque deux parties concluent un contrat, nul ne peut prédire, sauf les parties, quel en sera le contenu. Celui-ci dépend d'un choix de son auteur de sorte que la norme individuelle ne se déduit pas d'une norme générale. Entre la première et la seconde, une décision s'intercale.

Historiquement, Carbonnier (1908 – 2003), l'un des juristes dont l'œuvre a fortement marqué la pensée juridique au XXème siècle, a écrit dans *Flexible droit* (LGDJ, Paris 2001 ; nouvelle parution en 2013, 1ère éd. 1969) que la règle et le jugement sont deux phénomènes

primitifs. Le propos peut être généralisé aux normes générales et aux normes individuelles. Il est impossible de dire qu'en droit, les premières ont précédé les secondes ou inversement. Pour autant, il est certain que la coexistence des deux phénomènes est la marque d'un progrès du droit. L'encadrement de la norme individuelle par la norme générale, de manière plus ou moins lâche, limite l'arbitraire et l'injustice. Le père du catholicisme libéral, Lacordaire a eu cette phrase que l'on répète à l'infini (un peu trop quand même) : « *entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit* ». Traduction possible : la norme générale limite les excès de la norme individuelle.

Les normes individuelles sont les instruments juridiques du jugement, de l'administration, enfin de l'action.

10.- Juger

Juger, c'est rendre un jugement, en première approche, dire à l'occasion d'une situation conflictuelle qui a tort ou raison. Il faut ici prendre le mot dans son sens de décision de justice. Le terme « jugement » a également un sens plus précis : c'est une décision rendue par un tribunal de première instance. On le distingue d'un arrêt, décision rendue par une juridiction d'un rang supérieur, cour d'appel ou cour de cassation. Le terme jugement est ainsi générique et spécifique. Le contexte de son utilisation permet aisément d'identifier quelle acception est retenue.

Le jugement est en principe la norme individuelle la plus proche d'une norme générale. Il est peut-être la seule norme individuelle, formellement présentée comme la stricte application d'une règle de droit. Ainsi dit-on que le jugement est réductible à un syllogisme judiciaire, dont la majeure est l'exposé de la règle, la mineure, le constat de la réalité des faits correspondant aux conditions de la majeure, la conclusion, le prononcé de l'effet de droit. Par exemple (toujours le même pour être sûr de la bonne compréhension du mécanisme), à l'occasion d'un litige portant sur la responsabilité du défendeur, le jugement se présentera formellement de la manière suivante :

- Majeure : *si par sa faute, une personne cause un dommage à autrui, elle en doit réparation à la victime* (article 1240 du code civil);
- Mineure : Paul a roulé en trottinette électrique sur le trottoir – *c'est une faute* - et a fauché Julie -*lien de causalité* - au moment où elle sortait de chez elle si bien qu'il lui a cassé la clavicule -c'est un *dommage corporel* - ;
- Conclusion : Paul doit réparation à Julie du dommage qu'il lui a causé.

La mécanique du syllogisme ou encore la méthode hypothético-déductive, les deux expressions sont synonymes, est moins implacable qu'elle ne semble en première lecture. Elle sous-entend, trois, voire quatre séquences, au cours desquelles, le juge saisi du litige doit faire des choix :

- *Interpréter* la règle et, dans l'exemple choisi, définir plus précisément le comportement constitutif d'une faute. Ce travail d'interprétation est simplifié s'il existe une autre règle qui interdit le comportement reproché au défendeur. S'il n'en existe pas, le travail du juge est plus complexe et ce même s'il est question d'une chose somme toute assez prosaïque. A un repas de famille, lancez le débat sur les trottinettes électriques et vous aurez une petite idée des considérations

contradictoires qui occuperont l'esprit du juge lorsqu'il lui reviendra de définir ce qu'est un comportement diligent (non fautif) au guidon de cette « nouvelle mobilité ».

- *Vérifier* la réalité des faits. Et si Julie s'était cassée la clavicule en tombant du trottoir après avoir pris peur en voyant Paul arriver sur sa trottinette ? En tout cas, c'est ce que dit Hugo, le pote de Paul qui le suivait (lui aussi sur une « nouvelle mobilité »). Mais Mina, la copine de Julie, a tout vu du trottoir d'en face et après avoir dit à Hugo, « t'es un bouffon », elle témoigne de la véracité des dires de Julie. Qui dit vrai ? Au juge de faire la part des choses. Pour ce faire, il dispose de ce qu'on appelle un pouvoir souverain d'appréciation, ce qui signifie qu'il se décide en fonction de son intime conviction au regard des différentes preuves produites et qu'il doit motiver son choix, par exemple, dire que lequel des témoignages lui aura paru le plus convaincant.
- *Qualifier* les faits établis. La qualification est l'opération intellectuelle par laquelle le juge se prononce sur la concordance entre les conditions abstraitement définies par la règle et les faits concrets du litige (la trottinette d'Hugo, la clavicule de Julie, etc.). Là comme ailleurs, le travail de qualification peut être délicat. Dans l'exemple retenu, la difficulté pourrait porter sur le lien de causalité. Que décider si, en fait, la clavicule de Julie présentait une fragilité antérieure à l'accident ? C'est un point, la qualification (pas la clavicule), sur lequel il existe encore une marge d'appréciation.
- *Mesurer* les effets. Dans certains cas, l'effet de droit est qualitativement ou quantitativement défini par la règle. Mais il est fréquent que l'effet comporte une part d'indétermination laissée à l'appréciation du juge. L'exemple choisi donne une illustration des variantes qui s'attachent possiblement à un effet de droit. La responsabilité de Paul, si elle est retenue, l'oblige à réparer le dommage subi par Julie. Il est pour autant certain que Paul ne va pas réparer le dommage de Julie en lui rachetant une clavicule. Il va donc l'indemniser. De combien ? Au juge de dire ce que vaut la clavicule de Julie. Pas si simple.

Une question débattue est celle de savoir si le syllogisme judiciaire correspond réellement au raisonnement suivi par le juge ou s'il n'est qu'une exigence formelle à laquelle se soumet le juge après s'être déterminé en considération de sons sens naturel de l'équité. Aucun des deux termes de cette alternative ne correspond à la pratique judiciaire. Il est certain que le juge a en premier lieu une intuition de l'issue du procès. Pour autant, cette sorte de flair judiciaire n'exprime pas un sens personnel de l'équité. Le magistrat, même débutant, a reçu une solide formation juridique. Avant de rendre son premier jugement, cela fait au minimum 8 ans que son intelligence professionnelle est au service du droit. Sa conscience de la solution juste et équitable a déjà pris les couleurs de la loi. De la sorte et sauf dérive partisane, le juge ne règle pas le procès selon son humeur. De surcroît, son éthique de magistrat le conduit ensuite à vérifier l'exactitude de ses intuitions. La méthode la plus éprouvée consiste à mettre en forme un syllogisme, ce qui oblige à identifier une règle, la majeure, susceptible de justifier en droit la solution que son expérience de juriste lui a permis d'envisager. Le syllogisme constitue ainsi une étape dans la construction du raisonnement judiciaire. C'est en quelque sorte le « crash test » des intuitions premières. C'est l'ultime effort intellectuel avant la rédaction du jugement.

On retiendra que la norme individuelle de jugement est *une norme par laquelle son auteur règle un différend en considération d'une norme générale qu'il interprète et applique à des faits passés*.

11.- Administrer

Le terme fait penser à l'action de l'Administration, l'Etat et les collectivités publiques. Cette résonnance sonne juste, mais il lui manque quelques harmoniques. En droit, il est aussi question d'administrer une succession, une entreprise en difficulté, un ensemble de biens, etc. Administrer, c'est décider pour autrui, c'est, par exemple, décider d'interdire une manifestation, de nommer tel fonctionnaire, de sanctionner tel autre, de délivrer une autorisation d'ouvrir un café, une clinique, un restaurant, etc. Aussi commun soit le terme, la chose qu'il désigne suscite une double curiosité :

- Tout d'abord, quelle différence faire entre juger et administrer puisque le juge et l'administration ont pour qualité commune d'imposer leur point de vue à d'autres qu'à eux-mêmes ; la différence tient essentiellement au fait que le juge intervient principalement dans un contexte conflictuel, son office étant d'apurer le passé litigieux des parties alors que l'administration décide en l'absence de contentieux et délibère en se projetant vers l'avenir (par ex., la délivrance d'un permis de construire tient compte de l'insertion de la construction dans l'environnement et des effets bénéfiques qui peuvent s'y attacher) ;
- Ensuite, quelle est la légitimité du décideur qui prend parti pour autrui. « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* » nous dit l'article premier de la Déclaration de 1789. Qu'est-ce qui, en droit, justifie que quelqu'un puisse imposer son point de vue à autrui ? La réponse est dans le même article qui ajoute une deuxième phrase : « *les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune* ». Ainsi est-ce au nom de l'utilité commune, on peut dire l'intérêt général, que l'Administration est habilitée à décider pour autrui.

Il faut cependant relever que l'Administration n'est pas la seule entité habilitée pour ce faire. Par exemple, l'administrateur d'une entreprise en difficulté est amené à prendre des décisions qui affectent les personnels de cette entreprise et notamment la plus désagréable pour ces derniers, à savoir un plan social emportant licenciement d'une partie d'entre eux. Si l'administrateur procède ainsi, ce n'est pas pour causer du tort aux salariés concernés, c'est qu'il pense nécessaire au sauvetage de l'entreprise d'en alléger la charge salariale. Il a peut-être tort, mais c'est ainsi qu'il raisonne. Il se détermine en considération d'un intérêt, en l'espèce celui de l'entreprise, distinct du sien propre. De la même manière, le tuteur qui administre les biens d'un incapable, décide pour cet incapable, mais dans l'intérêt de ce dernier. D'où, soit dit en passant, l'interdiction de ce qu'on appelle les « conflits d'intérêts », caractérisés lorsque l'administrateur est dans une situation où il pourrait être tenté de faire prévaloir ses propres intérêts. Par exemple, le tuteur de l'incapable s'apprête à faire vendre l'un des biens immobiliers de ce dernier et ce parce que les besoins de son entretien (assistance d'une tierce-personne, par ex.) requiert de la trésorerie. Cependant, le tuteur se porterait bien acquéreur de ce bien, ce qu'il ne peut faire car il trouverait un intérêt personnel à la réalisation d'une vente qu'il doit mener à bien dans le seul intérêt de la personne dont il administre les biens.

La norme individuelle d'administration peut donc être définie comme *la norme par laquelle, en considération d'un intérêt distinct du sien propre, son auteur décide pour autrui*.

12.- Agir

Le matin, les gens se lèvent et achètent du pain. S'ils connaissent bien le boulanger, il lui laisse une ardoise qu'ils viennent régler à la fin du mois (généralement, c'est plutôt en sens inverse, mais enfin, c'est bien connu, le petit commerce est une grande cause qui se passe de bénévoles). Puis ils prennent les transports. Certains autochtones des grandes agglomérations, qui habitent pourtant en centre-ville, trouvent encore intérêt à utiliser une machine à quatre roues, toutes motrices, tractée ou propulsée par un moteur puissant et sonore, qui occupe 10 m2 de l'espace public et disperse des particules fines, le tout pour parcourir seul dans cet espace, avec pour unique bagage une serviette au format A4, quelques kilomètres à la vitesse moyenne de 8 km/h, 9 quand il n'y a pas trop de circulation. Il en résulte des embouteillages, des klaxons, de la pollution et des insultes. Sinon, la plupart des gens se déplacent normalement. Pour autant, il aura fallu préalablement acheter l'outil de son déplacement ou souscrire un abonnement pour se transporter un peu plus vite qu'à pied. Les gens partent donc de leur logement, dont ils se sont portés locataires ou qu'ils sont entrain d'acheter (grâce à un emprunt), pour se rendre sur le lieu de leur travail, qu'ils exercent pour leur propre compte (le médecin, l'avocat, la cordonnière, le fleuriste, la bistrotière, le coiffeur, etc.) ou par l'occupation d'un emploi pour lequel ils ont été embauchés. Le soir, plutôt en fin de semaine, ils ont un *after* et généralement, comme c'est *chill*, tout ceci se termine dans un restaurant dont l'addition donnera lieu à paiement, par carte, même si le patron est un bon copain. Et puis les gens dorment, enfin ils font ce qu'ils veulent. Tout ceci se fait naturellement, mais pas totalement par l'opération du saint esprit.

La baguette et le logement, le transport et le travail, le loisir et même le repos, ne doivent leur existence paisible qu'en conséquence d'un ordonnancement complexe dont la plus petite unité, le jeton pourrait-on dire, prend la forme juridique d'un contrat, qu'il ait pour objet une vente, une location, une prestation de service (transport, restauration, etc.), un emprunt, un emploi, un instrument de paiement. *Pour agir, il faut contracter*. Celui qui achète sa baguette et tend sa carte pour un paiement sans contact ne vit sans doute pas l'instant comme une séquence juridique ; il est entrain de visualiser le moment où le beurre légèrement fondant se mélangera à la mie de la baguette encore chaude et à la confiture bio faite de fruits rouges. Maintenant, il sait aussi qu'au cas où un client prend la baguette et part en courant sans tendre sa carte, son boulanger un peu sanguin surgira de derrière sa caisse, lâchera une bordée d'injures et se lancera à la poursuite du client qui s'est cru aux restos du cœur. On contracte sans s'en rendre compte, mais on sait qu'à ne pas contracter, on serait un voleur.

Le contrat est la forme juridique la plus répandue de l'action. Il n'en n'épuise pas le registre. Celui qui se projette dans un avenir dont il ne sera plus et décide par voie de testament ce qu'il adviendra de ses biens manifeste son désir que ses volontés soient respectées même si son corps n'est plus à même de les soutenir. C'est encore une forme d'action car cette dernière se caractérise par deux traits : une volonté et en conséquence de la manifestation de cette dernière, une transformation de la réalité selon les désirs exprimés. Le plus petit dénominateur commun de l'action au sens juridique du terme est ainsi l'*acte juridique*, habituellement défini comme *la manifestation de volonté d'un individu en vue de créer des effets de droit*. L'acte juridique est usuellement opposé au fait juridique, fait dont les effets de droit n'ont pas été voulus par son auteur. Par exemple, l'auteur d'une faute est responsable à l'égard de la victime. La responsabilité est un effet de droit, mais il

ne correspond pas à ce que souhaitait l'auteur de la faute. Au reste pour parvenir à la norme individuelle qui condamne le responsable à réparer le dommage subi par la victime, il faudra un jugement. Le fait ne suffit donc pas à créer la norme, par opposition à l'acte juridique dont les effets de droit, donc la norme individuelle, correspondent au contenu souhaité par l'auteur de l'acte.

Naturellement, d'aucuns diront encore que la norme individuelle issue d'un acte juridique ne peut avoir d'existence juridique s'il n'existe pas une règle générale qui habilite les individus à créer ce type de normes. De la sorte, ces normes individuelles sont dans la dépendance de normes générales dont elles ne sont qu'une application. Il est donc inexact d'élever les actes juridiques au rang de norme juridique. Le contrat illustre l'objection. Si un contrat crée une norme individuelle applicable à ceux qui l'ont conclu, c'est bien par ce que l'article 1103 du code civil (règle) dispose que « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ». L'examen de cette objection conduit à revenir (v. *supra* n° 9) sur la question du rapport entre norme générale et norme individuelle. La question se pose ici avec d'autant plus d'acuité que la norme individuelle a pour origine des personnes privées. Or, la France est un pays de culture étatiste et ce marqueur culturel est tellement fort que certains esprits ne conçoivent pas que le droit puisse en quelque sorte venir d'en bas. Si les individus peuvent créer du droit par leurs accords, c'est nécessairement que cette capacité procède d'un octroi délivré par la puissance étatique et donc venu d'en haut.

Il est permis de penser que ces conceptions sont idéologiquement marquées. Au reste, ce qui surprend, c'est qu'il faille s'expliquer sur le bien fondé de conceptions contraires. Les Etats qui ont la main sur toutes choses sont connus pour être totalitaires et il n'est pas de culture communément admise qu'il faille les tenir pour des modèles. En réalité, les Etats libéraux reconnaissent aux individus une capacité d'action parce que les pouvoirs publics, reflets de la société civile dont ils tiennent leur puissance, ont intégré qu'il est impossible qu'il en aille autrement. Une société d'hommes libres peut temporairement admettre que l'Etat tienne tout. Par exemple, au lendemain de la seconde guerre mondiale, les français ont admis le rationnement, soit un encadrement par l'Administration de ce que leur vie comportait de plus quotidien (se nourrir). Il est d'ailleurs probable qu'après une période au cours de laquelle les pouvoirs publics n'étaient plus que l'ombre d'eux-mêmes, sous la coupe de forces d'occupation, les français n'ont pas si mal vécus cette renaissance d'un Etat souverain. Mais sitôt que les choses reprennent leur cours et que chacun retrouve confiance, l'Etat se retire naturellement et laisse aux individus la maitrise de leurs destinées. Et c'est bien pourquoi, ceux-ci peuvent alors créer des normes individuelles, sans que l'Etat ait a priori connaissance du contenu qu'en dessineront les parties.

De ces deux analyses, laquelle est la plus exacte ? Le lecteur a compris que l'auteur donne la préférence à la seconde, comme il admet que la première se soutient. La coexistence de deux thèses contraires est le propre des humanités (on dit aussi sciences humaines ou de l'homme). Est-ce à dire que tout est relatif, qu'en conséquence, point n'est besoin de raisonner et qu'il suffit de voter sur la conclusion pour consacrer la thèse qui recueille la majorité ? En réalité, l'incertitude dans laquelle les sciences de l'homme se meuvent conduit à la conclusion exactement inverse. C'est un principe éthique qui est à la vie intellectuelle ce que la tolérance est à la vie démocratique. Le chercheur en humanités n'y a sa place que s'il cherche la vérité, comme n'importe quel autre scientifique. Mais comme l'a écrit le philosophe des sciences K. R. POPPER (*La Logique de la découverte scientifique*, 1935, trad. fr. 1973, rééd. Payot, coll. « Bibliothèque scientifique », 1995), la vérité d'une proposition tient paradoxalement à son caractère falsifiable. Cela signifie qu'elle doit se déduire de données objectives susceptibles d'être discutées dans leur réalité même. Une proposition ne peut prétendre à la vérité que si elle laisse place à la contradiction. Il est donc admissible de soutenir que, sauf démonstration contraire, la seconde analyse est plus exacte que la première.

Ces deux analyses convergent néanmoins sur un point. La norme individuelle est en partie autonome de la norme générale en ce que son contenu n'est pas déterminé par une simple application de cette dernière. Si les contrats tiennent lieu de loi, celle-ci ne dit rien de leur contenu, librement défini par les parties.

La norme individuelle d'action est issue d'un acte juridique et résulte ainsi *d'une manifestation de volonté de son ou de ses auteurs en vue de créer des effets de droit*, concrètement d'une volonté de changement effectif de sa ou de leur propre situation.

I.B.- LA CONTRAINTE

13.- Présentation

C'est à la fois simple et compliqué. Simple en ce sens que le caractère juridique d'un dispositif, d'une norme générale ou individuelle, se reconnaît à son caractère contraignant. Un contrat est une norme individuelle appartenant à la catégorie des dispositifs juridiques parce qu'il contraint ceux qui l'ont conclu à l'exécuter. A défaut d'exécution, des sanctions seront prononcées et mises à exécution, au besoin avec le concours de la force publique, autrement dit l'Etat. Deux traits caractérisent donc la contrainte au sens juridique du terme : la sanction (**1°**) et la garantie de l'Etat (**2°**).

La question de la contrainte présente cependant un niveau de complexité qu'il serait dommage de ne pas mesurer dès l'entrée dans les études de droit. La présentation des règles de droit, principales catégories des normes générales, a mis en évidence la variété de leurs effets. Le profane pense en premier lieu que ces effets sont prescriptifs (*supra* n°6) et il a raison. Le professionnel lui apprend qu'il en est d'autres et que certaines règles se contentent d'autoriser des déclarations (par ex. : l'enfant né ou conçu alors que sa mère est mariée a pour père le mari de sa mère). Au reste et sous l'angle de la contrainte, la législation contemporaine pose de réelles difficultés d'analyse. Examinons les propositions suivantes : pendant la seconde guerre mondiale, l'Etat allemand, aux mains du parti nazi, a perpétré le génocide des juifs ; à la libération, les principaux acteurs de cette abomination ont été condamnés pour crimes contre l'humanité. Ces deux phrases énoncent des vérités historiques et elles n'ont pas vocation, au moins en première lecture, à intégrer la catégorie des dispositifs juridiques. Pourtant, l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, inséré par la loi dite GAYSSOT du 13 juillet 1990, considère que constitue un délit (une faute pénalement sanctionnée) le fait de contester l'existence de ces crimes commis pendant la seconde guerre mondiale. Cette loi a été votée alors qu'à l'époque, certains aspirants universitaires perdaient de vue l'exigence de vérité et déliraient sans complexe sur l'inexistence du génocide des juifs (v. sur le sujet, l'excellent livre de P. VIDAL-NAQUET, dont les deux parents sont morts en déportation, *Les assassins de la mémoire, un Eichmann de papier et autres essais sur le révisionnisme*, éd. La Découverte, Paris 1987). Toute époque a ses abrutis qui croient s'élever au-dessus de la pensée commune quand ils s'enfoncent dans les abîmes de la tromperie. En 1990, le mal venait de la gravité du déni et de sa provenance dès lors que certains intellectuels, de petits calibres certes, mais ayant tout de même trouvé un strapontin universitaire, avaient intégré la cohorte de ces minables. Quoi qu'il en soit, une loi comme la loi GAYSSOT, qu'on appelle loi mémorielle, donne une coloration juridique à une proposition historique. Où est alors la contrainte ? Une réponse simple est de dire que cette loi mémorielle interdit de professer

des contrevérités historiques et que la violation de cette interdiction reçoit une sanction à l'exécution de laquelle la force publique prêtera au besoin main forte. La réponse est un peu trop simple. La loi mémorielle ne vise pas toutes les dénégations, mais seulement celles qui portent sur certaines atrocités (génocide, esclavage) historiquement identifiables. L'interdiction d'en nier l'existence n'a de sens que si cette dernière est élevée au rang de vérité juridique (quoi qu'en dise le CC, v. ci-dessous). Sinon, l'atteinte à la liberté d'expression que constitue la répression du déni serait sans fondement et comme telle disproportionnée (v. la décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012 qui rappelle à propos des lois mémorielles que « *les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi* » et déclare contraire à la Constitution la loi qui prévoit de punir « *d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ceux qui « ont contesté ou minimisé de façon outrancière », quels que soient les moyens d'expression ou de communication publiques employés, « l'existence d'un ou plusieurs crimes de génocide défini à l'article 211-1 du code pénal et reconnus comme tels par la loi française* »). Or, appliquée à la vérité, quel peut être le sens de la contrainte ?

Il y a un degré zéro de la contrainte susceptible de s'appliquer à toutes choses, en ce compris des mots qui composent un récit. Cette forme primitive de la contrainte se découvre aux premières intuitions du phénomène juridique. Parmi leurs joies et leurs peines, les individus font le tri. Ils en gardent pour eux, ils en révèlent d'autres. Certains se marient fort discrètement, quand d'autres font la fête. Juridiquement, l'effet est le même, mais la légitimité de partager ce bonheur légalement consacré pousse certains à ne pas compter. Il faut les cloches, les robes, les traînes, les petits fours et les pièces-montées, les plus fines bulles et les meilleurs tanins. Par cette exagération, les jeunes mariés racontent en fait à leurs invités une histoire simple : ce qui vaut pour eux, vaut pour tous. Les noces sont ainsi la bande annonce de l'acte de mariage. Quelle que soit l'ampleur des festivités, celles-ci ne disent rien de plus que l'acte d'état civil. L'union de deux personnes est désormais opposable à tous et c'est bien cette opposabilité *erga omnes* (à tous, en français), qui est la marque la plus infime de la contrainte au sens juridique du terme (l'idée que l'opposabilité est le signe distinctif de la juridicité a été soutenue dans une thèse demeurée non publiée ; v. C. Kouchner, *De l'opposabilité en droit privé*, Th. Nanterre 2004). Un des conjoints peut bien être infidèle. Même si l'article 212 du code civil rappelle que « *les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance* », ce texte n'empêche pas les accrocs. L'état de personnes mariées fait cependant ressentir une contrainte contre laquelle les amants ne peuvent lutter. Même à juger que la relation conjugale s'est détériorée au point d'autoriser les entorses, la liaison d'un conjoint avec un tiers sera toujours une relation adultère. C'est comme cela, ce n'est pas autrement.

La contrainte se comprend donc doublement. L'acception la plus simple consiste à retenir que la contrainte s'imprime dans la sanction d'un comportement déviant. L'acception la plus complexe, plus discrète, mais plus profonde, met en avant la reconnaissance imposée dont procède la contrainte. Sur cette seconde acception, un parallèle est permis avec le phénomène religieux. Durkheim l'identifie par l'opposition du profane et du sacré qui en est la signature quelle que soit la religion concernée. Le laïc accède au monde profane cependant qu'il en est un autre, l'espace du sacré, qui lui est interdit. Sauf les clercs, qui pour intercéder, en fréquentent les marges, cet espace est identiquement inaccessible à tous. Quiconque tente l'intrusion, commet le blasphème. Dans l'organisation de la vie en société, le droit substitue la religion. Il l'évince sans ménagement, de sorte que tout un chacun peut critiquer le droit sans risquer l'anathème, sauf celui de quelques folliculaires en perdition, mais çà, ce n'est franchement pas grave. Pour autant, un peu à la manière d'un ferrailleur qui récupère à la casse une ou deux pièces d'un vieux moteur, le juriste extrait du phénomène religieux la nécessité qu'il y est des choses qui sont ainsi et ne se discutent pas. *Le droit laïcise la sacralité en ce qu'il impose erga omnes l'existence de tout ce qu'il consacre*.

1°) La sanction

L'acception retenue est ici la plus simple. La sanction s'entend donc d'une conséquence de la méconnaissance d'une norme générale ou d'une norme individuelle, précision étant faite que cette sanction est au désavantage de l'auteur de cette méconnaissance. On peut identifier deux types de sanction.

14.- Les sanctions civiles

Les sanctions civiles tendent à la réparation ou plutôt la restauration de la situation telle qu'elle aurait dû être si la norme avait été respectée.
On en distingue trois grands types :
- *L'exécution* qui consiste à contraindre le contrevenant à se conformer à la norme. Par exemple, un juge ordonne l'exécution forcée d'un contrat, si bien que la sanction exécutée, la situation sera conforme à ce qu'elle aurait dû être puisqu'in fine, le contrat sera exécuté.
- La *responsabilité* qui consiste à faire supporter à l'auteur de la violation de la norme la charge de la réparation du dommage qu'il a pu causer (article 1240 du code civil, ex art. 1382). Comme l'énonce avec justesse et concision la Cour de cassation, « *la fonction de la responsabilité civile est de replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit* » (Cass. civ. 1ère 2 juillet 2014, Pourvoi n° 13-17.894, Bull. civ. I n° 119).
- La *nullité* qui consiste à effacer rétroactivement les effets d'un acte juridique qui s'est formé en violation des règles qui lui sont applicables. Un contrat n'est légalement formé que si les parties y ont consenti de manière libre et éclairée. Il s'ensuit, par exemple, qu'est entachée de nullité, pour défaut de consentement éclairé (on parlera plus précisément de dol) la vente d'un bien immobilier intervenue sans que le vendeur ne révèle à l'acquéreur la construction prochaine d'une station d'épuration sur le terrain voisin, alors même que l'acquéreur a indiqué qu'il entendait faire du bien son logement principal. Et comme le rappelle la Cour de cassation, « *l'annulation d'une vente entraînant de plein droit la remise des parties en l'état où elles se trouvaient antérieurement à sa conclusion* », il s'ensuit « *la restitution du prix en même temps que la reprise de la chose vendue* » (Cass. civ. 1ère 6 février 2019, Pourvoi n°17-25.859, Publié au bulletin).

La sanction civile ne frappe pas trop durement celui qui la subit. Il y a une certaine indulgence du droit à l'égard du contrevenant. La violation d'une norme mérite une réaction, mais le droit anticipe que cette séquence est inéluctable. « *Que celui qui n'a jamais pêché jette la première pierre* ». Ainsi le droit laïcise-t-il la formule évangélique. C'est une position modérée et raisonnable. Y a-t-il un seul conducteur qui peut se flatter d'avoir toujours respecté le code de la route ? Y a-t-il un seul professionnel qui ne se soit jamais trompé ? Y a-t-il un seul vendeur qui en toute occurrence ait toujours tout dit de la chose vendue ? La réponse se déduit de la question. La perfection est le monde des raseurs ou des illuminés. *Les sanctions civiles consistent donc à rétablir une situation dans l'état où elle serait si les normes avaient été respectées*. Elles n'ont pas pour objet de pénaliser la personne même du contrevenant.

15.- Les sanctions pénales

C'est en cela que la sanction civile s'oppose aux sanctions pénales dont la finalité punitive est le trait caractéristique. *L'objet de la sanction pénale* n'est pas de rétablir la légalité d'une situation, mais *d'infliger un tort à la personne en infraction avec la norme*. On fait mal à qui fait mal. La sanction pénale ressemble ainsi à la vengeance, mais elle s'en distingue significativement :

- Tout d'abord, elle tient à distance la maxime « œil pour œil, dent pour dent » qui est au principe de la vengeance ; la sanction pénale est proportionnée si bien, pour être concret, que le chauffard ayant causé un accident dont la victime principale subit une amputation n'est pas censé prendre rendez vous chez un bourreau chargé de lui réserver le même sort ;
- Ensuite, la sanction n'est pas administrée par la victime ; dans l'instant où elle est agressée, celle-ci peut se défendre, c'est la légitime défense ; mais la victime ne peut se faire justice à elle-même ; elle peut faire œuvre de police (se défendre), mais elle ne doit pas faire justice (punir) ;
- Enfin, la sanction est prononcée et exécutée au nom de la société toute entière, et non de la seule victime ; la société, représentée par l'Etat (le Ministère public, dit encore le Parquet, dans le jargon du Palais, personnifié par le Procureur ou l'Avocat général lors du procès pénal), prend fait et cause pour la victime principalement parce que la faute commise par le délinquant met directement à mal les valeurs communes dont le partage garantit la paix civile. La victime est atteinte, la société l'est plus encore.

D'où la mise à mal du délinquant au moyen de sanctions pénales. Ces dernières font office de châtiment pour le coupable et d'épouvantail pour l'honnête homme. Telles sont leur fonction à la fois répressive et préventive de la commission d'infractions (des fautes pénales : rouler trop vite, voler, blesser, tuer…). Soit leur prononcé porte un tort au patrimoine de l'auteur de l'infraction et la sanction pénale est alors une *amende*. Soit la personne même du délinquant est atteinte par l'effet d'une privation de liberté et la sanction pénale consiste alors dans une *peine d'emprisonnement*.

Par nature, la sanction pénale est oppressive puisqu'elle porte atteinte aux libertés de l'individu, sa liberté patrimoniale en cas d'amende, sa liberté d'aller et de venir en cas d'emprisonnement. La sanction pénale est cependant nécessaire car s'il est mal de voler et de tuer, il faut bien se faire entendre et les bonnes paroles ne suffisent pas à prévenir les infractions. Mais il faut de la mesure car en de mauvaises mains (un despote pas éclairé du tout), la sanction pénale devient le vecteur d'une police politique. D'où le *principe de légalité des délits et des peines* (en latin : *nullum crimen, nulla poena sine lege*) que consacre en ces termes, l'article 7 de la Déclaration de 1789 : « *Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites* ». Ce principe ne suffit cependant pas. Il arrive que des parlementaires démocratiquement élus pensent faire le bien du peuple en l'asservissant. Qui sévit sait souvent se faire élire. Aujourd'hui, on appelle cela une « démocrature » (condensé de démocratie et de dictature). En conséquence, comme l'énonce l'article 8 de la même Déclaration, « *la Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires* ». L'évidente nécessité de la sanction pénale varie avec le temps. Il y a encore trente ans, par exemple, nul n'imaginait qu'un chef d'entreprise puisse être exposé au prononcé d'une

sanction pénale, en conséquence de suicides de ses salariés. Aujourd'hui, on ne comprendrait plus que la « majorité sexuelle » (l'âge à partir duquel un mineur est réputé à même de consentir librement à des relations sexuelles, soit 15 ans ; article 227-25 du code pénal) soit appréciée différemment selon la nature homosexuelle ou hétérosexuelle de la relation ; ce qui était pourtant le cas avant 1982. Chaque époque a ses nécessités et on ne se baigne jamais dans le même fleuve. Il y a pourtant des constantes ; l'eau n'est jamais la même, mais le fleuve est toujours là. En principe, le législateur ne prévoit de sanction pénale qu'à la condition que le comportement réprimé (l'infraction) soit constitué d' :

- Un *élément matériel* significatif d'une atteinte à une valeur éminente, c'est-à-dire au principe de toute paix civile ; le plan du code pénal est révélateur des trois principales valeurs que les sanctions pénales préservent : la personne, les biens, la nation et l'Etat ; voilà pourquoi, à travers les âges, le meurtre, le vol et l'espionnage appellent toujours la répression ;
- Un *élément moral* significatif de l'intention du délinquant de porter atteinte à la paix civile, en tout cas de choisir délibérément son intérêt propre sans égard pour le préjudice causé à autrui ; en termes simples, mais partiellement exacts, pour être pénalement sanctionné, il faut l'avoir fait exprès ; celui qui fraude le Fisc sait ce qu'il fait, comme le chauffard, d'ailleurs, qui met sciemment en danger la vie d'autrui.

Tels sont les éléments sans lesquels il n'y a pas de sanction pénale.

2°) La garantie de l'Etat

16. – La contrainte étatique et le « mou » du droit

Rien n'est plus banal que de souligner le caractère étatique de la contrainte juridique. Cela signifie que *l'Etat affecte ses services, justice et police, afin que ceux-ci permettent l'effectivité des sanctions civiles et pénales*. Quand une peine d'emprisonnement a été prononcée, avec « mandat de dépôt » selon l'expression consacrée, les policiers qui encadrent la personne condamnée lui font comprendre que la destination prochaine est une maison d'arrêt. Et contrairement à ce que pensent quelques braves gens mal informés, les prisons ne sont pas des hôtels 4 étoiles, ne serait-ce qu'en raison du fait qu'on n'y choisit pas sa chambre et que « *vue sur jardin* » ou « *vue sur mer* », « *chambre individuelle* » ou « *chambre double* », « *Queen or Kingsize* », ne font pas partie de l'offre à la clientèle. C'est cela l'effectivité de la sanction garantie par l'Etat.

Il est cependant devenu courant, même dans les ouvrages les plus élémentaires, de mettre en évidence l'apparition de normes juridiques dépourvues de sanctions étatiques. On appelle cela le « droit mou », un peu comme on dit d'un être pusillanime qu'il est « mou du genou » (pas de mauvaise blague, même si çà vous démange ; « mou du genou » = « le genou tombe facilement à terre » et cette génuflexion à courte échéance est la marque d'une soumission sans combat). Plus smart, l'expression de « *soft law* » fait également son entrée dans le langage des juristes. De quoi parle-t-on ? Des recommandations, des chartes, des « recueils de bonnes pratiques », et tout un amas de productions faites de bonnes paroles où l'on jure qu'on fera les choses bien et qu'on se gardera d'en commettre de mauvaises.

Dans les couloirs des hôpitaux, on trouve facilement une affiche pour indiquer que « *la personne hospitalisée est traitée avec égards* » et que « *l'établissement prend les mesures qui assurent la tranquillité des personnes et réduisent au mieux les nuisances liées notamment au bruit et à la lumière, en particulier aux heures de repos et de sommeil* » (extraits de « *Charte de la personne hospitalisée* », document officiel disponible sur le site *solidarités-sante.gouv*). Le malade est content de l'apprendre et en même temps, il est sceptique. D'abord, il imagine mal qu'il soit affiché que « la personne hospitalisée est traitée sans égards… » et que peu importe sa tranquillité. Il lui semble que la proposition de la charte est une évidence au point qu'elle confine à l'effet d'annonce, voire à la complaisance. Ensuite, il découvre généralement que le texte est punaisé (la punaise est rouillée et recouverte d'un vieux papier collant, du « scotch » qui, peut-être, un jour, a été transparent) sur un mur de sa chambre lorsqu'un personnel hospitalier y pénètre le matin, aux alentours de 5h47, allume les deux néons fixés au plafond, à l'équerre de la tête du patient et dont la capacité d'éblouissement ne faillit jamais, malgré l'inéluctable tremblement qui les affecte. Un ou deux tiroirs claquent, pour être sûr qu'après bruyante ouverture, ils soient bien refermés, d'où le doublement de la nuisance sonore, in fine multipliée par trois lorsque claironnent quelques propositions bienvenues : « alors, en pleine forme aujourd'hui », « température », « on vous emmène à la prise de sang », « pas de café ce matin, le médecin a dit non » (en même temps, tant mieux, le café est imbuvable)… Ainsi la personne hospitalisée apprend-elle que « *l'établissement prend les mesures qui assurent la tranquillité des personnes et réduisent au mieux les nuisances liées notamment au bruit et à la lumière, en particulier aux heures de repos et de sommeil* ». Soit elle y croit et alors elle est vraiment malade, soit son hospitalisation ne l'a pas encore privé de son discernement, ce qui l'amène à penser que quand on sert un café de cinquième zone, on évite de la ramener. Et là, les choses sont dites gentiment, parce que, quand même, les lignes qui s'écrivent sont celles d'un travail universitaire.

Que penser du droit mou, pardon du « soft law », et de l'incidence de son existence sur la définition du droit ? La réponse est en forme d'alternative, à deux termes.

Soit il est peu de choses, c'est-à-dire une communication plus ou moins bienvenue d'instances qui en attendent un surcroît de reconnaissance et un bénéfice d'image. Ce peut être l'hôpital, mais aussi une grande entreprise, dont les produits ont une vertu environnementale qui se cherche, ou encore dont les réseaux sont peu regardants tout en étant bien intrusifs. D'ailleurs, quelque organisation que ce soit produit aujourd'hui sa charte et le « soft law » se développe au rythme où se déverse le plastique dans les océans. Dans ces multiples occurrences, la tentative d'intégrer le droit mou dans la sphère juridique, pour soutenir ensuite l'existence de phénomènes juridiques sans contrainte étatique, laisse un peu sur sa fin. C'est en quelque sorte se faire l'idiot utile de communicants qui n'en demandaient pas tant. Le propos est un peu polémique, il est vrai. Pour autant, l'élévation au rang de normes juridiques de propositions formulées avec d'autant plus de vanité qu'elles portent d'artifice, ne peut être admise au seul motif que leur auteur prétend les porter à pareille hauteur. C'est un point que permet de valider l'étude des sources des normes juridiques (v. infra 1ère partie), on n'est pas seul à décider de ce qui est de droit.

Soit, pris en quelque sorte à leur propre piège, les producteurs de droit mou se voient opposer leur prose et sont par exemple sanctionnés pour n'en avoir pas suivi les

préconisations. Un exemple pour comprendre. C'est l'histoire d'une compagnie pétrolière qui affrète (comprenez qui « loue avec chauffeur », même si c'est un peu plus compliqué que cela) un navire pour transporter ses marchandises. Même si elle pourrait figurer dans un livre pour enfant, c'est une histoire vraie (Cass. crim. 25 septembre 2012, Pourvoi n° 10-82.938, Bull. crim. n° 198). Une bonne tempête et le navire tout plein de pétrole fait plouf, qu'est-ce qui reste ? D'abord, des kilomètres de plages polluées, des cormorans qui crèvent englués dans des flaques de pétroles — pour les poissons, c'est pas beaucoup mieux, mais çà se voit moins —, des bénévoles qui collectionnent les lumbagos et les pathologies dermatologiques en ramassant la m… sur nos côtes. Ensuite, une compagnie de transport maritime qui « entretient » — c'est un peu dur à prononcer — une flotte de tankers dans un état déplorable et qui envisage le procès à venir comme un mauvais moment à passer ; en gros, les juridictions françaises vont nous pourrir l'existence pendant 10 ans, mais dans trente ans, on sera toujours là et d'ajouter, comme un chanteur populaire, « ce qui ne me tue pas, me rend plus fort ». Enfin, une compagnie pétrolière dont le président se déclare meurtri par le « préjudice du siècle » et exprime ses regrets avec une émotion d'autant plus palpable qu'il y a force caméras et qu'il tient la compagnie de transport pour unique responsable. La compagnie pétrolière est un champion industriel qui fait l'honneur de la France et qu'il dirige avec l'humilité qu'imposent les charges de sa fonction. La compagnie aux destinées de laquelle il préside, extrait et raffine des « produits carbonés », issus d' « énergies fossiles » (çà sonne tout de suite plus propre) avant de les exporter dans un « espace mondialisé ». Elle répond de cette activité, mais ne peut endosser les fautes commises par une autre entreprise exerçant avec cynisme un métier, le transport, qui n'est pas le sien. Elle plaide donc qu'elle ne peut être jugée responsable d'une faute qui n'est pas la sienne. Ce n'est pas « hyperclasse », mais juridiquement, çà se tient. Sauf que les compagnies pétrolières n'en sont pas à leur première marée noire. Pour continuer à vendre du diesel (*Diesel n° 5*, celui qui a la meilleure odeur), mieux vaut être irréprochable en amont. La compagnie pétrolière s'est donc dotée d'un code de bonne conduite qui répond au doux nom de « vetting » (pour contrôle). Schématiquement, la compagnie met en place des processus d'agrément des navires affrétés dont la durée varie selon leur ancienneté. En gros, plus le navire craint, plus court est l'agrément. Les « navires poubelles », très peu pour elle, en tout cas pas longtemps. En l'espèce, la compagnie s'est cependant assise sur ce dispositif et « *il est établi que l'affrètement de l'E… (le navire) est intervenu bien après la date limite de l'agrément* ». La compagnie plaide avec l'élégance d'un tanker des années 70 (celui qui a coulé) « *pour justifier cette situation, que ce délai n'est qu'indicatif, qu'il s'agit d'une règle qu'elle s'est imposée à elle-même, qu'il lui était loisible d'affréter des navires que le service Vetting n'avait pas inspectés* ». Le brillant « storytelling » (le « narratif ») qu'ont vendu les conseillers de crise dont la compagnie pétrolière s'est assortie les talents est donc le suivant : le « vetting », c'est du droit mou et on s'en fout. Nos magistrats ont plus d'un tour dans leur sac et le service public à la française a de beaux restes. La Cour de cassation administre un « pan sur le bec » de qui faisait le coq et elle juge sans trembler :

> - « *Qu'une inspection du navire, réalisée dans le cadre de sa mission de contrôle de conformité aux exigences de sécurité et de protection de l'environnement, dénommée « vetting », si elle avait été correctement effectuée dans les conditions et dans les délais prévus par les procédures internes, aurait dû mettre en évidence, d'une part, les faiblesses de l'E…, inapte à naviguer en Atlantique par périodes de tempêtes, d'autre part, l'absence de renouvellement du certificat de classe au-delà d'un délai de deux mois, enfin, la présence d'anomalies permettant de suspecter l'existence de plus graves désordres* » ;

- Qu'en conséquence, « *ces constatations de fait caractérisaient une faute de témérité (…) à la charge de la société T… SA* (la compagnie pétrolière NdA), *et qu'il en résultait que son représentant avait nécessairement conscience qu'il s'ensuivrait probablement un dommage par pollution* ».

Le lecteur de cet arrêt comprend ainsi que le droit mou s'est sensiblement renforcé dans la tempête. La pâte a durci et les tribunaux l'ont extrait de la torpeur qu'entretenait la mollesse de son environnement pour l'élever au rang de norme juridique. La conclusion est sans doute expéditive et une étude plus approfondie justifierait des nuances. Pour autant, la proposition issue du code de bonne conduite est bien devenue, du fait de l'intervention des juges, une norme dont la méconnaissance expose son auteur à une mise en jeu de sa responsabilité, soit l'une des sanctions civiles spécifiquement consacrées par le droit. Lorsque le soft law s'apparente à une norme juridique, c'est en fait que les propositions qu'il contient sont telles que leur irrespect emporte le prononcé d'une sanction dont l'Etat, ici les juges, garantit l'effectivité. Le développement du droit mou mérite que les juristes y réfléchissent, mais il ne justifie pas une modification de la définition du droit.

L'intervention de l'Etat pour en garantir l'effectivité constitue donc bien l'un des traits caractéristiques de la norme juridique. La proposition mérite d'être étayée aussi bien d'un point de vue théorique que technique (et non pas « d'un point de vue taquetique-que-tèquenique »).

17. – La contrainte étatique ; aspect théorique

Les intellectuels disent parfois des bêtises, on appelle cela de l'intelligence lettrée. Mais certains d'entre eux font parfois très fort et ce qu'ils écrivent est un don pour l'humanité. Nos sociétés modernes doivent ainsi une fière chandelle à Hobbes (1588-1679). Ce philosophe anglais dispose d'une réputation mitigée et son œuvre majeure, *Léviathan*, parue en 1651, est parfois considérée comme le point d'appui théorique de tous les régimes autoritaires. Il suffit de lire l'auteur pour comprendre que tel n'est pas le cas, au besoin en s'aidant des excellentissimes analyses de l'un des meilleurs interprètes de la Pensée des Lumières, Pierre Manent (auteur contemporain et jusqu'à ce jour, en pleine forme ; v. not *Naissance de la politique moderne, Machiavel, Hobbes, Rousseau*, Paris, Rééd. 2007, Gallimard, coll. Tel).

Un cours de droit n'est pas un cours de philosophie et sous l'angle de la pensée sociale et politique, sans doute y a-t-il mieux, en tout cas plus à jour, que l'œuvre de Hobbes (v. par ex. l'œuvre de H. Arendt, 1906-1975, dont la pensée politique intègre la difficulté de concevoir comment le totalitarisme peut s'imposer dans un univers pourtant démocratique ; parmi ses œuvres, d'une lecture exigeante mais accessible, on citera, *Les origines du totalitarisme*, 1ère éd. anglaise en 1951, *Condition de l'homme moderne*, 1ère éd. Anglaise en 1958 ; l'œuvre d'H. Arendt a été traduite en français et elle est éditée en format poche notamment aux éditions Le Seuil ou Calmann-Lévy). Pour un juriste moderne, Hobbes est celui qui démontre le mieux la nécessité théorique de lier le droit et l'Etat. Hobbes a subi les guerres de religion, il en a vu les horreurs, éprouvé les fuites. Aussi bien est-il convaincu et nous a-t-il définitivement convaincu que le droit de Dieu n'est jamais que le droit de son Dieu et que l'essence divine dont les fidèles le dotent conforte leur conviction de l'imposer à tous. Le droit divin est celui de quelques uns portés

à croire qu'il vaut pour tous. Il est en conséquence le vecteur de la guerre civile, nulle religion n'étant assez forte pour s'imposer durablement, fût-ce par la terreur. La violence est hermaphrodite. Il y a donc urgence à mettre Dieu sur le banc de touche et lui substituer un autre patron, capable de mettre tout le monde d'accord.

Comment faire ? En posant d'abord le bon diagnostic. C'est à ce moment que les intelligences se distinguent. Le coup de génie de l'excellent Hobbes est de dire l'exact contraire de ce que tout le monde pense, puis, et c'est ce qui le distingue d'un mauvais esprit qui tweete des « fakenews », à démontrer qu'il dit la vérité. C'était un peu moins vrai à l'époque, mais nous pensons tous qu'entre les hommes, il y a peut-être une égalité en droit (par ex., tout le monde vote, même si on trouve que cette généralité ne devrait pas s'appliquer à son voisin, dont chaque réunion de copropriété démontre l'ineffable balourdise), mais qu'en tout état de cause et en fait, l'inégalité règne en tous lieux. Comment croire le contraire ? 10 élèves devant le même problème de math ne rendent pas la même copie et si les mêmes courent un 100 mètres, aucun n'arrive en même temps (sauf exception, mais statistiquement, les chances que les temps des ex-aequo soient strictement identiques sont les mêmes que celles de gagner à l'Euromillions). Contre l'évidence, Hobbes inverse le propos. Il peut bien y avoir des inégalités en droit, des nobles et des roturiers, des patrons et des ouvriers, des petits et des puissants, mais en fait, nous sommes tous égaux. Devant la mort, c'est une évidence et même un lieu commun, voire un propos de comptoir. Pour convaincre d'une égalité de fait, il faut approfondir et admettre, au risque de la sidération, une égale aptitude à donner la mort. S'il est en droit une inégalité de puissance, il est en fait une égalité de nuisance. Hobbes écrit ainsi : « *pour ce qui est de la force corporelle, l'homme le plus faible en a assez pour tuer l'homme le plus fort, soit par une machination secrète, soit en s'alliant à d'autres qui courent le même danger que lui* » (*Léviathan*, Chap. XIII). Hobbes a en tête l'hypothèse du régicide qui, pour frapper la tête, vient souvent d'en-bas. L'auteur du crime pointe aux premiers barreaux de l'échelle sociale mais il suffit d'une occasion pour lui permettre d'un trait d'en rompre les derniers. Les années récentes confirment l'acuité de cette intuition. En 2015 et 2016, la France a découvert sur un mode traumatique les ravages que peuvent causer quelques misérables fanatisés. Et même, il a suffi qu'un homme prenne le volant d'un camion pour provoquer la mort de plus de 80 personnes. Il est donc bien vrai, aussi sinistre soit la constatation, que l'aptitude à faire violence se moque des hiérarchies.

Un corps social qui réclame la paix n'a d'autre choix qu'un consensus sur une égale confiscation de la violence. Tout un chacun doit admettre qu'en toutes hypothèses, même en celles qui appellent une sanction sévère, le recours à la force n'est à la disposition de personne, sauf d'un seul (le fameux Léviathan de Hobbes) en situation de monopole absolu. Hobbes encore, à propos du Léviathan : « *une personne unique telle qu'une grande multitude d'hommes se sont faits, chacun d'entre eux, par des conventions mutuelles qu'ils ont passées l'un avec l'autre, l'auteur de ses actions, afin qu'elle use de la force et des ressources de tous, comme elle le jugera expédient, en vue de leur paix et de leur commune défense* » (*Léviathan*, chap. XVII) Le détenteur du monopole de l'exercice de la violence légitime (la force publique), le Liévathan moderne, n'est autre que l'Etat, quelle que soit du reste la forme de son gouvernement. Et c'est bien pourquoi, nul ne peut se faire justice à lui-même et que pareille besogne revient en exclusivité aux instances étatiques, police et justice. Deux observations complémentaires :

- La constitution du monopole étatique repose bien sur un consensus social en ce sens qu'au moins implicitement, les individus admettent dans leur immense majorité leur nécessaire abstention, même devant les situations les plus abjectes. A cet égard, l'intégration par les individus de ce consensus est possible car, toujours lui, comme Hobbes le relève avec optimisme et lucidité, « *la prudence n'est que de l'expérience, laquelle, en des intervalles de temps égaux, est également dispensée à tous les hommes* » (*Leviathan*, Chap. XIII). En clair, il n'est pas besoin d'un haut niveau d'instruction pour comprendre la nécessité de s'en remettre à une puissance qui surpasse toutes les autres. La séquence des attentats de 2015 et 2016 est à cet égard significative. Ces derniers ont été commis par des fanatiques se prévalant d'une version apocalyptique de leur religion, en l'espèce l'Islam. Si la société française n'avait atteint le degré de maturité nécessaire à sa consolidation, il en eût résulté d'inévitables représailles, aussi sanglantes que ne le furent les premières tueries. La nuit de la Saint Barthélémy n'aurait été probablement que le lointain premier épisode d'une mauvaise série. En France, il n'en a rien été et les français ont maintenu leur confiance dans leurs forces de police et leurs institutions judiciaires. C'est peut-être un miracle, mais c'est une réalité. Le « consensus de Hobbes » n'est donc pas une abstraction.

- La nécessité d'un monopole de détention de la force publique est une proposition d'ordre juridique. C'est un point discuté. Hobbes est un auteur de philosophie politique et de bons auteurs considèrent que sa proposition d'un Léviathan est également d'ordre politique. D'ailleurs, ajoutent-ils, le droit peut exister sans l'Etat. Témoin, le droit international qui régit les relations entre Etats, alors même qu'il n'y a pas de Léviathan dominant ces derniers. Soit, mais le droit international n'est jamais aussi efficace que lorsque les Etats se dotent d'une institution, par exemple l'Organisation Mondiale du Commerce, susceptibles de leur imposer ses décisions. Dans sa forme la plus aboutie, le droit suppose en conséquence une instance propre à imposer ses sanctions quelle que soit la puissance de qui les subit. Et l'idée qu'il faut concentrer toutes les forces entre les mains d'un seul afin que s'observe la paix civile espérée dans un monde de droit est en provenance directe de l'œuvre de Hobbes. D'ailleurs et on le lui a reproché, ce dernier marque une certaine indifférence à l'égard des différentes formes de gouvernement. Le Liévathan s'accommode de la monarchie comme de l'aristocratie, la démocratie n'est jamais qu'un plus, pas une nécessité (*Léviathan*, chap. XIX). Ce n'est pas une proposition politique, c'est un constat. En effet, la paix civile par l'effet d'un Léviathan s'obtient par le seul effet du consensus sur le monopole de la force publique, quelque déplaisir que suscite chez les uns et les autres l'action du gouvernement qui gère les affaires de l'Etat. La période contemporaine montre encore le discernement de ce penseur. Notre époque voit prospérer des régimes autoritaires, parfois appelés « démocrature », en ce que, malgré les excès et les protestations, les populations consentent de guerre lasse à leur plus ou moins longue pérennité. Ce phénomène révèle qu'une même population peut dans des proportions significatives abhorrer le gouvernement qui dirige le pays tout en admettant que la remise en cause de son action ne justifie pas la révolte au point d'anéantir la structure étatique qui, par le seul effet du Léviathan, accomplit a minima sa mission de maintien de la paix civile. En un mot, quelles que soient les politiques conduites, un Etat qui assure le minimum juridique a de bonnes chances de se maintenir.

On retiendra donc que la contrainte étatique est constitutive du phénomène juridique. Elle n'est pas un accessoire qui se serait en quelque sorte accroché au droit par l'effet d'un accident de l'histoire. Ou alors, c'est que cet accident marque la naissance du phénomène juridique, au moins dans sa forme contemporaine. En tout cas, pour l'heure, l'Etat n'a pas encore trouvé de *Liévathan* de substitution.

18.- La contrainte étatique ; aspects techniques

C'est encore une drôlerie de la sphère juridique, mais la contrainte étatique y semble à géométrie variable. Il est d'usage de distinguer :

- *Les règles impératives*, dites aussi règles *d'ordre public*, auxquelles il est interdit de déroger ;
- *Les règles supplétives*, applicables à défaut de manifestation de volonté contraire.

Cette distinction est d'une utilisation constante dans la pratique juridique. Ainsi, lorsqu'une loi nouvelle entre en vigueur (par exemple, la réforme du droit des contrats), il est d'usage de se demander si les règles que cette loi édicte sont impératives ou supplétives. Il faut donc bien intégrer le sens de cette distinction.

Les individus ont une aptitude à faire des actes juridiques (v. *supra* n° 12), rédiger leur testament, acheter une maison et conclure toutes formes de contrats sur bien d'autres objets encore. Dans le monde des affaires, les sociétés commerciales n'existent en quelque sorte que pour cela tant leurs instances représentatives (gérants, PDG, etc.) passent de temps à conclure des contrats (emprunt, achats, emploi, vente, etc.) aux fins de développer l'activité de leur entreprise. C'est principalement dans cet espace où les volontés individuelles sont créatrices de droit que la distinction entre règle impérative et règle supplétive prend du sens. Les parties qui sont aptes à faire des actes juridiques ne peuvent déroger aux règles impératives. Par exemple, une entreprise qui vend ses produits à des particuliers doit respecter les règles du code de la consommation, protectrice des intérêts du consommateur. Elle ne peut introduire dans ses contrats des clauses qui seraient contraire à ces règles, précisément parce que celles-ci ont un caractère impératif. Au contraire, les parties à un contrat sont libres de déroger aux règles dites supplétives, en réalité la plupart des règles légales applicables aux contrats. Par exemple, les parties à un contrat disposent de marge de manœuvres importantes pour fixer les circonstances dans lesquelles il sera mis fin à leur relation contractuelle. Pour autant, il existe des règles supplétives applicables à défaut de précision (on dira stipulation) dans le contrat sur ces circonstances.

Première question : à quoi servent les règles supplétives ? Les règles impératives, on comprend. La volonté a du bon mais le libéralisme a ses limites. Il est nécessaire de poser des bornes, par exemple, pour interdire à une personne désireuse d'avoir un enfant d'aller en acheter un dans quelque zone misérable, ou encore à une entreprise de faire fabriquer ses produits par des ouvriers sous-payés. Mais les règles supplétives, ah quoi bon ? Puisque les parties sont libres de déterminer les termes de leur rapport, y a-t-il quelque utilité à prévoir une solution de rechange ? Il y a une double utilité pratique :

- Tout d'abord, en cas de litige, il est important de décider au regard de normes qui ont été écrites d'avance (on dira préconstituées) ; si les parties n'ont rien prévu, la règle supplétive offre ainsi une norme de substitution dont l'application évite l'arbitraire du juge ;
- Ensuite, en l'absence de litige, l'existence de règles supplétives facilitent les échanges ; en pratique, il est en fait assez rare que les parties prennent le temps de tout prévoir ; elles se mettent d'accord sur l'essentiel et se reposent pour le reste sur la solidité d'un appareillage normatif constitué des règles supplétives.

Seconde question : les règles supplétives sont-elles bien des règles de droit puisqu'il est permis d'y déroger sans s'exposer au prononcé de sanctions étatiques ? Oui, les règles supplétives sont bien des normes juridiques et il n'est pas nécessaire pour l'admettre de réviser la définition de ces dernières. La règle supplétive s'applique à défaut de volonté contraire. La volonté pèse ainsi sur les conditions de la règle, pas sur ses effets, dont le caractère contraignant n'est pas remis en cause. Concrètement, cela signifie que la règle supplétive s'impose aux parties si ces dernières se sont abstenues d'en exclure l'application lors de la formation de l'acte juridique. Si elles ne trouvent pas d'accord à cet égard, elles subiront les effets de la règle sans pouvoir s'y soustraire compte tenu de son caractère supplétif.

19.- Le droit, les mœurs, la morale et la religion.

La contrainte étatique est d'ailleurs ce qui distingue la norme juridique d'autres dispositifs, perçus comme une contrainte par les individus, certes avec plus ou moins d'intensité. Il s'agit des mœurs, de la morale et de la religion. Quelques lignes pourraient ici suffire et c'était au reste l'usage dans les cours d'introduction au droit, encore jusqu'au début des années 80. Le professeur exposait de manière débonnaire qu'il est mal élevé de se décommander la veille d'un dîner prévu de longue date, mais que, bien entendu, on ne fait pas procès d'un tel désagrément. On apprend à mieux choisir ses relations. Le droit n'est pas tout et chacun perçoit spontanément la différence de nature entre le droit et la courtoisie. La messe était dite et l'on passait aux choses sérieuses.

Tempora mores, cette façon d'aborder le sujet a pris quelques rides. Quiconque est habitué à prendre des initiatives publiques, par exemple un professeur dans un amphithéâtre, sent qu'il n'a plus la liberté de ton d'il y a quelques années. Il faut ne pas froisser, ne pas humilier, ne pas blasphémer alors même qu'aucune norme juridique n'impose cette retenue. D'où vient alors la contrainte, sinon de dispositifs qui sans être de droit, sont néanmoins pesants ? Les mœurs, la morale et la religion ne sont pas du droit, mais elles partagent avec lui le caractère contraignant. D'où la situation de concurrence, plus vive aujourd'hui qu'elle ne le fût hier. Cette situation et la façon dont le droit s'en accommode justifient une attention renouvelée. Enoncer que ces contraintes informelles ne sont pas du droit est en quelque sorte une évidence. Il n'est pas besoin de s'y attarder. Au contraire, il faut prendre le temps d'examiner comment en quelque sorte, elles mordent sur la part du droit. C'est qu'en réalité, il n'y a pas à proprement parler d'empiètement. Elles remontent à la surface pour être au fondement du droit.

*

II.- LES FONDEMENTS DU DROIT

20.- Droit positif et droit naturel.

La question des fondements du droit constitue l'un des marronniers des introductions au droit. Il faut bien reconnaître que pour être banale, la question présente un caractère incongru. Si le droit se singularise par la reconnaissance étatique des contraintes qu'il impose, la cause est entendue. Le fondement du droit, c'est l'Etat, à charge pour les juristes de présenter de manière raisonnée l'ensemble des dispositifs issus de la production normative des autorités publiques. Cette attitude résignée s'appelle le positivisme qui consiste à étudier, comme son nom l'indique, le droit positif, c'est-à-dire le droit tel qu'il est au moment où on l'étudie. Le programme est à périr et s'il reflétait réellement la suite, il vaudrait mieux aller voir ailleurs. Heureusement, si la plupart des juristes disent qu'ils sont positivistes, en réalité, ils ne le sont pas. Ou plutôt, s'ils étudient le droit d'aujourd'hui, le droit positif, donc, ils le font d'une manière qui révèle une conception du droit et de ses fondements.

C'est qu'en effet, à l'état chimiquement pur, le positivisme n'existe pas.

Tout d'abord, *d'un point de vue théorique*, aucun auteur ne peut sérieusement dire qu'il se contente d'exposer le droit tel qu'il est, dans sa vérité première et dernière. Sinon, il faudrait se contenter de recenser les textes, de les recopier puis d'indiquer les décisions de justice rendues en application de ces textes. Ces recensions sont faites dans les codes annotés ou encore dans les banques de données disponibles en ligne. Ces outils sont très utiles, mais c'est bien connu, « la technique ne pense pas » et cet agrégat de données ne forme pas une connaissance du droit. Cette dernière suppose une réflexion qui s'ajoute aux données brutes. A minima, il faut mettre de la cohérence et donc identifier les principes structurants d'une matière. L'ensemble s'ordonnera ensuite autour de ces principes, des règles qui en découlent, de leurs conditions et de leurs effets, mais aussi des exceptions nécessaires, de celles qui le sont moins, etc. Il importera donc de s'interroger sur la raison d'être de chaque règle afin de déterminer comment elle s'insère dans l'ensemble auquel elle appartient. Intellectuellement, l'affaire est déjà plus stimulante. Elle ouvre des perspectives, elle crée des incertitudes et donne des marges de manœuvre. Ces dernières sont essentielles car le droit privé sert le plus souvent à l'occasion de litiges. Chacun est prié d'argumenter au lieu de se battre. Si le droit ne donnait que des certitudes, les discussions ne pourraient prendre forme et faute de matière, le débat virerait au duel. Un droit qui fonctionne est un droit qui comporte une part de flou (c'est même le titre d'un ouvrage d'un éminent auteur, professeur honoraire au Collège de France ; v. M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, PUF 1986). Le droit, c'est toujours un peu tordu, et heureusement.

Un exemple pour s'en convaincre. L'article 1103 du code civil dispose que « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* » (vous allez finir par le savoir). Cette disposition fonde légalement le principe de la force obligatoire des contrats qui, en droit civil, constitue un principe structurant. Sa consécration par le droit positif ne date pas d'hier et elle est au reste assez universelle. Le principe peut recevoir trois justifications, a priori complémentaires :

- La première est philosophique : elle retient que le principe posé par l'article 1103 du code civil est le seul qui autorise une contrainte respectueuse de la liberté

humaine ; c'est qu'en effet, puisque le contrat est un accord de volonté, les obligations qui en sont issues sont librement voulues par ceux qui y sont tenus.

- La seconde est morale ; elle met en avant la fidélité comme vertu et elle ancre la contrainte issue du contrat dans le nécessaire respect de la parole donnée ; *Pacta sunt servanda*, dit-on en latin.
- La troisième est économique ; la création de richesses repose sur le dynamisme des échanges ; ces derniers prennent la forme de contrat et le besoin de confiance des acteurs économiques requiert la sûreté des obligations issues du contrat ; en un mot, un banquier ne prête qu'avec l'assurance d'être remboursé.

En 2016, le législateur introduit à l'article 1195 du code civil la règle suivante : « *si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant.* » Exemple : un pompiste indépendant distribue de l'essence d'une marque donnée. Il fixe le prix à la pompe, mais pas le prix auquel il achète l'essence qui remplit les cuves de sa station. Le producteur décide du prix d'achat, ce qui résulte d'ailleurs des termes du contrat de fourniture qui lie le pompiste au producteur. Une énième crise pétrolière se produit, le prix du baril flambe et les prix d'achat s'en ressentent. Notre pompiste peut toujours augmenter le prix à la pompe, sauf qu'à quelques kilomètres de sa station, une centrale de grande distribution a décidé de vendre « à prix coûtant ». Plus personne ne lui rend visite et, sauf baisse du prix d'achat, notre pompiste s'apprête à mettre la clef sous la porte. L'article 1195 lui sauve la mise (enfin, c'est un peu plus compliqué en pratique) car en raison de « *l'exécution excessivement onéreuse* » du contrat de fourniture, le pompiste peut normalement demander « *une renégociation du contrat* » au producteur. Etape suivante : cet article 1195 fait-il exception au principe de la force obligatoire du contrat et faut-il le présenter comme une sorte d'incohérence en forme de concession faite aux nécessités de l'équité (ne pas laisser tomber le pompiste) ?

- Sous l'angle philosophique, la réponse est positive car la contrainte contractuelle est d'une perfection théorique telle que seule une certaine conscience du réel peut justifier qu'elle cède ;
- Sous un angle moral, la réponse est déjà plus nuancée ; il faut sans doute avoir une parole, mais à l'impossible nul n'est tenu et le producteur qui demande l'impossible à son distributeur fait preuve d'une intransigeance telle qu'il serait immoral de le laisser faire ;
- Sous l'angle économique et là comme ailleurs, la nuance est de mise ; le bon contrat est celui qui s'exécute et rien ne sert de vendre si l'on n'est pas payé ; en même temps, lorsque le contrat est au long cours (comme un contrat de fourniture de produits pétroliers), il est économiquement souhaitable d'en assurer la pérennité et il est sans doute préférable de consentir des aménagements plutôt que de précipiter la faillite d'un distributeur, ce qui en fait a toujours un coût et pas seulement pour le failli ; à la condition que les parties aient anticipé la possibilité d'une renégociation, cette dernière présente donc l'avantage économique de permettre l'équilibre et la viabilité de la relation contractuelle dans la durée.

Fin de l'épisode : Etudier le droit positif, c'est faire ce qui vient d'être exposé à propos des articles 1103 et 1195 du code civil, de manière plus approfondie, plus systématique et en toutes matières. Cela suppose d'identifier les fondements des règles et d'avoir une idée de ce dont on parle. Le positivisme, ce n'est finalement pas la règle telle qu'elle est, mais telle qu'on la comprend et, d'une certaine manière, telle qu'on l'idéalise.

Qui plus est, un positivisme mal compris est *une impossibilité pratique*. Roubier, théoricien du droit, exposait que personne ne peut se satisfaire d'un divorce entre ce qui est de droit et ce qui est juste (*Théorie générale du droit*, Paris 1951, n°24, Rééd. Dalloz 2005). Il écrivait ainsi : « *les hommes ont une foi ardente dans l'existence de la justice, et leur cœur ne se résignera jamais à un divorce entre ce qui est juste et ce qui est juridique* ». Le droit ne peut donc se réduire à une accumulation de textes adoptés par des autorités compétentes et appliqués avec la rigueur technique de professionnels. Pour que ses solutions soient admises, il faut malgré tout que ses destinataires aient le sentiment que passe à travers elles un esprit de justice. La contrainte juridique n'est acceptable que si la loi emmagasine une puissance supérieure à la vigueur du vote dont elle est issue et les jugements une autorité qui force le respect au-delà de ce qu'inspire le seul suivi de la méthode judiciaire. Mieux vaut une injustice qu'un désordre est une maxime supportable exceptionnellement, par exemple, lorsque les circonstances impliquent de décréter l'état d'urgence. Durablement, elle ne l'est pas. Les esprits se révoltent lorsque la règle paraît injuste. Les mouvements sociaux en sont la plus nette illustration. Le scénario est aujourd'hui bien connu. Un gouvernement fraichement élu fait passer une réforme, puis une seconde, puis une troisième. Une partie de la population s'agace de ses réformes successives, pourtant toutes dotées d'une indiscutable légitimité politique puisqu'elles sont le fait d'une majorité confortablement élue. La troisième est celle de trop et s'ensuivent des troubles, plus ou moins violents. Quoi que l'on pense de ces derniers, ceux-ci révèlent un sentiment d'injustice et confirment l'intuition que le droit ne se réalise pleinement qu'à la condition de ne pas être perçu comme injuste. L'œuvre de cohésion sociale en laquelle le droit s'accomplit requiert qu'un lien s'établisse entre l'idée du droit et un idéal de justice. Pour exprimer cette donnée sociologique, les juristes expliquent que le droit positif ne peut se passer d'un *droit naturel*. Cette dernière expression est bien délicate à définir. Elle signifie littéralement que le droit doit résulter de la nature des choses, ce qui ne veut pas dire grand chose car chacun a sa conception de ce qui est naturel. Quand certains jugent que la nature des choses commande que la conception des enfants procède d'une relation charnelle, d'autres estiment au contraire naturel que toutes personnes en désir de parenté puissent également bénéficier des progrès de la biologie. En tout cas, la référence au droit naturel, on dit parfois au *jusnaturalisme*, porte cependant l'aspiration communément partagée que le droit doit être ce pour quoi il est fait, une justice au quotidien, une équité au naturel, un idéal au contact du réel.

21.- L'idéal de justice, une exigence formelle

La question des fondements du droit se présente ainsi comme une impasse : incontournable, elle est sans solution. Le droit ne peut se passer de fondations, cependant que nul ne s'accorde sur les matériaux à utiliser et sur la manière de les poser. Nous ambitionnons un droit juste et sommes incapables de nous entendre sur une idée de justice. Pascal moquait d'ailleurs cette « *plaisante justice qu'une rivière borne* ». Ce faisant, il brocardait la posture idéaliste, poursuivant ainsi : « *Rien suivant la seule raison n'est juste en soi, tout branle avec le temps. La coutume est toute l'équité, par cette seule raison qu'elle est reçue* » (*Pensées*, 294, éd. Brunschvicg). Kant pointait de son côté l'insuffisance des juristes que leur science limitée empêche d'être à la hauteur de leurs ambitions. Kant prêtait ainsi aux *jurisconsultes* la capacité d'énoncer « *ce qui est de droit, c'est-à-dire, ce que disent et ont dit des lois en un certain lieu et une certaine époque* » pour ajouter que « *la question de savoir si ce qu'elles prescrivaient était juste et celle de savoir quel est le critère*

universel auquel on peut reconnaître le juste et l'injuste lui resteront obscures, s'il n'abandonne pas quelque temps ces principes empiriques et ne cherche pas la source de ses jugements dans la simple raison afin d'établir la fondation pour une législation empirique possible ». Plus sèchement encore, il poursuivait en écrivant : « *une science purement empirique du droit est une tête, qui peut être belle ; mais il n'y a qu'un mal, elle n'a point de cervelle* » (*Introduction à la doctrine du droit*, § B, trad. Philonenko, Vrin, Paris 1986).

Il faut bien reconnaître qu'au Panthéon des juristes, deux philosophes méritent une place d'honneur. Hobbes est le premier pour avoir mis en évidence le lien nécessaire entre la paix civile et le monopole de la force publique (v. supra n°17). Kant est le second sur la liste. Il est né en 1724 à Koenigsberg, en Allemagne. Après un (très) court séjour en-dehors de sa bonne ville natale, il y demeure, s'y instruit et y enseigne tranquillement jusqu'à son décès, 80 ans plus tard. Pas franchement un aventurier, mais assurément un grand penseur. Kant offre en effet aux juristes une conception du bien (on peut traduire un idéal de justice) qui dispense de s'entendre a priori sur un contenu. L'exposé le plus accessible de sa pensée se trouve dans ses *Fondements de la métaphysique des mœurs* (un ouvrage de « vulgarisation » paru en 1785), au début desquels, il fait l'inventaire de toutes les qualités humaines, courage, intelligence, etc. pour conclure qu'aucune n'est bonne en soi. En quoi, il n'a pas vraiment tort. Placez l'intelligence et le courage entre les mains d'un tyran et observez le résultat. Il convient donc d'identifier quelque principe qui soit « bon en soi », c'est-à-dire détachable de toute sensibilité, de toute contingence et finalement de tout contenu. C'est le fameux « *impératif catégorique* », expression qui colle à la peau du « sage de Koenigsberg » et qui constitue, selon les termes, la condition d'une « Bonne Volonté », c'est-à-dire une volonté qui veut le Bien (comprenez le « juste »). Cette proposition philosophique, qui est une *œuvre de raison*, présente un double intérêt pour la compréhension des fondements du droit.

La référence à Kant dans une introduction au droit mérite une petite incise dans le fil des développements. D'aucuns diront que les juristes sont peu nombreux à avoir lu ce philosophe et encore moins à l'avoir compris. Ce qui n'est pas complètement faux, mais appelle deux observations qui justifient la pertinence de cette référence :

- Tout d'abord, il était un temps, pas si lointain (en gros, avant 68), où les juristes académiques disposaient d'une solide culture philosophique, enseignée en classes de première et de terminale, alors désignées comme classe de rhétorique (la fameuse « rétho ») et classe de philosophie. La philosophie de Kant y occupait une place plus que sérieuse et il suffit de prendre en main un manuel de l'époque, par exemple le *Cours de Philosophie* d'Armand Cuvillier, édité en 1954 et régulièrement réédité en poche, pour s'en convaincre. Le chapitre de philosophie morale dédié à l'étude du devoir, du bien et du droit (tome 2, n° 137 et s.), débute ainsi : « *Emm. KANT a défini le Devoir comme un* ***impératif catégorique*** (en gras dans le texte cité). *Expliquons d'abord cette formule*… ». En cette matière et pour un jeune adulte sorti des lycées de la République française, le patron, c'est bien Kant. Certes, la connaissance de sa pensée reste assez superficielle, mais la vulgate est passée et le lycéen devenu étudiant sait ce qu'il faut entendre par « impératif catégorique ». Cela fait désormais partie de sa culture et demeurera même au jour ou tout aura été oublié (vous connaissez la formule de Malraux, « *la culture, c'est ce qui reste quand on a tout oublié* »).
- Ensuite et surtout, c'est une chose que les sociologues savent bien (et le premier d'entre eux, E. Durkheim, v. *Les règles de la méthode sociologique*, Paris 1895, régulièrement réédité, spéc. le chap. 2), il est rare que les personnes investies dans un champ d'activité soient les meilleurs analystes de leurs raisons d'agir. Il n'est donc pas certain que les juristes, légitimement sûrs de leur technique, soient idéalement placés pour identifier les fondements implicites de leur discipline. Et qu'un philosophe leur révèle à eux-mêmes leur

façon de penser n'a en soi rien de surprenant. Dans les sciences humaines, on apprend toujours d'autrui.

Tout d'abord, poser l'existence d'un idéal de justice qui, pour être tel, doit demeurer sans contenu, c'est déjà retenir qu'il obéit à un principe de non-contradiction. Cette affirmation appartient à la catégorie de ce que Kant désignait dès le point IV de l'introduction à la Critique de la raison pure comme des jugements analytiques, c'est-à-dire « *des jugements qui n'étendent pas du tout nos connaissances, mais seulement développent le concept que j'ai déjà et me le rendent intelligible à moi-même* » (trad. Tremesaygues et Pacaud). C'est qu'en effet, on ne peut être et ne pas être en même temps de sorte qu'en jugeant nécessaire d'adosser le droit à un idéal de justice, on considère dans le même temps que la matière juridique (le droit positif) qui vient nourrir cet idéal doit s'efforcer d'être indemne de contradictions pour s'en rapprocher. La proposition kantienne a donc ceci de spécialement convaincant pour les juristes qu'elle les conforte dans leur exigence de neutralité tout en leur offrant la possibilité théorique d'asseoir leur discipline sur un idéal de justice qui pour être formel a néanmoins quelque consistance. L'*exigence idéaliste, même réduite à un formalisme, sous-entend qu'a minima, son éventuelle substance se constitue dans le respect du principe de non-contradiction*. Car idéalement, analytiquement, pour reprendre la terminologie du philosophe, une chose et son contraire ne peuvent raisonnablement coexister. Il est vrai que dans la réalité, la contrariété se porte plutôt bien. Par exemple, quelques communicants faussement naïfs expliquent qu'entre financiers et travailleurs, il ne peut y avoir que du « donnant-donnant », chacun apportant à l'autre ce qui lui manque. En pratique, chacun sait que l'articulation des intérêts en présence est souvent chaotique et que le droit contribue le plus souvent à la formalisation de compromis boiteux, sous-entendu, pas toujours très cohérents. D'où il suit que, reflet des conflits qui sont le lot de toute vie en société, le droit et les dispositifs qui en font la matière ne sont pas à une contradiction près. Mais peu importe. En posant l'hypothèse d'un idéal de justice, on s'oblige à concevoir la possibilité d'un droit dont la forme serait exclusive de toute contradiction, ici et maintenant. Ce pari intellectuel stimule l'analyse du droit positif. L'impératif de non-contradiction impose la cohérence et la permanence. Le juriste au contact du droit positif sait bien qu'à cette aune, le compte n'y est pas. Mais il est incité à faire mieux, à mettre de l'ordre là où a priori, il n'y a que de l'incohérence, à identifier les continuités, même lorsque les réformes s'enchaînent. Ainsi, les juristes trouvent-ils dans la compréhension mesurée d'un idéal de justice, la justification de leur recherche permanente de cohérence et de permanence.

Celles-ci ne sont pas synonymes d'immobilisme. Un examen des grandes réformes de ces dernières années montre qu'elles ont à peu près toutes été conduites à l'aune de cette double exigence de cohérence et de permanence. Deux exemples parmi d'autres : le marché du travail, les retraites.

- Concernant le premier, il a été exposé que ce marché, articulé autour d'une multitude de contrats de travail — CDI, CDD, intérim, apprentissage, formation en alternance… — était devenu illisible et qu'en conséquence, il convenait de le réformer. Pour vaincre les incohérences, on a ainsi proposé un contrat de travail unique. Et pour justifier un assouplissement des contraintes pesant sur la rupture de ce lien, il a été exposé que dans un contexte de globalisation, caractérisé par une concurrence exacerbée, la protection des salariés à l'égard du risque de chômage devait être assuré par d'autres voies que par une réglementation rigoureuse du licenciement. Celle-ci, a-t-on dit, constitue un frein à l'embauche et elle est, de la sorte, contreproductive dans la lutte contre le chômage. Et puis, a-t-on ajouté, elle exagère les inégalités entre les salariés, entre ceux qui ont accès à des carrières linéaires se déroulant au long d'un contrat à durée indéterminée et ceux qui

restent en-dehors de cet écrin et sont de la sorte cantonnés dans la précarité. Peu importe ici l'exactitude du raisonnement. C'est la rhétorique qui importe. Et celle-ci, comme on le voit, tente de convaincre que le maintien des règles existantes a pour effet de trahir l'idéal d'une sécurité économique garantie à l'ensemble des salariés. Ainsi fonctionne le principe de permanence qui, pour assurer la réalisation des idéaux, requiert la modification des règles qui les mettent en œuvre.
- Cohérence et permanence sont également les deux atouts maîtres des réformes des retraites. La réforme des régimes spéciaux et l'instauration d'un régime universel de retraite sont construites autour de la maxime « à quantité égale de travail, retraite égale ». Si le droit à pension se constitue tout au long de la vie active, il est incohérent qu'il diffère d'un sujet à l'autre alors même que ces derniers auraient eu une existence professionnelle comparable. Et puis, si l'on veut sauver le régime de retraite par répartition, il importe de modifier les règles en l'état du vieillissement de la population ; d'où l'allongement pour tous de la durée de la cotisation. D'aucuns proposent d'ailleurs d'aller plus loin et estiment que pour sauver les retraites « tout court », il faudrait introduire une dose de capitalisation. Quelle que soit la solution proposée, la structure du raisonnement ne change pas. Pour préserver les principes, il faut changer les règles.

Ensuite, l'impératif catégorique que Kant isole comme unique principe d'un souverain bien donne aux juristes une méthode pour aborder *la question d'un éventuel contenu* de l'idéal de justice au fondement du droit positif. La maxime a fait le tour des manuels de philosophie de terminale : « *agis de telle sorte que la maxime de ta volonté* <u>*puisse*</u> *toujours valoir en même temps comme principe d'une législation* <u>*universelle*</u> », ce qui donne, en plus synthétique, « *agis de telle sorte que ton action* <u>*puisse*</u> *servir de règle* <u>*universelle*</u> ». Cet impératif répond astucieusement et même un peu plus à la question si ardue : que puis-je vouloir de bien qui soit reçu comme tel par tous, tout en sachant que sur une définition préalable du Bien, tous à peu près divergent ? La réponse est presque tautologique : une volonté est bonne si la règle qui la guide <u>peut</u> valoir pour tous. Elle est cependant plus qu'une lapalissade. L'utilisation du verbe « pouvoir » et de l'adjectif « universel » donne en effet de l'épaisseur à l'impératif catégorique. Elle le constitue en test de légitimité de n'importe quelle maxime, quel qu'en soit le contenu. Quoique formelle, l'injonction du philosophe invite ainsi le lecteur à donner de la matière aux règles de justice. Par exemple, il est probable que le respect de la parole donnée subisse avec succès le test tant il est probable qu'elle « puisse servir de règle universelle ». La preuve par l'absurde se fait aisément. En effet, si nous nous mentons les uns les autres en permanence, aucune vie commune n'est sérieusement envisageable. Si nous nous donnons donc comme maxime de mentir, en tout cas de ne pas tenir notre parole, nous nous condamnons à une vie solitaire ; la maxime ne vaudra que pour son auteur. Le respect de la parole donnée est ainsi la condition de notre *sociabilité*. Il est aussi presque certain que l'impératif catégorique implique une égale *dignité* des individus. Kant le suppose lui-même en proposant cette maxime complémentaire : *« Agis toujours de manière à traiter l'humanité aussi bien dans ta personne que dans celle des autres, comme une fin et jamais comme un simple moyen* ». L'instrumentalisation d'autrui, le traiter comme une chose et non comme une personne, est assurément injuste car il est théoriquement impossible de l'universaliser. Plus largement, l'exigence de dignité est celle qui porte l'ensemble des droits fondamentaux, spécialement ceux que consacrent la Déclaration de 1789 et la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme.

Les fondements du droit ne puisent pas tous dans la pensée de Kant. Celle-ci offre cependant une grille de lecture convaincante pour rendre compte de la réflexion des juristes sur les fondements du droit positif. Elle nous permette de poser deux repères :

- Tout d'abord, le droit s'adosse à un idéal de justice, expression d'une raison formelle et universelle ;
- Ensuite, l'exigence de justice ainsi comprise conduit à promouvoir un double impératif de sociabilité et de dignité.

Cette analyse des fondements du droit permet de mieux comprendre quel rapport le droit entretient avec les faits sociaux qui, comme lui, pèsent sur les individus : les mœurs, la morale et la religion. Le point essentiel est que fondé sur la raison, le droit n'offre à aucun d'entre eux la légitimité d'un fondement. **Les mœurs** (**1°**) ne sont que des comportements et il leur manque l'idéalisme que requiert une œuvre de justice. **La morale** (**2°**) raisonne, mais elle exige toujours trop et rate le coche de l'universalité. **La religion** (**3°**) tutoie les idéaux, mais par conviction plutôt que par raison. Maintenant, rien n'interdit au droit de faire une place à ces compagnons de route. Les mœurs, la morale et la religion n'ont pas que du mauvais, elles créent du lien social et tiennent la dignité pour quelque chose. **Elles peuvent donc nourrir la raison juridique, elles l'alimentent sans jamais s'y substituer**.

1°) Les mœurs

22.- Qu'est-ce que les mœurs ?

Il n'est pas simple de définir les mœurs, spécialement s'il s'agit de les distinguer de la morale (v. par ex. sur cette question, G. Gurvitch, *Problèmes de la sociologie de la vie morale*, in Traité de sociologie, p. 975 et s., rééd. PUF coll. Quadrige 2007). On peut retenir que les mœurs sont *des comportements spontanés que leurs auteurs dotent implicitement d'une utilité sociale*. Elles ont un caractère contraignant en ce sens qu'à les suivre spontanément, on s'indigne volontiers de leur absence de suivi. Elles sont sans valeur morale en ce sens qu'à bien y réfléchir, leur relativité est admise. Elles ne se déduisent pas d'un idéal, mais d'une commodité commune. Les mœurs se construisent sur l'opposition du normal et du pathologique et non sur celle du bien et du mal.
Les mœurs vestimentaires illustrent bien cette compréhension minimaliste de la notion. Spontanément, chacun s'habille quand il sort de chez lui, même quand il fait très chaud. Tout un chacun comprend d'ailleurs qu'une personne qui expose sa nudité en public soit invitée (fermement) à mettre un terme à cette exposition. Les supporters avinés qui ont traversé un terrain de foot « toutes faces visibles » savent quelque chose de la fermeté de l'invitation, spécialement lorsqu'elle est distribuée par les vigiles du club. Quoi qu'il en soit, la nudité n'est pas une immoralité, elle est, entre autre, un sujet esthétique et même une pratique quotidienne dans les camps de nudistes. Simplement, tout le monde ne se voit pas tous nus dans la rue. La gêne de la majorité rend inconcevable la généralisation de cette pratique. Il est donc socialement utile que chacun s'habille.
L'exemple de la nudité révèle deux choses :

- La première est que la cloison entre les mœurs et la morale, voire la religion, n'est pas parfaitement étanche ; même s'ils ne sont pas la majorité, d'aucuns mettront de la valeur et pas seulement de l'utilité dans l'interdit de la nudité ; de la décence, pour les uns, de la sacralité pour d'autres ; il reste que la convergence des comportements se déduit en pratique du plus petit dénominateur de la conviction commune, qu'en société, l'habillement est préférable à la nudité ;

- La seconde est que le droit ne se désintéresse pas des mœurs ; le nudiste prié d'aller se rhabiller doit savoir qu'aux termes de l'article 222-32 du code pénal « *l'exhibition sexuelle imposée à la vue d'autrui dans un lieu accessible aux regards du public* » est un délit potentiellement sanctionné d'une peine d'un an d'emprisonnement ; l'exhibition sexuelle au sens de ce texte, c'est néanmoins un peu plus que le port du « plus simple appareil » et la norme juridique n'est donc pas le décalque d'une norme sociale déduite de l'observation des mœurs ; la militante Femen « *qui a volontairement dénudé sa poitrine dans une église qu'elle savait accessible aux regards du public* » s'est ainsi rendue coupable du délit d'exhibition sexuelle (Cass. crim. 9 janvier 2019, Pourvoi n°17-81.618, P.), mais tel n'est pas le cas de l'élégant personnage qui « *a fait un geste obscène en direction d'une des personnes présentes en prenant son sexe entre ses mains à travers son short* » (Cass. crim. 4 janvier 2006, Pourvoi n° 05-80.960, P) ; comprenne qui pourra, sauf à retenir qu'entre le droit et les mœurs il y a, *a minima*, l'épaisseur d'un short et l'opacité d'un tissu…

23.- La liberté des mœurs

En principe, le droit laisse *les mœurs* au niveau qui est le leur. La norme sociale n'a pas le rang de norme juridique. On peut s'indigner des mœurs sexuelles d'une personne connue du grand public pour prétendre à d'éminentes responsabilités, on peut souhaiter qu'elle n'ait pas l'avenir espéré et même voter contre ceux qui en connaissance de cause, en ont fait leur homme, mais en droit, on ne peut rien. La déviance n'est pas une délinquance et tout autre choix du législateur serait à la fois injuste et inutile.

- Il serait injuste d'élever les mœurs au niveau d'une règle juridiquement contraignante dès lors que le comportement de chacun relève d'un principe de liberté. L'article. 4 de la Déclaration de 1789 énonce que « *la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* » et cette liberté serait théorique s'il fallait supporter les seuls comportements qui ne heurtent personne. Le droit n'est pas le vecteur d'un « contrôle social » et s'il le devient, comme dans d'autres régions du monde, il n'est plus le droit d'un Etat démocratique, garant des libertés fondamentales.
- Il serait de surcroît inutile que le droit prête main forte aux mœurs. Intuitivement, la solution inverse se pourrait concevoir. Après tout, les mœurs sont socialement utiles et la cohésion sociale n'est pas indifférente au droit. Il serait donc naturel qu'en vue d'atteindre cet objectif, le droit prenne appui sur le donné sociologique que constituent les mœurs. Sauf que dans une société démocratisée de longue date, dont les membres s'accommodent avec tolérance de la diversité des mœurs, une telle stratégie, en premier lieu liberticide (v. *supra*), serait de surcroît contreproductive. Si les mœurs varient d'une communauté l'autre, au point de s'opposer, leur consécration juridique suppose une sélection préalable ; la division est inéluctable. Qui plus est, s'il est des mœurs communes, la sanction sociale est souvent plus efficace que ne le serait la sanction juridique. Cette dernière est assez lourde à mettre en œuvre, notamment parce qu'en principe et préalablement (et c'est heureux), il faut que justice passe. La sanction sociale opère mécaniquement. Le résultat est parfois sévère, spécialement dans une société médiatisée, mais au moins est-ce efficace.

Un mot de plus sur la sanction sociale des mœurs. Quelle est-elle ? Une désapprobation ayant pour effet, au moins temporairement, une forme d'ostracisme. Par exemple, la personne dont les mœurs sexuelles font la une des journaux est automatiquement placardisée. Sa mise à l'écart la prive durablement d'une sociabilité ouverte. La peine n'a pas de caractère juridique, mais la sanction pèse. Cette mécanique fonctionne aussi bien dans les sociétés archaïques dont l'ordonnancement repose principalement sur le respect de la tradition que sur les « réseaux sociaux » les plus modernes. Sans elle d'ailleurs, les réseaux par lesquels prospère le commerce en ligne ne pourraient fonctionner. C'est une illusion de penser que l'acheteur (ou le locataire) insatisfait fera procès à son vendeur, alors que le premier habite en France et le second en Australie. La sanction juridique est de fait inexistante. Pour autant, sauf l'hypothèse marginale de la malhonnêteté, il n'est pas de l'intérêt du vendeur australien de mal servir son acheteur français (et réciproquement). Tout simplement parce que le passage par le réseau marque l'entrée dans une communauté d'individus soudée par la seule réputation. Que l'un d'entre eux déroge aux procès implicitement convenus, sa réputation est faite et son exclusion immédiatement amorcée. Le dispositif fonctionne sur le même modèle que les mœurs. Le respect conditionne l'appartenance.

24.- L'effacement des « *bonnes mœurs* ».

C'est donc par exception que, de temps à autre, les mœurs font une percée dans l'univers juridique. Elles le font sous une dénomination précise, celle de « *bonnes mœurs* ». L'article 6 du Code civil indique ainsi qu'« *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». Concrètement, cela signifie que les juges disposent d'une marge d'appréciation pour identifier des comportements relevant des mœurs susceptibles d'être élevés au rang d'une norme juridique et même d'une règle impérative (v. *supra* n°18). L'expression « bonne mœurs » figure dans le texte d'origine du Code civil (qui date de 1804). Elle sent bon la lavande, voire la naphtaline et semble faire référence, au moins en première lecture, à un résidu de pudibonderies dont le XIXème siècle avait le secret. C'était au temps où Madame Bovary comme Les Fleurs du mal heurtaient la morale publique. Aujourd'hui, qu'en est-il alors que plus personne n'oserait le ridicule de réclamer l'interdiction de ces vers sublimes :

Et son bras et sa jambe, et sa cuisse et ses reins,
Polis comme de l'huile, onduleux comme un cygne,
Passaient devant mes yeux clairvoyants et sereins ;
Et son ventre et ses seins, ces grappes de ma vigne,
S'avançaient, plus câlins que les Anges du mal,
Pour troubler le repos où mon âme était mise,
Et pour la déranger du rocher de cristal
Où, calme et solitaire, elle s'était assise.

Il faut prendre garde aux limites de la raillerie. Il est au XIXème siècle des éditeurs qui poussent cette littérature alors d'avant-garde. Simplement, l'état de la société est tel que certains comportements blessent le plus grand nombre. La référence aux « bonnes mœurs » n'est sans doute pas exempte de moralisme, mais elle doit être prioritairement comprise comme un standard permettant au juge d'interdire les comportements qui bousculent par trop les mœurs les plus communément admises. Les « bonnes mœurs » sont ainsi les mœurs qu'il est bon de respecter aux fins de maintenir la cohésion sociale. Le droit s'en méfie, mais, pragmatisme oblige, il lui faut bien sacrifier de temps à autres aux nécessités du contrôle social.

Les esprits libres peuvent être rassurés, la notion de « bonnes mœurs » s'est considérablement asséchée avec le temps. Il est bien entendu qu'elle renvoie pour l'essentiel aux pratiques sexuelles et qu'au lendemain du Code civil, sont considérés comme contraires aux bonnes mœurs, tout ce qui évoque la sexualité, pour elle-même et en-dehors de sa fonction reproductive, et plus encore, tout ce qui permet ou valorise les pratiques autres que celles d'un couple hétérosexuel marié. Les ébats adultères de Madame Bovary n'ont donc pas leur place dans les salons bourgeois du XIXème. De cette sorte de camisole comportementale, il ne reste plus rien. Entre adultes consentants, nous admettons que tout est permis, ou presque. Qu'on en juge. C'est l'histoire de Jean, 95 ans, marié avec Simone depuis 62 ans et dont l'unique enfant issu de son mariage s'appelle Micheline. Jean est en pleine forme mais juge raisonnable, à 95 ans donc, de rédiger son testament. Ce qu'il fait en léguant sa fortune (la formule manque un peu de rigueur, mais elle est acceptable pour les besoins de l'exposé) à Muriel, 31 ans, sa maitresse depuis 3 ans. A « *feel good story* » donc, puisqu'à 92 ans, Jean a rencontré Muriel, 28 ans, et ils sont tombés dans les bras l'un de l'autre. Soit, mais Muriel est plutôt « *cash* » et elle a fait savoir à Jean, c'est écrit, que « *"Pas d'argent, pas d'amour*" ». Jean veut de l' « amour » et Simone et Micheline, « ben tant pis ». On se doute qu'au décès de Jean, à 96 ans, Simone et Micheline font la tête et qu'elles comptent bien faire comprendre à Muriel que le règlement de la succession ne se fera pas suivant les usages d'une maison close. Micheline et Simone plaident donc que le testament de Jean est contraire aux bonnes mœurs et doit être annulé pour méconnaître les dispositions de l'article 6 du code civil. Elle font valoir, plutôt habilement, que si Jean était libre de ses inclinations, quel que fût son âge, il est contraire aux bonnes mœurs de léguer sa fortune aux seules fins de rémunérer des relations sexuelles adultères. On a beau se dire que tout est permis, quand même, on a du mal à tenir l'argumentaire de Simone et Micheline pour un ronchonnement de vieilles mégères. Le tribunal de grande instance, puis la cour d'appel de Paris leur donnent d'ailleurs raison en relevant que « *le testament (…) a été motivé par la crainte d'être abandonné par son amie, et qu'ainsi, le maintien de relations adultères immorales était la cause impulsive et déterminante du legs universel, dont la nullité doit dès lors être prononcée* ». La cour de cassation n'est pas de cet avis et juge sans trembler que « *que n'est pas nulle comme ayant une cause contraire aux bonnes mœurs la libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère* » d'où il suit que les juges de première instance et d'appel ne pouvaient « *prononcer la nullité du legs universel, (aux motifs) que celui-ci, qui n'avait "vocation" qu'à rémunérer les faveurs de Mme X..., est ainsi contraire aux bonnes mœurs* » (Ass. Plén. 29 octobre 2004, Pourvoi n° 03-11.238). Muriel s'en sort bien, adieu les bonnes mœurs.

25.- L'apparition du « *vivre ensemble* »

Sous les cendres, il reste toujours un peu de braise et s'il n'y a plus le mot, au moins la chose demeure. L'utilité sociale de nos comportements n'a de fait pas disparu si bien que certains d'entre eux choquent et indignent lorsqu'ils portent ostensiblement la marque d'une dénégation d'un point de consensus. L'affaire du voile est à cet égard exemplaire et elle pose bien la question du rapport entre le droit et les mœurs. La question religieuse (v. *infra*) passe ici au second plan. Sans doute est-ce une compréhension des préceptes de l'Islam qui conduit certaines femmes à se voiler. Il n'en reste pas moins que même inspiré par une religion, le port du voile est une pratique qui s'apparente aux mœurs d'une communauté. Et s'il y a de nombreuses et inutiles polémiques en la matière, la réalité est que, le plus souvent, les femmes qui choisissent de se voiler le font assez naturellement et

s'estiment généralement mieux intégrées de ce fait ; d'où d'ailleurs une pratique parfois ambulatoire selon les lieux fréquentés (ex. : un femme enlève son voile lorsqu'elle arrive à son travail puis le remet lorsqu'elle le quitte).

Cette pratique ne fait pas que des heureux, c'est un fait. Le juriste n'est pas un professionnel de l'anathème et fuit cette forme d' « altérophobie » qui gagne les esprits lorsqu'un sujet difficile s'invite dans le débat public. Les opposants s'imputent réciproquement phobies et préjugés de sorte qu'aucune réflexion n'est plus possible. Le juriste s'impose le recul nécessaire au développement d'un point de vue suffisamment raisonné pour être largement acceptable. La vérité est que le port du voile est l'expression d'un rejet de la « jurisprudence Muriel ». Alors que cette dernière pousse à son paroxysme l'effacement des bonnes mœurs et se comprend comme l'admission commune que les mœurs sexuelles ont définitivement rejoint leur espace naturel de liberté, les femmes qui voilent leurs cheveux signifient de manière visible que tel n'est pas leur cas et qu'elles n'adhèrent pas au relativisme des valeurs. Les crispations autour du port du voile sont ainsi le révélateur de la cohabitation délicate de mœurs divergentes, spécialement lorsque ces dernières donnent lieu à démonstration.

Que faire ? Tout d'abord, admettre qu'une société sans heurts ni crispations n'existe pas et qu'ainsi, nos désaccords, exprimés avec conviction, sont le meilleur signe de sa vitalité. Ensuite et en droit qu'il faut par principe et encore plus en cas de divergence, admettre la liberté des mœurs. La difficulté naît cependant de l'affichage. Il se peut cependant qu'en certains lieux (par exemple, le lieu de travail ; v. Cass. soc. 22 novembre 2017, Pourvoi n°13-19.855, P. qui juge que : « *l'employeur (…) peut prévoir dans le règlement intérieur de l'entreprise ou dans une note de service (…) une clause de neutralité interdisant le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail, dès lors que cette clause générale et indifférenciée n'est appliquée qu'aux salariés se trouvant en contact avec les clients* »), le caractère ostentatoire soit tel qu'il porte atteinte à la cohésion du groupe. C'est cette considération qui a conduit le législateur français, par une loi du 11 octobre 2010, à interdire le port du voile intégral dans l'espace public. La conformité de cette loi aux engagements internationaux de la France et tout spécialement son adhésion à la CEDH a été examinée par la Cour de Strasbourg. La Cour donne raison au gouvernement français mais l'analyse est nuancée et elle mérite lecture dans ses attendus les plus décisifs (CEDH 1er juillet 2014, Req. 43835/11 : § 153) :.

> « *En (…) interdisant à chacun de revêtir dans l'espace public une tenue destinée à dissimuler son visage, l'État restreint d'une certaine façon le champ du pluralisme, dans la mesure où l'interdiction fait obstacle à ce que certaines femmes expriment leur personnalité et leurs convictions en portant le voile intégral en public. Il indique cependant de son côté qu'il s'agit pour lui de répondre à une pratique qu'il juge incompatible, dans la société française, avec les modalités de la communication sociale et, plus largement, du* ***« vivre ensemble »****. Dans cette perspective, l'État défendeur entend protéger une modalité d'interaction entre les individus, essentielle à ses yeux pour l'expression non seulement du pluralisme, mais aussi de la tolérance et de l'esprit d'ouverture, sans lesquels il n'y a pas de société démocratique (paragraphe 128 ci-dessus). Il apparaît ainsi que la question de l'acceptation ou non du port du voile intégral dans l'espace public constitue un choix de société.* »

La Cour de Strasbourg est souvent prise comme « tête-à-claques » pour, pardonnez le pléonasme, polémistes souverainistes. Admettons a minima que, même en plusieurs langues, elle sait tenir sa plume. Avec une délicatesse qui l'honore, la Cour dit que le choix vestimentaire de la Burqa, que le « pluralisme » des mœurs rendrait acceptable, peut

néanmoins être contrarié dès lors qu'au sein de la société française, il heurte l'usage commun, cette manière si uniformément partagée de se présenter à autrui, le visage découvert. Les mœurs communes sont à cet égard et à ce point constitutives qu'elles ne peuvent s'accommoder d'une entorse aussi radicale. Quoi qu'il en soit, en consacrant la notion de « *vivre ensemble* », la Cour européenne donne un nouveau lustre à la notion de bonnes mœurs. Là où celles-ci condamnaient la nudité, celui-là ne s'arrange pas de l'opacité.

2°) La morale

26.- Qu'est-ce que la morale ?

Il est facile de confondre mœurs et morale. La confusion est naturelle en ce sens que quiconque est questionné sur un comportement qu'il juge normal est tenté de lui attribuer une valeur morale. Si quelque chose ne se fait pas, c'est en quelque sorte que ce n'est pas bien. Annuler un dîner à la dernière minute est une goujaterie, significative d'un manque de respect à l'égard de qui, désormais, pourra dévisager son assiette. Il y a donc une porosité entre mœurs et morale, cependant que son exposé en révèle la différence. Mœurs et morales peuvent porter sur le même objet, elles sont cependant significatives de deux états de conscience distincts. Les mœurs sont des comportements que la conscience n'interroge pas a priori. Au contraire, la morale est un dispositif de jugement habile à se porter sur les mœurs, sans doute, également sur d'autres formes d'actions, voire de simples pensées. Là où les mœurs se développent à l'aune des catégories du normal et du pathologique, c'est l'opposition du bien et du mal qui structure la pensée morale. La *morale* peut en conséquence se définir comme une *pensée de l'action bonne, appréciée à l'aune d'un idéal*.

La morale est aussi vieille que l'humanité. L'*Apologie de Socrate*, texte de Platon qu'on date en 399 av. J.-C., est une longue dissertation sur l'art de la vie bonne, sur ce qui l'améliore et la corrompt. L'histoire de la philosophie révèle d'ailleurs l'installation progressive et durable de la division du savoir entre connaissance et morale, raison pure et raison pratique. La pensée du bien se nourrit de la *conscience d'autrui*. En communauté, il nous faut mesurer que nos actions, même nos paroles, ne sont pas sans incidence sur autrui. Que quelqu'un bouge et l'ensemble branle. L'observation ne condamne pas à l'immobilité, étant précisé que celui qui part à la cueillette du muguet ne dérange pas grand monde, qu'en conséquence, sauf chez les donneurs de leçons, l'empire de la morale a des frontières au tracé incertain. Il reste que, là où la présence d'autrui s'impose à nous, *l'action morale est celle qui intègre l'intérêt d'autrui*. Celui qui agit dans son unique intérêt n'a pas de sens moral. Dans les scènes de la vie ordinaire, celles d'hier et d'aujourd'hui, c'est le « Thénardier » ou le « loup de Wall-Street », le braillard ès « lieux publics », le délateur anonyme, le casseur masqué, etc. Le jugement est presque unanime pour admettre le faible sens moral de ses individus, uniquement centrés sur leurs avoirs, leur nombril, leurs haines et leurs colères. D'ailleurs, lorsque quelqu'un rend un service à autrui, comportement a priori caractéristique d'un sens moral, celui qui veut dégrader la valeur morale de ce comportement dit que son auteur a voulu se donner bonne conscience. On suppose ainsi qu'il a agi dans son propre intérêt plus que dans l'intérêt d'autrui, qu'en conséquence, son comportement n'a pas de valeur morale. Soit dit en

passant, cette critique est assez mal venue, elle est purement négative alors qu'objectivement, l'action critiquée a des effets positifs.

Telle est la morale, au moins, telle que les juristes la considèrent.

27.- La morale est en droit, partout et nulle part

La morale est partout en ce sens que le droit, qui pose les normes permettant aux hommes de vivre en société, se constitue nécessairement en considération d'une conscience morale. *Ubi societas ibi jus* (là où il y a une société, il y a du droit) énonce une maxime romaine de sorte qu'à coup sûr, l'altérité est la raison d'être du phénomène juridique. Les philosophes qui écrivent sur le droit œuvrent en préalable sur la question morale. Kant publie *Les Fondements de la métaphysique des mœurs* (1785) avant de livrer sa *Doctrine du droit* (1797). Plus près de nous, Ripert, grand juriste, a écrit un ouvrage intitulé *La règle morale dans les obligations civiles* (1ère éd. LGDJ 1949, réédition en 2013) dont l'objet est de mettre en évidence le poids de la morale sur le contenu des règles de droit. D'ailleurs qu'y a-t-il de plus moral que l'affirmation du respect de la parole donnée, dont l'article 1103 du code civil se fait l'écho ? Ou encore du principe de la responsabilité pour faute que consacre l'article 1240 du même code ? La dimension morale du droit est encore illustrée, par l'article 1104 qui dispose : « *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* », par l'article 371 qui énonce : « *l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère* ». La liste est encore longue. En tout cas, les références à la bonne foi, l'honneur, le respect, la fiabilité, l'esprit de responsabilité, sont significatives de ce que les mots et les maximes de la pensée morale trouvent bon accueil en droit. En droit, la morale est partout. Certains peuvent écrire, sans trop se tromper d'ailleurs, que *le droit est une morale officielle* en ce sens qu'il est un ensemble de préceptes issus d'une conscience morale partagée qu'après sélection, la puissance publique officialise en lui donnant force de loi. Les normes morales qui prennent place dans notre droit sont le produit d'une histoire et d'une culture et il est certain que le droit d'un Etat reflète la morale commune d'un peuple. Durkeim, l'un des maîtres de la sociologie, fait ainsi souvent référence au contenu des règles de droit, pour illustrer ce qu'il lui semble constituer le tréfonds moral d'une société (Ainsi précise-t-il sa méthode lorsqu'il étudie les solidarités, considérées comme un phénomène moral : « *Notre méthode est donc toute tracée. Puisque le droit reproduit les formes principales de la solidarité sociale, nous n'avons qu'à classer les différentes espèces de droit pour chercher ensuite quelles sont les différentes espèces de solidarité sociale qui y correspondent* », *De la division du travail social*, 1ère éd. 1893, rééd PUF, coll. Quadrige, p. 32 ; v. également. *Les Leçons de sociologie, physique des mœurs et du droit*, 1ère pub. posth. 1950, Rééd. PUF coll. Quadrige).

Cette première analyse des rapports entre droit et morale appelle trois observations d'inégale importance.

La première est que cette analyse est sans doute un peu courte. La morale travaille essentiellement sur le « devoir-être » et détermine ce qu'il est bon de faire ou de ne pas faire. Le droit voit les choses en plus grand et n'en déplaise, le juriste est plus ambitieux que le moraliste. Les normes juridiques n'énoncent pas seulement des prescriptions, elles portent des déclarations et s'inquiètent de qui nous sommes (filiation, nationalité, par ex.). L' « être » l'intéresse autant que le « devoir-être ». L'homme en société constitue sa matière première qu'il soit au repos ou en action. En droit, un bébé qui dort 18 heures par jour compte autant qu'un PDG qui sommeille 6 heures par nuit. Dit de manière plus

savante, *le droit porte une anthropologie, c'est-à-dire une vision globale de l'être humain, ce qu'il est, comme ce qu'il fait*.

La seconde est que *la proximité du droit de la morale interdit néanmoins leur confusion*. La règle morale passe en droit à la condition d'avoir été retenue par les processus de fabrication de la norme juridique. La voie royale est son adoption sous forme de loi par le Parlement composé d'élus de la nation. Un itinéraire bis passe par les couloirs et les salles d'audience du Palais de justice. La Cour de cassation consacre ainsi le « *principe de l'enrichissement sans cause* » qui, à certaines conditions, admet un remboursement « *dans le cas ou le patrimoine d'une personne se trouve, sans cause légitime, enrichi au détriment de celui d'une autre personne* » (Cass. civ. 3ème 2 décembre 1975, Pourvoi n° 74-13.104, Bull. civ. III n° 351). La justification de ce principe est essentiellement morale : il n'y a pas d'effet d'aubaine s'il en résulte l'appauvrissement d'autrui. Trop d'individus prennent part au débat public dans l'ignorance de la distinction, pourtant salvatrice, entre droit et morale. Les discussions et les querelles sont souvent l'occasion d'un choc des consciences. Il est normal que les raisons s'affrontent. Mais lorsque vient le temps du jugement, le droit reste l'unique boussole. Ce qui a conduit de courageux juges lillois à retenir qu'un libertin sans tabous ni grands scrupules n'est pas pour autant coupable de proxénétisme.

La troisième observation prolonge la seconde et d'entre les trois, elle est la plus décisive. De manière provocatrice, on serait tenter de dire que, par principe, le juriste déteste la morale. Il abhorre les moralistes qui célèbrent les vertus dans le seul but de traquer les vices et qui, en quelque sorte, instrumentalise le bien pour s'autoriser le mal. Il y a du vrai dans ce ressenti. Sans esprit de polémique, il faut retenir qu'*en droit, la morale est un fait*, rien de plus. Les normes morales intègrent la sphère juridique parce qu'elles sont suffisamment partagées au sein du corps social et non pour ce qu'elles valent au regard de l'hypothétique idéal dont elles sont déduites. C'est l'efficience sociale de la norme plus que sa valeur morale qui lui permet de passer le cap et d'entrer dans le monde du droit. Ainsi celui-ci n'est-il pas adossé à un système philosophique porteur d'une morale dont les préceptes se déduiraient logiquement et par l'unique effort de la raison. Historiquement et en Occident, seule la philosophie marxiste est parvenue à imposer un système juridique. Les vieilles démocraties se sont accommodées de revendications ayant puisé aux sources de la pensée socialiste, mais elles n'ont jamais opéré de conversion. La raison première est que le marxisme exprime une morale du bien alors que le droit se satisfait, ou plutôt s'honore, d'une morale du « mieux ». Chaque société porte un consensus moral, composite de principes et de maximes, qu'il y a lieu de clarifier et d'améliorer. Tel est l'office d'un droit respectueux des héritages. Il n'entre pas dans son objet d'adosser de manière systématique l'ensemble de ses dispositifs sur une conception du bien, que ce soit le partage égalitaire des richesses ou l'absolu respect de la nature. On peut dire les choses autrement et peut-être plus simplement : le droit n'est pas la mise en œuvre d'un idéal de justice dont la valeur morale serait philosophiquement démontrée ; par prudence, il fait en l'état de ce que l'histoire lui livre et s'inquiète du mieux, à défaut du bien. La morale du juriste est en quelque sorte de ne pas en avoir. Comme l'écrit Portalis, au demeurant fortement inspiré par l'esprit de modération de Montesquieu (philosophe, mais d'abord juriste), dans le déjà cité discours préliminaire :

> « *Les lois ne sont pas de purs actes de puissance ; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison. Le législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce. Il ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois ; qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites ;*

qu'il faut être sobre de nouveautés en matière de législation, parce que s'il est possible, dans une institution nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir ; qu'il faut laisser le bien, si on est en doute du mieux »

28.- De la morale à l'éthique

Les bonnes mœurs disparues, le « vivre-ensemble » s'y est substitué. La morale semble connaître la même loi de substitution avec l'apparition de l'éthique. Alors que les rapports entre morale et droit semblaient stabilisés, ils sont de nouveau entrés dans une zone de turbulence depuis le début des années 1980. En 1982, un biologiste français, Jacques Testart réussissait la première fécondation in vitro (« bébé éprouvette ») et apportait ainsi une solution thérapeutique à des femmes souffrant de stérilité. La prouesse reçut grand accueil. Quelques années plus tard, ce même biologiste s'inquiétait cependant du rythme des découvertes et s'interrogeait publiquement sur le point de savoir si ce qui est scientifiquement possible est moralement souhaitable. Ce biologiste a ainsi été doublement précurseur, par ses découvertes et ses incertitudes. Ces dernières ont été largement relayées et elles ont donné lieu d'abord à la création d'une instance chargée de réfléchir sur cette question puis à partir de 1994, à une série de lois destinées à contenir juridiquement les pratiques rendues réalisables du fait des avancées scientifiques. Cette instance s'appelle le Comité Consultatif National d'Ethique (CCNE) et les lois sont présentées comme ayant pour objet la bioéthique. En juin 2018, le CCNE concluait les Etats généraux sur la bioéthique par la publication d'un volumineux rapport de synthèse (disponible en ligne) abordant les thèmes suivants : « *Recherches sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires, Examens génétiques et médecine génomique, Dons et transplantations d'organes, Neurosciences, Données de santé, Intelligence artificielle et robotisation, Santé et environnement, Procréation et société, Accompagnement de la fin de vie* ». La simple lecture de cet inventaire laisse deviner que les sujets abordés sont propices à l'échange de convictions divergentes.

Ces sujets sont abordés à l'occasion d'un cours, généralement appelé « droit des personnes », et ils donnent même lieu à des formations spécifiques dispensées en 5ème année d'études (Master). Le débutant aimerait sans doute qu'on en parle un peu plus, mais désolé, avant de jouer du Mozart, il faut faire ses gammes. Pour autant, une question mérite d'être posée sans attendre : le terme éthique désigne-t-il la même chose que la morale ou vise-t-il une norme sociale d'un nouveau genre ? La réponse est difficile.

Elle reste relativement simple tant que le terme éthique est utilisé dans des domaines autres que celui de la bioéthique. Il est devenu courant d'évoquer l'éthique professionnelle ou encore l'éthique des affaires. La première est généralement le fait de professions clairement identifiées, généralement des professions libérales, médecins ou avocats, par exemple. L'éthique procède alors d'une réflexion au sein des instances représentatives de ces professions dans le but d'adopter les comportements conformes à ce qui en constituent la légitimité et l'utilité. L'éthique des affaires a une portée plus générale et concerne toutes les entreprises, qu'elles fabriquent des armes ou commercialisent des légumes frais. Elle se déduit d'une prise de conscience qu'une activité économique ne peut raisonnablement se concentrer sur la seule réalisation de son objet. En quelque sorte, la fin ne justifie pas les moyens et il convient de doter les agents d'une conduite responsable, pour les salariés, pour l'environnement, pour les consommateurs, etc. Ces différentes

formes d'éthique sont l'expression d'une conscience morale du fait que toute activité engage autrui et qu'il y a lieu de tenir compte de cette altérité. Elles conduisent à la mise en forme de recommandations, sous forme de codes de bonne conduite, de chartes d'éthique ou, plus contraignant, de règles déontologiques. Ces textes abondent la catégorie du droit mou, lequel, on le sait (*supra* n°16), a tendance à durcir au contact des réalités judiciaires. Il en va cependant de ces normes éthiques comme des règles morales. Elles n'accèdent au rang de norme juridique qu'après sélection et consécration par une instance, le juge ou le législateur, par exemple, seule habilitée à dire le droit. Le propos est à nuancer toutefois pour les règles déontologiques qui ont un effet propre, avant même toute intervention extérieure d'une autorité étatique. Ainsi autorisent-elles le prononcé de sanctions disciplinaires par les instances gardiennes de la déontologie de telle ou telle profession. En clair, un avocat qui se met gravement en contravention avec sa déontologie peut être radié du barreau et se trouve ainsi privé du droit d'exercer sa profession. La règle de droit vient d'ailleurs renforcer la norme déontologique dès lors que, dans l'exemple choisi, l'avocat qui continuerait d'exercer son activité malgré l'interdiction dont il est frappé se rendrait coupable de l'exercice illégal de sa profession, ce qui constitue une infraction pénalement sanctionnée.

Lorsque le terme éthique est employé pour rendre compte des réflexions inspirées par les progrès de la science, il est douteux de n'y voir rien de plus qu'une morale repeinte aux couleurs du monde moderne. C'est que la bioéthique est à la fois plus modeste et plus ambitieuse que la morale. Plus modeste en ce sens qu'elle ne dérive pas d'une conception a priori du bien, mais plutôt d'une perception que, dans le plein exercice de nos capacités, spécialement de notre intelligence, nous pourrions faire mal. Le biologiste qui réussit le clonage d'une espèce a peut-être l'espoir d'en préserver l'intégrité. Il sait dans le même temps qu'en d'autres mains, le clonage pourrait concerner l'espèce humaine avec pour ambition de l'asservir bien plus que de la protéger. D'ailleurs, s'il a encore la tête sur les épaules, il doit lui-même se demander s'il fait bien de multiplier à l'identique, moutons, chauves-souris, belettes ou doryphores… Mais bon, perché dans son labo, le scientifique ne sait parfois plus trop où il en est. L'éthique se présente ainsi comme une morale du moindre mal et, en ce sens, elle vise moins haut que les grandes philosophies morales issues des siècles passés. Dans le même temps, elle ambitionne de balayer plus large en ce que l'interrogation qu'elle s'efforce de traiter porte sur l'être humain considéré en lui-même et pas seulement dans son rapport à autrui.

L'exemple de la gestation pour autrui (GPA) permet de comprendre la différence de point de vue entre l'éthique et la morale. Cette dernière insistera sur l'intérêt de l'enfant et sur celui de la femme sollicitée aux fins de le porter. Elle envisagera l'hypothèse d'une relégation de ces intérêts et questionnera sur ce point le projet parental du couple ou de la personne seule souhaitant recourir à cette technique. En quoi, conforme à ce qu'elle est, la morale aborde le sujet sous l'angle de la conscience des intérêts d'autrui et confronte le désir d'enfant à l'intérêt de ce dernier ainsi qu'à celui de la mère porteuse. L'éthique n'est pas insensible à ces problèmes moraux, mais elle prospère sur leurs errements. Après tout, qui est capable d'une sentence définitive sur l'appréciation des intérêts en présence ? Ne vaut-il pas mieux qu'un enfant soit élevé par un couple homosexuel parfaitement intégré dans une société libérale et démocratique plutôt qu'au sein d'une famille ayant pour socle un couple hétérosexuel évoluant dans un pays exsangue aux destinées politiques incertaines ? Implicitement, l'éthique tient la morale pour une impasse. Les questions posées demeurent sans réponse certaine, sauf à prendre franchement appui sur

des convictions personnelles. La morale produit ainsi de la divergence alors qu'un consensus existe sur la nécessité d'une réflexion. Il faut donc aller plus loin, ce que l'éthique est censée permettre en substituant au thème de la conscience d'autrui, celui de la *dignité de l'homme*. Cette expression est moins nébuleuse qu'il n'y paraît. Etre digne, dans le langage courant, c'est se maintenir alors que tout concourt à l'effondrement ou à la fuite ; ainsi dit-on d'un candidat malheureux à une élection qu'il s'est montré digne pour n'avoir pas fui micros et caméras, pour avoir sobrement commenté sa défaite et sincèrement souhaité la réussite du vainqueur. La dignité consiste ainsi dans la préservation de son identité malgré l'hostilité du contexte. S'inquiéter de la dignité de l'homme revient à se demander si l'humain n'est pas une menace pour sa propre identité. Le trait distinctif de l'espèce humaine réside dans la liberté, comprise comme la capacité d'action dont est dépositaire chacun de ses représentants et dont les limites sont à ce jour inconnues. Pour dire les choses simplement, un homme ne courra jamais aussi vite qu'un léopard, mais aucun léopard n'a jamais construit de voiture. Naturellement, l'homme peut souvent moins que les espèces qui l'entourent. Mais tout aussi naturellement, en mobilisant ses propres ressources, l'humain sait se doter des outils qui lui permettent de faire mieux. Simplement, l'homme est tellement capable qu'il est capable de tout, par exemple détruire le lieu même de son existence (quelques armes de destruction massive suffisent), ou encore produire des clones, des êtres à son image mais probablement sous son contrôle. En un mot, l'homme libre est capable d'anéantir les conditions comme le principe même de sa liberté. L'éthique propose ainsi de traiter des avancées du monde moderne sous l'angle des menaces que celles-ci font peser sur la possibilité même d'un avenir. *Là où la morale considérait la sociabilité de l'homme, l'éthique se focalise sur sa dignité*.

De ce point de vue, les rapports entre l'éthique et le droit sont bien différents de ceux qu'entretient ce dernier avec la morale. Le droit prend acte d'une conscience morale partagée et reçoit, en les structurant et en les précisant, les préceptes les plus communément admis. Il est moral de respecter sa parole, ce dont le droit déduit que les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont fait. La morale est en quelque sorte le passé d'un droit qui, en la réceptionnant avec prudence et en lui apportant plus de précision, lui confère un avenir raisonné. Au contraire, l'éthique se présente aux juristes comme un avenir du droit en ce sens qu'elle propose une boussole théorique pour écrire les règles nécessaires à la maitrise du progrès. *Dans le processus de fabrication de la norme juridique*, la morale n'a pas de place alors que *l'éthique est identifiée comme une notion mobilisable*. D'où le Comité Consultatif National d'Ethique, créé par le législateur et requis comme instance de réflexion et force de proposition dans l'élaboration de règles encore à écrire.

3°) La religion

29.- Religion, droit et politique.

La religion et le droit forment un couple infernal. Durkheim définit ainsi la religion : *« un système solidaire de croyances et de pratiques relatives à des choses sacrées, c'est-à-dire séparées, interdites, croyances et pratiques qui unissent en une même communauté morale, appelée Eglise, tous ceux qui y adhèrent »* (*Les formes élémentaires de la vie religieuse*, Paris,

1912, Rééd. PUF, coll. Quadrige, 1994, p. 65). La définition a sans doute un peu vieilli, mais elle met encore en évidence avec efficacité deux traits saillants du phénomène religieux : la séparation du profane, accessible à l'homme, et du sacré, qui lui est interdit ; la communauté des croyants, tous convaincus de cette séparation, dans son principe et son étendue. Durkheim propose cette définition en 1912. L'époque est « laïcarde ». La France a voté en 1905 la loi de séparation de l'Eglise et de l'Etat et Marx a déjà écrit que la religion, spécialement le christianisme, est l'opium du peuple. Le propos du sociologue semble ainsi dans l'air du temps en ce qu'il valide scientifiquement l'hypothèse d'un dépassement de la religion. L'heure est au rationalisme universaliste et qui peut bien s'accommoder d'un « système solidaire de croyances » qui présente le double défaut de marquer les limites de la raison et de constituer l'humanité en petites communautés ? Alors que la République s'installe durablement en France, la religion fait figure de mauvaise relique, marquée du sceau de l'obscurantisme et de la division. La définition de Durkheim, au moins en première lecture, entretient le préjugé.

Mais en bon sociologue, Durkheim est soucieux d'y voir clair et ne prête pas attention à l'opinion commune (quand on veut se la jouer, on dit la « *doxâ* », terme qui nous vient du grec). Il constate ainsi « *que jusqu'à un moment relativement avancé de l'évolution, les règles de la morale et du droit ont été indistinctes des prescriptions rituelles* » (p. 598) et il ajoute « *si la religion a engendré tout ce qu'il y a d'essentiel dans la société, c'est que l'idée de la société est l'âme de la religion* » (p. 599). La « *preuve sociologique* » se trouve au chapitre VII (pp. 293-342) de l'ouvrage dans lequel Durkheim expose comment la religion se nourrit de l' « *effervescence du collectif* ». Les adolescents (ou quelques adultes qui manquent un peu de maturité) regrettent souvent que les autres les perçoivent autrement que ce qu'ils sont (ou croient être) réellement. Ce chagrin juvénile exprime l'ignorance d'une donnée élémentaire de la vie en société. Quand nous sommes en groupe, nous ne sommes plus tout-à-fait les mêmes que seuls dans notre canapé. Un grand timide en petit comité s'avère « grande gueule » lorsque la troupe s'agrandit. Un sale petit chef en entreprise est un papa gâteau sitôt rentré chez lui, etc. Ces transmutations tiennent au fait que la réunion des individus crée une dynamique propre qui, in fine, fait ressentir ses effets sur le psychisme de chacun d'entre eux. Pour Durkheim et au prix d'un raccourci pédagogique qui frise le manque de rigueur, la religion n'est finalement que la mise en forme de l'élan collectif. D'où la distinction du profane et du sacré qui permet aux individus de symboliser la dualité que leur impose la vie en société ; d'où le caractère nécessairement collectif du phénomène religieux ; d'où un système de croyance qui tout en la transfigurant reproduit la société telle qu'elle est. Laissons le dernier mot à Durkheim : « *Loin donc que la religion ignore la société réelle et en fasse abstraction, elle en est l'image ; elle en reflète tous les aspects, même les plus vulgaires et les plus repoussants. Tout s'y retrouve et si, le plus souvent, on y voit le bien l'emporter sur le mal, la vie sur la mort, les puissances de lumière sur les puissances de ténèbres, c'est qu'il n'en est pas autrement dans la réalité. Car si le rapport entre ces forces contraires était renversé, la vie serait impossible ; or, en fait, elle se maintient et tend même à se développer* » (p. 601). Pour se laisser rasséréner par cette douce réalité, d'autant plus douce qu'elle est imaginée, l'usage est aujourd'hui de se rendre au cinéma plutôt que dans un lieu de culte. Ce n'est pas exactement la même démarche, mais sur quelqu'un qui croit peut-être, mais ne sait plus vraiment, une bonne série fait à peu près l'effet qu'une belle cérémonie produit sur un pèlerin radieux.

En tout état de cause, il n'est pas raisonnable de penser que les rapports entre le droit et la religion puissent se régler d'une seule manière et d'un trait de plume. Les deux phénomènes sont socialement structurants et ils ont l'un et l'autre en commun de produire de l'idéal, c'est-à-dire autre chose que du réel, à partir du même terreau. Au reste, tous les grands monothéismes s'appuient sur des dispositifs institutionnels en tous points comparables à ceux qu'on trouve en droit. Le catholicisme, l'islam et le judaïsme ont tous trois leur droit (droit canon, charria, torah), leurs clercs et leurs fidèles, leurs institutions et souvent leurs juges. Ils ne leur manquent que la contrainte étatique pour se substituer au droit. Il suffit d'ailleurs qu'un Etat accepte la tutelle d'une religion pour que celle-ci se substitue au droit. Sociologiquement et institutionnellement, les religions sont le plus sérieux concurrent du droit. Il faut donc *un choix politique* fort pour les tenir à distance et décider que l'idéal de justice qui porte le droit ne se déduit pas d'un « *système de croyances à des choses sacrées* ». En France et plus généralement en occident, le catholicisme a longtemps été le principal challenger d'un droit laïcisé. Aujourd'hui, l'Islam est la religion la plus pratiquée en France et ce phénomène inattendu renouvelle en partie les termes du débat. Il n'est ici pas nécessaire d'évoquer le judaïsme qui n'a jamais posé le moindre problème à l'Etat et à la société française ; au reste, c'est plutôt l'inverse qui s'est produit, car si la France a eu ses « Justes », c'est bien son Etat qui s'est temporairement rendu coauteur de leur persécution.

30.- Le Catholicisme.

Il faut bien garder en tête que l'ancrage du droit sur un idéal de justice issu de la philosophie des Lumières et construit rationnellement procède d'un choix politique et qu'à trop faiblir, l'Etat et la société se verraient aisément imposer un dogme de substitution, prêt à l'emploi et conçu à cette fin. Substituer la raison à la religion, ce qu'on appelle parfois le règlement du « problème théologico-politique » (v. P. Manent, *Histoire intellectuelle du libéralisme*, Paris, Calman-Lévy 1987 ; Rééd. Fayard, coll. Pluriel 2012), n'a pas été une mince affaire. A l'égard du catholicisme, la substitution s'est faite en deux temps.

La première étape a consisté dans *la séparation du spirituel et du temporel*. Celle-ci s'est faite sans heurts considérables dans la mesure où la religion catholique pose elle-même le principe de cette séparation. Les Evangiles font dire à Jésus, interrogé sur la légitimité du paiement de l'impôt par les juifs à l'occupant romain : « *Rendez à César ce qui est à César et à Dieu ce qui est à Dieu* ». Il n'échappera pas au lecteur que ceux qui interrogent Jésus ont bien envie de le piéger : car s'il répond qu'il faut payer l'impôt, on le dépeindra en collaborateur de l'occupant tandis que s'il invite à ne pas payer, il sera vite dénoncé, à l'occupant romain bien sûr, comme un dangereux séditieux. Le Christ n'est pas une pomme et ne tombe pas dans le piège. A ces bienveillants interrogateurs, il dit en termes à peu près aimables que le billard à trois bandes des politiciens médiocres, très peu pour lui et qu'avec le salut de l'humanité, il a déjà beaucoup à faire. On a d'ailleurs écrit que, pour admettre cette séparation, le catholicisme était en fait la « *religion de la fin de la religion* » (v. M. Gauchet, *Le désenchantement du monde*, Gallimard 1985) ce qui veut dire que au moins en principe, l'Eglise ne s'occupe pas des choses de la Cité, cependant qu'elle conserve un magistère moral sur l'action des dirigeants. En réalité, cette posture prudente offre au catholicisme une place de premier choix. Explicitée en termes juridiques, elle lui donne de fait un monopole sur la définition des idéaux propres à servir de fondement au

droit positif. Les résultats sont mitigés. Au temps des cathédrales succède les guerres de religion. Les Lumières font litière du monopole. L'ouvrage le plus emblématique de cette œuvre de déconstruction est certainement le *Traité sur la tolérance* que fait paraître Voltaire en 1763 aux fins d'obtenir, avec succès, la réhabilitation de la famille Calas, injustement accusée d'infanticide sur fond de préjugé antiprotestant. L'œuvre de Voltaire préfigure le « *J'accuse*…» d'Emile Zola, qui, près d'un siècle et demi plus tard, permettra de laver le colonel Dreyfus de l'accusation de haute trahison portée contre lui sur fond d'antisémitisme. Comme quoi les intellectuels servent à quelque chose. Comme quoi également, le droit doit se défaire d'un idéal qui puise à la même source, cette dernière d'autant plus dévastatrice qu'elle est pensée comme exclusive de toute autre.

Une deuxième étape est donc nécessaire pour *priver le dogme catholique de l'exclusivité de son magistère moral*. C'est l'œuvre de la IIIème République qui, dans un contexte souvent conflictuel, introduit dans notre droit positif une série de grandes lois de rupture qui consacrent, notamment :

- La laïcisation de l'enseignement en 1880, puis celle des hôpitaux en 1881,
- La loi autorisant le divorce en 1884, alors que le dogme catholique impose l'indissolubilité du mariage ;
- La séparation de l'Eglise et de l'Etat qui, en 1905, proclame sans doute le libre exercice des cultes, ce qui comprend surtout la liberté de ne pas les exercer et ce qui implique la neutralité de l'Etat et donc l'absence de subvention des cultes.

L'objectif n'a d'ailleurs pas été de substituer un catéchisme à un autre et d'imposer un culte de la raison aux lieu et place des dogmes de l'Eglise. La raison du droit, son idéal de justice, conserve une nature formelle (v. *supra* n° 21) de telle sorte que le droit recueille les traditions et tente de les améliorer en recherchant la cohérence et la permanence. L'appel à la raison s'est sans doute traduit par la radicalisation de certains esprits : le plus terrible, Robespierre, le plus stupide, Homais (le pharmacien dans *Madame Bovary*). Bien compris, il est en réalité l'espérance d'une coexistence et d'un enrichissement des différentes cultures qui font les nations. Le catholicisme a sa part et il n'y a aucune raison de le laisser dans l'obscurité. Ainsi son influence est indéniable sur la constitution d'un droit social porteur de progrès. Simplement, il n'est qu'une partie d'un tout, au sein duquel bouillonnent bien d'autres aspirations, qu'elles soient littéraires, esthétiques, voire plus matérialistes. L'Eglise a voix au chapitre et la morale qu'elle porte ne vaut pas moins qu'une autre. Simplement, elle ne vaut pas plus.

31.- L'Islam

Il existe auprès des services du Premier Ministre un « *Observatoire de la laïcité* », créé par un décret du 25 mars 2007. Il s'agit d'une Commission consultative dont le rôle est essentiellement d'éclairer les gouvernements successifs sur la conduite à tenir en cette matière. Chaque année, cette instance rédige un rapport dont l'objet est « *d'établir un bilan annuel sur le respect du principe de laïcité en France* ». Le texte privilégie la réflexion sur le principe plutôt que sur les cultes. Il n'empêche, lorsque l'un d'entre eux est mentionné, il s'agit du culte musulman. Ce qui n'a rien d'étonnant dès lors que l'observatoire a été créé précisément pour traiter des tensions que la présence de l'Islam crée au sein de la société française. Avec raison, le rapport paru en 2019 rappelle qu'eu égard au « *contexte qui persiste, fait à la fois d'inquiétude, d'émotion mais aussi de confusions entre ce qui relève de la laïcité et ce qui relève d'autres champs, dont le radicalisme violent et le terrorisme, il est*

plus indispensable que jamais de dresser l'état des lieux de la laïcité avec une grande rigueur d'analyse ». Sur un sujet sensible, le rôle du juriste n'est pas de susciter la polémique « *afin que « la poussière ne soit pas cachée sous le tapis », mais sans jamais céder au « culte de l'anecdote* » (Rapport 2019, page 3). En fait, les rapports entre le droit et l'Islam sont assez simples. Comme religion, l'Islam vaut comme le Catholicisme, ni plus ni moins. Il s'ensuit que :

- Les préceptes moraux qui en découlent peuvent être versés dans le débat public sauf s'ils vont directement au rebours de l'idéal de justice qui porte notre droit positif ;
- Les pratiques religieuses, autrement dit les mœurs de la communauté musulmane, sont libres aussi longtemps qu'elles n'affectent pas le « vivre-ensemble ».

Sur le premier point, notre droit positif ne manque pas de fermeté. La Cour européenne des droits de l'homme a très clairement jugé que le choix politique de tenir la religion à l'écart de la définition de l'idéal de justice qui sous-tend le droit positif des Etats démocratiques n'est pas négociable. Dans un important arrêt du 13 février 2003 (*Aff. Refah Partisi c./ Turquie*, Req. n°41340/98), elle a ainsi admis l'interdiction d'un parti politique déterminé à imposer la charia, au besoin par la force, comme système de droit. Laissons parler la cour, qui dit les choses très clairement :

- § 86 : « « *<u>La démocratie représente sans nul doute un élément fondamental de « l'ordre public européen</u> » (...) Ceci ressort d'abord du préambule à la Convention, qui établit <u>un lien très clair entre la Convention et la démocratie en déclarant que la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales reposent sur un régime politique véritablement démocratique</u> d'une part, et sur une conception commune et un commun respect des droits de l'homme d'autre part (...). Le même préambule énonce ensuite que les Etats européens ont en commun un patrimoine d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit. La Cour a vu dans ce patrimoine commun les valeurs sous-jacentes à la Convention (...) ; à plusieurs reprises, elle a rappelé que celle-ci était destinée à sauvegarder et promouvoir les idéaux et valeurs d'une société démocratique (...).<u>La démocratie apparaît ainsi comme l'unique modèle politique envisagé par la Convention et, partant, le seul qui soit compatible avec elle.</u>* » ;
- § 123 et 124 : « *Or <u>la Cour partage l'analyse quant à l'incompatibilité de la charia avec les principes fondamentaux de la démocratie, tels qu'ils résultent de la Convention</u> : (…) la Cour reconnaît que la charia, reflétant fidèlement les dogmes et les règles divines édictés par la religion, présente un caractère stable et invariable. Lui sont étrangers des principes tels que le pluralisme dans la participation politique ou l'évolution incessante des libertés publiques. La Cour relève que, lues conjointement, les déclarations en question qui contiennent des références explicites à l'instauration de la charia sont difficilement compatibles avec les principes fondamentaux de la démocratie, tels qu'ils résultent de la Convention, comprise comme un tout. Il est difficile à la fois de se déclarer respectueux de la démocratie et des droits de l'homme et de soutenir un régime fondé sur <u>la charia, qui se démarque nettement des valeurs de la Convention, notamment eu égard à ses règles de droit pénal et de procédure pénale, à la place qu'il réserve aux femmes dans l'ordre juridique et à son intervention dans tous les domaines de la vie privée et publique</u> conformément aux normes religieuses. (...) Selon la Cour, un parti politique dont l'action semble viser l'instauration de la charia dans un Etat partie à la Convention*

peut difficilement passer pour une association conforme à l'idéal démocratique sous-jacent à l'ensemble de la Convention. »

Sur le second point, le même arrêt (§ 92) rappelle en ces termes le principe de liberté des mœurs résultant d'une conviction religieuse, ainsi du reste que les limites au principe :

- « *Si la liberté de religion relève d'abord du for intérieur, elle implique également celle de manifester sa religion individuellement et en privé, ou de manière collective, en public et dans le cercle de ceux dont on partage la foi. L'article 9 énumère diverses formes que peut prendre la manifestation d'une religion ou conviction, à savoir le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites. Néanmoins, il ne protège pas n'importe quel acte motivé ou inspiré par une religion ou conviction* » ;
- « *l'Etat peut limiter la liberté de manifester une religion, par exemple le port du foulard islamique, si l'usage de cette liberté nuit à l'objectif visé de protection des droits et libertés d'autrui, de l'ordre et de la sécurité publique* ».

Depuis, ainsi qu'il a été dit, la cour a admis que l'ordre et la sécurité publique intègre également la notion de « vivre ensemble ». L'arrêt dit cependant autre chose : la liberté des mœurs religieuses doit s'exercer dans le respect « *des droits et libertés d'autrui* ». En droit, l'appartenance à une communauté ne doit jamais avoir pour effet de priver ses membres de la liberté de ne pas suivre les pratiques qui y ont cours. C'est un point sur lequel la vigilance est de mise.

*

* *

PREMIERE PARTIE : LA PRODUCTION DU DROIT

32.- L'étude de la production du droit est celle des mécanismes par lesquels se forment les différents dispositifs juridiques, lesquels se répartissent entre normes générales (chapitre 1) et normes individuelles (chapitre 2). L'usage, dans les manuels, est plutôt de parler de « sources du droit ». Les mots sont différents, mais la matière est la même.

CHAPITRE I : LA PRODUCTION DES NORMES GENERALES

33.- La loi et les autres normes.

Pour produire des règles, donc des normes générales qui s'appliquent à tous, il faut une légitimité particulière. Dans une démocratie représentative, l'autorité la plus légitime est en principe le Parlement, le pouvoir législatif ou le législateur, composé d'élus du peuple. Le principal producteur de règles est donc le Parlement et les lois (les règles votées par le Parlement) sont en conséquence les principaux textes qui énoncent des règles de droit. Le propos appelle cependant trois sérieuses nuances :

- La France est un Etat de droit et la souveraineté du Parlement n'est pas absolue : il existe des normes issues de la Constitution, mais aussi des traités internationaux et des instances européennes, qui s'imposent à tous, également au législateur ;
- La Vème République, qui définit le régime politique de la France, est telle que, du fait de l'élection du Président au suffrage universel, le pouvoir exécutif a au moins autant de légitimité que le pouvoir législatif. Le pouvoir exécutif est donc habilité à poser des règles, qu'on appelle d'ailleurs des règlements ;
- La France est un Etat libéral, ce qui signifie qu'il y est admis que l'Etat n'y règle pas tout ce qui s'y passe. La société civile prend sa part et l'Etat reconnaît l'aptitude qui est la sienne à se réguler d'elle-même. Elle intervient également dans la production de normes générales.

Ces trois observations amènent à concevoir une hiérarchie des normes. La loi (section 1) est la principale source de règles, mais il y a des normes qui sont au-dessus, on parle de normes supralégislatives (section 2), et d'autres qui sont en-deçà, les normes infralégislatives (section 3).

*

Section 1 : LA LOI

§ 1.- DEFINITION

34.- La loi au sens strict

La loi peut se définir comme une norme générale votée par le Parlement. Le texte est préparé,

- Soit par le Gouvernement et on parle alors de projet de loi ;
- Soit par les parlementaires eux-mêmes et le texte préparatoire s'appelle une proposition de loi.

La plupart des lois sont issues de projet et non de propositions, même si les parlementaires ont un pouvoir de modification. On parle d'amendement. Ainsi, tout projet ou proposition de loi est examiné successivement dans les deux Assemblées du Parlement en vue de l'adoption d'un texte identique. Tout amendement (modification du texte) est recevable en première lecture dès lors qu'il présente un lien, même indirect, avec le texte déposé ou transmis. Lorsque, par suite d'un désaccord entre les deux Assemblées, un projet ou une proposition de loi n'a pu être adopté après deux lectures par chaque Assemblée ou, si le Gouvernement a décidé d'engager une procédure accélérée, après une seule lecture par chacune d'entre elles, le Premier ministre (ou, pour une proposition de loi, les présidents des deux assemblées agissant conjointement) ont la faculté de provoquer la réunion d'une commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion. Le texte élaboré par la commission mixte peut être soumis par le Gouvernement pour approbation aux deux Assemblées. Aucun amendement n'est alors recevable, sauf accord du Gouvernement. Si la commission mixte ne parvient pas à l'adoption d'un texte commun ou si ce texte n'est pas adopté par les deux assemblées, le Gouvernement peut, après une nouvelle lecture par l'Assemblée nationale et par le Sénat, demander à l'Assemblée nationale de statuer définitivement. En ce cas, l'Assemblée nationale peut reprendre soit le texte élaboré par la commission mixte, soit le dernier texte voté par elle, modifié le cas échéant par un ou plusieurs des amendements adoptés par le Sénat. On l'aura compris, c'est donc l'Assemblée nationale qui a toujours le dernier mot. Ce qui est normal dès lors que les députés, élus au suffrage universel direct, ont une légitimité politique supérieure à celle des sénateurs, élus par un collègue de grands électeurs.

Petits commentaires :

- Le passage ci-dessus est un peu ennuyeux, mais il a le mérite d'être clair.
- Il est quasiment un plagiat de l'article 45 de la Constitution ; le plagiat est à bannir, mais le procédé est ici utilisé (et révélé !) à une fin exclusivement pédagogique ; une fois passé l'âge du « *réflexe wikipédia* », l'étudiant en adopte souvent un autre qui consiste à s'instruire d'une question par la lecture préalable et prioritaire d'un ouvrage, généralement un manuel ; il est excellent de lire les ouvrages et les écrits des bons auteurs, mais **il faut donner la priorité au texte** et consulter ceux-ci dans un second temps, si possible en y cherchant la réponse aux questions que suscite la lecture du texte ; d'autant que les textes, au moins les plus importants, sont souvent rédigés dans une langue claire et concise et que leur lecture attentive suffit souvent à l'acquisition des connaissances élémentaires ; D'où le procédé d'un « plagiat révélé »

pour prouver, en sollicitant un réflexe (lecture d'ou ouvrage, ici d'un cours écrit), l'utilité d'en adopter un autre (le texte, d'abord).
- Pour plus de détails et d'explications (nécessaires) sur la procédure parlementaire, il faut se reporter au cours de droit constitutionnel.

Une fois la loi adoptée par le Parlement, elle est Promulguée par le Président de la République. La promulgation est l'acte par lequel le Président déclare que la loi est désormais loi de la République et qu'en conséquence, elle doit être exécutée (le pouvoir exécutif indique ainsi qu'il met la force exécutoire au service de l'œuvre parlementaire). En principe, le Président ne peut refuser de promulguer la loi (ce qui peut poser des problèmes en cas de cohabitation, i.e., le Premier Ministre est issu de la majorité alors que la famille politique du Président siège au Parlement dans les rangs de l'opposition). Elle est ensuite publiée au JO (Journal Officiel), ce qui en permet la connaissance théorique par les citoyens.

35.- Les textes assimilés à la loi

a.- Les lois référendaires, prévues par l'article 11 de la Constitution ainsi rédigé :

> *Le Président de la République, sur proposition du Gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux assemblées, publiées au Journal officiel, peut soumettre au référendum tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la nation et aux services publics qui y concourent, ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions.*
> *Lorsque le référendum est organisé sur proposition du Gouvernement, celui-ci fait, devant chaque assemblée, une déclaration qui est suivie d'un débat.*
> *Un référendum portant sur un objet mentionné au premier alinéa peut être organisé à l'initiative d'un cinquième des membres du Parlement, soutenue par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales. Cette initiative prend la forme d'une proposition de loi et ne peut avoir pour objet l'abrogation d'une disposition législative promulguée depuis moins d'un an.*

Pour certains textes de première importance, spécialement ceux qui déterminent l'avenir de la nation, la légitimité du Parlement peut être insuffisante et un appel au peuple est nécessaire. La démocratie directe prend alors le pas sur la démocratie représentative. Le référendum est légitimement utilisé dans les périodes de bouleversements (par ex. : changement de régime politique, sortie ou entrée dans l'Union européenne). Il est aujourd'hui assez peu utilisé. Le risque est celui de son instrumentalisation et que le vote soit déterminé par d'autres considérations que celles ayant pour objet le texte soumis au référendum. C'est un sujet qui s'approfondit dans les ouvrages de droit constitutionnel et de sciences politiques.

b.- Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution ainsi rédigé :

> *Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi.*
> *Les ordonnances sont prises en Conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de*

loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse. (…

Sous la Vème République et du fait de l'élection du Président de la République au suffrage universel, l'exécutif a une légitimité politique aussi forte que le Parlement, d'où la possibilité, aux conditions définies par l'article 38 — autorisation préalable et ratification a posteriori — donnée au Gouvernement de se substituer au Parlement dans l'écriture d'un texte ayant vocation à devenir une loi. Par souci d'efficacité et aux fins d'éviter les lenteurs du débat parlementaire, il est fréquent qu'un Président nouvellement élu utilise ce dispositif. Sur une réforme annoncée et débattue au cours d'une campagne présidentielle, le recours aux ordonnances tend à devenir un usage. Ainsi, récemment des ordonnances dites Macron-Pénicaud du 22 septembre 2017 sur les relations de travail et dont les principales dispositions, spécialement le plafonnement des indemnités dues en cas de licenciement injustifié, avaient été annoncées lors de la campagne électorale. Le gouvernement désigné par le Président nouvellement élu a préféré réaliser la réforme par voie d'ordonnance plutôt que d'en passer par un débat parlementaire qui eût été nécessairement plus long.

§ 2.- LE DOMAINE

36.- Les articles 34 et 37 de la Constitution.

En principe, toute règle de portée générale devrait être décidée par le Parlement. En même temps et sous presque toutes les républiques, les Gouvernements ont expérimenté les (parfois) inutiles lenteurs de la procédure parlementaire, spécialement lorsqu'il s'agit de poser des règles dans des matières techniques (par ex. : la procédure civile), pour l'analyse desquelles, souvent, bien peu de parlementaires disposent de la compétence nécessaire. Il a donc toujours été admis qu'au moins par exception, le pouvoir réglementaire (exécutif) pose des normes générales, sous forme de décrets. De manière assez audacieuse, la Constitution de la Vème République renverse le principe et l'exception. L'article 37 dispose que : « *Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire.* » Cela signifie qu'en principe et sauf règle spéciale réservant telle ou telle matière à la loi, le règlement est le principal pourvoyeur de normes générales. Pour autant, le domaine de la loi est largement défini par l'article 34 de la Constitution, ainsi rédigé :

La loi fixe les règles concernant :
-les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias ; les sujétions imposées par la Défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ;
-la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités ;
-la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ; l'amnistie ; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats ;
-l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ; le régime d'émission de la monnaie.
La loi fixe également les règles concernant :

-le régime électoral des assemblées parlementaires, des assemblées locales et des instances représentatives des Français établis hors de France ainsi que les conditions d'exercice des mandats électoraux et des fonctions électives des membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales ;
-la création de catégories d'établissements publics ;
-les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat ;
-<u>les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé</u>.
La loi détermine <u>les principes fondamentaux</u> :
-de l'organisation générale de la Défense nationale ;
-de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ;
-de l'enseignement ;
-de la <u>préservation de l'environnement</u> ;
-du <u>régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales</u> ;
-<u>du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale</u>.
Les lois de finances déterminent les ressources et les charges de l'Etat dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.
Les lois de financement de la sécurité sociale déterminent les conditions générales de son équilibre financier et, compte tenu de leurs prévisions de recettes, fixent ses objectifs de dépenses, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.
Des lois de programmation déterminent les objectifs de l'action de l'État.

Les passages du texte soulignés sont ceux qui intéressent le droit privé. On comprend ainsi que sur toutes les questions importantes pour les individus, le pouvoir réglementaire n'est jamais totalement autonome. Soit il revient au législateur de poser les règles, soit, a minima, de déterminer les principes fondamentaux, termes dont la compréhension est extensive.

Au reste, le domaine de la loi est réservé en ce sens que, sauf recours au dispositif des ordonnances, ce qui suppose une habilitation législative, le pouvoir exécutif ne peut prendre de normes générales dans les matières visées par l'article 34. Seul le législateur est habilité. Au contraire, le législateur peut empiéter sur le domaine réglementaire. Certes, par souci d'alléger le travail parlementaire et de ne pas encombrer les débats de questions techniques mieux à même d'être traités par voie réglementaire, l'article 41 de la Constitution permet d'empêcher l'examen par le Parlement de propositions ou d'amendements ne relevant pas du domaine de la loi. Pour autant, si une loi est adoptée et comporte des dispositions de nature réglementaires, ces dernières ne sont pas contraires à la Constitution (V. par ex. CC Décision 2012-649 DC du 15 mars 2012, pt 10 : « *Considérant que, si l'article 34 et le premier alinéa de l'article 37 de la Constitution établissent une séparation entre le domaine de la loi et celui du règlement, et si l'article 41 et le deuxième alinéa de l'article 37 organisent les procédures spécifiques permettant au Gouvernement d'assurer la protection du domaine réglementaire contre d'éventuels empiètements de la loi, <u>la Constitution n'a pas pour autant entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi</u> ; que, par suite, les requérants ne sauraient se prévaloir de ce que le législateur est intervenu dans*

le domaine réglementaire pour soutenir que la disposition critiquée serait contraire à la Constitution ou pour demander que soit déclaré son caractère réglementaire »). Pour autant, le Conseil Constitutionnel refuse de contrôler la constitutionnalité des dispositions législatives qui empiètent sur le domaine réglementaire (décision 2005-512 DC du 21 avril 2005).

§ 3.- LA PRESENTATION

37.- Les lois et les codes.

Les lois portent un numéro, elles ont une date, celle de leur promulgation et un intitulé. Par ex. : Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. Le numéro est composé de deux parties : la première indique l'année d'adoption de la loi, la seconde révèle la place qu'occupe la loi dans la chronologie des lois adoptées au cours de l'année (par ex., la loi 2019-222 est la 222ème à avoir été adoptée en 2019). Généralement et au moins pour les lois importantes, ses dispositions sont présentées de manière organisée et selon l'ordre d'un plan.

Aujourd'hui, la plupart des matières juridiques ont donné lieu à codification. De la sorte, les lois sont intégrées dans un même livre, qu'on appelle un code et dont l'unité tient à la matière traitée. Du coup, soit dit en passant, les lois récentes sont difficiles à décrypter en première lecture par le profane. En effet, la plupart du temps et pour tenir compte de ce phénomène de codification, les articles de la loi sont rédigés sur le modèle suivant : « l'article L.622-23.I.a du code de la circulation en patinette électrique sur les trottoirs des grandes agglomérations est modifié dans les termes suivants…. », ou pire, « A l'article L.622-23.I.a dudit code, les termes « patinette » et « trottoirs » sont modifiés et remplacés par les termes suivants… ». Sinon, la liste des codes figure sur le site Legifrance lequel les actualise efficacement en tenant compte de leur modification par les lois nouvelles. Parmi les principaux codes, il y a le Code civil (droit des personnes prises comme individu, et de leurs relations entre elles), le Code de commerce (plus difficile à définir, disons grossièrement, le droit des relations commerciales), le code du travail (règles relatives aux relations de travail salariées), code pénal (règles relatives aux infractions pénalement sanctionnées), le code de procédure civile, le code de procédure pénale, le code de la sécurité sociale, le code de la consommation, le code des assurances… etc.

La plupart de ces codes ont été conçus dans une logique de simplification du droit ou encore d'accessibilité de la règle. Ils réunissent dans un même recueil l'ensemble des règles applicables à une matière, ce qui facilite la connaissance du droit. Cette initiative va dans le bon sens, avec 3 limites :

- Tout d'abord, le code ne réunit pas toujours tous les textes de lois applicables à telle ou telle matière. Certains codes le prévoient, comme le code des assurances, mais ce n'est pas le principe et il existe encore des « textes sans codes » ; le phénomène tend néanmoins à se raréfier ;
- Ensuite, la constitution d'un code suppose la définition de la matière à laquelle il s'applique de sorte qu'inévitablement, se posent des problèmes de frontières. Par ex. : un contrat entre un particulier et un commerçant relève-t-il du code de commerce, du code civil ou du code la consommation ? un contrat d'assurance

entre une compagnie d'assurance, filiale d'une banque et un particulier relève-t-il du code des assurances, du code monétaire et financier ou encore du code de la consommation (ou des trois à la fois) ?

- Enfin, la codification des textes n'a pas entraîné de simplification ni d'amélioration de la langue juridique qui reste difficile de décrypter, pour les profanes évidemment, pour les professionnels également.

Néanmoins, la codification est tout de même un mieux. Malgré ses imperfections, elle facilite l'accès au droit. Le plan d'exposition de la matière en révèle d'ailleurs souvent la cohérence.

38.- La codification.

La codification traduit parfois un projet législatif de plus grande ampleur. L'ambition n'est plus simplement didactique et la « mise en code » d'une matière révèle un objectif de politique juridique. Le cas le plus emblématique est celui du code civil tel qu'il a été élaboré en 1804 (loi du 30 ventôse an XII, soit le 21 mars 1804). C'est l'instant des juristes, le moment où la France comprend que la paix civile passe par une séparation du droit et de la politique. Il faut donc marquer le coup et constituer le droit civil sous une forme qui l'apparente à un monument durable.

Il faut d'abord réunir la communauté des juristes, passablement divisée pendant la période révolutionnaire (v. sur le sujet, J.-L. Halperin, *L'impossible Code civil*, PUF coll. Histoires, 1992, spéc. pp. 263-295). Le code est écrit à 4 mains, celles de Bigot-Préameneu, Tronchet, Maleville et Portalis, le plus connu des 4, auteur du merveilleux *Discours préliminaire du premier projet de Code civil* (pour le trouver, c'est simple, il suffit d'entrer « discours préliminaire Portalis » sur le premier serveur venu et on tombe sur la version originale du texte ; à consommer, sans modération). L'un est breton, l'autre parisien, le troisième est périgourdin, le quatrième est provençal. Ces 4 jurisconsultes issus de l'Ancien régime ont œuvré pendant la Révolution. Ce sont des modérés. 1789, ils ont adhéré, mais la Terreur leur a fait sentir le vent du boulet. Ils sont choisis par Napoléon, mais, semble-t-il, sur les bons conseils de Cambacérès, ex conventionnel ayant voté la mort de Louis XVI quand Tronchet et Maleville ont officiellement défendu Louis XVI devant la Convention. L'écriture du code civil commence par la paix des braves.

Il faut ensuite trouver la méthode permettant la synthèse de deux aspirations contradictoires :

- Le droit de l'Ancien Régime est le fruit de la tradition, en tout cas d'une longue histoire. La France se compose de pays de coutumes et de pays de droit écrit. Dans ces deux zones, le droit vient de loin, ici des coutumes franques, là du droit romain. Le temps donne aux règles leur légitimité.
- L'élan révolutionnaire n'est pas mort et terminer la révolution ne signifie pas la liquider. Il faut donc intégrer la dimension politique du droit et le fait que sa légitimité vient du peuple souverain.

La synthèse prend la forme d'un oxymore, cette forme littéraire qui donne du sens à la réunion de deux termes pourtant contradictoires (par ex. une « obscure clarté », expression qui fait ressortir que la « clarté », habituellement signe de tranquillité – quand on voit clair, on avance sans crainte - peut être telle qu'en fait, par exemple parce qu'elle

est excessive ou trompeuse, elle porte de l'inquiétude, sentiment qui s'attache à ce qui est « obscur »). La Codification est un oxymore juridique en ce sens qu'elle constitue une forme de « tradition volontaire ». **Le code est l'acte par lequel le peuple souverain se donne un texte ayant la force d'une tradition**. Le code incarne ainsi la décision politique de se donner un droit, c'est-à-dire un ensemble de règle dont la pérennité ne sera plus tributaire des changements de régime Le contenu n'est pas figé, mais les grands principes demeurent, la forme et le plan également.

Il faut enfin s'entendre sur les contenus. Les discussions seront souvent vives, notamment sur les questions d'état des personnes (par ex. le mariage), mais aussi sur les hypothèques (les nobles sont ruinés et n'ont pas très envie de rendre public le fait que leurs terres sont lourdement grevées). Néanmoins, sur les acquis révolutionnaires et sur les grands principes, propriété, contrats, responsabilité, l'essentiel est fait. Les débats les plus ardus portent sur les questions à propos desquelles s'opposent les juristes issus des pays de coutume et ceux des pays de droit écrit (notamment les régimes matrimoniaux). En trois ans, le texte sera adopté dans sa version définitive.

Que reste-t-il de « l'esprit de 1804 » ? Pas grand-chose et tout à la fois. Evidemment, on ne fait pas la révolution tous les jours et il n'est donc pas besoin de la terminer chaque lendemain. La séquence de 1804 est donc unique en son genre. Elle a cependant laissé des traces. Toute réforme d'importance a l'ambition de la pérennité. Lorsque leurs auteurs s'en donnent les moyens, il n'est pas rare qu'ils aient recours à un dispositif de codification. Ce fût le cas pour la rédaction du « nouveau code de procédure civile » en 1975 (depuis 2007, l'adjectif « nouveau » a disparu), comme pour le « nouveau code pénal en 1994. On ne codifie plus comme on l'a fait en 1804, mais on continue de le faire, certes rarement, pour marquer la pérennité d'une œuvre juridique de premier ordre.

Au reste, les discussions doctrinales récentes sur la réécriture du code civil attestent de la conviction partagée par les meilleurs auteurs, même en situation désaccord sur tout le reste, du rôle structurant de la codification (B. Beignier, *Pour un nouveau Code civil*, D. 2019, 713 ; Th. Revet, *A propos de l'article de B. Beignier, « Pour un nouveau code civil »*, D. 2019, 1011 ; et la réponse de B. Beignier, *Réponse à Th. Revet, « Pour un nouveau code civil »*, D. 2019, 1408).

§ 4.- L'APPLICATION

39.- Simplicité et complexité.

L'entrée en vigueur de la loi intervient en principe le lendemain de sa publication au journal officiel. Il est fréquent, lorsque la loi modifie substantiellement le droit existant, qu'un délai d'adaptation soit prévu. C'est écrit à l'article premier du Code civil ainsi rédigé : « *Les lois (…) entrent en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut, le lendemain de leur publication* ». Lorsque la loi décale la date de son entrée en vigueur, on dit qu'elle comporte des dispositions transitoires. Comme leur désignation l'indique, ces dispositions aménagent ainsi une période de transition. Sinon, la loi ne s'applique plus lorsqu'elle est abrogée, soit expressément, soit implicitement par l'effet de l'adoption de nouvelles dispositions en remplacement des anciennes. Tout ceci est assez simple à comprendre.

Deux questions sont d'une complexité redoutable :
- L'application de la loi dans l'espace ;
- L'application de la loi dans le temps ;

Un exemple pour comprendre comment se pose la question de l'application de la loi dans l'espace : un contrat est conclu en France, mais s'exécute pour partie aux Etats-Unis d'Amérique (USA) et pour une autre partie dans un pays d'Asie, par exemple, l'Inde. Faut-il appliquer la loi française, la loi de l'un des Etats des USA, ou encore une loi indienne ? Cet exemple révèle qu'à partir du moment où une situation juridique (ici, un contrat) comporte un ou plusieurs points de rattachement à l'étranger (on dit un « élément d'extranéité »), il n'est pas certain que la loi française s'applique. Cette dernière a ses frontières et celles-ci ne sont pas exactement celles de l'Etat français. Il faut les identifier, matière par matière. Ce travail difficile et stimulant relève d'une discipline qu'on appelle le droit international privé et qui s'étudie en 3ème et/ou 4ème année. La matière est si riche qu'on peut y consacrer sa vie entière.

Un deuxième exemple pour saisir le caractère inévitable de la question dite de l'application de la loi dans le temps : le droit français des contrats a fait l'objet d'une réforme d'ensemble par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 dont les termes ont été en partie amendés par la loi n° 2018-287du 20 avril 2018 ayant ratifié cette ordonnance. L'ordonnance du 10 février 2016 comporte des dispositions transitoires, l'une d'entre elles fixant sa date d'entrée en vigueur le 1er octobre 2016. Un contrat a été conclu avant le 1er octobre, mais s'exécute après. Faut-il lui appliquer les règles en vigueur avant l'ordonnance du 10 février 2016 ou au contraire appliquer immédiatement les dispositions issues de ce nouveau texte ? Voilà le type de question qu'il y a lieu de traiter lorsqu'est étudiée l'application de la loi dans le temps (on parle aussi parfois du droit transitoire ; à ne pas confondre avec les « dispositions transitoires »). Cette étude est l'un des passages obligés de toute introduction au droit privé. Autant annoncer la couleur, c'est de loin le plus ardu, sinon le plus chaotique. Afin de s'y engager dans les meilleures conditions, autant le faire en fin de parcours, une fois qu'auront été acquis les quelques fondamentaux permettant d'aborder le sujet avec un minimum de lumière. En attendant, il est un principe d'application de la loi dans le temps, dont la compréhension est immédiatement accessible et dont l'importance justifie l'exposé, sans report.

40.- Le principe de non-rétroactivité

Il est écrit à l'article 2 du code civil : « *La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif.* » Ce texte consacre ainsi le principe de non-rétroactivité de la loi.

La signification du principe se laisse aisément appréhender, au moins lorsque la norme juridique prend la forme d'une règle, par nature hypothétique ou conditionnelle. Si les conditions de la règle se sont toutes accomplies avant la date d'entrée en vigueur de la loi nouvelle, cette dernière ne s'applique pas. La situation correspondant aux conditions de la règle ancienne reste régie par cette dernière. Par exemple, les conditions de validité d'un contrat s'apprécient au jour où celui-ci a été conclu et il serait contraire au principe de non-rétroactivité de remettre en cause la validité de ce contrat par application de règles

nouvelles entrées en vigueur après sa conclusion (v. par ex., mais en sens inverse, Cass. civ. 1ère 9 décembre 2009, Pourvoi n°08-20.570, *Bull. civ*. I n°242).

Le principe de non-rétroactivité de la loi est à la fois ce qui garantit la sécurité juridique et ce qui marque la différence entre la politique et le droit (v. « les éléments du droit », point n° 8). Toutes les périodes révolutionnaires charrient leur lot de lois rétroactives, tout simplement parce qu'elles ont toutes en propres de considérer que « tout est politique ». La non-rétroactivité des lois est aussi le meilleur révélateur de l'ancrage du droit positif dans un idéal de justice (v. les fondements du droit, point n° 21). Les juristes s'accommodent *a minima* d'une conception formelle de ce dernier. La justesse d'une règle ne tient pas en premier lieu à son contenu. Il existe en principe une présomption de conformité du droit positif à un idéal de justice. Cette présomption est souvent démentie du seul fait du constat des nombreuses incohérences qui parsèment notre ordre juridique. Si ce constat oblige à le parfaire, il n'y a pas lieu de remettre en cause la présomption de principe au point de considérer que le droit positif d'hier, qui a donc été, un jour, de droit positif, ait été tellement déconnecté de cet idéal qu'il y a lieu de le tenir pour inexistant. Faire rétroagir une loi nouvelle, c'est ainsi considérer que le droit positif d'hier n'avait en fait aucune valeur juridique. La rétroactivité méconnaît donc l'essence du phénomène juridique en ce qu'elle revient à affirmer l'injustice du droit d'hier. L'idéal de justice s'inscrit dans une continuité que la rétroactivité vient rompre. La non-rétroactivité est donc le principe. En droit, le mieux est toujours l'ennemi du bien.

Tel est le principe qui, on le verra plus tard, supporte néanmoins quelques exceptions. L'une d'entre elles demeure dans nos livres d'histoire (récente) et elle mérite d'être citée en ce qu'elle illustre bien l'idée que, par principe, le droit implique la non-rétroactivité. Elle est significative de ce qu'au cas où d'évidentes raisons imposent la rétroactivité, il y a lieu de ravaler le droit que cette dernière au rang d'un simple fait et de l'annuler, sans aucune autre précaution de langage. C'est ce qu'a fait le Gouvernement provisoire de la République française lors de la libération de la France en 1944. Pendant la guerre, la France a été administrée par des instances ayant fait le choix de la collaboration avec une puissance étrangère. Le Gouvernement provisoire, porté par le Général de Gaulle, a considéré que cette collaboration ne pouvait laisser de trace, au moins juridiquement. La France avait perdu sa souveraineté et ceux qui l'administraient ne pouvaient prétendre la représenter. Par une Ordonnance du 9 août 1944 relative au *rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental*, il a ainsi été arrêté que :

> « *Article 1 : La forme du Gouvernement de la France est et demeure la <u>République</u>. <u>En droit celle-ci n'a pas cessé d'exister</u>.*
> *Article 2 : Sont, en conséquence, <u>nuls et de nul effet tous les actes constitutionnels législatifs ou réglementaires</u>, ainsi que les arrêtés pris pour leur exécution, sous quelque dénomination que ce soit, promulgués sur le territoire continental postérieurement au 16 juin 1940 et jusqu'au rétablissement du Gouvernement provisoire de la République française.* »

En pratique, l'effacement de la période vichyste s'est révélé plus complexe. La séquence révèle cependant la cohérence intellectuelle du Gouvernement provisoire qui, pour imposer la rétroactivité de son action législative, retient la nécessité de retenir l'inexistence juridique (la nullité) de ce que l'œuvre collaborationniste tenait pourtant pour du droit.

§ 5.- L'INTERPRETATION

41.- Une question nécessaire et récurrente.

L'interprétation d'un texte consiste à en préciser la signification, généralement lorsqu'il y a lieu de l'appliquer. Elle occupe une place de premier plan dans le travail des juristes. Elle en est même la raison d'être car en quelque sorte, un juriste peut se définir comme celui qui sait interpréter une règle de droit. Là où le commun des mortels se perd dans la multitude des textes, l'homme de lois s'y retrouve, au moins est-ce ce qu'on attend de lui. Cette donnée élémentaire ne va pourtant pas de soi. Lors de l'ouverture des travaux préparatoires au code civil (celui de 1804), Portalis se faisait déjà l'écho « *de l'opinion, si généralement répandue, que, dans la rédaction d'un Code civil, quelques textes bien précis sur chaque matière peuvent suffire, et que le grand art est de tout simplifier en prévoyant tout* ». Mais il ajoutait, lucide, qu' « *un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir aux magistrats. Car les lois une fois rédigées demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais ; ils agissent toujours : et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit, à chaque instant, quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau.* » Il faut donc une science, en tout cas une discipline intellectuelle, pour permettre aux juristes « *pénétrés de l'esprit général des lois, (d'en) diriger l'application* », c'est-à-dire d'en préciser le sens lorsqu'il y a lieu de les appliquer.

Certes, tous les textes ne donnent pas lieu à d'interminables querelles d'interprétation. Ainsi de la règle qui pose l'interdiction de rouler à plus de 130 km/h sur les autoroutes, lesquelles ne se confondent pas avec les « routes automobiles », à quatre voies, sur lesquelles la vitesse est limitée à 110 km/h. Ceux qui jouent de la confusion savent très bien qu'ils ratiocinent en pure perte. Trois exemples plus sérieux et plus intéressants montrent la nécessité de l'interprétation de par les « *mille questions* » que leur simple lecture suscite :

- L'article 1195 du Code civil : « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant* » On comprend le sens général du texte : un contrat dont l'exécution devient ruineuse pour l'une des parties peut faire l'objet d'une renégociation. Pour autant, toutes les expressions employées méritent réflexion et autorisent la discussion : « changement de circonstances », changement « imprévisible », précision étant faite que l'adjectif « prévisible » est au singulier de sorte qu'il se rapporte au « changement » et non aux « circonstances » , « exécution excessivement onéreuse », « assumer le risque », « renégociation ».
- Article L.1232-1 du code du travail : « *Tout licenciement pour motif personnel est motivé dans les conditions définies par le présent chapitre. Il est justifié par une cause réelle et sérieuse* ». Là comme ailleurs, la signification première du texte se laisse aisément saisir : un employeur ne peut pas se séparer d'un salarié sur un mouvement d'humeur et il doit lui expliquer les raisons du licenciement. Mais en pratique que faut-il entendre par « motif » ? Y a-t-il lieu de distinguer « motif » et « cause » ? Comment comprendre les adjectifs « réel » et « sérieux » ?

- Article 122-5 du code pénal : « *N'est pas pénalement responsable la personne qui, devant une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accomplit, dans le même temps, un acte commandé par la nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte*. » Ce texte admet l'irresponsabilité de celui qui agit, au besoin violemment, s'il est en état de « légitime défense ». L'expression est bien connue, mais comment savoir si en droit, la défense est bien légitime ? Il faudra au préalable avoir décrypté l'exacte signification de toutes les expressions et termes suivants : « atteinte injustifiée », « dans le même temps » (à ne pas confondre avec « en même temps »), nécessité, disproportion, gravité…

Pour le juriste, l'interprétation des règles est une vocation. Les médecins soignent, les juristes interprètent. C'est vrai pour :

- Les magistrats qui tranchent les litiges qui leur sont soumis en application de règles de droit dont il leur revient de préciser l'exacte signification ;
- Les avocats qui argumentent sur le fondement de ces règles et proposent en conséquence une interprétation possible de celles-ci ;
- Les notaires qui rédigent des actes juridiques, dont ils garantissent la conformité au droit et sur la teneur duquel ils doivent être fixés ;
- Les administrations qui, en considération de règles formulées en termes généraux, doivent donner des lignes de conduite concrètes à leurs agents (par ex. : une loi sur l'école ne peut être sérieusement appliquée si l'administration ne donne pas des directives concrètes aux chefs d'établissement, ce qui suppose de faire « parler » les textes) ;
- Les forces de police qui, lors de manifestations violentes, seront plutôt curieuses de savoir quelle réaction autorise l'appel à la « légitime défense » ;
- Etc.

42.- Les modèles théoriques.

Sur le thème de l'interprétation, les introductions au droit présentent habituellement deux modèles théoriques. Il faut les connaître, mais ni l'un ni l'autre ne sont très opérationnels, ce dont d'ailleurs tout le monde convient.

L'Ecole de l'Exégèse, censément apparue au lendemain du Code civil, est présentée comme une école d'interprétation de la règle fondée sur une analyse textuelle dans le but de retrouver l'intention du législateur. Compte tenu de l'importance du code, les interprètes doivent se mettre au service de la volonté qu'il exprime. Il existe sur le sujet un article de référence : Ph. Rémy, *Eloge de l'Exégèse*, DROITS 1985/1, pp. 115-123. Cet auteur montre avec conviction qu'au lendemain de l'adoption du code civil (parfois appelé code Napoléon), il était naturel que la réflexion des juristes se concentre sur les articles du code. Pour autant, les premiers interprètes étaient tous dotés d'une culture juridique constituée bien avant l'entrée en vigueur de ce code. Ils ne se sont pas privés d'en exploiter tous les ressorts. Le texte du code civil constituait le point de départ de leur réflexion, jamais le point d'arrivée. En réalité, les exégètes faisaient déjà ce que les juristes font encore aujourd'hui. Pour en savoir plus il suffit d'attendre un peu (v. le point 43).

La libre recherche scientifique. Cette seconde école est essentiellement le fait de F. Gény, auteur en 1899 d'un ouvrage intitulé *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, dont le propos est de suggérer l'abandon de la méthode exégétique (au demeurant caricaturée dans ce qu'elle n'est pas) au profit de ce qu'il appelle *La libre recherche scientifique* (pour une présentation claire et synthétique, v. X. Magnon, *Commentaire sous La méthode de la libre recherche scientifique de F. Gény. Les grands discours de la culture juridique*, 2017, <hal-01725354> ; N.B. : les publications sur le site HAL sont en accès libres ; elles sont cependant le fait d'auteurs confirmés et il est important de savoir utiliser ce site[2]). Gény disait qu'il faut interpréter « *par le Code civil, mais au-delà du Code civil* ». L'un de ses contemporains, Saleilles nuançait en inversant la formule : « au-delà du Code civil, mais par le Code civil ». Cette école de pensée naît au début du XXème siècle à la faveur d'un changement de contexte :

- La révolution industrielle s'est produite et il faut donc inventer des solutions pour régler les questions que le code civil n'avait pu anticiper en 1804 ; par ex., les accidents du travail;
- Les sciences sociales se sont développées, spécialement la sociologie d'Emile Durkheim, qui repère dans la contrainte le trait caractéristique du « fait social » ; les juristes comprennent ainsi que le droit est un fait social (en quoi, ils ne se trompent pas sur la pensée de l'inventeur de la sociologie moderne), un parmi d'autres et qu'en conséquence, il est normal de le faire évoluer en considération des changements qui s'observent dans la société.

Il faut donc interpréter les textes à la lumière de deux principes : 1.- prendre acte de leurs lacunes, 2.- les combler par l'effet d'une réflexion synthétique, sinon syncrétique, enrichie des idées nouvelles qu'apportent les sciences humaines, comme l'économie et la sociologie, dont le plein essor est significatif des évolutions du monde contemporain. La proposition est intellectuellement séduisante, mais en réalité, même en 1899, elle ne débordait pas de modernité. Montesquieu, juriste de formation et ayant exercé comme magistrat au Parlement de Bordeaux, avait déjà exposé dans son *Discours sur l'équité qui doit régler les jugements et l'exécution des lois* (prononcé le 11 novembre 1725 à la rentrée du Parlement de Bordeaux)[3] la nécessité d'être à l'écoute du monde. Il est naturellement devenu philosophe. Le problème n'est pas de savoir s'il faut être borné ou avoir l'esprit libre. La réponse va de soi. Les difficultés commencent lorsqu'il y a lieu de savoir comment faire.

43- La « méthode rationnelle ».

Certains auteurs la désignent encore comme la méthode exégétique, d'autre comme la méthode hypothético-déductive. En fait, tout le monde explique un peu la même chose. Lorsqu'un juriste cherche à résoudre un problème qui lui est posé, il donne la priorité aux textes. Un avocat n'argumente pas (seulement) selon son sens naturel de l'équité. Il cherche une règle, on dit aussi un fondement juridique, pour étayer la thèse qu'il défend. D'où la nécessité d'identifier le sens et la portée des textes de loi.

---

[2] *Hal.archives-ouvertes.fr*, ainsi présenté : « *L'archive ouverte pluridisciplinaire* ***HAL****, est destinée au dépôt et à la diffusion d'articles scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, et de thèses, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés* » ; vous l'avez compris, c'est du sérieux.

[3] Texte publié dans *Œuvres et écrits divers* sous la direction de Pierre Rétat, t.8, Oxford, Voltaire Foundation, 2003, p. 461-487.

a.- L'identification du sens d'un texte consiste à lever les incertitudes qui résultent d'une simple lecture.

Il faut en premier lieu connaître sa grammaire. C'est évident, mais voici un exemple qui révèle l'utilité de ce rappel élémentaire. L'article 1195 du Code civil, déjà cité, vise le « *changement de circonstances imprévisible* ». L'adjectif « imprévisible » est au singulier d'où il suit qu'il se rapporte au substantif « changement » et non aux « circonstances ». Cela change-t-il quelque chose ? Evidemment oui, car on peut concevoir un changement imprévisible de circonstances prévisibles ainsi qu'inversement, un changement prévisible de circonstances imprévisibles. Une évolution brutale du cours de telle ou telle matière première peut constituer un changement imprévisible par son ampleur alors qu'elle a pour cause telle ou telle circonstance, par exemple une crise politique, parfaitement prévisible compte-tenu du lieu de survenance, par exemple, un Etat connu pour son instabilité (on pourrait faire un raisonnement similaire pour une crise financière). Inversement, le changement climatique est prévisible alors que son accélération peut résulter de circonstances que les scientifiques avaient mal anticipées (par ex. la libération inattendue de Co2 dans l'atmosphère du fait du dégel du permafrost) et qu'on peut tenir pour imprévisibles. L'article 1195 vise le changement imprévisible si bien qu'il s'appliquera dans la première hypothèse, pas dans la seconde. On fait déjà du droit en pratiquant sa grammaire.

Il faut être aussi lexicographe, des mots ordinaires et spécialement de locutions et d'adverbes qui, pour être issus du langage courant, sont d'un usage constant en droit. « *notamment* », « *le cas échéant* », « *sans préjudice de* », « *sous réserve* », « *toutefois* », « *nonobstant* », « *par dérogation* », etc. Les services du Premier Ministre et le Conseil d'Etat éditent régulièrement un « guide de légistique » (la légistique est l'art d'écrire un texte de loi), la dernière édition datant de 2017, accessible de surcroît sur le site *Legifrance* (Bandeau de droite, onglet : « *Qualité et simplification du droit* »). Ce guide est bien conçu et il précise les usages juridiques de tous ces termes, spécialement aux pages 291 à 304. Le mieux est de le consulter chaque fois qu'on est en doute et pour être convaincu de l'utilité de cette consultation, voici quelques citations :

- « *Il est justifié de recourir au terme « notamment », lorsqu'il s'agit d'apporter des précisions, sur le contenu d'une réglementation (…), sur la portée d'une interdiction (…),sur des éléments particuliers à prendre en compte pour procéder à une appréciation ou une qualification (…),sur des mesures s'imposant plus particulièrement dans telle ou telle circonstance* » ;
- « *La locution le cas échéant signifie que la règle énoncée ne trouvera à s'appliquer que si certaines conditions ou circonstances sont réunies ; elle n'est pas synonyme de « éventuellement » (voir sur ce point CE, 18 décembre 2002, Ville de Paris, n° 241187 : si un texte précise que l'avis d'appel d'offre mentionne « Le cas échéant, les noms des membres du jury », ces noms doivent impérativement être mentionnés dans le cas où un jury a été désigné.)* » ;
- « *La locution « sans préjudice » signifie que la règle qui va être énoncée est sans incidence sur l'application d'une autre règle qu'on entend précisément ne pas écarter et qui pourra s'appliquer également ; elle est synonyme de « indépendamment de* » ;
- « *La portée de la locution « sans préjudice » est à distinguer de celle de « sous réserve » qui indique l'ordre de prééminence entre deux dispositions en conflit, soit qu'elles appartiennent à deux textes différents, soit qu'elles se situent à l'intérieur d'un même texte : la disposition ne joue que lorsque le texte réservé ne trouve pas à s'appliquer.* »

- « *Le mot « nonobstant » signifie que la règle qui va être énoncée s'impose, sans que d'autres règles existantes puissent y faire obstacle (« Nonobstant toutes dispositions contraires…, nonobstant les dispositions de l'article 2… »).* »

Il faut enfin (?) connaître le vocabulaire juridique lequel se compose de mots spécifiques (le *de cujus*, ce qui veut dire le défunt, ou encore le *bail emphytéotique*, qui désigne une sorte de concession de longue durée, ou la *subrogation*, mécanisme qui permet à celui qui paie la dette d'autrui d'être substitué dans les droits du créancier, etc.), mais le plus souvent de mots utilisés dans le langage courant, dont le droit retient une définition proprement juridique. Comme rien n'est simple, les juristes ne se privent pas d'employer ces mots au sens commun comme au sens proprement juridique. Quelques exemples :

- Au sens commun, la « prescription » est un ordre, en tout cas une directive relative à un comportement qu'il est obligatoire, interdit ou permis d'adopter ; doté de cette signification, le terme est utilisé pour préciser la nature de certains effets de droit. Juridiquement, la prescription, dite extinctive, est aussi une toute autre chose, ainsi définie par l'article 2219 du code civil : « *un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps* ».
- Une « transaction » se comprend couramment comme un échange de nature marchande. Les juristes ne boudent pas nécessairement cet usage du terme et le code monétaire et financier fait d'ailleurs expressément référence aux « *transactions sur des titres financiers* ». Ils en privilégient cependant un autre, plus conforme à la définition que donne l'article 2044 du code civil, ainsi rédigé : « *la transaction est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître* » (en gros, le contrat que l'on signe pour mettre fin à un litige).
- Le « risque » est aussi un terme dont la polysémie fait ressentir ses effets en droit. Le risque est usuellement perçu comme un danger éventuel. Le droit des assurances s'empare de cet usage du terme, mais en raffinant la définition pour retenir que le risque couvert par un assureur consiste dans l'éventualité d'un événement dommageable. Le droit civil connaît de son côté une « théorie des risques », dont le but est d'identifier qui supporte les conséquences financières d'un événement de force majeure (en gros, qui « paie les pots cassés » quand « c'est la faute à pas de chance »).
- Etc.,

Le contexte permettra le plus souvent d'identifier le sens retenu, mais il faut préalablement maitriser le langage juridique, ce qui suppose un **apprentissage exigeant de la terminologie**. Il existe d'excellents dictionnaires et lexiques des termes juridiques, le plus connu d'entre eux étant le « vocabulaire Cornu », régulièrement réédité. Faut-il l'apprendre par cœur ? Bien sûr que non, sauf l'espoir d'une éventuelle réincarnation en perroquet. Pour autant, il faut **systématiquement** :

- **Rechercher la définition** d'un mot qu'on découvre et dont on ignore le sens ;
- **Vérifier la définition** d'un mot qu'on souhaite utiliser, mais dont on est en doute de l'exacte signification et du bon usage.

Il faut s'interdire, spécialement à l'entame de ses études en droit, **de passer sur un mot dont le sens échappe**. C'est le respect de cette règle de méthode qui permettra de tranquillement s'imprégner du langage du droit.

b.- L'analyse de la portée d'un texte conduit à *rechercher si celui-ci doit s'appliquer même si ses conditions ne sont qu'imparfaitement réunies*. Les textes n'ont pas réponse à tout et il est fréquent que les situations concrètes se logent dans les espaces laissés vacants par les règles. Par exemple, le code de la consommation réunit un ensemble de règles protectrices des consommateurs qui, dans leurs rapports avec les professionnels, souffrent de ce qu'on appelle en économie une « asymétrie d'informations » (sur le produit qu'il achète, le consommateur en sait a priori moins que le professionnel qui lui vend). Question : faut-il appliquer ces règles à des personnes qui sans être des consommateurs (par exemple, une association, ou encore un artisan), sont pour autant des non-professionnels, en tout cas des profanes, au moins dans leur rapport avec les professionnels ?

Pour répondre à ce type de question, la technique juridique offre des outils. Soit on promeut une interprétation stricte du texte (par ex. : le droit pénal), ce qui conduit à privilégier l'argument dit *a contrario* dont il se déduit que la règle ne s'applique pas à une situation autre que celle qui est visée par ses conditions. Soit on retient une interprétation extensive et ce sont alors les arguments *a pari* (par analogie) ou *a fortiori* qui sont utilisés. L'argument *a pari* ou par analogie consiste à étendre l'application d'une règle à une hypothèse similaire à celle qu'il vise (par ex., on applique les règles applicables aux contrats aux actes unilatéraux). L'argument *a fortiori* est de la même veine que l'argument par analogie ; c'est en quelque sorte un « a pari » allant de soi qui permet de dire que ce qui vaut dans une situation vaut à plus forte raison dans une autre (par ex. l'interdiction faite à un incapable majeur de vendre un bien immobilier vaut a fortiori interdiction de faire une donation).

Sans un minimum de science, ces outils sont peu de chose (*science sans conscience, etc.*). Pourquoi privilégier un raisonnement *a pari* plutôt qu'a *contrario* ? La réponse dépend des finalités ou encore des raisons de la règle (on parle parfois d'analyse finaliste ou téléologique de la règle). Il convient donc de les analyser par l'effet d'une recherche en trois temps :

- Les raisons premières peuvent se trouver dans les travaux préparatoires aux textes (rapports et débats parlementaires). Elles s'identifient alors à la volonté du législateur. Cette dernière compte pour quelque chose, mais elle n'est pas décisive. Un texte échappe toujours à son auteur, spécialement lorsque le temps se creuse entre la date de son entrée en vigueur et celle où il y a lieu de l'appliquer (ex. l'article 1242, ex. 1384 du code civil : « *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 choses que l'on a sous sa garde* »). Au reste, le droit et politique ne se confondent pas (v. supra n° 8) et il est normal que le domaine d'application d'une règle ne soit pas exclusivement déterminé par la volonté du pouvoir législatif.
- Les raisons secondes sont celles qui tiennent à la cohérence de la matière à laquelle appartient le texte (cf. les développements sur l'idéal de justice des juristes, *supra* n°21). Par exemple, si le droit de la consommation a pour raison d'être la compensation des asymétries d'information, il est cohérent de l'appliquer aux consommateurs, mais aussi aux non-professionnels, dans une situation d'ignorance comparable à ces derniers.
- Les raisons dernières s'apprécient à l'échelle du système juridique en tenant compte de son particularisme, spécialement la sécurité juridique, et des exigences de justice qui le sous-tendent, cohérence et permanence. Par exemple, il est permis de se demander si une application extensive du droit de la consommation aux non-

professionnels n'est pas source d'insécurité juridique. De fait, dans un contrat, l'un est toujours moins compétent que l'autre de sorte qu'à retenir l'application du droit de la consommation au non-professionnel, c'est-à-dire à celui qui en sait moins que son cocontractant, le risque est l'indétermination de la portée de ce droit. On peut aussi s'interroger sur l'ampleur de l'atteinte à la liberté contractuelle qui résulte d'une application extensive des règles protectrices du consommateur et poursuivre en se demandant si une telle atteinte n'est pas excessive compte tenu du caractère structurant de ce principe de liberté.

Ces trois étapes de la réflexion ont vocation à se cumuler. Aucune d'entre elles n'offre de certitude, mais chacune d'entre elles permet de structurer les discussions qui roulent sur l'interprétation des textes. En droit, il y a toujours quelque chose à dire, mais on ne peut pas dire n'importe quoi. Et ce sont bien les principes d'interprétation tels qu'ils viennent d'être schématiquement présentés qui préservent de l'arbitraire.

44.- La proportionnalité.

La logique qui vient d'être exposée tourne à vide lorsque la norme générale énonce un principe (v. *supra* n° 7). Si tout un chacun a le droit au respect de sa vie privée, il n'y a pas d'a *contrario* ou *d'a pari* qui vaillent. Le principe vaut en toutes occurrences et il n'y a donc pas lieu de s'interroger sur son domaine d'application, ses restrictions ou ses extensions possibles. La difficulté que suscite la mise en œuvre de ces principes, ici compris comme des normes générales et inconditionnées, tient à leur nombre et aux antagonismes qui en résultent. Si tout un chacun a droit au logement, ce qui est un principe, cela veut-il dire que ce droit s'impose aux propriétaires alors que, autre principe, chacun a le droit au respect de ses biens ? Pour résoudre ce type de difficulté, notre droit met en œuvre ce qu'il est désormais convenu d'appeler le « contrôle de proportionnalité ». Sur le sujet, la littérature est abondante (v. not. H. Fulchiron, *Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode*, D. 2017, 656 ; V. Vigneau, *Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité*, D. 2017, 123). De quoi s'agit-il ? La meilleure façon de comprendre est de commencer avec un exemple tiré d'un arrêt (relativement) récent, rendu dans les termes suivants :

> *Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 19 décembre 2013), que M. X... et M. Y... ont assigné la société Editions Jacob-Duvernet devant le juge des référés en vue d'obtenir l'interdiction de la diffusion à venir et la saisie du livre intitulé « Le Front national des villes et le Front national des champs », au motif que la diffusion de ce livre, qui rapportait que M. X..., alors secrétaire général du Front national, et M. Y..., membre du conseil régional du Nord Pas-de-Calais, étaient homosexuels et vivaient ensemble, porterait atteinte à l'intimité de leur vie privée ;*
> *Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt de rejeter ses demandes, alors, selon le moyen, qu'en vertu de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et 9 du code civil, chacun a droit au respect de sa vie privée, que l'orientation sexuelle fait partie du plus intime de la vie privée, que la révélation de l'homosexualité d'une personnalité politique ne saurait être justifiée par le débat dont fait l'objet la position du parti auquel appartient cette personnalité sur la question du mariage entre personnes de même sexe (son orientation sexuelle ne préjugeant en rien de sa position sur cette question et encore moins de celle de son parti) ou sur les relations que ce parti entretiendrait avec « les homosexuels » (ensemble de personnes qui ne constituent ni un groupement ni une communauté), qu'aucun débat d'intérêt général ne nécessitait en l'espèce l'atteinte portée au respect de la vie privée de M. X... par la révélation de son homosexualité et*

qu'en jugeant que le droit du public à être informé de l'homosexualité de M. X... primait sur le droit au respect de sa vie privée, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;
Mais attendu qu'après avoir constaté la révélation de l'orientation sexuelle de M. X..., secrétaire général du Front national, et l'atteinte portée à sa vie privée, l'arrêt retient que l'évocation de cette orientation figure dans un ouvrage portant sur un sujet d'intérêt général, dès lors qu'il se rapporte à l'évolution d'un parti politique qui a montré des signes d'ouverture à l'égard des homosexuels à l'occasion de l'adoption de la loi relative au mariage des personnes de même sexe ; qu'ayant ainsi apprécié le rapport raisonnable de proportionnalité existant entre le but légitime poursuivi par l'auteur, libre de s'exprimer et de faire état de l'information critiquée, et la protection de la vie privée de M. X..., la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;
(Cass. Civ. 1ère 9 avril 2015, Pourvoi n° 14-14.146, Bull. civ. I n° 85 ; v. également, sur la même affaire, Cass. civ. 1ère 11 juillet 2018, Pourvoi n° 17-22.381, Publié au bulletin)

Le contrôle de proportionnalité trouve à s'appliquer en présence d'une situation révélatrice d'un antagonisme. Ici, une information est dévoilée, ce qui déplaît aux personnes visées par cette dernière. Ces dernières ont un juste motif de mécontentement dès lors que l'information révèle un fait qui relève de leur vie privée et que, comme le rappelle l'article 9 du code civil (également l'article 8 de la CEDH), « *chacun a droit au respect de sa vie privée* ». La proportionnalité est une méthode dont le principal objet est de limiter la portée des principes. La limite est admise si une réponse positive peut être apportée aux trois questions suivantes :

- L'atteinte au principe est-elle légitime ? Réponse : oui, dès lors qu'elle a pour justification un motif impérieux d'intérêt général ou un autre principe (dans notre exemple, la liberté d'expression, garantie par l'article 10 de la CEDH), tout aussi puissant que celui auquel il est porté atteinte.
- L'atteinte au principe est-elle nécessaire ? Réponse : oui, s'il est établi qu'il n'y a pas d'autre moyen que d'attenter au principe pour permettre la réalisation de l'impératif d'intérêt général ou le plein exercice du principe sur le fondement duquel l'atteinte est portée. Dans notre exemple, l'auteur du livre propose une explication d'ordre privé d'un fait connu du public et, implicitement, il est admis que l'explicitation de cette explication, expression d'une liberté de communiquer des informations et des idées, passe nécessairement par le dévoilement d'un fait relevant de la vie privée.
- L'atteinte au principe est-elle d'une gravité admissible ? Réponse : oui, si… On ne sait plus trop. C'est bien le problème de la proportionnalité, à la fin des fins, la méthode est assez incertaine. Pour cacher cette faiblesse, on évoque pudiquement l'appréciation d' « *un rapport raisonnable de proportionnalité* », notion dont la consistance conceptuelle reste un peu faible. En pratique et même si les meilleurs auteurs n'en conviennent pas forcément, il existe une hiérarchie implicite entre les différents principes et certains cèdent plus facilement que d'autres. Entre la liberté d'expression et la vie privée, la seconde n'occupe pas la meilleure place ; c'est aussi cela la transparence.

Le maniement du contrôle de proportionnalité réserve toutefois moins d'imprévu que ce que ses approximations laissent envisager. Matière par matière, décision par décision, on finit par y voir plus clair.

*

Section 2 : LES NORMES SUPRALEGISLATIVES

45.- Une exigence démocratique.

La toute puissance du législateur est à bannir. C'est une leçon de l'Histoire : un Parlement démocratiquement élu peut mettre en œuvre une politique liberticide. La démocratie, c'est en conséquence le pouvoir du peuple, mais également le respect des individus qui le composent et donc de leurs droits fondamentaux. Le préambule de la CEDH débute ainsi et on ne saurait mieux dire :

> « *Les gouvernements signataires, membres du Conseil de l'Europe (…) réaffirm(e)nt leur profond attachement à ces libertés fondamentales qui constituent les assises mêmes de la justice et de la paix dans le monde et dont le maintien repose essentiellement sur un régime politique* ***véritablement*** *démocratique, d'une part, et, d'autre part, sur une conception commune et un commun respect des droits de l'homme dont ils se réclament* »

Il existe donc une hiérarchie des normes et, de la sorte des règles qui s'imposent au législateur. Ce sont pour l'essentiel, les normes constitutionnelles et les normes européennes et internationales.

§ 1.- LES NORMES CONSTITUTIONNELLES

46.- Contenu

A priori, la Constitution intéresse assez peu les citoyens puisque son objet est essentiellement de fixer les principes du Gouvernement de la France. Sauf qu'il existe deux textes essentiels, rattachés à la Constitution et de même portée que cette dernière :

* *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* (on dit aussi la déclaration de 1789, qui consacre des dispositions aussi essentielles que :
- le principe d'égalité : « **Art. 1er.** *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* » ;
- le principe de liberté : « **Art. 4.** *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* » ;
- La présomption d'innocence : « **Art. 9.** *Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable* » ;
- La liberté de conscience et d'expression aux articles 10 et 11 :
  « ***Art. 10.*** *Nul ne doit être inquiété pour ses opinions* »
  « ***Art. 11.*** *La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme* » ;
- La séparation des pouvoirs à l'article 16, ce qui implique une justice indépendante et impartiale ;

– La propriété : « **Art. 17.** *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ».

* *Le Préambule de la Constitution de 1946* qui, au lendemain de la guerre, consacre des droits sociaux-économiques. La Constitution de 1958 intègre ce Préambule et les droits qu'il consacre, parmi lesquels :
- 3. *La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme* ;
- 5. *Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi* ;
- 6. *Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix* ;
- 7. *Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent* ;
- 11. *Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence.*

Ce sont dans ces deux textes que l'on trouve en droit interne la plupart des principes, au sens de norme générale inconditionnée.

47.- Mise en œuvre.

La mise en œuvre de la norme constitutionnelle suppose d'en garantir la supériorité et l'effectivité.

a.- *La supériorité* de la norme constitutionnelle sur la norme législative se vérifie au simple fait que si la seconde est contraire à la première, non-conforme dira-t-on, elle disparaît de notre ordre juridique. C'est au Conseil constitutionnel qu'il revient d'exercer ce contrôle de conformité. Selon l'article 56 de la Constitution, cette instance comprend neuf membres, dont le mandat dure neuf ans et n'est pas renouvelable. Le Conseil est renouvelé par tiers tous les trois ans. Trois des membres sont nommés par le Président de la République, trois par le président de l'Assemblée nationale, trois par le président du Sénat. Les anciens Présidents de la République en font partie de droit et à vie. En pratique, ils ne siègent pas et c'est plutôt mieux ainsi.
La saisine du Conseil s'opère :

- Soit avant la promulgation de la loi, « *par le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs* » (art. 61) ;
- Soit, depuis la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, après l'entrée en vigueur de la loi « *lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé* » (art. 61-1) ; à l'occasion d'un procès, un justiciable, n'importe lequel, peut donc demander au juge saisi qu'il interroge le Conseil constitutionnel pour apprécier la conformité de la règle légale applicable à la Constitution ; il pose

alors une question prioritaire de constitutionnalité (délicatement désignée par l'acronyme QPC) ; la « QPC » est transmise au Conseil constitutionnel si la juridiction saisie, ainsi que la Cour de cassation, jugent la question suffisamment sérieuse.

Si le Conseil constitutionnel déclare l'inconstitutionnalité de la règle, il s'ensuit de deux choses l'une :

- Si la saisine est a priori, le texte ne peut être promulgué ;
- Si la saisine est a posteriori, le texte est abrogé.

b.- *L'effectivité* de la norme constitutionnelle, essentiellement composée de principes pour sa part intéressant le droit privé, passe par la soumission à un contrôle de proportionnalité des lois déférées au Conseil constitutionnel. Deux observations :

- Le Conseil constitutionnel a développé une conception extensive des droits et libertés, spécialement ceux que consacre la déclaration de 1789. Deux exemples pour en juger :

> * Décision n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, point 7 : « *Considérant qu'aux termes de l'article 16 de la Déclaration de 1789 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution » ; que sont garantis par cette disposition le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif, le droit à un procès équitable, ainsi que le principe du contradictoire* » ; entre le principe de la séparation des pouvoirs et le principe du contradictoire, il y a une petite distance que le Conseil constitutionnel a volontiers parcouru ; il a eu raison car sans contradictoire, il n'est pas de justice ; mais il fallait tout de même un peu d'audace intellectuelle pour donner une telle portée à l'article 16 de la Déclaration de 1789 ;
>
> * Le Conseil constitutionnel rappelle volontiers que « *la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle découlent de l'article 4 de la Déclaration de 1789* » (v. par ex. Décision 2018-749 QPC 30 novembre 2018, point 10) ; relisez l'article 4 et vous verrez qu'à première lecture le verbe « découler » qu'utilise le Conseil constitutionnel ne va pas absolument de soi.

- Le contrôle de proportionnalité que pratique le Conseil constitutionnel fonctionne selon la méthode exposée à propos de l'interprétation des principes (v. supra n°44). Par ex., significatif à cet égard, le Conseil relève souvent « *qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle, qui découlent de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* » (v. par ex. Décision n° 2015-529 QPC du 23 mars 2016). Deux petits exercices. Le contrôle de proportionnalité repose sur un triptyque : légitimité, nécessité, gravité. Reconstituez-le dans les deux décisions suivantes :

> * « *4. (…) Il résulte de la combinaison des articles 6, 8, 9 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 que le jugement d'une affaire pénale doit faire l'objet d'une audience publique sauf circonstances particulières nécessitant, pour un motif d'intérêt général, le huis clos.*
>
> *5. Les dispositions contestées permettent à une « victime partie civile » d'obtenir de droit le prononcé du huis clos devant la cour d'assises pour le jugement des crimes de viol ou de tortures et actes de barbarie accompagnés d'agressions sexuelles, de traite des êtres humains ou de proxénétisme aggravé. D'une part, en réservant cette prérogative à cette seule partie civile, le législateur a entendu assurer la protection de la vie privée des victimes de certains faits criminels et éviter que, faute d'une telle protection, celles-ci renoncent à dénoncer ces faits. Ce faisant, il a poursuivi un objectif d'intérêt général. D'autre part, cette dérogation au principe de publicité ne s'applique que pour des faits revêtant une particulière gravité et dont la divulgation au cours de débats publics affecterait la vie privée de la victime en ce qu'elle a de*

plus intime. Le législateur a ainsi défini les circonstances particulières justifiant cette dérogation. Il résulte de ce qui précède que le grief tiré de la méconnaissance du principe de publicité des débats du procès pénal doit être écarté. »

(Décision n° 2017-645 QPC du 21 juillet 2017)

* « *19. Selon l'article 11 de la Déclaration 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 ». L'article 34 de la Constitution dispose : « La loi fixe les règles concernant ... les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». Sur ce fondement, il est loisible au législateur d'instituer des incriminations réprimant les abus de l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui portent atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers. Il lui est également loisible d'édicter des règles de nature à concilier la poursuite de l'objectif de lutte contre l'incitation et la provocation au terrorisme, qui participe de l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de prévention des infractions, avec l'exercice du droit de libre communication et de la liberté de parler, écrire et imprimer. Cependant, la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés. Il s'ensuit que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi.*

20. En premier lieu, en instituant le délit d'apologie publique d'actes de terrorisme, le législateur a entendu prévenir la commission de tels actes et éviter la diffusion de propos faisant l'éloge d'actes ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur. Ce faisant, le législateur a poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public et des infractions, dont participe l'objectif de lutte contre le terrorisme.

21. En second lieu, d'une part, l'apologie publique, par la large diffusion des idées et propos dangereux qu'elle favorise, crée par elle-même un trouble à l'ordre public. Le juge se prononce en fonction de la personnalité de l'auteur de l'infraction et des circonstances de cette dernière, notamment l'ampleur du trouble causé à l'ordre public.

(…)

23. Enfin, (…) les actes de terrorisme dont l'apologie est réprimée sont des infractions d'une particulière gravité susceptibles de porter atteinte à la vie ou aux biens.

24. Par conséquent, (…) l'atteinte portée à la liberté d'expression et de communication par les dispositions contestées est nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi. Le grief tiré de la méconnaissance de cette liberté doit donc être rejeté. »

(Décision n° 2018-706 du 18 mai 2018)

§ 2.- LES NORMES EUROPEENNES ET INTERNATIONALES

48.- Nous ne sommes pas seuls au monde et, de tous les temps, les Etats s'entendent entre eux, pour faire la paix, permettre le développement du commerce, encadrer les flux migratoires, etc. Ces accords produisent du droit qui est susceptible de s'appliquer, non pas seulement aux Etats qui les concluent, mais également aux personnes privées. L'intégration de la norme internationale dans le droit interne est une mécanique assez complexe qui fait ainsi l'objet de règles spécifiques. Certaines sont générales et s'appliquent à l'ensemble des traités internationaux. D'autres sont propres aux normes européennes, précision étant faite que parmi ces dernières, il y a lieu de bien distinguer (confusion = grosse faute) celles qui émanent :
- Du Conseil de l'Europe ;
- De l'Union européenne.

I.- LES REGLES GENERALES

49.- L'article 55 de la Constitution pose le principe de la supériorité des traités internationaux sur la loi en ces termes :

> « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, <u>une autorité supérieure à celle des lois</u>, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.* »

50.- Les conditions de la supériorité

Dans les rapports internationaux, les Etats sont représentés par leur « chef ». C'est donc, pour la France et conformément à l'article 52 de la Constitution, « *le Président de la République (qui) négocie et ratifie les traités* ». L'internationalité du traité permet de l'imposer comme règle, alors qu'elle n'a pas reçu l'approbation du Parlement. Ainsi, le traité international passe-t-il au-dessus de la loi, alors qu'en quelque sorte, il passe au travers du processus normal de fabrication de celle-ci. Cette curiosité est justifiée dans l'ordre international. A l'échelle mondiale, la France n'a qu'une seule voix. Il n'en reste pas moins que les traités internationaux donnent des règles qui comme celles issues de la loi sont susceptibles de s'appliquer aux individus. Lorsque les traités portent sur des matières sensibles, également lorsqu'ils modifient des dispositions législatives existantes, l'article 53 de la Constitution prévoit donc deux limites au pouvoir présidentiel :

- « *Les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'Etat, <u>ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes</u>, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire, ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi. Ils ne prennent effet qu'après avoir été ratifiés ou approuvés.* »
- « *Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées.* »

Après publication au Journal Officiel, le traité entre en vigueur, sous réserve, dit-on, de réciprocité, c'est-à-dire « *de son application par l'autre partie.* » Pour autant, l'appréciation de la réciprocité est plutôt d'ordre politique, en ce sens qu'elle relève en partie de considérations d'opportunité. La cour de cassation juge ainsi qu'il ne lui revient pas d'apprécier cette condition, qu'elle présume acquise (En ce sens, v. Cass. Civ. 1ère 6 mars 1984, P. n° 82-14.008, Bull. civ. I n° 85 : « *en l'absence d'initiative prise par le gouvernement pour dénoncer une convention ou suspendre son application, il n'appartient pas aux juges d'apprécier le respect de la condition de réciprocité prévue dans les rapports entre Etats par l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958* »).

51.- La mise en œuvre de la supériorité

Elle pose trois questions :

- Quelle est la place du traité dans la hiérarchie des normes ?
- Quelle est l'autorité compétente pour résoudre une éventuelle contrariété entre la loi et un traité international ?
- Qui peut se prévaloir de cette contrariété ?

Sur la première question. Dans la hiérarchie des normes, le traité est au-dessus de la loi. Il s'ensuit qu'il faut organiser sa cohabitation avec la norme constitutionnelle, elle aussi au même étage, en quelque sorte. En principe, la norme suprême nationale l'emporte. C'est le principe de souveraineté. L'article 54 de la Constitution n'énonce pas clairement ce principe de supériorité mais le présuppose en ces termes : « *si le Conseil constitutionnel (…) a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution* ». Dans le respect de ce texte, une loi constitutionnelle n° 99-568 du 8 juillet 1999 a ainsi été nécessaire pour ratifier le traité instituant la Cour pénale internationale, eu égard aux pouvoirs étendus du procureur près cette cour. Cette loi a ainsi introduit un article 53-2 dans notre Constitution dont les termes sont aussi simples que ce qui suit « *la République peut reconnaître la juridiction de la Cour pénale internationale dans les conditions prévues par le traité signé le 18 juillet 1998* ». Il se pourrait cependant qu'un traité international soit ratifié sans que la précaution soit prise d'une modification préalable de la Constitution. Dans ce cas, les deux plus hautes juridictions, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat ont d'ores et déjà jugé « *que la suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'appliqu(e) pas dans l'ordre interne aux dispositions de valeur constitutionnelle* » (Cass. Ass. Plén. 2 juin 2000, Pourvoi n° 99-60.274, *Bull. Ass. Plén.* n° 4 ; C.E. 30 octobre 1998, n°200286, *Publié au recueil Lebon*).

Sur la deuxième question. On eût pu imaginer que le Conseil constitutionnel, dont c'est en quelque sorte l'office de juger la loi, se saisisse de la question et endosse le contrôle de conformité des lois nationales aux traités internationaux. Par une décision n° 74-54 du 15 janvier 1975, le Conseil n'a pas souhaité étendre son office. Ainsi a-t-il décidé que :

> *« 1. Considérant que l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen ;*
> *2. Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 55 de la Constitution : "Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité*

supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie." ;
3. Considérant que, si ces dispositions confèrent aux traités, dans les conditions qu'elles définissent, une autorité supérieure à celle des lois, elles ne prescrivent ni n'impliquent que le respect de ce principe doive être assuré dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la Constitution prévu à l'article 61 de celle-ci ;
4. Considérant, en effet, que les décisions prises en application de l'article 61 de la Constitution revêtent un caractère absolu et définitif, ainsi qu'il résulte de l'article 62 qui fait obstacle à la promulgation et à la mise en application de toute disposition déclarée inconstitutionnelle ; qu'au contraire, la supériorité des traités sur les lois, dont le principe est posé à l'article 55 précité, présente un caractère à la fois relatif et contingent, tenant, d'une part, à ce qu'elle est limitée au champ d'application du traité et, d'autre part, à ce qu'elle est subordonnée à une condition de réciprocité dont la réalisation peut varier selon le comportement du ou des Etats signataires du traité et le moment où doit s'apprécier le respect de cette condition ;
5. Considérant qu'une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution ;
6. Considérant qu'ainsi le contrôle du respect du principe énoncé à l'article 55 de la Constitution ne saurait s'exercer dans le cadre de l'examen prévu à l'article 61, en raison de la différence de nature de ces deux contrôles ;
7. Considérant que, dans ces conditions, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international ».

L'argument décisif est en quelque sorte que les traités passent quand la Constitution reste et que le Conseil ne s'imagine pas disqualifier une loi en raison d'une non-conformité qui serait contingente. Théoriquement, l'argument se tient. En pratique, il est plus discutable, au moins pour les traités qui proclament des principes de même nature, voire de même contenu, que ceux qu'énonce le préambule de la Constitution (Déclaration de 1789 et Préambule de 1946). Il l'est d'autant plus qu'en conséquence de cette abstention du Conseil, le contrôle de conformité de la loi aux traités internationaux est laissé aux juridictions de l'ordre judiciaire (arrêt dit *Jacques Vabre* rendu par une chambre mixte de la Cour de cassation le 24 mai 1975, Bull. ch. Mixte n° 4) ou de l'ordre administratif (arrêt dit *Nicolo* du CE 20 octobre 1989, D. 1990, 135). Il est naturellement opportun qu'il y ait un contrôle de conformité. Pour autant, compte tenu des marges d'appréciation qu'autorise un tel contrôle, surtout lorsqu'il s'agit d'apprécier la conformité d'une règle à un principe, il n'est pas sûr qu'il soit de bonne administration de la justice,

- Qu'une juridiction, quelle que soit son niveau dans la hiérarchie judiciaire, puisse écarter une règle nationale motif pris de sa contrariété à un traité international ;
- Qu'il n'y ait pas à cet égard une unité d'appréciation, ce que permettrait une intervention du Conseil constitutionnel (peut-être faudrait-il alors revoir sa composition).

Sur la troisième question. Elle est présentée comme étant celle de l' « effet direct » (on parle parfois d' « invocabilité ») ou non des traités internationaux. Le traité international est un accord entre Etats ; d'où la question : engage-t-il les Etats seulement ou bien les individus sont-ils habilités, spécialement en justice, à se prévaloir des textes négociés par leurs exécutifs ? Deux exemples avec deux réponses différentes :

- Premier exemple (Cass. civ. 1ère 14 juin 2005, Pourvoi n° 04-16.942, B. I n° 245). Voici la situation de fait telle que la synthétise la Cour de cassation :

  « Mme Sophie X..., de nationalité française, et M. David Y..., de nationalité américaine, se sont mariés aux Etats-Unis le 10 mai 2000, une fille, Charlotte, étant née de cette union le 14 août 2000 aux Etats-Unis ; que la famille vivait aux Etats-Unis lorsqu'en mars 2003,

Mme X... est venue en France avec l'enfant pour des vacances, puis a informé son époux, le 31 mars 2003, de son intention de ne pas regagner les Etats-Unis ; que M. Y... a saisi l'autorité centrale américaine d'une demande tendant à l'application de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, afin que soit ordonné le retour immédiat de l'enfant aux Etats-Unis, lieu de sa résidence habituelle ; que le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Draguignan a fait assigner Mme X... cette fin »

En appel, la cour d'Aix en Provence ordonne « *le retour immédiat de l'enfant aux Etats-Unis* ». La mère de l'enfant se pourvoit en cassation et fait notamment valoir que selon « *l'article 3, 1, de la Convention de New-York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant* », « *l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale, cette prise en considération imposant, en l'espèce, de tenir compte de la rupture de l'enfant avec son nouveau milieu d'intégration* » qu'implique un tel retour aux Etats-Unis. En clair, la mère invoque un traité international (la Convention de New-York) en espérant que son application puisse en l'espèce justifier la « politique du fait accompli ». La Cour de cassation admet que « *l'article 3, 1, de la Convention de New-York relative aux droits de l'enfant,* (constitue une) *disposition (...)* *<u>d'application directe</u>* *devant la juridiction française* » et qu'il y a lieu d'apprécier les circonstances d'un retour « *en considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant* » (avant, elle jugeait l'inverse, v. Cass. civ. 1ère 15 juillet 1993, Pourvoi n° 91-18.735, Bull. civ. I n° 259). Simplement, la Cour de cassation prend en quelque sorte la demanderesse au mot et elle lui oppose en ces termes que l'intérêt supérieur de l'enfant s'apprécie abstraction faite de l'intérêt personnel de la mère et que, sauf risque pour l'enfant, il n'est pas au pouvoir de cette dernière de priver sa fille de son père :

« *la cour d'appel a souverainement relevé (...) qu'aucune attestation ne mettait en évidence une attitude dangereuse du père à l'égard de sa fille, que la preuve était établie qu'il n'était ni alcoolique, ni drogué, que l'état psychologique de l'enfant était satisfaisant, et que son père lui offrait, aux Etats-Unis, des conditions de vie favorables, avec l'assistance d'une personne diplômée d'une école d'infirmière ; qu'il résulte de ces énonciations que l'intérêt supérieur de l'enfant a été pris en considération par la cour d'appel, qui en a déduit (...) qu'il convenait d'ordonner le retour immédiat de l'enfant* ».

- Deuxième exemple : Les « *barèmes Macron* ». Les dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail, dans leur rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, prévoient un plafonnement des indemnités dues à un salarié licencié, même si le licenciement est, selon l'expression consacrée, prononcé « *sans cause réelle et sérieuse* ». Ces dispositions ne font pas l'unanimité et le débat public qu'elles ont suscité s'est prolongé devant les tribunaux. Il a été soutenu que le nouvel article 1235-3 du code du travail est contraire à l'article 24 de la Charte sociale européenne (un traité international) ainsi rédigé :

« *Article 24 – Droit à la protection en cas de licenciement*
En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection en cas de licenciement, les Parties (comprendre les « Etats parties », signataires de la Charte) *s'engagent à reconnaître :*
a) le droit des travailleurs à ne pas être licenciés sans motif valable lié à leur aptitude ou conduite, ou fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service ;
b) le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée.

> *A cette fin les Parties s'engagent à assurer qu'un travailleur qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement sans motif valable ait un droit de recours contre cette mesure devant un organe impartial* ».

Réponse de la Cour de cassation : « *eu égard à l'importance de la marge d'appréciation laissée aux parties contractantes par les termes précités de la Charte sociale européenne révisée (…) les dispositions de l'article 24 de ladite Charte* <u>*ne sont pas d'effet direct*</u> *en droit interne dans un litige entre particuliers* » (Cass. Avis 17 juillet 2019, Avis n° 15012)

Comment savoir si les règles issues d'un traité international sont d'application ou d'effet direct devant les juridictions françaises ? La réponse est discutée et on peut imaginer qu'eu égard à la sensibilité des questions posées, la Cour de cassation ne s'enferme pas dans un système d'interprétation trop rigide des traités internationaux. La directive d'interprétation à retenir est la suivante : le traité doit contenir des dispositions claires et précises dont l'application n'est pas conditionnée à une intervention de l'Etat. Par exemple, l'article 3 de la Convention de New-York est ainsi rédigé :

> « 1. <u>*Dans toutes les décisions qui concernent les enfants*</u>*, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs,* <u>*l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale*</u>*.*
> *2.* <u>*Les Etats parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être*</u>*, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées.* »

On comprend que le point 1 soit d'application directe dès lors qu'il ne fait aucune référence aux « *Etats parties* » au traité et fixe clairement un critère (certes assez flou, mais il est difficile de faire mieux en la matière) primordial d'appréciation aux fins de prendre des décisions concernant les enfants. En revanche, le point 2 énonce uniquement un engagement, en forme d'objectif à atteindre, des Etats ayant ratifié le traité. Pour l'article 24 de la Charte sociale européenne, la décision de la Cour de cassation est plus discutable encore que le texte vise bien un engagement des « Parties », c'est-à-dire des Etats, et qu'au demeurant, il consacre le principe d'une indemnité en cas de licenciement sans motif valable, sans précision sur l'importance de cette dernière, ce qui a priori, n'interdit pas au législateur national de fixer des barèmes.

II.- LES REGLES SPECIALES (L'EUROPE)

52.- Des normes et des institutions.

Le droit européen procède de traités internationaux. Simplement, parce ces traités ont été négociés par des Etats représentant des nations formant une communauté historique et culturelle, ils sont dotés d'une vigueur renforcée, à un double titre :

- Les conditions d'application des traités internationaux et de leur supériorité sont présumées réunies ; ainsi et sauf à apporter quelques nuances, leur application directe est acquise ;
- Leur efficacité est renforcée parce qu'ils ont donné naissance à des institutions qui en permettent l'application effective.

Au-delà de ces observations communes, il importe de bien distinguer les deux instances issues des traités constitutifs du droit européen : le Conseil de l'Europe, d'une part, l'Union européenne, d'autre part.

53.- Le Conseil de l'Europe.

a.- Le Conseil de l'Europe a été crée par un Traité entré en vigueur le 3 août 1949 et qui a doté cette instance de deux organes – le Comité des Ministres et l'Assemblée parlementaire – qui adoptent des actions communes dans les domaines économique, social, culturel, scientifique, juridique et administratif, et qui poursuivent la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il compte aujourd'hui 47 Etats membres. C'est en quelque sorte « *l'Europe de l'Atlantique à l'Oural* » pour reprendre la formule du Général de Gaulle. La Turquie et l'Ukraine en sont membres. Ce conseil a été perçu comme une nécessité au lendemain de la deuxième guerre mondiale et de la découverte des horreurs dont furent capables les « *nations civilisées* ». Le préambule du Traité fondateur est ainsi (bien) rédigé :

> « *Les Gouvernements du Royaume de Belgique, du Royaume de Danemark, de la République française, de la République irlandaise, de la République italienne, du Grand-Duché de Luxembourg, du Royaume des Pays Bas, du Royaume de Norvège, du Royaume de Suède et du Royaume Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord*, (Les premiers pays signataires)
> *Persuadés que la consolidation de la paix fondée sur la justice et la coopération internationale est d'un intérêt vital pour la préservation de la société humaine et de la civilisation*;
> *Inébranlablement attachés aux valeurs spirituelles et morales qui sont le patrimoine commun de leurs peuples et qui sont à l'origine des principes de liberté individuelle, de liberté politique et de prééminence du droit, sur lesquels se fonde toute démocratie véritable*;
> *Convaincus qu'afin de sauvegarder et de faire triompher progressivement cet idéal et de favoriser le progrès social et économique, une union plus étroite s'impose entre les pays européens qu'animent les mêmes sentiments*;
> *Considérant qu'il importe dès maintenant, en vue de répondre à cette nécessité et aux aspirations manifestes de leurs peuples, de créer une organisation groupant les Etats européens dans une association plus étroite*,
> *Ont en conséquence décidé de constituer un Conseil de l'Europe comprenant un Comité de représentants des gouvernements et une Assemblée Consultative, et, à cette fin, ont adopté le présent Statut.* »

La première et principale œuvre du Conseil de l'Europe a été la signature du Traité de Rome du 4 novembre 1950 (à ne pas confondre avec les traités de Rome ayant créé la CEE en 1957) qui institue la **Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales**, pour la désignation de laquelle l'acronyme **CEDH** est d'usage, suivi le 20 mars 1952 du Protocole additionnel. La CEDH consacre les droits les plus importants et elle est considérée comme étant d'application directe devant les juridictions nationales : droit à la vie, interdiction de la torture, interdiction de l'esclavage et du travail forcé, droit à la liberté et à la sûreté, droit à un procès équitable, pas de peine sans loi, droit au respect de la vie privée et familiale, liberté de pensée, de conscience et de religion, liberté d'expression, liberté de réunion et d'association, droit au mariage, droit à un recours effectif, interdiction de discrimination. Le Protocole additionnel est également

important en pratique dès lors que son article premier consacre en ces termes la « *protection de la propriété* » :

> « *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.*
>
> *Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes* »

b.- Ces textes sont d'application directe en France de sorte que, devant n'importe quelle juridiction française, il peut être utilement plaidé que telle ou telle solution du droit national doit être écartée, motif pris de sa contrariété aux droits fondamentaux que consacrent la CEDH et le Protocole additionnel. L'argument ne fait pas mouche à tous les coups, mais dans les dossiers les plus sensibles, il est devenu courant de l'utiliser, également d'être entendu. Les juges judiciaires, mais aussi les juges administratifs peuvent ainsi exercer ce que l'on appelle un « contrôle de conventionnalité » de la règle de droit française, comparable au « contrôle de constitutionnalité » qu'exerce le Conseil constitutionnel. Certes le texte de la CEDH n'est pas identique à celui de la Constitution, pour autant, les principes que l'un et l'autre consacrent sont sensiblement les mêmes. Il s'opère de la sorte un concours de compétences pour juger du droit français et, fût-ce au nom de bons principes, la sécurité juridique n'y trouve pas son compte.

Il en est d'autant plus ainsi qu'il existe une instance européenne chargée d'exercer ce contrôle de conventionnalité et que la surabondance des intervenants à cet égard n'est donc pas une nécessité. L'article 19 de la CEDH a ainsi institué une juridiction permanente, la **Cour Européenne des Droits de l'Homme** (elle aussi désignée par l'acronyme CEDH ; on peut dire aussi la Cour européenne ou la Cour de Strasbourg, lieu où elle siège), chargée d'assurer le respect des engagements résultant de la Convention et de ses protocoles. Selon l'article 34 de la Convention, « *la Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation (…) des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles* ». La Cour est en quelque sorte accessible au premier venu. Pour autant et c'est là une limite à l'utilité de ses interventions, propre à justifier le contrôle préalable de conventionnalité par les juridictions de l'ordre interne, l'article 35 dispose que « *la Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus, et dans un délai de six mois à partir de la date de la décision interne définitive.* »

L'article 41 prévoit encore que « *si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante* (en principe un Etat, par exemple, La France) *ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable.* » Cette « satisfaction équitable » est rarement très élevée. Au-delà du cas particulier soumis à la CEDH, cette cour pose en termes généraux « *l'obligation pour le juge national d'assurer, conformément à son ordre constitutionnel et dans le respect du principe de sécurité juridique, le plein effet des normes de la Convention, telles qu'interprétées par la Cour.* » (CEDH 7 février 2013, Aff. Fabris C./ France, Req. n° 16574/08 ; (à propos de la différence

de traitement entre les enfants légitimes et les enfants adultérins). La Cour de cassation respecte cette obligation. Dans une affaire exemplaire et pour valider une décision rendue par un premier Président de cour d'appel ayant ordonné la remise en liberté d'une personne irrégulièrement placée sous le régime de la garde à vue, elle l'a fait en ces termes :

> « *les Etats adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation ;*
> *Après avoir retenu qu'aux termes de ses arrêts Salduz c/ Turquie et Dayanan c/ Turquie, rendus les 27 novembre 2008 et 13 octobre 2009, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que, pour que le droit à un procès équitable, consacré par l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde, soit effectif et concret, il fallait, en règle générale, que la personne placée en garde à vue puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat dès le début de la mesure et pendant ses interrogatoires, le premier président, qui a relevé que, alors que Mme X... avait demandé à s'entretenir avec un avocat dès le début de la mesure, il avait été procédé, immédiatement et sans attendre l'arrivée de l'avocat, à son interrogatoire, en a exactement déduit que la procédure n'était pas régulière, et décidé qu'il n'y avait pas lieu de prolonger la rétention* ; »
> (Cass. Ass. Plén. du 15 avril 2011, Pourvoi n° 10-30.316)

54.- L'Union européenne.

L'Union européenne est issue de la communauté d'Etats autrefois rassemblés au sein de la Communauté économique européenne (CEE) créée par le Traité de Rome du 25 mars 1957. Cette communauté rassemblait à l'origine 6 Etats (France, Allemagne, Italie, Benelux) et elle s'est progressivement étendue jusqu'à compter 28 membres, 27 prochainement avec la sortie programmée du R-U. Le Traité de Maastricht du 7 février 1992 puis les Traités d'Amsterdam (1997), Nice (2000) et Lisbonne (2007) ont transformé l'ancienne CEE en Union européenne. Les deux textes issus de ces traités successifs et constitutifs de cette union, sont le Traité sur l'Union Européenne (TUE), qui définit les principes et les institutions de cette union, et le Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE), dont l'objet est d'organiser le fonctionnement de l'Union et de déterminer les domaines, la délimitation et les modalités d'exercice de ses compétences (article 1er). Le droit de l'Union européenne est tellement riche qu'il fait l'objet d'enseignements spécifiques. Dans une introduction au droit privé, il s'ensuit qu'il occupe toujours une portion congrue, sans commune mesure avec son importance. Ce qu'on en dit est une sorte de « minimum culturel » qu'aucun juriste ne peut ignorer.

a.- L'originalité des normes internationales issues de l'Union Européenne tient au fait que, non seulement cette instance s'est dotée d'un système juridictionnel pour en assurer l'effectivité, mais surtout **d'institutions habilitées à édicter directement des normes**. L'Union Européenne repose en conséquence sur un abandon partiel de souveraineté par lequel les Etats membres de l'Union laissent aux instances européennes le soin de légiférer sans qu'il soit nécessaire de suivre la procédure prévue pour les traités internationaux et sans, naturellement, que les parlements nationaux soient sollicités. Il s'ensuit que le droit de l'Union Européenne se décompose en un « **droit primaire** », composé des règles énoncées dans les traités constitutifs (TUE et TFUE) et un « **droit dérivé** » issu directement de l'activité normative des institutions européennes. Les principales normes générales européennes sont de deux types :

- Le *règlement*, contraignant comme peut l'être une loi nationale et immédiatement applicable devant les juridictions des Etats membres ; il est fréquent et c'est heureux que les dispositions issues d'un règlement soient intégrées dans les codes nationaux (par ex. le code des assurances), d'où il suit que, parfois, les juristes font du droit européen sans le savoir ;
- La *directive* qui, selon l'article 288 du TFUE « *lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens* ». En principe, une directive doit donc être transposée en droit interne et n'est donc pas d'application directe. Comme les Etats membres sont parfois « paresseux », il est aujourd'hui admis que « *les dispositions précises et inconditionnelles* » des directives sont d'effet direct en droit français (v. par ex. CE Ass. 30 octobre 2009, Req. n° 298348). La Chambre sociale de la Cour de cassation se montre très pédagogique à cet égard pour le respect de la directive européenne consacrant le droit au congé annuel des travailleurs salariés :

> « *attendu, d'abord, que selon la jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne (CJCE 19 janvier 1982, Becker/Finazamt Muenster-Innenstadt, 8/81, points 23 à 25), lorsque les autorités communautaires ont, par voie de directive, obligé les États membres à adopter un comportement déterminé, l'effet utile d'un tel acte se trouverait affaibli si les justiciables étaient empêchés de s'en prévaloir en justice et les juridictions nationales de le prendre en considération en tant qu'élément du droit communautaire ; qu'il en découle que l'Etat membre qui n'a pas pris, dans les délais, les mesures d'exécution imposées par la directive ne peut opposer aux particuliers le non-accomplissement par lui-même des obligations qu'elle comporte ; que dans tous les cas où des dispositions d'une directive apparaissent comme étant, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises, ces dispositions peuvent être invoquées, à défaut de mesures d'application prises dans les délais, à l'encontre de toute disposition nationale non conforme à la directive, ou encore en tant qu'elles sont de nature à définir des droits que les particuliers sont en mesure de faire valoir à l'égard de l'État ; que tel est le cas des dispositions de l'article 7 de la directive 2003/88 (CJUE 24 novembre 2012, Dominguez, C-282/10, point 36), qui énoncent que les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie d'un congé annuel d'au moins quatre semaines, conformément aux conditions d'obtention et d'octroi prévues par les législations et/ou pratiques nationales ; que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne a jugé (CJUE 26 février 1986, Marshall, C-152/84, point 49), que, lorsque les justiciables sont en mesure de se prévaloir d'une directive à l'encontre de l'État, ils peuvent le faire quelle que soit la qualité en laquelle agit ce dernier, employeur ou autorité publique ; qu'en effet, il convient, d'éviter que l'État ne puisse tirer avantage de sa méconnaissance du droit de l'Union européenne ; que la Cour de Justice de l'Union européenne a ainsi admis que des dispositions inconditionnelles et suffisamment précises d'une directive pouvaient être invoquées par les justiciables à l'encontre d'organismes ou d'entités qui étaient soumis à l'autorité ou au contrôle de l'État ou qui disposaient de pouvoirs exorbitants par rapport à ceux qui résultent des règles applicables dans les relations entre particuliers (CJCE, 12 juillet 1990, C-188/89, Foster E.A, points 18 à 20)* ».
>
> (Cass. soc. 22 juin 2016, Pourvoi n° 15-20.111)

Petit commentaire : comme d'habitude, çà ne se lit pas comme une BD. En même temps, avec un peu de concentration, le texte est plutôt accessible. Pour votre apprentissage, vous ferez bien mieux de prendre le temps d'une lecture attentive de cet extrait d'un arrêt de la Cour de cassation plutôt que de consommer le même temps à ouvrir 10 manuels qui, sur une question nécessairement effleurée dans une introduction au droit privé, ne vous en apprendront pas plus (sauf exception, v. not. les explications circonstanciées de J.-S. Bergé,

dans la 5ème éd. de l'*Introduction générale* rédigée par J. Ghestin et H. Barbier, LGDJ 2018, pp. 837 à 936).

b.- Les principales institutions nécessaires au fonctionnement de l'Union européenne sont les suivantes (comme pour l'appréhension de la procédure législative, il suffit souvent de lire les textes pour savoir « qui fait quoi ») :

- La **Commission**, composée de 18 commissaires exerçant leur mission en toute indépendance, est probablement l'organe le plus important. C'est une sorte d'exécutif dont les pouvoirs sont définis par l'article 17 du TUE :

  * « *Elle veille à l'application des traités ainsi que des mesures adoptées par les institutions en vertu de ceux-ci. Elle surveille l'application du droit de l'Union sous le contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne* » (par exemple, c'est la Commission qui poursuit et sanctionne un cartel d'entreprises faisant prospérer une entente contraire aux principes du droit européen de la concurrence) ;

  * De surcroît, comme tout exécutif qui se respecte, c'est elle qui est à l'initiative de l'activité législative européenne ; à preuve, selon l'art. 17.2 du TUE « *un acte législatif* (en clair, un règlement ou une directive) *de l'Union ne peut être adopté que sur proposition de la Commission, sauf dans les cas où les traités en disposent autrement* ».

- Dans la mesure où, sous un angle juridique, le principal apport de l'Union européenne consiste dans la production d'un droit dérivé, autrement désigné comme l'exercice de sa fonction législative, le point le plus important à maîtriser porte sur l'identification des institutions habilitées à se prononcer sur les initiatives de la Commission. Comme il n'y a pas d' « exécutif européen » doté d'une légitimité démocratique directe, il s'opère un partage de la fonction législative (article 14 et 16) entre le **Parlement** européen, composé de représentants élus, et le **Conseil** « *composé d'un représentant* (en fait, un ministre) *de chaque État membre au niveau ministériel* ». Ainsi les exécutifs nationaux, dotés d'une légitimité démocratique acquise au niveau interne, interviennent-ils dans le processus législatif européen, comme ils le feraient lors de la négociation d'un traité international. Simplement et là se trouve la singularité du processus de fabrication d'une norme européenne, le Conseil se prononce à la majorité qualifiée et non pas à l'unanimité. Au sens de l'article 16.4 du TUE, « *la majorité qualifiée se définit comme étant égale à au moins 55 % des membres du Conseil, comprenant au moins quinze d'entre eux et représentant des États membres réunissant au moins 65 % de la population de l'Union* ».

- Il faut prendre garde à ne pas confondre le « Conseil », qui partage la fonction législative avec le Parlement, avec le « **Conseil européen** », « *composé des chefs d'État ou de gouvernement des États membres* », qui « *n'exerce pas de fonction législative* » et, selon l'article 15 du TUE, se contente de « *donne(r) à l'Union les impulsions nécessaires à son développement et en définit les orientations et les priorités politiques générales* » et en se prononçant « *par consensus* ». Le « Président » de l'Union est élu par le Conseil européen et chacun comprend à la première lecture de l'article 15 que ni ce « conseil », ni son président ne disposent de grands pouvoirs. Quand on « *impulse* », on n'agit guère.

- **La Cour de Justice de l'Union Européenne** qui, selon l'article 19 du TUE, comprend en fait et principalement deux juridictions, la Cour de justice, proprement dite et le Tribunal. Là comme ailleurs, il suffit de lire le texte pour connaître sa composition et comprendre son office :

  * Sa composition : « *la Cour de justice est composée d'un juge par État membre. Elle est assistée d'avocats généraux. Le Tribunal compte au moins un juge par État membre.* »

* Son office : « *Elle assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités* ». La Cour interprète la norme européenne et sanctionne les non-conformités à cette dernière, tant des instances européennes que des Etats membres.

La répartition des compétences entre le Tribunal et la Cour est assez subtile et elle se décrypte à la lecture des articles 256 et suivants du TFUE. On comprend schématiquement que le tribunal est le juge de première instance des instances européennes et qu'à son égard, la Cour exerce le rôle d'un juge de cassation. On comprend également que sur les questions qui intéressent le respect par les Etats membres de la légalité européenne, le dossier est directement porté devant la Cour (interprétation des traités, éventuels manquement d'un Etat membre).

c.- Le contenu du droit de l'Union européenne. La matière est complexe. L'Union européenne est plus ambitieuse que le Conseil de l'Europe et le droit de l'Union ne se contente pas de proclamer des droits fondamentaux. Le programme est donné à l'article 3 du TUE :

> « *1. L'Union a pour but de promouvoir la paix, ses valeurs et le bien-être de ses peuples.*
> *2. L'Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures appropriées en matière de contrôle des frontières extérieures, d'asile, d'immigration ainsi que de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène.*
> *3. L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique.*
> *Elle combat l'exclusion sociale et les discriminations, et promeut la justice et la protection sociales, l'égalité entre les femmes et les hommes, la solidarité entre les générations et la protection des droits de l'enfant.*
> *Elle promeut la cohésion économique, sociale et territoriale, et la solidarité entre les États membres.*
> *Elle respecte la richesse de sa diversité culturelle et linguistique, et veille à la sauvegarde et au développement du patrimoine culturel européen.*
> *4. L'Union établit une union économique et monétaire dont la monnaie est l'euro.*
> *5. Dans ses relations avec le reste du monde, l'Union affirme et promeut ses valeurs et ses intérêts et contribue à la protection de ses citoyens. Elle contribue à la paix, à la sécurité, au développement durable de la planète, à la solidarité et au respect mutuel entre les peuples, au commerce libre et équitable, à l'élimination de la pauvreté et à la protection des droits de l'homme, en particulier ceux de l'enfant, ainsi qu'au strict respect et au développement du droit international, notamment au respect des principes de la charte des Nations unies.*
> *6. L'Union poursuit ses objectifs par des moyens appropriés, en fonction des compétences qui lui sont attribuées dans les traités.* »

L'Union européenne est en quelque sorte un peu « touche-à-tout ». A l'origine, elle est une communauté économique dont le but est l'établissement d'un grand marché intérieur reposant sur une liberté de circulations, des hommes et des marchandises. Puis elle devient une Europe sociale, puis encore une Europe politique. Sans doute l'intervention de l'Union est-elle limitée par trois principes :

- Un principe d'attribution selon lequel « *toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres* » (article 4 et 5 du TUE). Pour autant et compte tenu de l'ampleur du programme annoncé par le TUE, on ne voit pas

bien ce qui échappe vraiment et en totalité aux interventions de l'Union. D'autant que si l'Union a des compétences exclusives relativement bien délimitées par l'article 3 du TFUE (*l'union douanière, l'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur, la politique monétaire pour les États membres dont la monnaie est l'euro, la conservation des ressources biologiques de la mer dans le cadre de la politique commune de la pêche, la politique commerciale commune*), l'article 4 donne une liste de compétences partagées avec les Etats membres (*le marché intérieur; la politique sociale, la cohésion économique, sociale et territoriale, l'agriculture et la pêche, l'environnement, la protection des consommateurs; les transports, les réseaux transeuropéens, l'énergie, l'espace de liberté, de sécurité et de justice, les enjeux communs de sécurité en matière de santé publique*) qui autorise l'Union à s'intéresser, directement ou indirectement, à tout objet de législation interne.

- Un principe de subsidiarité (Article 5.3. TUE : « *En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union* ») ; le principe de subsidiarité est un principe de pragmatisme : l'Union n'intervient que s'il est utile qu'elle le fasse. Simplement, à partir du moment où l'Union tend à l'intégration, son intervention sera toujours plus ou moins utile à sa réalisation. Le principe de subsidiarité ne garantit pas la sobriété.
- Un principe de proportionnalité duquel il résulte « *que le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités* » (art. 5.3 TUE). Le principe de proportionnalité est ici compris comme un principe de nécessité, ce qui lui donne un caractère opératoire permettant d'en faire un levier efficace aux fins de mesurer les interventions de l'Union.

d.- Le malaise européen. Il est certain que depuis quelques temps, l'Union se porte mal. L'heure est à l'euroscepticisme et même les européens les plus convaincus sont en doute de sa réussite. Il y a certainement des raisons d'ordre géopolitiques, mais il est aussi une raison structurelle dont les juristes peuvent rendre compte.

Le droit de l'Union ressemble de moins en moins à un « droit de missions » et de plus en plus à un droit de portée générale, le droit des européens, comme il y a la loi des français. On peut gloser sur le « déficit démocratique » qui grève les instances européennes, spécialement eu égard à l'étendue de leurs ambitions. En même temps, cette critique est assez faible car les instances européennes ont été créées par des processus démocratiques et, précisément, lorsque les peuples ne suivent plus, l'Union ne fonctionne pas. L'épisode du *Brexit* révèle ainsi que s'ils le souhaitent, les peuples retrouvent librement le chemin de leur souveraineté. Et si les autres restent, c'est qu'ils le souhaitent, au moins majoritairement. L'Europe n'est donc pas une menace pour les démocraties.

Une observation plus sérieuse, qui n'est d'ailleurs pas une critique, est que l'Union se présente comme une forme juridique nouvelle que nous avons peine à concevoir. L'introduction a permis de montrer que le droit repose sur un double consensus :

- le monopole de la force publique ;
- La nécessité d'un idéal de justice.

Or, à ces deux égards et alors surtout que sa vocation générale s'affirme de plus en plus nettement, le droit de l'Union présente de sérieuses faiblesses. L'Europe est sans contrainte et doit compter sur celle qu'exerce les Etats. L'idéal de justice européen est introuvable dès lors qu'on cherche au-delà de l'adhésion commune aux droits fondamentaux que consacre la CEDH. Mais le mal est plus profond. L'idée même du droit

révèle que sur ses deux éléments structurants, la force publique et l'idéal de justice, il s'accommode mal d'une situation de concurrence. La première doit être en situation de monopole et il en va de même du second. L'idéal ne peut être double, sauf à s'exposer au risque de la contradiction et donc de l'inexistence. Il faut dès lors que les peuples européens et les nations qui composent l'Union s'entendent sur un devenir clarifié : soit une Europe de missions (la constitution d'un marché intérieur, le progrès social, une défense commune, par ex.), soit un Etat fédéral au-dessus des Etats membres. Il est probable que l'opinion s'accorde plus aisément sur le premier terme de l'alternative que sur le second. En tout cas, l'entre-deux dans lequel se meut actuellement l'Union européenne, à savoir la généralité de ses missions et la prolifération de normes sans l'unité que requiert l'idée même d'un droit, est gros de déceptions en séries. Au reste, comme le pire n'est jamais sûr et que l'avenir est incertain, soit dit en passant, deux phrases qui ne mangent pas de pain, il se pourrait qu'en se recentrant sur des missions mieux définies, l'Union européenne soit conduite à se doter de moyens, par exemple une armée et des forces de police dignes de ce nom, à telle enseigne qu'à plus ou moins long terme, les peuples européens se sentent devenir une nation européenne et admettent l'idée d'un droit dont l'unité s'apprécierait à cette même échelle.

*

Section 3 : LES NORMES INFRALEGISLATIVES

55.- Les normes infralégislatives sont l'œuvre du pouvoir exécutif ou plutôt de son administration. Dans un Etat libéral, c'est-à-dire un Etat qui tient pour acquis qu'il n'a pas à tout contrôler, il est des règles qui viennent d'ailleurs et sécialement de la société civile.

§.1.- LES NORMES DE L'ADMINISTRATION

Ce sont les textes réglementaires.

56.- Présentation.

Il est habituel de présenter les différentes normes générales de l'administration en considération de la place qu'occupe son auteur dans la hiérarchie administrative. Dans cette perspective, on distingue :

- Les textes qui émanent du pouvoir central ayant compétence générale :
  - Décret du Président de la République délibérés en conseil des ministres
  - Décret simple du Président de la République
  - Décret du Premier ministre
- Les textes de portée spécifique (matière ou lieu) :
  - Arrêtés interministériels
  - Arrêtés ministériels
  - Arrêtés préfectoraux (une partie du territoire)
  - Arrêtés municipaux.

Il faut également évoquer les circulaires, documents dans lesquels l'administration donne son interprétation d'un texte. Elles n'ont en principe pas de portée normative, mais en pratique, elles sont souvent la seule source de travail de l'administration.
Une autre distinction importante tient compte de l'objet du texte

- *Les règlements d'application*, qui sont adoptés après qu'une loi ait été votée et pour en permettre la mise en œuvre. Par exemple, la loi impose des formes pour les contrats qui dépassent un certain montant. Le montant est fixé par décret. De manière générale, les seuils quantitatifs sont souvent fixés par décret.
- *Les règlements autonomes*, qui sont adoptés en-dehors de tout texte. Leur existence résulte de l'articulation des articles 34 et 37 de la Constitution. Comme l'article 34 énonce de manière limitative ce qui relève de la loi, tout le reste relève du décret. Par ex., la procédure civile est régie par des règlements, de sorte que le code de procédure civile est un texte réglementaire.

Comme les lois, les décrets entrent en vigueur à compter de leur publication.

57.- Incidence de la hiérarchie des normes.

Parce que les décrets et arrêtés ont une valeur infralégislative, ils doivent respecter les termes et principes de toutes les dispositions (lois, traités et Constitution) qui leur sont supérieures dans la hiérarchie des normes. Les textes règlementaires doivent donc répondre à une exigence de légalité, comme les lois doivent passer le test de leur constitutionnalité et de leur conventionnalité.
Le respect de la légalité des actes règlementaire est assuré par le Conseil d'Etat, la plus haute juridiction dans l'ordre administratif. Le Conseil d'Etat s'est reconnu le droit de « découvrir » des « *principes généraux du droit* », qu'il a situés entre la loi et les règlements et auxquels ces derniers sont tenus de se conformer. Par ex. le Conseil d'Etat a reconnu le principe du respect des droits de la défense, qui implique, notamment, que tout agent public sanctionné soit préalablement entendu. Il existe deux voies de droit pour mettre en œuvre le respect de la légalité des actes administratifs :

- La voie directe par laquelle un individu conteste dans un délai de deux mois après publication la légalité de l'acte administratif : c'est le recours pour excès de pouvoir ;
- La voie indirecte : à l'occasion de l'application d'un texte lors d'un procès, une partie invoque l'illégalité de ce texte, par la voie de ce qu'on appelle une exception d'illégalité ; en principe, elle doit être portée devant le Conseil d'Etat, sauf devant le juge répressif ou encore le juge civil si atteinte à la propriété et à la liberté (par tradition, le juge civil est le gardien des libertés de sorte qu'il est compétent pour connaître des éventuels abus de l'Administration à cet égard).

§.2.- LES NORMES DE LA SOCIETE CIVILE

58.- Qu'est-ce que la société civile ?

C'est la société considérée abstraction faite de l'intervention de l'Etat (Comme l'explique le philosophe P. Manent, par ex. dans son ouvrage correspondant à un cours de première année dispensé à l'IEP de Paris, *Cours familier de philosophie politique*, Fayard 2001, coll. L'esprit de la cité, la marque d'un Etat libéral commence par la reconnaissance d'un principe de séparation entre l'Etat et la société civile) :

- Les personnes qui la composent sont considérées comme des individus, ayant des relations interpersonnelles, et non seulement comme des citoyens ou des administrés, dans leurs rapports avec le pouvoir politique ou l'administration ;
- Le groupe que forment ces individus est capable de s'organiser à l'initiative de ces derniers, et pas exclusivement du fait de l'intervention de l'Etat.

La puissance normative de la société civile s'exprime tout spécialement dans le domaine de l'activité professionnelle, également de manière plus générale, ce qui se manifeste par la place que le droit réserve aux usages et à la coutume et aux usages.

59.- L'activité professionnelle

Salariée ou indépendante, l'activité professionnelle est créatrice de normes générales.

a.- Le travail salarié est une terre d'élection pour la société civile, dont les acteurs sont désignés comme les partenaires sociaux, organisations syndicales de salariés d'un côté, représentants des entreprises de l'autre.

Tout d'abord, avant l'adoption d'une loi ayant pour objet les relations de travail salariées, une concertation doit avoir lieu avec les partenaires sociaux. En ce sens, l'article L 1 du code du travail, introduit par la loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008, est ainsi rédigé :

> « *Tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation*. »

Par exemple, les « ordonnances » Macron-Pénicaud du 22 septembre 2017 sur la réforme du Code du travail ont suivi ce processus.

Surtout, la loi est complétée, certes par des textes réglementaires, mais aussi et surtout par des conventions collectives conclues entre les partenaires sociaux (sur lesquelles, v. L. II de la 2ème partie du Code du travail ; la lecture de ces textes sans enseignement préalable est un peu difficile). Le point important est qu'il ne s'agit plus d'une simple *concertation* à l'initiative des pouvoirs publics. Il s'agit d'une *négociation* qui, si elle aboutit à un accord, conduit à l'adoption de normes applicables à l'ensemble des salariés visés par l'accord (à certaines conditions qui sont étudiées à l'occasion des enseignements dédiés à la matière). Ce peuvent être les salariés d'une entreprise, d'une branche professionnelle (métallurgie, bâtiment, par ex.), ou encore l'ensemble des salariés lorsqu'il s'agit d'un Accord National Interprofessionnel.

b.- L'activité professionnelle indépendante donne aussi lieu à la production de normes dont les professionnels eux-mêmes sont à l'origine.

Les professions libérales, des professions civiles et réglementées, dont l'accès n'est pas libre dès lors que les professionnels sont rémunérés en contrepartie d'une prestation qui requiert une expertise reconnue par un diplôme (avocats, médecins…) sont ainsi organisées en ordres professionnels dont la mission est de réguler la profession et de faire en sorte que les pratiques soient conformes à ce que requiert l'exercice de la profession (pour l'avocat : « *dignité, conscience, indépendance, probité et humanité* »). L'Ordre établit à cette fin un règlement intérieur qui a valeur de norme déontologique. Celle-ci est un peu plus que du « soft law » dans la mesure où la faute déontologique peut donner lieu à des sanctions disciplinaires qui, si elles ne sont pas respectées par le professionnel qui les subit, l'expose alors à des sanctions dont l'effectivité sera assurée par la force publique. Par exemple, le médecin qui fait l'objet d'une mesure d'une radiation de l'ordre et continue d'exercer clandestinement, commet le délit, pénalement sanctionné, d'exercice illégal de la médecine (v. par ex. Cass. crim. 12 janvier 2010, Pourvoi n° 09-82.380).

L'activité commerciale produit également de nombreux usages professionnels qui ont la valeur de normes générales. Ces usages sont généralement formalisés par les organisations professionnelles sous la forme de contrats type (v. par ex., dans le domaine des transports, Cass. com. 19 novembre 2013, Pourvoi n° 12-26.404, P.)

60.- La coutume et les usages.

Elle appelle des développements un peu plus longs. Un aspect historique et un aspect moderne.

Historiquement, ce que reflète encore de nombreux ouvrages traditionnels, elle est encore présentée comme une source de droit, au même titre que la loi. C'est vrai que dans l'ancien droit, il y avait les pays de coutume et les pays de droit écrit. On reconnaît la coutume a deux traits :

- Un élément matériel : usage constant, notoire et général ;
- Un élément intentionnel : *opinio (juris seu) necessatis*, c'est-à-dire le sentiment que le respect de l'usage traduit chez son auteur la conviction d'agir conformément au droit.

L'élément intentionnel est parfois présenté comme ce qui distingue l'usage de la coutume. Par ex., laisser un pourboire est un usage, pas une coutume. En même temps, il ne faut pas exagérer la différence. En pratique, il est des usages qui sont apparentés à la coutume, spécialement les usages professionnels, et les acteurs qui les respectent les tiennent pour d'authentiques règles de droit. Mieux vaut considérer qu'à partir du moment où une règle non écrite est tenue pour une règle de droit, elle est une coutume ou un usage professionnel, selon la désignation que lui donnent ceux qui la respectent. C'est une question de terminologie plus que de fond.

Mais pour donner des illustrations de coutume, les auteurs sont un peu plus secs. Curieusement, on en trouve dans des domaines où on les attend peu.

Aujourd'hui, la coutume joue un rôle assez limité en ce sens que ce qui venait du droit coutumier a été mis en forme et a pris la forme de textes (lois, règlements…). En pratique, elle joue un rôle lorsque les textes s'y réfèrent expressément. Par exemple, l'article L. 442-1 du code de commerce, texte important permettant de sanctionner les pratiques commerciales déloyales (ou restrictives de concurrence) dispose que :

> « *Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, en l'absence d'un préavis écrit qui tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale, en référence* <u>*aux usages du commerce*</u> *ou aux accords interprofessionnels* »

Elle conserve également un rôle lorsque les textes sont assez rares et qu'il est en quelque sorte difficile de les écrire :

- Ainsi peut-on parler de coutumes constitutionnelles dont l'existence tient essentiellement au fait que la Constitution est un texte « sobre » et qu'il est difficile de procéder à une réforme du texte de la Constitution (majorité qualifiée ou référendum) ; ainsi est-ce probablement devenu une coutume constitutionnelle que dans un gouvernement de cohabitation, le Président promulgue les lois votées

par une majorité dont il désapprouve les orientations politiques, ou encore que les anciens présidents ne siègent pas au Conseil constitutionnel ;

- Ainsi également, la coutume a-t-elle un rôle important dans les rapports entre les opérateurs du commerce international ; l'écriture du droit international (pas au sens d'européen) suppose l'élaboration de traités internationaux, obligatoires dans la mesure de l'unanimité de leurs signataires, et donc d'une confection souvent délicate. D'où les coutumes et usages du commerce internationaux qui donnent d'ailleurs lieu à des tentatives d'écritures, par des instances informelles, mais dont l'influence n'est pas négligeable.

CHAPITRE II : LA PRODUCTION DES NORMES INDIVIDUELLES

61.- Critère fonctionnel et critère organique.

La présentation des différents dispositifs juridiques a mis en évidence l'existence de normes individuelles, c'est-à-dire des normes concrètes applicables à une situation identifiée dans le temps et dans l'espace. Le plus souvent, les destinataires (ceux à qui elle s'applique) de ces normes sont individuellement désignés. Tel est le cas d'un arrêté de nomination (d'un juge, d'un professeur, d'un militaire, etc.), moins heureux, d'un arrêté d'expulsion, ou encore du prononcé d'une sanction disciplinaire, tout simplement d'un jugement, de quelque juridiction qu'il émane. Les normes individuelles sont les instruments juridiques qui permettent l'accomplissement des *fonctions* suivantes : juger, administrer et agir. Ce triptyque repose sur ce qu'on peut appeler un critère fonctionnel de classement des normes individuelles.

Ce même triptyque peut être présenté en suivant un critère organique. Ce dernier permet de classer les normes individuelles en considération de l'*organe* qui les édicte. Il conduit alors à distinguer

- Les normes issues de l'Administration, entendue comme l'ensemble des personnes publiques (essentiellement et, par réduction, les services centraux de l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics ; les Autorités Administratives Indépendantes - AAI -, également) qui ont pour mission d'agir dans un but d'intérêt général ;
- Les normes qu'élaborent les personnes privées, au premier rang desquels les contrats qui, comme le rappelle l'article 1103 du code civil, « *tiennent lieu de loi à ceux qui les ont fait* » ;
- Les normes émanant des juridictions qui composent l' « autorité judiciaire », rappel étant fait que, selon l'article 64 de la Constitution, la Justice est une autorité, pas un pouvoir.

Il y a une évidente proximité entre le critère fonctionnel et le critère organique. L'Administration administre quand les juridictions jugent et les personnes privées agissent. Pour autant, il n'y a pas de parfaite correspondance entre ces deux critères. Certaines instances administratives, comme les AAI, ont un pouvoir de sanction qui s'exerce d'une manière proche de celle qui est à l'œuvre dans l'élaboration d'un jugement. Les personnes privées peuvent exercer des missions d'administration, spécialement lorsqu'elles agissent dans l'intérêt d'autrui. Quant aux juges et s'ils s'échappent plus rarement de leur cœur de métier, ils se font parfois « décideur », tout spécialement lorsqu'ils sont « chef de juridiction ». Comme le rappelle l'article L. 121-3 du Code de l'organisation judiciaire, « *chaque année, le premier président de la Cour de cassation, le premier président de la cour d'appel, le président du tribunal de grande instance, et le magistrat chargé de la direction et de l'administration du tribunal d'instance répartissent les juges dans les différents services de la juridiction* ».

Lors de la présentation des éléments du droit, il était bienvenu de présenter les normes individuelles par application du critère fonctionnel. En effet, la première interrogation

porte sur leur consistance et leur utilité : si le droit comporte des normes individuelles (et pas seulement des règles qu'on se contente d'appliquer), à quoi correspondent ces dispositifs et que permettent-ils ? Lors de l'exposé de leur mode d'élaboration, il est préférable de retenir le critère organique. La première préoccupation est en effet d'identifier les auteurs des normes individuelles. Il est donc cohérent et en pratique plus clair de considérer en priorité les organes qui sont en quelque sorte à leur source. Qui plus est, la présentation organique des normes individuelles est théoriquement stimulante en ce qu'elle conduit à s'interroger sur la légitimité de ces différentes instances à produire des normes individuelles qui, pour être juridiques, sont de ce fait contraignantes. Après tout, est-on en droit de se demander, comment se peut-il que, sans contrôle préalable, de simples personnes privées puissent être à l'origine d'effets de droit ? Il y a là un phénomène de privatisation du droit qui pour être évident aux yeux d'un juriste, ne va pas nécessairement de soi alors que la contrainte juridique est principalement une contrainte étatique. Il faudra donc à propos de chacun des organes habilités à prendre des normes individuelles s'interroger sur le principe même d'un tel pouvoir et conséquemment sur les conditions dans lesquelles celui-ci s'exerce valablement.

62.- L'exclusion du législateur.

Cette dernière observation conduit d'ailleurs à une réflexion préalable. Sauf lorsqu'il prend des décisions de nature politique, comme celles de voter la confiance qu'il accorde au Gouvernement ou au contraire la censure de ce dernier (art. 49 de la Constitution), il n'entre pas dans le périmètre du pouvoir législatif de prendre des normes individuelles. « *Le Parlement vote la loi* » rappelle en premier lieu l'article 24 de la Constitution. L'office parlementaire est d'édicter des normes générales et non des normes individuelles. Les raisons sont multiples.

Elles tiennent d'abord à la séparation des pouvoirs et à l'interdiction qui en résulte pour le Parlement de s'immiscer, tout spécialement dans les affaires individuelles dont l'autorité judiciaire est saisie. Mais cette première raison ne suffit pas dans la mesure où toutes les normes individuelles ne sont pas des normes de jugement. S'il n'y avait que ce principe de non-immixtion, il serait imaginable que le Parlement prennent des décisions relevant du domaine de l'action publique. Par exemple, pourquoi pas une loi qui ordonne le démantèlement de telle ou telle entreprise en situation de monopole ? D'ailleurs, l'article 34 de la Constitution donne bien compétence au législateur pour décider de la nationalisation d'entreprises et la loi de nationalisation n°82-155 du 11 février 1982 (abrogée) désignait du reste nommément les sociétés visées par la mesure.

Cette hypothèse doit rester l'exception et elle s'explique par le fait qu'une nationalisation, comme une privatisation du reste, ont une incidence sur l'étendue des propriétés de l'Etat. Sur la chose publique, serait-elle individualisable, le Parlement a son mot à dire. Au contraire, sur les choses privées, il est prié de s'abstenir, sauf à poser des règles générales et à laisser les juges les interpréter avant de les appliquer. Si le Parlement devait décider à titre individuel, il provoquerait une triple rupture avec la devise républicaine « *liberté, égalité, fraternité* » que rappelle l'article 2 de la Constitution.

- S'agissant de l'égalité, c'est une évidence ; l'article Premier de la Constitution dispose que « *la France (...) assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens* » ; une

norme individuelle que voterait le Parlement serait ainsi une loi qui, assurément, ne serait pas la même pour tous les citoyens ;

- La fraternité serait également malmenée car il serait contraire à l'idée de solidarité qu'implique cette notion que la représentation nationale se ligue en quelque sorte contre un seul ou quelques uns de nos concitoyens ; ce serait céder au barbarisme du bouc émissaire et nous n'en sortirions pas grandis ;
- La liberté, enfin, serait réduite à peu de choses. Sans doute n'est-elle pas sans bornes, ces dernières déterminées par la Loi, comme le rappelle l'article 4 de la Déclaration de 1789. Mais la condition de la liberté suppose que la loi demeure dans l'ordre des généralités. Sans quoi, les citoyens nommément visés par celle-ci sont laissés sans défense ni recours. Qui d'ailleurs pourrait utilement plaider sa cause devant une assemblée de parlementaires ? Louis XVI a tenté sa chance, il a fini sur l'échafaud. Où l'on voit une fois encore (v. *supra* n° 8), certes par un autre chemin, que la séparation du droit et de la politique, qui se traduit ici par l'interdiction faite au législateur de disposer de manière individuelle, est bien la condition de notre liberté. Un Etat libéral ne s'accommode pas d'un législateur au contact direct de chaque individu.

Au bénéfice de ce préalable, les auteurs de normes individuelles sont l'Administration, les personnes privées, l'Autorité judiciaire.

*

Section 1 : L'ADMINISTRATION

63.- Les auteurs.

L'Administration, au sens organique du terme (à ne pas confondre avec le sens fonctionnel, « décider pour autrui »), ce sont :

- Les services centraux de l'Etat (ceux de la Présidence, du Premier ministre et des ministres et secrétaires d'Etat), et les services déconcentrés du même Etat, subordonnés hiérarchiquement, comme les Préfectures ou les Rectorats ;
- Les collectivités territoriales, Communes, Départements et Régions, qui sont décentralisées et ne sont de ce fait pas soumises à la hiérarchie des services centraux et déconcentrés ; en contrepartie de cette autonomie (néanmoins relative), leur compétence est géographiquement limitée ;
- Les établissements publics (par exemple, les universités), structures partiellement autonomes en ce qu'elles ont leur propre organes de gestion, mais néanmoins dans la dépendance d'une autorité de tutelle, généralement le service central d'un ministère ; leur création répond à un souci de simplification de la gestion de certaines activités dans le périmètre de la sphère publique ; ils sont soumis à un principe de spécialité fonctionnel et territorial (par ex., une université a pour mission l'enseignement et la recherche, et pas autre chose, au sein d'une académie) ;

- les Autorités Administratives Indépendantes (ex. : le CSA, la CNIL, etc.) qui se développent sans cesse et ont une mission de régulation d'un secteur d'activité (l'audiovisuel, l'énergie, etc.).

64.- Les caractéristiques.

L'Administration est habilitée, sous certaines conditions, à édicter des normes générales. Elle peut aussi prendre des normes individuelles, désignés comme des **actes unilatéraux individuels**.

L'acte est unilatéral en ce sens, non pas qu'il émane d'une seule composante de l'administration (mais plusieurs services peuvent être mobilisés ; v. par ex. des arrêtés intercommunaux), mais en ce sens qu'il s'applique et s'impose à d'autres qu'à ceux qui l'ont édictés. L'acte de l'Administration exprime le pouvoir de cette dernière de décider pour autrui, en quoi, on le comprend, il existe une correspondance entre l'organe et la fonction. Le premier renforce la première.

L'Administration, ce sont les structures de l'Etat, détenteur du monopole de la force publique. Il s'ensuit que le propre de la décision administrative est d'être **exécutoire**. Dans un arrêt célèbre, le Conseil d'Etat a même énoncé qu' *« une décision administrative a un caractère exécutoire* » et « *que ce caractère est la règle fondamentale du droit public* » (Ass. Plén. 2 juillet 1982, arrêt Huglo, Req. n° 25288). L'Administration, dit-on, a le *privilège du préalable*. Sa décision s'impose ainsi d'elle-même et il est permis de requérir la force publique pour la mettre à exécution. Par exemple, l'interdiction d'une manifestation par l'autorité préfectorale justifie la mobilisation de la Police et/ou de la Gendarmerie pour en assurer l'effectivité. Le caractère exécutoire des décisions de l'Administration n'est ni plus ni moins que la traduction concrète du monopole étatique de la « *violence légitime* » (v. *supra* n° 17).

65.- Le contenu

Si les actes de l'Administration sont dotés d'une telle efficacité, c'est en raison du fait que cette dernière agit au service de l'intérêt général.

L'activité la plus significative de la mission administrative est l'animation des *services publics*, que Duguit (grand auteur de droit public) définissait comme des « *services d'intérêt collectif qui fonde le lien social* ». En France, nous considérons qu'il est des services (éducation, santé, transports, etc.) utiles, voire nécessaires, à tous et dont la gestion doit être conduite de telle manière que, dans le respect des grands équilibres comptables, ils puissent être accessibles en toutes circonstances (principe de continuité) à tous ceux qui en ont besoin (principe d'égalité). S'il est difficile de donner une définition plus précise de la notion, c'est en raison de la fluctuation de ses occurrences. Il y a une permanence de l'idée, mais une variation de ses illustrations. Par exemple, si la Justice a toujours été un service public, il n'en a pas toujours été de même des activités culturelles.

Il est d'usage de distinguer entre :

- Les activités dites *de plus grand service*, conduites dans l'intérêt de satisfaire le plus grand nombre ; par ex., la Sécurité sociale, le transport des personnes, l'enseignement, la défense nationale, la justice, etc.
- Les activités dites *de plus grand profit*, principalement destinées au financement des activités de plus grand service ; par ex., la perception de l'impôt, mais aussi la loterie nationale, parfois qualifiée d' « *impôt des imbéciles* » car, naturellement, si tous les gagnants ont joué, il en va de même de tous les perdants ; en même temps, il ne faut pas être trop dur, tout le monde a le droit d'acheter à relativement bas coût, une petite espérance de quelques heures ; et que l'intérêt général en profite, ce n'est pas la pire des situations.

L'autre activité caractéristique de la mission d'intérêt général de l'Administration est l'exercice de la *police administrative*. Elle a pour objet de garantir le maintien de l'ordre public en prévenant les éventuelles atteintes à ce dernier (par ex., l'acte par lequel, dans un contexte de crise, un Préfet interdit une réunion publique). Elle se distingue de la police judiciaire dont la mission est répressive (par opposition à « préventive ») et consiste, une fois le trouble réalisé, à enquêter sur la nature pénalement répréhensible de ce dernier. Par exemple, après un incendie, la police judiciaire enquête aux fins d'identifier si celui-ci a une origine criminelle et, le cas échéant, en recherche les auteurs. Attention, le terme « police judiciaire » a un sens fonctionnel (la répression) et un sens institutionnel ou organique (les agents et officiers de police en poste au sein de la Gendarmerie et de la Police nationale). Il est d'usage que les personnels de la Police judiciaire, au sens institutionnel (on met alors une majuscule à Police), soient sollicités pour l'accomplissement de missions de police administrative. Par exemple, lorsqu'il est nécessaire de réguler la circulation à l'occasion de telle ou telle manifestation (sommet international, fêtes du 14 juillet, etc.), ce sont bien les agents de la Police judiciaire qui sont mobilisés pour mettre en œuvre des directives arrêtées au titre d'une régulation relevant de la police administrative.

66.- La légalité.

Il faut éviter que la puissance de l'Administration ne soit le levier de l'arbitraire. D'où une soumission des actes de l'administration à un principe et à un contrôle de légalité. Pour en rendre compte, le droit public a sa propre terminologie qui s'apprivoise en temps utile (en 2ème année). D'un point de vue privatiste, il est utile de faire le lien entre la légalité administrative et l'unilatéralisme de son action. En effet, ainsi qu'il sera l'occasion de l'illustrer, il y a une récurrence et une permanence de ce lien de telle sorte que toute manifestation d'unilatéralisme appelle en principe et au moins dans sa forme la plus aboutie un contrôle sur trois points :

- La *compétence* de l'auteur de l'acte. Pour prendre un exemple simple, le contrôle de la compétence permettra d'éviter que le Maire d'une commune, certes compétent pour pratiquer « la police des baignades », ne décide de la tenue vestimentaire autorisée sur les plages relevant du domaine d'une autre commune. La question de savoir s'il peut interdire tel ou tel vêtement sur sa propre commune ne relève pas de sa compétence, mais d'un examen de la légalité du contenu de l'interdiction (v. par ex., sur l'affaire dite des arrêtés « anti-burkini », CE 26 août 2016, Req. n° 402742, P.).

- La forme de l'acte et plus encore la *procédure* d'élaboration ; par exemple, en vertu de la jurisprudence dite *Veuve Trompier-Gravier*, issue d'un arrêt du Conseil d' Etat du 5 mai 1944, il existe un principe général de respect des droits de la défense qui doit s'appliquer à toutes les mesures prises par l'administration ayant le caractère d'une sanction et impose de permettre à la personne sanctionnée de discuter les griefs formulés à son encontre.
- Le contenu de l'acte afin de vérifier, d'une part, le respect des normes hiérarchiquement supérieures (textes règlementaires, principes généraux du droit, lois et normes supralégislatives), d'autre part, l'absence de détournement de pouvoir (selon le Glossaire proposé par le Conseil d'Etat, le détournement de pouvoir est l'illégalité consistant, pour une autorité administrative, à mettre en œuvre l'un de ses pouvoirs dans un but autre que celui pour lequel il lui a été confié — en poursuivant par exemple un intérêt purement personnel, ou un but exclusivement financier).

En raison du *privilège du préalable*, le contrôle s'exerce a posteriori, par l'effet d'un recours, dit *pour excès de pouvoir*, devant les juridictions administratives.

*

Section 2 : LES PERSONNES PRIVEES

67.- Les normes contractuelles.

Le principe d'égalité est tel qu'en principe aucun individu ne peut imposer sa volonté à un autre. Sauf l'Administration, nul ne décide pour autrui, tel est le principe. Si les personnes privées ne sont pas habilitées à produire des normes unilatérales et exécutoires, elles peuvent néanmoins contracter. Comme en dispose l'article 1103 (ex. 1134) du code civil, « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ». Il n'y a pas d'unilatéralisme dès lors que la norme contractuelle s'impose uniquement à ceux qui y ont consenti. Il n'y a pas non plus de caractère exécutoire dès lors qu'en principe, l'exécution du contrat contre le gré de l'une des parties, qui n'entend plus respecter ses engagements, suppose l'obtention de ce qu'on appelle un *titre exécutoire*, c'est-à-dire un acte émanant d'un officier public et permettant de requérir la force publique. Usuellement, l'obtention d'un tel titre supposera l'exercice d'une action en justice aux fins d'obtenir un jugement condamnant la partie récalcitrante à l'exécution du contrat. Le juge est un officier public et le jugement qu'il rend constitue un titre exécutoire. Le droit privé offre cependant aux parties la possibilité de mettre en forme leur contrat de telle sorte que dès sa conclusion, celui-ci sera constaté dans un titre exécutoire. Il suffit que le contrat soit reçu par un notaire (v. *supra* n° 3), professionnel du droit qui, pour exercer une activité libérale, bénéficie par délégation de l'Etat de l'aptitude à émettre des titres exécutoires. Par exemple, le banquier qui a fait constater le prêt qu'il consent dans un acte notarié pourra saisir les biens de l'emprunteur si ce dernier ne le lui rembourse pas aux échéances convenues ; il n'aura pas besoin d'obtenir préalablement une condamnation judiciaire de son débiteur (l'emprunteur).

Qu'ils soient constatés ou non dans un acte notarié, les contrats créent des normes individuelles contraignantes pour leur auteur. Ainsi, un contrat peut être conclu dans des conditions irrégulières, par exemple, par l'effet d'une tromperie, si bien que sa validité donnera ultérieurement lieu à contestation. Et si le vice est avéré, la nullité (sanction civile, v. *supra* n° 14) du contrat sera prononcée. Comme le rappelle cependant la Cour de cassation, tant que le contrat n'est pas annulé, il faut s'en tenir au « *principe selon lequel le contrat conclu doit être exécuté par chacune des parties tant qu'il n'en a pas été statué sur la validité* » (Cass. civ. 1ère 15 juin 2004, Pourvoi n° 00-16.392, Bull. civ. I n° 172). Aussi bien et en l'absence de contrôle préalable, les personnes privées sont-elles en mesure de s'imposer des normes qui les contraignent. On appelle cela l'autonomie de la volonté, ou encore la liberté contractuelle, que le Conseil constitutionnel déduit de la liberté d'entreprendre, elle-même adossée sur le principe de liberté que consacre l'article 4 de la Déclaration de 1789. Cette liberté n'est pas sans limite et comme le rappelle régulièrement le Conseil constitutionnel, « *il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle, qui découlent de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* » (v. par ex. Décision n° 2018-761 QPC du 1er février 2019). C'est néanmoins la marque d'un droit libéral que d'admettre la force obligatoire d'un accord entre deux personnes privées sans même, et c'est là le point décisif, que ce soit préalablement exercé le contrôle d'une autorité publique.

68.- Les normes unilatérales.

En principe, une personne privée ne décide pas pour une autre. Ce qui appelle deux observations.

Tout d'abord, le principe n'interdit pas qu'une personne privée décide pour elle-même, et même pour autrui pourvu qu'elle ne l'engage pas :

- La première proposition s'illustre à travers le cas des *renonciations*, actes juridiques par lesquels leur auteur abandonne un droit (on parle parfois d'acte « abdicatif »). Par exemple, un héritier fait le choix de renoncer à une succession (généralement parce qu'elle est déficitaire). Cet acte n'engage personne d'autre que lui et, à proprement parler, il n'engage d'ailleurs pas même son auteur qui se contente de perdre un droit dont il était titulaire. Il n'y a donc aucune raison de priver d'effet juridique un tel acte. L'héritier renonçant sera donc laissé en-dehors de la succession.
- La seconde proposition renvoie principalement à l'hypothèse du *testament*, acte par lequel son auteur décide du sort de ses biens pour le temps où il ne sera plus. Un tel acte ne crée aucune obligation sur la tête d'autrui et là comme ailleurs, il n'y a pas d'obstacle de principe au à la liberté de l'auteur du testament. Sans doute cet acte peut-il faire des malheureux (ceux qui ne reçoivent rien), mais en tout état de cause, ces derniers ne sont pas lésés en ce sens que du vivant de l'auteur du testament (on peut dire le testateur), ils ne pouvaient rien sur les biens de ce dernier. Pas plus que n'importe quelle autre personne privée, les « recalés » au testament ne peuvent décider pour autrui, en l'espèce le testateur.

Ensuite et par exception, une personne privée peut-être habilitée à décider pour autrui. Il suffit qu'elle soit désignée à cet égard par une norme générale ayant pour effet une habilitation (v. *supra* n° 6). Elle fait alors œuvre d'administration (v. *supra* n° 11), à comprendre au sens fonctionnel, comme le fait l'Administration, au sens organique, dans l'accomplissement de ses missions d'intérêt général. Sauf les hypothèses de délégation de service public (par ex. une entreprise privée chargée de gérer un service public), les personnes privées n'ont pas pour fonction d'agir dans l'intérêt de tous. Il reste que leur aptitude à décider pour autrui est en principe conditionnée au fait qu'elles n'agissent pas dans leur intérêt propre. Si un chef d'entreprise est en droit de décider des finances de son entreprise, ce n'est pas pour partir en vacances… *L'intérêt d'autrui donne la mesure du pouvoir de décider pour lui*. En droit et presque en toutes circonstances, il est toujours possible de donner volontairement pouvoir à autrui afin que celui-ci agisse aux lieu et place de qui le lui confère. Cela s'appelle un mandat ou une procuration. Il suffit d'un contrat entre le « mandant », celui qui donne pouvoir, et le « mandataire », celui qui le reçoit. Mais le mandataire est rarement en situation de décider pour tout. Le mandat est spécial « *pour une affaire ou certaines affaires seulement* » et s'il est conçu en termes généraux, il « *n'embrasse que les actes d'administration* » (art. 1987 et 1988 du code civil ; précision terminologique : « *administration* », terme polysémique, s'entend ici par opposition à « *disposition* », par ex. louer un bien, par opposition à le vendre). Il y a cependant quelques personnes privées qui, en droit, sont habiles à décider en termes généraux. L'habilitation n'est jamais sans limites, mais la généralité de ces termes constitue le principe. Ces personnes ne sont pas nombreuses, mais elles comptent. Ce sont principalement :

- Les parents qui ont autorité sur les enfants et décident pour eux, dans leur intérêt ; c'est ce que rappelle l'article 371-1 du code civil qui dispose ainsi que « *l'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant* » et ajoute avec discernement et délicatesse que « *les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité* » ;
- Le gérant d'une société, une multinationale comme une supérette, qui, selon l'article 1833 du code civil, dans sa rédaction issue de loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 (la loi PACTE), « *est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* » ; lorsque la société compte des salariés, le gérant se fait « chef d'entreprise » et il est habilité, en qualité d'employeur, à exercer un pouvoir de direction sur ces derniers. C'est à ce titre qu'il fait des choix dont les salariés peuvent faire les frais et sur l'opportunité économique desquels les juges n'ont pas leur avis à donner (v. par ex. Cass. Ass. Plén. 8 décembre 2000, pourvoi n° 97-44.219, Publié au bulletin).

Le pouvoir du gérant de société, dans le même temps chef d'entreprise et employeur, n'est naturellement pas sans limite. Au moins pour les actes les plus lourds de conséquence, il existe une sorte de légalité des actes unilatéraux issus des personnes privées, comme il en existe une pour les actes de l'Administration (avec une majuscule, donc au sens organique). Ce n'est pas une règle, mais c'est une tendance en droit privé, les choses se passent un peu comme si l'administration, au sens fonctionnel, appelait sensiblement les mêmes contraintes que celles imposées à l'Administration au sens organique. Par exemple, le licenciement d'un salarié suppose le suivi d'une procédure au cours de laquelle celui-ci est mis en mesure de s'expliquer, et n'est valable qu'à la condition pour l'employeur de justifier d'un motif (ou une cause) réel et sérieux, dont l'existence fait l'objet d'un contrôle judiciaire, plutôt sévère du reste. Par exemple, un licenciement motivé par une

insuffisance de résultats dont la réalité n'est pas contestée est jugé « *sans cause sérieuse* » s'il est avéré que « *l'employeur avait sciemment maintenu (la salariée) à un poste qu'elle était incapable de tenir* » (v. Cass. soc. 29 mai 2002, Pourvoi n° 00-40.996).

*

Section 3 : L'AUTORITE JUDICIAIRE

69.- La Justice et les Justices.

Les différentes composantes (Tribunal judiciaire, cour d'appel, tribunal administratif, etc.) de l'Autorité judiciaire rendent des décisions qui, comme celles de l'Administration, sont à la fois unilatérales et exécutoires. Elles s'en distinguent cependant dès lors que rendre la justice, ce n'est pas administrer. En même temps, il faut bien admettre qu'en pratique, et en théorie d'ailleurs aussi, les frontières sont incertaines. En caricaturant les choses, on pourrait dire qu'une distinction claire en théorie ne correspond pas à la pratique, cependant qu'une distinction conforme à la pratique est théoriquement obscure. Prenons le parti de la clarté, tout en indiquant que la suite des études conduit à introduire des nuances. On retiendra que *la décision de justice se distingue d'un acte de l'Administration en ce qu'elle règle une contestation*, dont les causes se situent en principe dans un passé antérieur à l'intervention du juge. L'article 12 du code de procédure civile dispose ainsi que « *le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* ». Trancher un litige et/ou régler une contestation, c'est là faire œuvre de justice et c'est ce que fait la Justice (sens institutionnel) désignée par la Constitution comme l'Autorité judiciaire. Même si l'office est sensiblement le même, il y a plusieurs Justices selon la matière sur laquelle le juge est sollicité. Il y a :

- La Justice civile dont le rôle principal est d'arbitrer les différends qui surviennent entre les personnes privées, les particuliers, comme les professionnels et les entreprises ; au juge civil, on ne peut demander que le prononcé de sanctions civiles (exécution, responsabilité, nullité ; v. *supra* n° 14) ;
- La Justice pénale qui a pour fonction de se prononcer sur la culpabilité des personnes poursuivies (prévenus) devant elles et d'ordonner les sanctions pénales qu'appelle la commission de telle ou telle infraction ; les poursuites sont conduites par le Ministère public (le Parquet), qui soutient l'Action publique (v. *supra* n° 15) ; la victime peut se constituer partie civile aux fins de demander des dommages-intérêts au titre de la responsabilité civile de l'auteur de l'infraction ; elle a aussi le pouvoir de déclencher l'action publique en cas d'inaction du Ministère public ;
- La Justice administrative dont l'office est de régler les différends qui mettent en cause l'activité de l'Administration ; Elle traite, dit-on, d'un contentieux objectif, lorsqu'elle est appelée par l'effet d'un recours pour excès de pouvoir à apprécier la légalité d'un acte de l'Administration ; également d'un contentieux subjectif lorsque par l'effet d'un recours, dit de « plein contentieux », elle est saisie d'une action mettant en jeu la responsabilité de l'Administration.

Ces différentes Justices ont toutes pour mission essentielle de prendre parti dans des situations de désaccord. Ce trait commun en appelle deux autres :

- Il existe en effet des principes communs d'administration de la justice qui définissent ce qu'il est aujourd'hui convenu d'appeler *le droit processuel* ;
- Il est de surcroît une règle commune que, pour préserver les justiciables de l'arbitraire du juge, ce dernier est tenu de se prononcer en droit (v. *supra* n° 10) ; d'où il suit qu'en appliquant les règles, le juge les interprète et formule à son tour des propositions générales dont la portée excède les circonstances concrètes dont il est saisi ; la question de savoir si les propositions générales émises dans d'une décision de justice peuvent avoir la valeur de normes se pose en quelque matière que ce soit, civile, pénale ou administrative ; elle est celle de savoir ce que vaut la *jurisprudence*.

70.- Le droit processuel.

La monopolisation par l'Etat de la force publique a pour première conséquence que nul ne peut se faire justice à soi-même. Dans les situations conflictuelles qui portent naturellement les êtres humains à se faire justice, il importe donc que l'Etat offre une réponse satisfaisante, ce qui suppose des autorités judiciaires dont la légitimité de l'intervention requiert qu'elle présente des garanties d'efficacité et de justice. Ces dernières ont pour principal fondement l'article 6 de la Conv. EDH qui consacre « *le droit au procès équitable* ».

Le respect de ce droit fondamental suppose en premier lieu des *garanties d'efficacité.* Il s'ensuit que :

- Tout un chacun a un droit d'accès aux tribunaux pour obtenir une décision en cas de contestation ; ce droit n'est sans doute pas absolu, mais l'Etat doit faire en sorte que son exercice ne rencontre pas d'obstacles illégitimes ; d'où un système d'aide juridique pour permettre l'accès à la justice des plus démunis (loi n°91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique) ;
- La Justice doit répondre à une exigence de célérité ; certes, chacun retient plutôt que la Justice prend son temps, mais il existe cependant des procédures d'urgence (par ex., les référés) qui permettent à la Justice, en cas de nécessité, d'intervenir en temps utile (par ex., pour suspendre le mardi une publication à paraître le jeudi et faisant l'apologie du terrorisme) ;
- La Justice doit rendre des décisions effectives ; ces décisions ont ainsi l'autorité de la chose jugée, ce qui empêche de saisir à nouveau le juge d'une même contestation ; elles sont dotées de la force exécutoire, ce qui permet de solliciter le concours de la force publique pour les mettre à exécution.

Une Justice efficace ne doit pas pour autant être expéditive. Elle doit dès lors présenter des *garanties de bonne justice*. L'autorité judiciaire doit donc rendre des décisions qui seront reçues comme l'expression d'un idéal de justice. Evidemment, la partie qui perd son procès pense toujours qu'il n'y a pas de justice. Mais si la décision est rendue dans de bonnes conditions, le corps social ne suit pas et considère le plaideur aigri comme un mauvais perdant. Ses jérémiades restent sans écho. D'où il suit, pour dire les choses un peu vite, que l'idéal de justice censé s'incarner dans les décisions de justice s'apprécie en termes généraux, à l'échelle de la société civile, pas uniquement à l'étage où reste la partie

qui succombe (syn. : qui perd son procès). Cette clarification étant faite, qu'est-ce qu'une « décision juste » au sens juridique du terme ? Pour le comprendre, il faut partir de l'idée que si nul ne peut se faire justice à soi-même, c'est en premier lieu qu'il faut éviter la guerre de tous contre tous, en second lieu et plus subtilement qu'il est intrinsèquement injuste de se faire justice. Le justicier est une brute, qu'il ait tort ou qu'il ait raison. *La justice suppose ainsi de faire l'exact contraire de ce que ferait un justicier*. Une décision juste requiert en conséquence l'intervention d'un tiers impartial et désintéressé (c'est même à ce type d'intervention qu'on reconnaît le phénomène juridique, selon l'éminent philosophe et théoricien du droit, A. Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Paris 1981, Bibliothèque des idées, éd. Gallimard). Cela veut simplement dire qu'il n'y a de justice qu'autant qu'en cas de différend, celui qui le règle n'a aucun intérêt ni biais à ce qu'il soit tranché en faveur de l'une ou l'autre des parties. Voilà l'idéal à atteindre et duquel procède, en droit positif, les garanties de bonne justice que consacre l'article 6 de la Conv. EDH. Celles-ci supposent :

- En premier lieu, *l'indépendance* de la Justice, ce qui empêche les immixtions du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif dans le règlement des différends dont les juges sont saisis, et *l'impartialité* du juge, qui suppose son absence de préjugé en faveur de l'une ou de l'autre des parties (le juge qui a des liens avec une partie doit donc se déporter et laisser sa place à l'un de ses collègues ; pour information, l' « amitié » sur un réseau social ne crée pas un lien tel qu'il oblige un juge à se dessaisir , v. Cass. civ. 2ème 28 septembre 2017, Pourvoi n° 16-17.583) ;
- En second lieu, la mise en œuvre d'un principe d'*égalité des armes* (cela peut surprendre, mais c'est bien l'expression juridiquement consacrée, spécialement par la Cour EDH) qui implique une égalité des chances pour chacune des parties d'emporter la conviction du juge ; d'où le principe de la contradiction ou du contradictoire duquel il résulte que tous les éléments au regard desquels le juge se déterminera auront pu être discutés par chacune des parties au procès ; d'où également, aux fins d'assurer l'effectivité de cette égalité, le droit pour chacune des parties d'être assistée d'un avocat (Cass. Ass. Plén. 30 juin 1995, Pourvoi n° 94-20.302 : « *la défense constitue pour toute personne un droit fondamental à caractère constitutionnel ; que son exercice effectif exige que soit assuré l'accès de chacun, avec l'assistance d'un défenseur, au juge chargé de statuer sur sa prétention* ») ;
- En troisième et dernier lieu, un juge qui statue *en droit*, c'est-à-dire en application d'une norme générale qui, du fait de son abstraction, s'applique également en toute occurrence, et non selon son propre sens de l'équité (sur la question de savoir si, en réalité, les juges ne suivraient pas leur sens naturel de l'équité, v. *supra* n° 10).

Cela conduit le plus souvent le juge à interpréter la règle. D'où la jurisprudence…

71.- La jurisprudence ; position du problème.

Les décisions de justice, pour être des normes individuelles, sont cependant rendues sur le fondement d'une norme générale dont le juge est le plus souvent amené à expliciter les termes, ce qu'il fait, tout naturellement et comme la norme qu'il interprète, en termes généraux. Le juge ne peut d'ailleurs pas prendre prétexte de l'obscurité ou de l'absence de textes pour refuser de juger. L'article 4 du code civil pose en effet en principe que « *le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* ». Et un « déni de justice », c'est

grave puisqu'il s'agit d'une défaillance de l'Etat qui, tout en interdisant aux individus de se faire justice à eux-mêmes, ne leur offre pas ce magistrat qui, pour reprendre l'expression de Portalis, leur « *évite d'en venir aux mains* ». En contrepoint, l'article 5 du code civil dispose qu'« *il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* ». Le texte surprend en ce sens qu'il semble interdire au juge de formuler des propositions générales quand bien même celles-ci seraient nécessaires à l'élucidation du sens de la règle applicable. En réalité, l'article 5 n'est pas très contraignant pour le juge. Il lui interdit simplement de rendre des décisions qui obligent d'autres que des parties au procès. Par exemple, un juge qui condamne une entreprise à réécrire ses contrats truffés de clauses abusives ne peut décider, en les nommant, que toutes les entreprises intervenant dans le même secteur d'activités sont tenues de faire pareil (v. Cass. soc. 12 mai 1965, Bull. n° 371, qui sanctionne des juges pour s'être déterminés « *par un arrêt de principe relatif à l'ensemble de la profession* »).

Il n'existe donc pas d'interdiction faite au juge de formuler des propositions générales et abstraites sur le sens des règles qu'il met en œuvre et, ainsi, de développer le contenu de ces dernières. D'une certaine manière, toute norme que le juge applique est une coproduction de lui-même et de l'auteur du texte (loi, règlement, etc.) dont elle résulte. Il arrive même que le juge soit l'unique producteur de la norme, spécialement lorsqu'il statue en visant directement un principe et sans faire aucune référence à un texte. Par exemple, pour régler les problèmes de voisinage, fréquents en milieu urbain (la terrasse du cafetier d'en-bas, mais aussi les travaux interminables, etc.), il existe des règles déduites d'un régime spécifique de responsabilité, dit des « *troubles anormaux de voisinage* ». Lorsque les juges appliquent l'une ou l'autre de ces règles, ils statuent « *Vu le principe selon lequel nul ne doit causer à autrui un trouble excédant les inconvénients normaux du voisinage* » (v. par ex. Cass. civ. 3ème 11 mai 2017, pourvoi n° 16-14.339 P.). Le principe n'est écrit nulle part, sauf dans des décisions de justice.

Ce qui appelle en premier lieu et en passant une précision terminologique : lorsque les juges se déterminent « *vu le principe*… », cela signifie seulement que la norme appliquée ne résulte pas d'un texte et cela ne signifie pas que cette norme est nécessairement un principe, au sens matériel du terme, c'est-à-dire une norme inconditionnée (v. *supra* n° 7). Le « principe » visé est une norme qui peut être :

- soit une règle, susceptible d'être formulée de manière hypothétique, comme peut l'être d'ailleurs le régime de responsabilité pour trouble anormal de voisinage ;
- soit un principe, au sens matériel du terme, comme lorsque la Cour de cassation juge, par exemple dans l'arrêt précité du 30 juin 1995 (v. n° précédent) « *Vu le principe du respect des droits de la défense* » ; tout un chacun a en effet droit à une défense, sans conditions.

Ce qui appelle surtout, en second lieu, une réflexion de fond sur le pouvoir créateur (on dit aussi pouvoir prétorien) du juge. Que le juge interprète une norme, ce qu'il fait le plus souvent, ou qu'il « découvre » un principe, ce qui est plus rare, c'est bien lui qui, en termes généraux, écrit la norme que concrètement il applique aux justiciables. D'où la question de savoir si *les propositions générales et abstraites qu'énoncent les juges dans leurs décisions de justice* et qui constituent *la jurisprudence* sont susceptibles d'avoir une portée qui s'étend au-delà des destinataires individualisés de ces décisions. La réponse est évidemment positive. Lorsque la Cour de cassation a, par exemple, posé pour la première fois en 2002, au bénéfice des premières victimes de l'utilisation industrielle de l'amiante, « *qu'en vertu*

du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par ce salarié du fait des produits fabriqués ou utilisés par l'entreprise », ce dont elle a déduit « *que le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable* » de l'employeur (Cass. soc. 28 février 2002, Bull. civ. V n° 81, 6 arrêts), la solution n'a pas « profité » qu'aux seuls salariés ayant obtenu ces arrêts. Elle a « *fait jurisprudence* », comme on dit, en ce sens que la proposition générale formulée à cette occasion a par la suite tenu lieu de règle pour l'ensemble des juges appelés à connaître de situations semblables. Il y a donc bien une réalité de la jurisprudence, ce qui implique de s'interroger sur sa légitimité.

72.- La réalité de la jurisprudence

Il est donc incontestable que les propositions générales et abstraites qu'énoncent les juges dans leurs décisions de justice prennent rang de norme juridique. On dit parfois plus simplement que la jurisprudence est une source de droit. Ce qui est peut-être évocateur, mais cependant assez approximatif, car la jurisprudence n'est pas une « source » comme les autres. Ce n'est ni de l'eau d'Evian, ni de la soupe réglementaire. C'est autre chose, dont il faut explorer le particularisme qui en marque le statut et les conditions.

** Statut*
La jurisprudence est *une donnée de fait pour le juge* dès lors qu'elle ne lie jamais ce dernier. Le juge est à l'égard de la jurisprudence comme l'est le législateur à l'égard de la loi. Ce qu'il a fait un jour, il peut le défaire le lendemain. Il n'y a pas en France de « doctrine du précédent » qui obligerait les juges à s'en tenir à leur jurisprudence. En pratique, il existe une stabilité de principe de la jurisprudence et ce que juge la Cour de cassation est habituellement suivi par l'ensemble des juridictions du territoire. Mais la jurisprudence est toujours susceptible d'évolution, d'aménagements, voire de *revirement*, dont le juge est seul à décider de la date. Par exemple, il était admis que, dans les contrats de travail, les clauses de non-concurrence applicables même après la rupture du contrat (en gros, la clause qui interdit au salarié pas très classe tenté de le faire, de quitter son entreprise pour exploiter ailleurs le réseau qu'il s'y est constitué) n'étaient valables qu'à la condition d'être « *indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'employeur* » (Cass. soc. 7 avril 1998, Pourvoi n°95-42.495 P.). Il n'était pas nécessaire qu'elles soient assorties d'une contrepartie financière au bénéfice du salarié. Alors que la Cour de cassation jugeait que « *les parties peuvent valablement convenir, lors de la conclusion d'un contrat de travail d'une clause de non-concurrence qui (…) n'aurait pas de contrepartie pécuniaire* » (v. Cass. soc. 11 octobre 1990, Pourvoi n° 86-45.320, P.), elle a par la suite retenu la solution rigoureusement inverse en posant « *qu'une clause de non-concurrence n'est licite que si elle (…) comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière* » (Cass. soc. 10 juillet 2002, Pourvoi n° 00-45.387 P.). Où l'on voit que les revirements de jurisprudence, sans être usuels, ne sont cependant pas une vue de l'esprit.

Si la jurisprudence est une *donnée* de fait pour le juge, elle est *de droit* pour les justiciables et, plus généralement pour tous ceux à qui elle s'applique. La norme juridique, c'est la norme telle qu'elle est écrite par son auteur initial et telle qu'elle est interprétée en jurisprudence. Il s'ensuit que l'appréciation de la conformité juridique requiert d'évaluer toute situation en considération des règles et de leur interprétation jurisprudentielle. Par

exemple, un notaire qui dresse un acte juridique est tenu d'en assurer l'efficacité juridique, donc de vérifier les conditions propres à en garantir la validité. Il doit le faire en considération de la jurisprudence, au moins de celle qui, à la date de son intervention, a fait l'objet « *d'une publication ou de toute autre mesure d'information* » (Cass. civ. 1ère 12 octobre 2016, Pourvoi n° 15-18.659 P.). Dans le même esprit, lorsqu'à l'occasion d'une QPC, le Conseil constitutionnel est appelé à contrôler la constitutionnalité d'une règle légale, il se détermine en considération de l'interprétation qu'en fait la jurisprudence. Comme l'a heureusement décidé le Conseil constitutionnel, « *en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à la disposition législative contestée* » (Décision n° 2011-127 QPC du 6 mai 2011, cons. 5). Lorsque le juge exerce son pouvoir prétorien, au moins n'échappe-t-il pas au contrôle de constitutionnalité. Il eût été difficile, en effet, de concevoir que le juge soit soustrait à un contrôle auquel, ni le pouvoir législatif, ni le pouvoir réglementaire ne peuvent se dérober.

Si la *jurisprudence* s'impose aux justiciables, c'est qu'elle *fait corps avec les textes dont elle porte l'interprétation*. Sa force obligatoire est celle de la règle interprétée et elle prend donc place dans la hiérarchie des normes au rang de la norme interprétée. La jurisprudence du Conseil constitutionnel a donc valeur constitutionnelle comme la jurisprudence de la Cour de cassation a valeur législative si la règle interprétée est issue d'une loi. L'incorporation de la jurisprudence au texte interprété a pour conséquence (et pour inconvénient) que celui-ci est censé être entré en vigueur tel qu'il est interprété. D'où il suit que la jurisprudence d'aujourd'hui valait en quelque sorte hier, au moins depuis qu'a vu le jour le texte dont elle a précisé la teneur. La jurisprudence est donc rétroactive, dit-on parfois. La formule est juridiquement discutable, mais en pratique, il faut bien convenir que c'est une réalité. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle posée dans un important arrêt que « *l'interprétation jurisprudentielle d'une même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés et nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée* » (Cass. civ. 1ère 9 octobre 2001, Pourvoi n° 00-14.564 P.). Ce que le juge fait dire à une norme à un moment donné vaut ainsi quelle que soit la date des faits auxquels cette norme est appliquée et ce quand bien même à l'époque de ces derniers, le juge retenait de la norme applicable une compréhension contraire à celle qu'il consacre au jour où il statue. La jurisprudence peut varier, parfois du tout au tout en cas de revirement, les justiciables n'ont qu'à s'adapter (v. également, à propos des clauses de non-concurrence, Cass. soc. 17 décembre 2004, Pourvoi n° 03-40.008 P.). Le message est un peu raide, mais la Cour de cassation ne s'en inquiète pas plus que cela et même elle en rajoute en énonçant que « *les exigences de sécurité juridique et la protection de la confiance légitime invoquées pour contester l'application d'une solution (...) résultant d'une évolution jurisprudentielle, ne sauraient consacrer un droit acquis à une jurisprudence constante, dont l'évolution relève de l'office du juge dans l'application du droit* » (Cass. civ. 2ème 8 juillet 2004, Pourvoi n° 03-14.717 P.). Salutairement, la Cour de cassation tempère cette solution lorsque l'application immédiate d'un revirement de jurisprudence conduit à priver le justiciable d'un droit fondamental ; au moins en est-il ainsi jugé pour le droit à un procès équitable (Cass. Ass. Plén. 21 décembre 2006, Pourvoi n° 00-20.493 P.).

** Conditions institutionnelles*

Il ne suffit généralement pas d'une décision de justice, rendue par quelque juridiction que ce soit, pour qu'il y ait une jurisprudence (i.e. une proposition générale et abstraite émanant d'un juge et ayant valeur de norme). Il en faut généralement un peu plus, une

accumulation de décisions, le plus souvent, a minima, une unification de l'interprétation donnée par les tribunaux. A défaut d'unité, il n'y a pas la stabilité suffisante à la constitution d'une jurisprudence. Il faut donc que l'Autorité judiciaire soit structurée de telle manière qu'à son sommet, il y ait une juridiction en situation d'imposer une interprétation uniforme de la règle et de ce fait une unité de la jurisprudence. Dans l'ordre judiciaire, tel est le rôle de la Cour de cassation et c'est pourquoi, comme en dispose l'article L. 411-1 du code de l'organisation judiciaire, « *il y a, pour toute la République,* ***une*** *Cour de cassation* ». C'est aussi pourquoi l'article L. 411-2 du même code énonce que cette juridiction « *ne connaît pas du fond des affaires* ». Sa mission n'est pas de juger les affaires, mais de juger les jugements aux fins d'assurer l'effectivité d'une interprétation uniforme des normes juridiques.

En pratique et en droit privé, la jurisprudence est donc principalement constituée des propositions générales et abstraites issues des arrêts de la Cour de cassation. Ces propositions procèdent généralement d' « *attendus de principe* » dans lesquels la plus haute juridiction prend position en droit et abstraction faite des circonstances de l'espèce. Depuis le mois d'octobre 2019, la Cour de cassation a renoncé à la forme des « attendus », mais il est probable que, malgré ce changement formel, l'expression sera encore utilisée. Quoi qu'il en soit, la proposition selon laquelle la jurisprudence est essentiellement et en droit privé le fait de la Cour de cassation appelle deux propositions complémentaires :

- Tout d'abord, il faut ajouter les jurisprudences des juridictions ou autorités habilitées à interpréter les normes supralégislatives et donc celles issues de la Conv. EDH, de la Cour de Justice de l'Union Européenne, enfin du Conseil constitutionnel. Au reste, la hiérarchie des normes infuse la jurisprudence de telle sorte que ces jurisprudences s'imposent à celle de la Cour de cassation (v. par ex., pour la jurisprudence du Conseil constitutionnel Cass. civ. 2ème 7 février 2019, Pourvoi n° 17-27.099 P.) qui, de la sorte, n'a pas rang de Cour suprême. La Cour EDH impose d'ailleurs certains principes de méthode à la Cour de cassation dans la façon de celle-ci de constituer sa propre jurisprudence ; notamment et avant de décider d'un revirement de jurisprudence, la Cour doit « *examiner l'équilibre des intérêts en jeu et estim(er) que les conséquences financières du revirement de jurisprudence ser(o)nt modérées* » (CEDH 8 décembre 2008, Aff. Unedic c./ France, Req. n° 20153/04, § 75).
- Ensuite, est parfois évoquée une jurisprudence des juges du fond. L'expression est ambiguë et elle peut renvoyer à deux réalités différentes :
    - La première est celle dans laquelle une juridiction du fond inaugure une interprétation inédite et, dans l'attente d'une décision de la Cour de cassation, il est permis de se demander si cette interprétation « fera jurisprudence » ; cette « jurisprudence des juges du fond », en ce premier sens, est essentiellement temporaire car, soit elle est contredite par la Cour de cassation et elle a alors vocation à disparaître, soit elle est consacrée par les hauts magistrats (autre façon de désigner les magistrats de la Cour de cassation) et elle s'efface alors derrière l'œuvre prétorienne de ces derniers ;
    - La seconde est celle dans laquelle la mise en œuvre d'une notion (par ex. l'intérêt de l'enfant, l'étendue d'un préjudice) est largement laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond ; dans ce cas, une analyse minutieuse, que les algorithmes issus des dispositifs d'intelligence artificielle sont aujourd'hui capables de réaliser, des décisions des juges

du fond permet d'établir des régularités de nature à inspirer ces derniers ; mais il s'agit plutôt d'une réalité statistique (ce qui n'enlève rien à son utilité) que d'une jurisprudence au sens propre (i.e. un ensemble de propositions générales et abstraites s'incorporant à une norme).

** Conditions intellectuelles*

La jurisprudence est moins accessible que les textes officiellement porteurs de normes générales. Il en est d'autant plus ainsi que ses propositions générales sont formulées à l'occasion d'espèces particulières et qu'il est toujours difficile d'apprécier l'étendue de leur portée. Et même il arrive assez souvent que certaines solutions puissent être généralisées alors même qu'elles ne sont pas énoncées en termes généraux. La jurisprudence prend donc consistance par l'effet d'une analyse savante des décisions de justice. Celle-ci prend le nom de Doctrine et sans elle, la Jurisprudence n'existerait pas. La *Doctrine* se compose ainsi de *l'ensemble des analyses savantes dont le droit positif (la jurisprudence, mais pas seulement) fait l'objet* et, dispensée de toute fonction officielle, elle assure en quelque sorte le tréfonds de la chose juridique.

La Doctrine est essentiellement le fait des universitaires juristes qui, outre leurs enseignements, écrivent dans les revues juridiques pour commenter et structurer les données du droit, parmi lesquelles la jurisprudence, la plus délicate à analyser. Les universitaires ne revendiquent aucun monopole et ils accueillent volontiers les praticiens du droit — Avocats, Magistrats, Notaires, notamment —qui prennent le temps d'un travail réflexif. Au demeurant, les universitaires sont souvent eux-mêmes praticiens et il est fréquent que ces derniers, sous une forme ou sous une autre, prennent le temps d'enseigner à l'université, de sorte que finalement, les cloisons sont assez transparentes. Il reste que les universitaires occupent une place prépondérante dans la mesure où tel est leur métier. Ils ont tout simplement plus de temps que les autres juristes et par accumulation, plus de science, à consacrer à l'analyse des phénomènes juridiques.

La Doctrine, lit-on parfois, a un rôle dogmatique et certains auteurs dédaignent d'ailleurs l'expression de « Doctrine » (qui, il est vrai, diffuse une odeur d'encens…) pour lui préférer celle de « dogmatique juridique ». Ce choix terminologique est plutôt bienvenu, mais l'usage dominant est encore d'employer le mot doctrine. Il est pour l'heure prudent de s'y tenir. Quoi qu'il en soit, qu'y a-t-il derrière les mots ? Les universitaires juristes font de la doctrine en ce sens que leur discipline n'a pas pour fonction première, comme pour un historien ou un sociologue, la recherche de la vérité. La fonction doctrinale du juriste est principalement de contribuer à la construction du droit (du « dogme », d'où l'adjectif « dogmatique »), essentiellement en veillant à ce que les dispositifs juridiques demeurent dans la cohérence et la permanence de leurs principes. Les juristes interprètent sans fin à telle enseigne qu'ils interprètent les interprétations, spécialement celles issues de la jurisprudence, avec pour fin ultime une orchestration harmonieuse de l'ensemble des éléments du droit. En veillant à ce que le droit positif reste en phase avec l'idéal de justice qu'il est censé réaliser, ils assurent ainsi les fondements du droit. On peut moquer les universitaires en les présentant comme des « gardiens du temple ». Pour autant, telle est bien leur fonction première. Gardiens de la cohérence, ils font en sorte que le droit positif soit un peu plus que lui-même.

La fonction doctrinale dicte une méthode, aucunement une uniformité des points de vue. Il suffit pour s'en convaincre de lire plusieurs commentaires d'un même arrêt. Il est rare que les auteurs convergent tous. Il reste qu'au moins dans l'analyse de la jurisprudence, il existe une certaine unité de méthode qui consiste à commenter les arrêts en s'interrogeant successivement sur leur sens, leur valeur et leur portée (même si, formellement, ce n'est pas toujours le plan suivi) :

- Le sens : cette première phase de l'analyse doit permettre d'identifier si la solution retenue peut faire l'objet d'une généralisation, ce qui est certain lorsque la décision commentée comporte un attendu de principe (il faut alors le repérer), ce qui reste possible en l'absence d'un tel attendu (hypothèse complexe, à savoir, mais à ne pas approfondir pour l'instant). Elle sert également à situer la décision au sein de la jurisprudence et conduit à déterminer si la décision constitue une confirmation, une précision, un aménagement, voire un revirement de la jurisprudence.
- La valeur : cette seconde phase de l'analyse requiert plus de science dès lors qu'elle revient à examiner comment la solution retenue s'insère au sein de la matière juridique qui est la sienne ; les enseignements issus de l'analyse du sens de la décision seront ainsi testés à la lumière des principes propres à cette matière et, de la sorte, au regard des exigences de cohérence et de permanence propres au système juridique.
- La portée : cette troisième séquence amène à s'interroger sur ce que les stratèges appellent l' « effet domino » et les économistes, les « effets pervers ». Les juristes savent mieux que quiconque combien l'enfer est pavé de bonnes intentions et c'est bien pourquoi, leur idéal de justice est plutôt minimaliste. Le Mieux est l'ennemi du Bien. On veut une chose, que l'on souhaite bonne, et c'est une autre, nettement moins bonne, qui se produit. Ce n'est pas une fatalité, mais c'est un risque et c'est la raison pour laquelle les juristes qui analysent une décision de justice, spécialement lorsque celle-ci porte une évolution de la jurisprudence, s'inquiètent toujours de ses effets induits. Par exemple, une jurisprudence qui aggrave la responsabilité de professionnels a nécessairement une incidence sur le régime d'assurance propre à ces professionnels. Ce sont ces choses là que permettent d'éclairer l'analyse si difficile de la portée d'une décision de justice (rassurez-vous, en première année, on ne vous en demandera pas tant, et c'est bien normal).

C'est au bénéfice de cette œuvre savante que la jurisprudence prospère. Il reste à s'interroger sur sa légitimité.

73.- La légitimité de la jurisprudence

En interprétant les normes, en consacrant ses propres principes, la jurisprudence est nécessairement créatrice de droit. Puisque le droit n'est pas le simple résultat de l'activité politique, l'œuvre prétorienne est assurément légitime. Elle est cependant le produit de la science des juges et de la doctrine. *Sans légitimité démocratique, elle doit intégrer une conscience de sa limite*. La difficulté est d'identifier où situer celle-ci.

Il faut en premier lieu faire confiance à son intuition. Trois exemples permettent ainsi de saisir l'espace naturel du pouvoir prétorien.

- Le 13 février 1930, à propos d'un accident causé par un camion, la Cour de cassation consacre la jurisprudence dite Jand'heur (du nom de la victime) et pose

au visa de l'article 1384, al 1er du code civil, dans sa rédaction de l'époque, « *que la présomption de responsabilité établie par cet article à l'encontre de celui qui a sous sa garde la chose inanimée qui a causé un dommage à autrui ne peut être détruite que par la preuve d'un cas fortuit ou de force majeure ou d'une cause étrangère qui ne lui soit pas imputable ; qu'il ne suffit pas de prouver qu'il n'a commis aucune faute ou que la cause du fait dommageable est demeurée inconnue* ». Cette jurisprudence marque une rupture et propose une interprétation de l'article 1384 qu'assurément, les rédacteurs du Code civil n'avaient pas anticipée. En même temps, cette évolution significative avait été préparée en doctrine et elle était adaptée aux circonstances de l'époque, alors qu'en 1804, les camions (et plus généralement les VTAM pour Véhicules Terrestres A Moteur, comme disent les juristes, c'est à dire les « bagnoles » et les « motos ») n'existaient pas. Les esprits s'étaient faits à l'idée qu'une absence de faute ne pouvait suffire à dégager la responsabilité de qui, en prenant le volant d'un « VTAM », exposait ses semblables à un risque de dommage supérieur à celui que crée l'usage d'une simple charrette.

- Au début des années 2000, et alors que le droit français ne le lui permet pas, le maire d'une commune décide de célébrer le mariage de deux personnes du même sexe. Le Ministère public agit en nullité de ce mariage et, quelle que soit l'évolution des mœurs, la Cour de cassation juge sobrement que « *selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ; que ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui n'a pas en France de force obligatoire* » (Cass. Civ. 1ère 13 mars 2007, Pourvoi n°05-16.627, Bull. civ. I n° 113). La question divisait et la suite l'a montré. Il fallait donc une décision politique et un débat public pour imposer un changement de la norme. La sérénité d'une salle d'audience ne permettait pas de conclure à une modification nécessaire des règles qui conditionnait alors la validité du mariage.
- La question de la gestation pour autrui (GPA) amène à formuler des observations plus nuancées quoiqu'en cohérence avec ce qui précède. L'article 16-7 du code civil énonce que « *toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* », précision étant faite que ce texte est en cohérence avec l'article 16-1 du même code, lequel dispose que « *chacun a droit au respect de son corps* » et que « *le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial* » (en gros, un droit patrimonial = un droit qui a une valeur monétaire). Aux termes d'un débat public et en considération d'un choix politique clairement assumé, il peut être décidé de changer ces règles. Intuitivement, chacun comprend qu'il ne revient évidemment pas aux juges de changer la règle à cet égard. Pour autant, il est des enfants qui sont issus de GPA, pratiquées à l'étranger le plus souvent, dans des pays où elles sont autorisées et grandissent tranquillement en France au sein de familles qui ont eu recours à ce dispositif. Alors même qu'il n'existe pas de texte prévoyant cette solution, la Cour de cassation considère que ces enfants ont droit à un état civil conforme à leur situation réelle. Elle juge ainsi « *qu'au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant, la circonstance que la naissance d'un enfant à l'étranger ait pour origine une convention de gestation pour autrui, prohibée par les articles 16-7 et 16-9 du code civil, ne peut, à elle seule, sans porter une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de l'enfant, faire obstacle à la transcription de l'acte de naissance établi par les autorités de l'Etat étranger, en ce qui concerne le père biologique de l'enfant, ni à la reconnaissance du lien de filiation à l'égard de la mère*

d'intention mentionnée dans l'acte étranger » (Cass. Ass. Plén. 4 octobre 2019, P. n° 10-19.053 P.). La discussion et le commentaire sont permis. Pour autant, la jurisprudence est dans son rôle lorsqu'elle énonce, au motif de l'intérêt supérieur de l'enfant, une notion juridiquement identifiée, une solution qui dispensera l'enfant et ses parents d'avoir en permanence à justifier que la mère n'est pas tout-à-fait la mère, mais qu'elle est quand même la mère, que la réalité biologique n'est pas la réalité affective, etc. Pragmatiquement, la Cour de cassation consacre une jurisprudence qui évite à l'enfant issu d'une GPA une vie quotidienne à l'image d'un univers kafkaïen.

Afin de structurer ses intuitions, il faut en second lieu et tout en gardant l'esprit ouvert (« de la tolérance et encore de la tolérance »), remonter aux fondements du droit. Leur étude a mis en évidence:

- Tout d'abord, la nécessité d'adosser le droit positif sur un idéal de justice qui impose a minima d'en préserver la cohérence et la permanence ;
- Ensuite, la coexistence de la contrainte juridique avec d'autres systèmes de contrainte propres à toute vie en société, les mœurs et la morale principalement, dès lors que la religion est juridiquement appréhendée à travers l'une ou l'autre de ces deux catégories.

De la première nécessité, il est un garant, la Doctrine. Il n'y a donc de création prétorienne légitime qu'autant qu'elle s'accompagne d'une réflexion doctrinale qui, en l'état du droit tel qu'il est, ses normes et leurs raisons d'être, ses dispositifs et son ordonnancement, explore sereinement les évolutions acceptables. La Doctrine donne à la Jurisprudence ce que les travaux préparatoires offre au législateur, un temps de réflexion pour construire au moins mal. Et l'expérience montre que les jurisprudences les moins fondées sont le plus souvent le fruit d'une impréparation.

De la coexistence du droit, des mœurs et de la morale, il y a lieu de déduire un second enseignement. Certaines contraintes vont de soi quand d'autres divisent. Lorsque le consensus est tel qu'en quelque sorte la norme s'impose de fait, à la manière d'une coutume, le juge est en situation d'adapter les textes à l'écoute de ce que lui souffle la société civile. Il est au reste idéalement placé à cet égard dès lors qu'il est au contact des situations réelles et se décide, dégagé des intentions politiques à l'origine des textes qu'il applique. Au contraire, lorsque la société se divise sur l'état du droit et plus généralement sur le règlement qu'appellent telle ou telle difficulté, que celle-ci concerne les retraites, le chômage, la religion, la filiation, etc., le juge doit se garder de toute audace. Il lui revient de ne pas innover et de laisser place au débat public.

Petit exercice : testez le caractère opératoire de ces considérations abstraites en raisonnant sur les trois exemples précités (le camion, le mariage et la GPA)

SECONDE PARTIE : LE CONTENU DU DROIT

74.- Cette seconde partie présente synthétiquement l'ensemble des matières que les études de droit permettent d'approfondir. Cette présentation répond à deux objectifs :
- Une vision structurée de l'ensemble afin que l'apprentissage ultérieur de chaque matière soit constitutif d'une partie d'un savoir plutôt que la simple acquisition d'un savoir-faire ;
- Une prise de conscience immédiate de la cohérence de l'ensemble, à telle enseigne que les juristes désignent souvent leur objet d'étude comme l' « ordre juridique », voire le « système juridique ». Ces expressions sont d'usage constant, spécialement en doctrine, où les auteurs écrivent volontiers « notre système (ou ordre) juridique » aux lieu et place de « notre droit ». Celui-ci n'est sans doute pas parfaitement ordonné, ni vraiment systématique et c'est tant mieux pour nos libertés. Pour autant et c'est ce qu'il y a lieu de découvrir sans tarder, un aperçu du contenu des éléments du droit (les normes, etc.) révèle que ceux-ci sont toujours en lien, plus ou moins ténu, avec quelques principes, en nombre finalement assez limités, qui les structurent et les agrègent.

Après une présentation des différentes branches du droit (**Titre 1**), le droit civil (**Titre 2**) donnera lieu à un exposé synthétique.

*

* *

TITRE I : LES BRANCHES DU DROIT

75.- Les branches sont en réalité les matières ou disciplines juridiques. L'expression de branche est comme celle de source, elle sent bon la nature, mais manque un peu de rigueur. Quoi qu'il en soit, l'expression est d'un usage constant et désigne *une matière dont l'autonomie relative tient aux principes qui la structurent* (ou, moins systématique, qui en permettent l'organisation rationnelle). L'autonomie est relative en ce sens que toutes les branches ont un même tronc, également des rameaux qui souvent s'entrelacent. L'analogie naturaliste n'est pas forcément la plus heureuse, mais enfin, elle permet de se faire une idée de ce dont on parle. Plus précisément, la relativité tient aux liens substantiels et intellectuels qui subsistent toujours entre des matières pourtant distinctes. Ce qui est assez vite perceptible aux premiers abords.

Notre ordre juridique est construit sur une *summa divisio*, expression latine qu'il faut savoir utiliser, et qui renvoie à la distinction la plus élevée. Il y a donc en premier lieu deux branches à distinguer, le droit public et le droit privé. La présentation de cette distinction (**section 1**) doit précéder celle des différentes subdivisions du droit privé (**section 2**).

*

SECTION 1 : LA DISTINCTION DU DROIT PUBLIC ET DU DROIT PRIVE

76.- Le sens de la distinction.

a.-Le *droit public*, en première approche, c'est un peu le droit de l'Etat. De ce dernier (l'Etat), le droit ne peut se passer dès lors qu'il est peu de choses sans le soutien de la contrainte étatique. Celle-ci exprime d'ailleurs partie de la souveraineté de l'Etat, puissance exclusive et sommitale. La France, comme la plupart des grandes démocraties du reste, est cependant un Etat de droit, ce dont il se déduit que la puissance étatique est elle-même soumise au droit et plus précisément à un ensemble de normes générales qui en encadrent l'exercice. Ainsi l'activité de l'Administration obéit-elle à un principe de légalité (v. *supra* n° 69). *Les normes ayant pour objet l'Etat, son organisation interne et ses rapports avec les personnes privées*, constituent la matière du droit public.

Le droit public comporte trois grandes parties :

- Au sommet, le droit constitutionnel dont les règles déterminent la forme politique de l'Etat et de son Gouvernement. Cette discipline permet ainsi de définir la légitimité, l'organisation et le contenu des « pouvoirs constitués » que sont l'exécutif et le législatif, auxquels il faut ajouter l' « Autorité judiciaire », qui n'est pas un « pouvoir ».
- Le droit administratif qui est le droit de l'Administration, au sens organique du terme (v. *supra* n° 57 et suivants), et qui, comme le droit public auquel il appartient, définit l'organisation interne de cette dernière et ses rapports avec les personnes privées. Le service public et la police administrative sont la matière

première du droit administratif. Mais le principal appelle de nombreux accessoires : des terrains sur lesquels exercer les services publics, d'où un domaine public, des personnels dédiés, d'où une fonction publique, des moyens, d'où des finances publiques (considérées d'ailleurs, par les publicistes, comme une branche partiellement autonome du droit public). Il s'ensuit qu'en quelque domaine qu'elle s'exerce, l'activité de l'Administration requiert des principes communs constitutifs du droit administratif général. L'Administration a aussi sa propre justice, l'ordre administratif, avec à sa tête le Conseil d'Etat, qui coexiste ainsi avec l'ordre judiciaire, que domine la Cour de cassation.

- Le droit international public ayant pour objet les rapports entre Etats et les organisations internationales.

b.- Le *droit privé* est en quelque sorte le droit de la société civile, c'est-à-dire le droit des individus, pour l'effectivité duquel l'Etat n'est jamais qu'une force d'appoint. Il est souvent écrit qu'il régit les relations entre les particuliers. Cette définition n'est pas rigoureusement exacte, pour au moins deux raisons :
- Le droit privé ne concerne pas seulement les particuliers et s'intéresse également aux professionnels, aux entreprises, aux associations et autres groupements ;
- Les relations ou rapports entre ces différentes entités ne sont pas non plus l'unique objet du droit privé. Un peu savamment, trop sans doute, on dit parfois que le droit a une fonction morale et sociale (la conscience et la prise en considération d'autrui), également une fonction anthropologique (l'être humain envisagé dans tous ses aspects). Plus concrètement, le droit privé porte sur ces relations, mais il définit aussi l'identité des individus à travers l'« *état des personnes* », qui comprend l'état civil (nom, domicile, sexe), la nationalité et auquel il y a lieu de rattacher également la filiation, l'état matrimonial (célibataire, marié, pacsé, en concubinage). Il leur donne encore des droits, qualifiés de fondamentaux pour procéder le plus souvent de textes de portée supralégislative (v. *supra* n° 7 et n° 45 et s.), et conçus abstraction faite des relations que les individus nouent entre eux (par ex., la liberté d'expression implique la liberté de dire ce que l'on pense, quelque désagrément que cela cause à autrui ; la liberté de dire ce qui ne fâche personne, ce n'est plus de la liberté, c'est de la grégarité).

Même si la proposition manque un peu de concision, il est donc plus exact de retenir que le droit privé est *le droit applicable aux personnes, particuliers et professionnels, individus et groupements, et qui a pour objet de définir leur identité et leurs droits ainsi que de régir leurs relations mutuelles*. En tout cas, c'est toujours mieux que de le définir comme le droit des relations entre particuliers, ce qui est réducteur, ou comme le droit des personnes privées, ce qui est tautologique.

77.- La justification de la distinction.

La distinction du droit public et du droit privé donne lieu à des critiques récurrentes. Certaines sont d'ordre technique, d'autres d'ordre politique.

a.- *Techniquement*, il est exactement exposé que la distinction pose le problème de la limite, plus exactement celle de son tracé. Il n'est pas sûr en effet que tous les éléments du droit trouvent aisément leur place en droit public ou en droit privé. Par exemple, que décider pour l'ensemble des règles qui déterminent la conduite d'un procès civil ? S'agit-il

de règles qui permettent la mise en œuvre du droit privé ou faut-il les considérer comme un dispositif d'organisation du service public de la justice ? Le même type de questionnement peut être formulé à propos du droit pénal dès lors que la sanction qui lui est attachée présente le trait caractéristique d'exprimer la souveraineté de l'Etat dans sa dimension la plus oppressive. En même temps, le droit pénal est moins le droit qui pose les conditions d'un enfermement légitime que celui qui, dans les rapports entre individus, énoncent les interdits sans lesquels il n'est pas de vie commune.

Ces questions ne sont pas vaines, mais leur intérêt pratique est assez faible. Là où l'incertitude théorique est permise, l'usage a permis de la dissoudre. La procédure civile (le droit du procès civil) est considérée comme faisant partie du droit privé, de même que le droit pénal y a toujours été rattaché. La raison en est probablement que ces matières intéressent en premier lieu la société civile et que l'Etat s'y invite comme point d'appui. Quoi qu'il en soit et en pratique, la répartition des matières entre le droit public et le droit privé ne suscite pas de difficultés majeures.

b.- *Politiquement*, la nécessité de la distinction est parfois mise en doute. Ainsi peut-il être soutenu, par l'effet d'un libéralisme somme toute un peu naïf, que dans un Etat de droit, il n'est pas normal que l'Etat se donne son propre droit. Si l'Etat est réellement « de droit », il doit se soumettre aux règles également applicables à l'ensemble des citoyens. La proposition peut se décliner de manière thématique, ce qui conduit à demander innocemment et par exemple, pourquoi les fonctionnaires échappent au code du travail et l'Administration au juge judiciaire.

Le particularisme du droit public a en France un double fondement :

- Le premier est institutionnel et il tient au fait que la Constitution, la norme hiérarchiquement la plus élevée, érige des « *pouvoirs constitués* », dont le pouvoir exécutif, et les sépare les uns des autres (c'est la thèse dite du Doyen VEDEL, éminent publiciste, qui après une carrière universitaire de premier plan, a été membre du Conseil constitutionnel dont il a fortement contribué à façonner la jurisprudence). L'effectivité de cette séparation requiert en conséquence un droit approprié et, *a minima*, un ordre juridictionnel spécifique. C'est un peu rigide, mais c'est en tout cas ce que pense le Conseil constitutionnel qui décide en ces termes que « *conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle* » (Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, cons. n° 15).
- Derrière l'argument d'autorité, le considérant laisse apparaître un fondement rationnel, lié à la nature de l'action administrative. Cette dernière permet d'exercer les « *prérogatives de puissance publique* » (on dit parfois « *privilèges* ») visées par le Conseil constitutionnel, c'est-à-dire l'aptitude de l'Administration, dépositaire de l'intérêt général, à prendre des décisions unilatérales et exécutoires. Qu'il y ait un droit public pour encadrer l'exercice de ces privilèges relève pour ainsi dire de la nécessité. Chacun peut en effet comprendre qu'un officier de police judiciaire ou un juge exercent un métier, mais que cependant, ce ne sont pas des salariés,

« comme tout le monde » et que l'exercice de leur mission requiert un statut spécifique. Il est sans doute moins évidemment nécessaire qu'il faille un juge spécifique, le juge administratif, dont la formation n'est pas la même que celle des magistrats de l'ordre judiciaire, pour connaître des particularismes de l'action administrative. Pour autant, la séparation des ordres de juridiction est une tradition française qui semble avoir la vigueur d'une coutume si puissante que le Conseil lui a reconnu la portée d'une norme constitutionnelle.

Il est probable que la place occupée par la juridiction administrative soit un puissant marqueur d'une identité française qui s'est toujours écrite au pluriel et trouve en l'Etat, l'unité qui lui manque. D'où la place de choix de celui-ci dans notre ordre juridique. Le juriste doit savoir s'effacer lorsque l'observation des faits le conduit à constater la ténacité de certains phénomènes. Il peut sans doute s'interroger sur le périmètre de ce Léviathan, aussi fédérateur soit-il. Mais alors, il se fait citoyen et prend part à un débat public, ouvert à tous les vents. Il n'a plus qualité pour parler en premier.

*

SECTION 2 : LES SUBDIVISIONS DU DROIT PRIVE

78.- Les subdivisions du droit privé sont nombreuses et il faut mettre un peu d'ordre. Les choix qui président au tri comportent une part d'arbitraire. Voici une présentation possible, qui d'ailleurs, sous une forme ou sous une autre, se retrouve dans d'autres introductions au droit privé.
Il y a tout d'abord, le droit dit « substantiel », composé de règles dites « de fond ». Il y a ensuite le droit répressif. Il y a enfin le droit des procédures. Ces expressions sont d'un usage constant et pourtant, aucune ne va de soi. Certes, les juristes savent à peu près ce qu'il y a lieu de ranger dans chacune de ces divisions. La conceptualisation est plus délicate et plus discutée. Il n'est pas sûr qu'il en faille trop et, au risque de la simplification, toujours réductrice, mieux vaut partir avec les idées claires. On retiendra que :

- Le droit substantiel se compose de l'ensemble des règles de fond dont l'observation peut justifier le prononcé de sanctions civiles ;
- Le droit répressif comprend l'ensemble des règles qui définissent les comportements (les infractions) recevant des sanctions pénales et assimilées (le Conseil constitutionnel parle de « *sanctions ayant le caractère d'une punition* ») ;
- La définition du droit des procédures est une affaire plus sensible compte tenu des évolutions du droit contemporain ; sauf à la nuancer le moment venu, on retiendra qu'il énonce les règles déterminant les processus permettant le prononcé de sanctions civiles ou pénales et assimilées. On dit parfois, ce qui revient au même et appelle les mêmes nuances, que le droit des procédures est le droit ayant pour objet la mise en œuvre du droit substantiel et du droit répressif.

§ 1.- LE DROIT SUBSTANTIEL

79.- Si le droit substantiel est celui dont le respect justifie le prononcé de sanctions civiles, il est tentant, en première analyse, de l'assimiler au droit civil. Pour autant, le droit privé est plus riche que le droit civil. On y trouve le droit des affaires, le droit social, le droit de la consommation, etc. et compte tenu de la diversité des matières, il faut une clé pour s'y retrouver. Considérons, c'est l'usage, que le droit civil est premier et que les autres divisions du droit privé se sont constituées par la voie d'un éloignement, sinon d'une séparation. Un exemple simple pour comprendre. En 1804, le Code civil consacre en tout et pour tout deux articles au contrat de travail désigné comme « *le louage des Domestiques et des Ouvriers* ». Aujourd'hui, les relations de travail font l'objet d'une réglementation spécifique contenue dans un code du même nom et d'une densité certaine. Intuitivement, chacun peut comprendre que le droit du travail n'est pas une simple subdivision du droit civil. C'est autre chose. En même temps, ce code s'est constitué sur les insuffisances du droit civil. Il a fallu s'écarter des principes du droit civil pour imposer un certain équilibre dans la relation de travail. C'est dans cet esprit qu'il y a lieu d'ordonner la matière qu'offre le droit privé. Ses différentes subdivisions se distinguent par le rapport qu'elles entretiennent avec le droit civil.

80.- Le droit civil.

Le droit civil est de première importance du fait de la forme en laquelle il se présente. Sa codification en 1804 correspond à une séquence historique qui voit la séparation du droit et de la politique. Par sa mise en forme, le code a incarné l'acte volontaire par lequel le peuple s'est donné sa propre tradition et a ainsi implicitement posé un principe de pérennité, et non d'immutabilité, de ses règles communes. Le code civil fait aussi fonction de pacte social, par son contenu et son esprit.

a.- ***Le contenu*** du code civil fera l'objet d'un exposé plus circonstancié dans le titre deux. Dès à présent, il importe d'en saisir les axes majeurs. Les civilistes (les juristes qui font du droit civil) sont des esprits raisonnables et lorsqu'ils considèrent les individus vivant en société, ils retiennent que les deux thèmes majeurs à traiter sont les personnes et leurs biens. D'où les deux premiers livres du code, le premier intitulé « *Des personnes* », le second « *Des biens et des différentes modifications de la propriété* ». Au moins dans l'esprit, le troisième livre est un prolongement du deuxième dès lors qu'il s'intitule « *Des différentes manières dont on acquiert la propriété* ». Le plan d'exposition du code, adopté en 1804, n'a pas varié depuis lors.

Débuter le code par *le traitement des personnes*, c'est poser qu'elles sont bien le premier objet des règles de droit civil. Les lois sont faites pour les hommes et non l'inverse. Le code civil ne commence d'ailleurs ni par une série d'interdits ou d'obligations. Il pose le principe d'une aptitude des individus à être titulaires de droits et les considère donc comme des *sujet de droits*. Parmi ces derniers, certains sont en quelque sorte acquis d'avance, comme le droit au respect de sa vie privée, que pose l'article 9 du code civil. Pour d'autres, l'inné ne suffit pas, il faut de l'acquis ; ainsi du droit de propriété que consacre l'article 544 du Code civil. L'être humain entre en conséquence en société muni de droits et surtout, d'une aptitude à en devenir titulaire. L'observation est à mettre en lien avec

l'absence d'unilatéralisme qui prévaut entre personnes privées (v. *supra* n° 70 et 71). Le principe est en effet qu'aucun individu ne peut imposer sa volonté à un autre. L'individu n'a pas de souveraineté sur son semblable. Ce qui signifie de surcroît que les droits dont nous sommes titulaires sont opposables à tous. En effet, l'interdiction de l'unilatéralisme oblige tout un chacun au respect des droits d'autrui. La titularité d'un droit implique son opposabilité aux tiers, priés de n'y point porter atteinte. Les droits des individus sont habituellement désignés comme les *droits subjectifs*, terme commode techniquement que l'on oppose au droit objectif, compris comme l'ensemble des normes générales d'où procèdent les droits de chacun. La notion de droit subjectif donnait traditionnellement lieu à d'intenses débats doctrinaux. Le propos mériterait d'être étayé, mais il n'est pas sûr que ces derniers présentent de nos jours la même actualité. Retenons simplement que les droits subjectifs sont les droits dont chaque individu peut être titulaire. Un droit subjectif, c'est un droit du sujet.

Le Code civil distingue également dès les articles 7 et 8, les *droits politiques* des *droits civils*. Les premiers sont ceux du citoyen qui concourent à la vie publique selon les règles fixées par la Constitution, essentiellement dans la limite ainsi fixée par l'article 3, ainsi rédigé : « *la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum* ». Les droits civils sont les droits subjectifs dont l'utilité se mesure à l'aune de l'individu et se fait ressentir en-dehors du périmètre de la vie publique. Le code civil fait ainsi descendre la séparation de l'Etat et de la société civile au niveau du sujet. Soit dit en passant, cette distinction produit ce que Montesquieu désigne comme l' « *effet de la liberté* ». Le citoyen et l'individu sont juridiquement divisés, mais ne forment somme toute qu'une seule personne. Nous ne sommes pas à une contradiction près et il n'est pas rare que la volonté du citoyen heurte les aspirations de l'individu. Le premier réclamait plus de services publics quand le second voudrait désormais payer moins d'impôts, ces derniers grevant son aptitude à jouir de ses droits civils. Il s'ensuit un principe de modération dans l'expression des volontés politiques. La séparation de l'homme et du citoyen, des droits civils et des droits politiques, protège ainsi le peuple de ses propres excès.

Le droit civil introduit également la notion d'*état des personnes*. Elle est à la fois simple et en même temps très abstraite. Elle renvoie à la situation des individus par rapport à autrui, ce qu'ils sont en considération du fait qu'ils ne sont pas seuls au monde, en tout cas en société. Le nom, l'adresse et le sexe font ainsi partie de l'état des personnes et il n'est pas interdit d'y ajouter d'autres éléments comme la nationalité, la filiation, la situation matrimoniale (célibataire, marié, pacsé, concubin), voire la profession qui déterminent la « condition » ou le « statut » juridique de la personne en société. Il est certain que ces différentes manifestations de l'état des personnes conditionnent l'attribution de droits. Par exemple, le fait d'être français ou étranger n'est pas sans incidence sur la distribution des droits politiques et même, pour certains (plus beaucoup) des droits civils. Mais cet « être au monde » que tente de cerner l'état des personnes se suffit à lui-même et n'est pas seulement le point d'appui d'autres règles posant des droits et des obligations en considération de cet état. Le droit civil intègre cette donnée sociologique que le rapport à autrui présuppose qu'en premier lieu, nous nous situions les uns par rapport aux autres. Qui, dans telle ou telle activité récréative, d'où la juridicité semble si lointaine, n'a pas éprouvé à un moment ou un autre le besoin de demander à son partenaire de jeu qui il est, d'où il vient, ce qu'il fait…

Le code civil poursuit le livre un dédié aux personnes par deux autres livres relatifs *aux biens et à la propriété*. Les intitulés sont un peu réducteurs dans la mesure où, spécialement dans le livre trois, bien d'autres thèmes affleurent, tout spécialement les contrats et la responsabilité. Il faut comprendre qu'après avoir considéré la personne, le droit civil se préoccupe de son patrimoine, c'est-à-dire, en première approche, de tout ce qui est évaluable en unité monétaire (en argent, dans le langage courant). Tout se passe comme si les sujets de droits que sont les personnes portaient une hotte invisible, structurée comme un bilan, avec d'un côté des actifs composés de biens, de l'autre un passif, chargé de dettes.

b.- L'esprit du code civil, au moins celui de 1804, se laisse somme toute assez bien appréhendé en référence à la devise républicaine : liberté, égalité fraternité. On dit souvent que le code civil marque le triomphe de l'individualisme libéral. La réalité est plus nuancée.

La *liberté* individuelle est l'une des matrices du code civil. « *En général, les hommes doivent pouvoir traiter librement sur tout ce qui les intéresse* », écrit Portalis dans le Discours préliminaire au Code civil. C'est la liberté qui justifie, notamment et encore que selon l'article 1780 du code civil, dans sa version de 1804, comme dans celle d'aujourd'hui, qu'on ne puisse « *engager ses services qu'à temps* ». Nul ne peut être personnellement et indéfiniment engagé à l'égard d'autrui et, dans la société du code civil, il n'y a donc pas de place pour une condition servile, cette dernière serait-elle consentie. Un point important est le caractère *individuel* de cette liberté. Etre libre, au sens du droit civil, ce n'est pas seulement échapper à l'emprise d'autrui et de la puissance publique, c'est aussi l'être individuellement, sans être tributaire de son appartenance à quelque groupe que ce soit. La Révolution est passée par là et les corporations ne sont plus (Décret d'Allarde du 2 mars 1791 et loi Le Chapelier des 14 et 17 juin de la même année). La liberté individuelle sous-entend ainsi que le sujet de droits est exclusivement un individu. Les groupes n'ont pas d'existence juridique. Parce que les règles du droit civil sont générales et abstraites et qu'elles ont en quelque sorte le sujet pour matière première, elles dressent le portrait de l'individu sur le même mode. L'homme du code civil est un être idéal qui présente en principe deux qualités :

- Il est rationnel et dispose d'un libre arbitre dont l'exercice, par des actes de volonté, produit des effets de droit pourvu que le consentement ait été libre et éclairé ; s'il y a eu contrainte ou tromperie, il n'y a de fait pas de vrai consentement ; c'est ce libre arbitre qui rend chaque individu responsable de ses fautes, quand bien même le dommage subi n'entrait pas dans les intentions de qui l'a causé ;
- Il est raisonnable en ce sens qu'il est industrieux sans être téméraire ; il travaille, mais ne prend pas de risques inutiles et c'est en tout cas ce qu'on lui demande d'être lorsqu'il est appelé à administrer les affaires d'autrui (par ex., le tuteur qui s'occupe d'un incapable), lorsqu'on ne sait trop ce que ce dernier voudrait s'il était en mesure de décider ; lorsqu'on ne sait pas, on présume ainsi une norme, celle dite de *l'homme raisonnable*, ou encode disait-on autrefois (on le dit encore) du *bon père de famille*.

L'égalité est le second trait qui caractérise l'esprit du droit civil. Elle implique l'abstraction et la généralité de la règle comme le principe qu'entre personnes privées et au moins en principe, il n'y a pas de place pour l'unilatéralisme (v. *supra* n° 71). C'est une égalité *de*

droit et le droit civil, en 1804 comme aujourd'hui, n'a pas d'égards pour l'égalité de fait, cette dernière au demeurant plus souvent perçue à travers le prisme de l'inégalité. Ce point ne fait aucun doute. Alors que Portalis présente le chapitre du Code civil relatif au droit de propriété, il répond en ces termes à ceux (déjà nombreux) qui « *regardent la division des patrimoines comme la source des querelles, des inégalités et des injustices qui ont affligé l'humanité* » (Fenet, T. XI, p. 115) : « *on aurait tort de craindre les abus de la richesse et des différences sociales qui peuvent exister entre les hommes* ». Il ajoute plus loin : « *n'aspirons donc pas à être plus humains que la nature ni plus sages que la nécessité* » (*op. cit.* p. 116). Le point n'est pas de savoir si Portalis a tort ou raison. Il est simplement de noter qu'aux yeux des rédacteurs du code civil, la question des inégalités de fait et plus généralement celle des différences sociales n'ont pas lieu d'être réglées en droit civil. Un pacte social n'est pas un remède à l'inégalité, dit en quelque sorte Portalis. Même s'il ne le dit pas, rien n'interdit d'en traiter, mais ailleurs qu'en droit civil.

Plus discrète, la *fraternité* trouve néanmoins logement dans notre droit civil. Celle-ci a aujourd'hui valeur constitutionnelle et le Conseil constitutionnel a d'ailleurs récemment décidé qu'« *il découle du principe de fraternité la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national* » (v. décision n° 2018-770 DC du 6 septembre 2018, pt 104). Cette conception moderne de la fraternité est un écho lointain d'un principe de solidarité qui, à l'état implicite, irrigue depuis toujours le droit civil. Toujours dans les travaux préparatoires au code civil, Portalis prononce contre le jeu et le pari les mots suivants, qui ont tous les aspects d'une diatribe : « *on ne peut être heureux au jeu que de l'infortune des autres ; tout sentiment naturel entre joueurs est étouffé, tout <u>lien social</u> est rompu. Un joueur forme le vœu inhumain et impie de prospérer aux dépens de ses semblables ; il est réduit à maudire le bien qui leur arrive, et à ne se complaire que dans leur ruine* ». C'est un peu rude et il n'est pas sûr que tous les turfistes forment des vœux « *inhumains et impies* ». Mais le texte en dit long des attentes civilistes. Il faut qu'entre individus, les relations créent du lien, c'est-à-dire une forme de solidarité par laquelle chacun prend conscience de son besoin d'autrui. Portalis écrit ainsi des hommes en société que « *leurs besoins les rapprochent ; leurs contrats se multiplient autant que leurs besoins.* ». En droit civil, on contracte, moins pour faire du commerce, qu'en priorité, par conscience des besoins mutuels (l'agriculteur achète ses outils chez l'artisan tandis que le second achète son blé chez le premier). D'où d'ailleurs l'importance du principe de bonne foi dans les relations contractuelles, donc volontaires, ainsi que du souci que celles-ci procèdent d'un équilibre minimum. La fraternité prend ainsi le visage de la solidarité et conduit le droit civil à valoriser la communauté de besoins et d'intérêts que sont censées consolider les relations entre individus.

81.- L'éloignement du droit civil.

Trois matières, importantes en pratique, paraissent comme un prolongement du droit civil : *le droit de l'immobilier*, le *droit des assurances* et le *droit de la consommation*. Il est certain que la connaissance du droit civil, spécialement de la partie relevant des livres deux et trois du code, est un préalable nécessaire à l'apprentissage de ces matières. Pour autant, elles ne sont plus considérées comme une partie du droit civil. Le droit des assurances et le droit de la consommation ont d'ailleurs leur propre code et il existe au reste un code de l'urbanisme, même si ce dernier ne recouvre pas, loin s'en faut, tout ce

qui intéresse l'activité immobilière. Ces matières se sont éloignées du droit civil pour intégrer des considérations à distance de celles qui marquent l'esprit du droit civil.

Le développement de l'immobilier dans un contexte d'urbanisation constante ne peut s'accommoder d'une législation dont le jeton de référence est l'individu. A lui tout seul, ce dernier n'est pas en mesure de construire une ville. Il faut des hommes de métier, des structures et des entreprises adaptées. En ville également, les individus ne vivent pas seuls. Ils sont le plus souvent en copropriété et de toute façon, la question du voisinage ne se traite pas comme en milieu rural. Pour dire les choses familièrement et sur un mode un peu pessimiste, plus on est les uns sur les autres, moins on a envie de vivre les uns avec les autres…

La consommation de masse introduit une anonymisation des rapports contractuels. Le consommateur ne connaît pas le plus souvent qui a fait l'objet qu'il achète. Le propos doit être moins tranché dans le domaine des services. Il est encore d'usage d'avoir « son » coiffeur ou « son » plombier. On ne peut cependant en dire autant des services en ligne. La distance est telle entre le professionnel et le consommateur qu'il devient quelque peu irréaliste de les considérer exactement de la même manière. L'égalité en droit prend les allures d'une fiction, si considérable que des aménagements sont nécessaires. D'où un droit de la consommation pour tempérer les conséquences inéluctables de l'écart que notre modernité creuse entre le producteur et le consommateur. Parmi ces conséquences :

- Les asymétries d'information caractérisées par le fait que sur les produits ou les services offerts aux consommateurs, ces derniers en savent toujours moins que les professionnels ; d'où des obligations d'information spécifiques pesant sur ces derniers ;
- La disparité des attentes entre, d'un côté, des « consommables » standardisés, de l'autre, des besoins appréciés à l'échelle des individus (en termes plus simples, une offre en « prêt-à-porter » faite à qui attend du « sur mesure ») ; d'où un droit au « repentir » et les nombreuses facultés de rétractation offertes au consommateur qui regrette son engagement ;
- Des puissances économiques incomparables qui appellent une protection spécifique du consommateur et un adoucissement du rapport qui s'instaure entre une partie forte et une partie faible ; ainsi de la lutte contre les clauses abusives que les professionnels peuvent être tentés d'inclure dans les conditions générales de leurs contrats, d'autant plus aisément que les consommateurs ne les lisent pas, ainsi des procédures de surendettement qui permettent aux particuliers d'opposer les nécessités d'un bien-être minimum aux créanciers (essentiellement les banquiers) qui les poursuivent.

Tous ces dispositifs ne sont pas à l'exact aplomb du code civil. Ils intègrent l'inégalité de fait comme une donnée dont il y a lieu de tenir compte et c'est ainsi que le droit de la consommation prend ses distances avec le droit civil.

Le monde moderne fait aussi prendre conscience aux individus que d'immenses progrès engendrent d'immenses catastrophes. Certes, il est de toujours que de temps à autre, le ciel nous tombe sur la tête (les tempêtes, les canicules) ou la terre nous glisse sous les pieds (tremblements de terre, inondations). Mais il arrive une époque où il semble à l'homme qu'il a probablement sa part (c'est l'une des thèses de F. Ewald développées dans *l'Etat providence*, Grasset 1986). Sans doute les désastres qu'il subit ne sont-ils pas de sa faute, mais il prend conscience d'une forme de responsabilité, au moins dans l'étendue des

préjudices. L'humanité n'a d'ailleurs pas attendu le réchauffement climatique pour s'en rendre compte. L'expérience amère de cette déconvenue date des grands incendies qui, dès le XVIIème siècle (par ex. Londres en 1666), ravagent en quelques jours les premières grandes cités. Généralement, l'incendie se déclare en période de sécheresse et l'homme est pour peu de choses dans le départ de feu. Simplement, les maisons sont en bois et leur concentration est le fait du développement de l'urbanisation. Celle-ci porte les promesses de l'époque cependant qu'elle crée de nouvelles vulnérabilités. Tel est le contexte dans lequel se développe la technique assurancielle dont le premier produit n'est jamais que l'assurance incendie (pour l'assurance terrestre). Le principe est simple : les individus se réunissent aux fins de mutualiser les risques auxquels ils sont communément exposés. Chaque membre de la communauté cotise un peu aux fins de permettre une indemnisation correcte des quelques uns qui, un jour ou l'autre, subiront tel ou tel risque (quand le risque se réalise, on parle de sinistre). La mutualisation traduit une forme de solidarité, mais cette dernière n'est pas celle que promeut le code civil et qui reste à l'échelle d'un rapport entre deux individus. L'assurance ne peut fonctionner qu'à la condition de constituer un groupe, une mutualité, entre des individus qui, d'ailleurs et le plus souvent, ignorent tout les uns des autres et qui ont exclusivement en partage, une commune exposition à un même risque. Ce n'est plus le besoin d'autrui que révèle l'assurance, mais la nécessité du groupe. Contrairement à un contrat de vente, un contrat d'assurance est sans existence à l'état isolé. C'est par accumulation et constitution d'une mutualité, appelée à être administrée par une entreprise d'assurance, qu'il prend quelque consistance. Nous sommes bien loin des solidarités civilistes.

82.- La séparation du droit civil

Deux subdivisions du droit privé sont emblématiques à cet égard : le droit commercial, plutôt appelé aujourd'hui droit des affaires, et le droit social.

a.- Sur le ***droit des affaires***, le propos peut surprendre, légitimement du reste, dès lors que le contrat constitue la technique de base des échanges commerciaux et que son régime est défini par le code civil, ce dernier s'appliquant en principe et à cet égard en toute occurrence, sans distinction selon que le contrat relève ou non de la pratique des affaires. Par ailleurs, les sociétés commerciales sont aussi attachées à leurs biens que les particuliers ne le sont à leurs propriétés et c'est bien l'article 544 du code civil qui donne une valeur à cet attachement. Il faut donc bien comprendre le sens du propos. Il ne fait aucun doute que le droit civil, pour la partie relative au patrimoine, s'applique au commerce. D'ailleurs, en pratique, un bon commercialiste (un spécialiste de droit des affaires et on dit commercialiste, pas « affairiste », sinon, çà veut dire autre chose) est toujours un bon civiliste (i.e. un spécialiste de droit civil). Simplement, le commerce fait l'objet d'un nombre important de règles qui s'ajoutent au règles issues du droit civil, voire les prennent à rebours. Elles constituent une discipline spécifique qui a d'ailleurs son propre code et dont le particularisme réside précisément dans le fait qu'elle a pour objet une activité dont l'épanouissement échappe à l'esprit du droit civil.

Historiquement, il faut d'abord mesurer que les rédacteurs du code civil n'ont jamais voulu faire de place à l'activité commerciale. C'est un lieu commun des travaux préparatoires. Petit florilège :

- Portalis (Fenet, tome XIV, p. 537) expose tous les bienfaits de deux contrats, l'assurance maritime (autre chose que l'assurance terrestre) et le « prêt à la grosse aventure » (l'ancêtre du capital risque qui permet le financement des « start-up ») pour le développement « *des grandes entreprises commerciales* » ; puis il ajoute sans trembler : « *ce n'est sans doute pas le moment de développer les règles relatives au contrat d'assurance et au prêt à la grosse aventure. Ces deux contrats demeurent étrangers au Code civil.* »
- Treilhard (Fenet, T. XIV, p. 394), une voix qui compte lors des travaux préparatoires, présente en ces termes le contrat de société, a priori le plus approprié pour développer une activité commerciale : « *enfin, il se forme tous les jours des sociétés de commerce : régies par les lois et les usages de cette matière, elles peuvent être soumises aux règles générales de la société ; mais elles ont aussi leurs règles particulières et n'entrent pas dans le plan du titre dont vous allez vous occuper* ».

Il n'y a donc guère de doute sur le fait qu'en 1804, le particularisme du droit commercial a vocation à se manifester en-dehors du droit civil. Les spécificités du commerce « *n'entrent pas dans le plan* » du code et elles sont en quelque sorte hors sujet. C'est encore vrai aujourd'hui dès lors que le développement du droit des affaires s'est principalement réalisé à côté du droit civil.

La raison de cette séparation, en tout cas de cette coexistence, à défaut de confusion, tient au fait que le commerce est marqué par l'esprit de spéculation (au sens propre, rien de péjoratif !) et qui est objectivement l'exact contraire de l'esprit de solidarité dont le droit civil assure la promotion. On dit parfois du commerçant qu'à la différence du consommateur, il achète, non pour lui, mais essentiellement pour revendre. Ce n'est pas faux, juste un peu réducteur dès lors que l'« *import-export* » n'est pas tout le commerce, en tout cas toute l'activité entrepreneuriale. La proposition présente pour autant l'immense mérite de faire comprendre que l'entreprise et le commerce se construisent sur une logique d'investissement (ce que l'auteur commercialiste P. Didier a le plus clairement mis en évidence, in *Droit commercial*, tome 1, 3ème éd. P.U.F. 1999, p. 121/122) de telle sorte que, pour reprendre une formule de Marx, que rappelait volontiers Braudel (in *Les jeux de l'échange*, p. 46), l'investisseur accepte de ne « *se séparer de son argent qu'avec l'arrière-pensée de le rattraper* ». Plus précisément, *L'acte d'investissement*, qui fait le sel de l'activité commerciale, peut être défini comme l'acte par lequel un individu *immobilise* un actif, en général du numéraire, en vue d'obtenir un *accroissement*, au moins en valeur, de celui-ci (çà, c'est de moi ;—), *L'acte d'investissement*, in *Les concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ, 2010 et c'est en accès libre sur le portail HAL ; à ne pas lire, trop compliqué pour le moment). De la sorte, lorsqu'en bout de chaîne, l'entreprise commercialise ses produits, sa priorité n'est plus le lien créé avec le client (même s'il vaut mieux le cultiver en délivrant des produits de qualité), mais le retour sur investissement. Il faut espérer que les gains réalisés par l'ensemble des ventes permettent le dépassement de la dépense initialement faite, dit en terme gestionnaire, que le chiffre d'affaires permette de passer au-dessus du point de mort (le montant des dépenses incompressibles pour conduire l'activité de l'entreprise) et de dégager une rentabilité du capital investi. On peut dire les choses ainsi : le droit des affaires saisit le lien du droit civil, mais pour en faire du bien, comme du mien.

En un mot, les techniques juridiques qui sont la base de la pratique des affaires sont dans le code civil, mais cette dernière s'en sert dans un esprit différent. Il s'ensuit des règles

spécifiques qui constituent le droit des affaires et qui lui-même se subdivise de la manière suivante :

- Le *droit commercial général* dont le principal objet est en quelque sorte de poser le particularisme de l'activité marchande en définissant le statut du commerçant et le régime applicable à ce que les juristes appellent le fonds de commerce, c'est-à-dire l'ensemble des éléments que le commerçant affecte à son activité, d'une certaine manière, l'ensemble des investissements pour permettre la réussite de l'entreprise ;
- Le *droit des sociétés* dès lors que le commerce et l'industrie, s'ils prennent un peu d'ampleur, se développent en entreprise, donc sous la forme de groupement, dont il faut structurer l'organisation et qu'au demeurant, l'esprit de spéculation, est plus le propre de la grande entreprise que de la petite. Le boulanger s'efforce de vendre son pain et d'en tirer un revenu convenable, l'actionnaire d'une entreprise industrielle apporte des fonds et attend un retour sur investissement.
- Le *droit de la concurrence* dont l'objet est à la fois d'imposer une loyauté des pratiques entre des acteurs qui œuvrent par principe à leur propre croissance et pour lesquels la « conscience d'autrui » n'est pas la priorité ; également de veiller à ce que la concurrence demeure en toute occurrence (d'où la sanction des ententes et le contrôle des concentrations), observation étant faite que la volonté de croissance d'un entrepreneur produit des effets d'autant plus sains qu'elle est sans cesse à l'épreuve d'une volonté de même nature ; la réalité de la concurrence est au monde des affaires, ce que la séparation des pouvoirs est au gouvernement de la République.
- Le droit du financement, qui comprend *le droit bancaire* et *le droit des marchés financiers*, et réglemente les processus par lesquels les entreprises trouvent les financements (emprunts, levée de fonds sur les marchés) nécessaires à leur activité.
- Enfin, le *droit des entreprises en difficulté* dont le principal objet est de prévenir et de traiter l'insolvabilité (en gros, l'impossibilité de payer ses dettes)des commerçants, qu'ils exercent à titre individuel ou en société ; l'esprit de spéculation implique la prise de risque de sorte que l'échec est toujours possible et qu'il y a lieu de le considérer comme une éventualité raisonnable ; il faut donc anticiper cette situation et poser des règles qui respectent un subtil équilibre entre les créanciers impayés, également, toutes les parties prenantes, au premier rang desquels les salariés de l'entreprise.

b.- Ce qui conduit tout naturellement à évoquer le ***droit social***, lui-même subdivisé en *droit du travail* et *droit de la protection sociale*.

Le droit du travail, en tout cas celui dont le contenu se trouve exposé dans le code du travail, s'applique à l'activité professionnelle salariée. Les travailleurs indépendants relèvent du droit civil ou/et du droit des affaires si leur activité est commerciale. La spécificité du travail salarié est que celui-ci s'exécute dans des conditions subordonnées. La Cour de cassation l'a encore récemment et vigoureusement rappelé, « *l'existence d'une relation de travail dépend (…) des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs ; que le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné* » (Cass. soc. 38 novembre 2018, Pourvoi n° 17-20.079, Publié au Bulletin). Le droit civil trouve donc

rapidement sa limite dès lors que l'égalité de droit qui l'inspire est prise à revers par la subordination du salarié, laquelle est au principe de la relation de travail. Cette situation est acceptable dans la mesure où la subordination du salarié n'a pas pour raison d'être de substituer une servilité d'un autre âge. Elle s'explique par les nécessités de l'organisation collective que requiert la marche d'une entreprise dans laquelle le salarié s'intègre. Au reste, le pouvoir de l'employeur tient au besoin d'administration (au sens fonctionnel) du groupement qu'est l'entreprise. Il n'en reste pas moins que ce déséquilibre structurel propre à la relation de travail justifie un encadrement dont la logique est la suivante :

- A l'échelle de l'individu, la relation de travail doit permettre une saine articulation entre le pouvoir de direction de l'employeur et le respect de la personne du salarié ; ce qui signifie au moins deux choses : le pouvoir de direction s'exerce au détriment du salarié dans les limites qu'imposent les nécessités de l'entreprise (par ex., on peut licencier un salarié en raison de son insuffisance professionnelle, pas pour des raisons subjectives) ;
- A l'échelle de la collectivité des salariés, que ce soit au niveau de l'entreprise ou de la branche professionnelle (métallurgie, banque, tourisme, etc.), ou encore à un niveau interprofessionnel, il revient aux partenaires sociaux (syndicats de salariés d'un côté, représentants des employeurs de l'autre) de négocier les règles applicables aux relations individuelles de travail ; les rapports collectifs du travail permettent ainsi de compenser la situation d'infériorité individuelle du salarié.

Le droit de la protection sociale constitue la seconde subdivision du droit social. Son objet est de permettre la couverture des risques sociaux. Ceux-ci s'entendent de risques auxquels chaque individu est exposé et dont la survenance est de nature à affecter leur participation à la vie en société. Ce sont principalement la maladie, le chômage, les incapacités de travail et les invalidités, la vieillesse et le décès. Comme nous sommes tous concernés et inégalement armés à cet égard, le droit français a fait le choix d'un système de protection solidaire dont la vigueur a été affirmée au lendemain de la seconde guerre mondiale. L'article 11 du Préambule de la Constitution de 1946 proclame ainsi que la Nation « *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence.* ». La mise en œuvre de cette protection est principalement assurée par les règles qui forment la matière du code de la sécurité sociale dont le premier article (L. 111-1) est ainsi rédigé :

> « *La sécurité sociale est fondée sur le principe de <u>solidarité nationale</u>.*
> *Elle assure, pour toute personne travaillant ou résidant en France de façon stable et régulière, la couverture des charges de maladie, de maternité et de paternité ainsi que des charges de famille.*
> *Elle garantit les travailleurs contre les risques de toute nature susceptibles de réduire ou de supprimer leurs revenus. Cette garantie s'exerce par l'affiliation des intéressés à un ou plusieurs régimes obligatoires.*
> *Elle assure la prise en charge des frais de santé, le service des prestations d'assurance sociale, notamment des allocations vieillesse, le service des prestations d'accidents du travail et de maladies professionnelles ainsi que le service des prestations familiales dans le cadre du présent code, sous réserve des stipulations des conventions internationales et des dispositions des règlements européens.* »

Le droit de la protection sociale prospère à bonne distance du droit civil. De fait, la solidarité nationale qui en constitue le principe structurant n'a pas grand rapport avec la solidarité que le code civil promeut entre deux individus que rapprochent leurs besoins mutuels. C'est une solidarité de groupe dont il est question en ce sens que la communauté nationale s'engage à l'égard de chacun de ses membres. Il importe ici d'observer que la solidarité nationale diverge d'avec la mutualité, au principe du fonctionnement de l'assurance. L'une et l'autre ont en partage de compter sur le groupe pour porter assistance à l'un ou l'autre de ses membres. Pour autant, leur principe de fonctionnement n'est pas le même :

- La mutualité impose à chacun de ses membres une contribution (la cotisation ou la prime d'assurance, les termes sont synonymes) calculée en considération de son exposition au risque ; en conséquence et par exemple, le propriétaire d'un chalet en bois à la montagne équipé d'une chaudière au fuel paiera son assurance incendie plus cher que le propriétaire d'un appartement moderne, construit en béton et dont l'unique source d'énergie est l'électricité ;
- La solidarité nationale part de l'idée qu'un tel dispositif serait inéquitable dès lors qu'il serait appliqué à des risques auxquels notre condition humaine nous expose uniformément et cependant dans des conditions inégales ; la solidarité nationale est exclusive de l'idée que la personne atteinte d'une affection chronique paie plus cher son assurance maladie qu'un individu bien portant. Il s'ensuit que la solidarité nationale implique que chacun contribue au système de protection sociale à proportion de ses facultés respectives, concrètement, en pourcentage de ses revenus (en gros, à peu près 25 %).

83.- L'articulation des droits substantiels

Lorsqu'un professionnel du droit s'interroge sur la règle applicable à telle ou telle situation, il lui revient d'identifier la matière dans laquelle il est susceptible de la trouver. Par exemple, si son avis est sollicité par deux personnes qui souhaitent former une société pour créer une entreprise, il ira a priori chercher dans le code de commerce les règles applicables. Sauf qu'il existe également des règles applicables aux sociétés dans le code civil. Cet exemple simple met en évidence la nécessité de prévoir des mécanismes permettant l'articulation des différentes disciplines relevant du droit substantiel.

La première hypothèse à envisager est celle dans laquelle il n'existe aucune règle applicable ou, du moins, tel semble être le cas en première apparence. Par exemple, un particulier ne paie pas régulièrement son abonnement à un opérateur de téléphonie mobile, lequel, en conséquence, prend la décision de mettre un terme à l'abonnement. Le particulier tente de plaider l'utilité de ce dernier (accès à ses comptes bancaires et à ses multiples autres abonnements, par ex.) et s'interroge sur la régularité de la décision prise par l'opérateur. En première approche, on peut considérer qu'il s'agit d'un contrat conclu entre un consommateur et un professionnel et chercher dans le code de la consommation s'il existe une règle applicable à l'hypothèse envisagée. Il existe dans ce code des règles applicables aux « *contrats de services de communications électroniques* » (v. art. L. 224-26 et s.), mais aucune d'entre elles ne vise l'hypothèse de la résiliation (la fin) du contrat par l'opérateur en raison du défaut de paiement du consommateur abonné. Il faut en ce cas *faire application du droit civil*, qui, dans les relations de droit privé, a *valeur de droit commun*.

Cela signifie que le droit civil a une *vocation universelle* ou générale, en ce sens que toutes ses règles ont vocation à s'appliquer en toutes matières dès lors que leurs conditions d'application sont réunies. Par exemple, l'article 1240 du code civil qui pose le principe de la responsabilité pour faute s'applique en toutes circonstances, que l'auteur de la faute soit un particulier ou une entreprise commerciale. Il s'ensuit qu'à défaut de règle applicable dans la matière dont relève la situation examinée (dans l'exemple choisi, le droit de la consommation), le droit civil a toujours une *vocation subsidiaire*. Et il se trouve qu'en droit civil, le prestataire d'un service qui n'est pas réglé de ce dernier peut unilatéralement décider de mettre un terme à ses prestations.

Le caractère de droit commun qui s'attache au droit civil amène à examiner *une seconde hypothèse*, probablement la plus fréquente en pratique. Il s'agit de celle où *plusieurs règles*, issues de différentes subdivisions du droit privé, *sont applicables à une même situation*. La question délicate est celle de savoir si, en quelque sorte, l'une chasse l'autre ou s'il y a lieu, au contraire, de prévoir une application cumulative de ces différentes règles. A cette question, il existe des éléments de réponse, mais rien n'est gravé dans le marbre. Il faut donc se donner une méthode tout en sachant que, la science venant, elle sera toujours susceptible d'altération.

> Dans cette configuration, il faut en premier lieu considérer le cas où les deux (il peut y en avoir trois, mais c'est quand même plus rare) *règles applicables* produisent *des effets différents, mais complémentaires*. Il n'y a donc pas d'obstacle logique ou matériel à leur application cumulative. En principe, c'est donc cette dernière qui prévaut et aucune des deux règles ne chasse l'autre. Par exemple, l'article 1171 du code civil (droit commun) dispose que « *dans un contrat d'adhésion* (un contrat dont on ne négocie pas le contenu)*, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée* <u>*un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties*</u> (par exemple, une partie se réserve d'augmenter le prix entre la date de conclusion du contrat et la date de livraison du bien) *au contrat est réputée* <u>*non écrite*</u> (nulle, si on veut) ». Le code de commerce comprend à l'article L. 442-1 une disposition assez proche ainsi rédigée : « <u>*Engage la responsabilité de son auteur*</u> *et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services, (…) de soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations* <u>*créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties*</u> ». Dans un contrat commercial où s'observe un tel déséquilibre, on comprend donc que les deux textes, celui du code civil comme celui du code de commerce, sont susceptibles de s'appliquer. Chacun des deux textes prévoit une sanction civile, le premier une nullité, le second une responsabilité. Ces deux sanctions sont cumulables dès lors qu'il est logiquement et matériellement possibles d'annuler la clause abusive et, dans le même temps, de retenir la responsabilité de celle des deux parties qui a pris l'initiative d'imposer une telle clause (évidemment, il faudra démontrer un préjudice). Afin de souligner que le raisonnement qui précède est sans doute correct et qu'il vaut mieux l'avoir compris, mais qu'il n'y a pas lieu de le tenir pour une vérité révélée, il faut savoir que la conclusion proposée, à savoir l'application cumulative des articles 1171 du code civil et L. 442-1 du code de commerce, est discutée en doctrine.

Il faut en deuxième lieu examiner le cas dans lesquels *les deux règles applicables* portent *des effets contraires ou contradictoires*. Par exemple et en droit civil, il est de principe qu'un créancier (par ex. le vendeur, dans une vente, à une créance de prix sur l'acheteur) dispose de cinq ans pour agir valablement en justice aux fins de condamnation de son débiteur. Après, dispose l'article 2224 du code civil, l'action est prescrite. Pour les contrats d'assurance, l'article L. 114-1 du code des assurances prévoit un délai de deux ans. Si un assuré entend être indemnisé par son assureur en raison d'un préjudice subi et qu'il y a lieu de s'interroger sur une éventuelle prescription de sa demande, il faut choisir entre les deux règles. Il est logiquement et matériellement impossible de retenir que l'assuré peut agir pendant deux ans et cinq ans. C'est deux ou c'est cinq ans et le « ou » est exclusif. Pour résoudre cette difficulté, il existe une maxime, d'une application somme toute assez rare, mais néanmoins assez sûre. En latin, cela donne *Specialia generalibus derogant*, soit, en français, « les règles spéciales dérogent aux règles générales ». La maxime ou l'adage signifient qu'il faut appliquer en priorité la règle spéciale, c'est-à-dire celle dont le champ d'application est le moins étendu. Dans l'exemple retenu, c'est donc bien le texte du code des assurances qui s'applique dès lors que ce qui vaut pour les contrats d'assurance ne vaut pas pour tous les contrats.

Un troisième cas mérite l'attention. Il est celui où, dans une même situation, *plusieurs règles ayant des effets similaires ou identiques sont susceptibles de s'appliquer*. Dans ce troisième cas, il faut supposer que les conditions des différentes règles applicables sont différentes, sinon, l'identité de conditions et d'effets aurait pour conséquence qu'en réalité, il n'y aurait qu'une seule règle. Par exemple, l'article 1240 du code civil permet de retenir la responsabilité d'un individu à la condition d'établir sa faute, cependant que l'article 1242 du même code admet une responsabilité sans faute pour les dommages causés du fait des choses que l'on a sous sa garde (souvenez vous, la jurisprudence *Jand'heur*, *supra* n° 76). Les conditions ne sont pas les mêmes, mais les effets — l'indemnisation de la victime — sont les mêmes. En pareille occurrence, deux questions se posent :

- La première est celle de savoir si une *application alternative* des différentes règles est possible. La question du cumul ne se pose pas dès lors qu'en pratique, il n'y a pas d'intérêt à obtenir deux fois le même effet de droit — la victime qui demande réparation veut l'obtenir sur le fondement de l'article 1240 ou de l'article 1242 et l'application de ou l'autre de ces deux textes lui suffit. La vraie question est celle de savoir si elle peut demander l'application de l'une ou de l'autre règle. *La réponse de principe est positive* et il faut qu'il y ait une règle spécifique pour poser qu'une règle chasse l'autre. Par exemple, il existe un principe dit de non-cumul des responsabilités contractuelles et délictuelles, ce qui signifie qu'au cas où un contrat a été conclu entre la victime et son auteur — par ex., l'achat d'un appareil électrique qui brûle et cause des dommages — le régime de responsabilité est celui qui vaut pour les contrats (articles 1231 et suivants du code civil), ce qui exclut l'application alternative des art. 1240 et 1242. Sauf dérogation, l'alternative est donc le principe.
- La seconde question est celle de *l'interprétation des différentes règles alternativement applicables* à une même situation et susceptible de produire les mêmes effets. En droit, l'usage est de considérer que parmi ces règles, il en est une qui a valeur de principe, cependant que les autres sont

d'exception. On en déduit que la règle d'exception doit s'interpréter strictement. Il existe d'ailleurs un adage en ce sens : *les exceptions sont d'interprétation stricte*, ce qui donne en latin *exceptio est strictissimae interpretationis* (l'usage du latin est ici moins fréquent que pour specialia…). Par exemple, il est de principe que la conclusion d'un contrat n'obéit à aucune contrainte formelle. Par exception, certains contrats, les donations par exemple, ne sont valablement formés qu'à la condition de donner lieu à la rédaction d'un écrit. La règle imposant une exigence formelle est ici d'exception et elle doit donc s'interpréter strictement. Pour déterminer le champ d'application de cette règle, l'argument *a contrario* l'emporte ainsi sur l'argument *a pari* (v. *supra* n° 43). En même temps, il ne faut pas exagérer la portée pratique de cet adage. Il faut le connaître, savoir l'utiliser et ne pas hésiter à l'invoquer. Il importe cependant de ne pas perdre de vue que toute règle est interprétée en considération de ses raisons d'être et que l'analyse de ces dernières est en ultime fin, celle qui importe le plus. La maxime *exceptio est…* constitue un élément de la réflexion, elle ne l'épuise pas.

§ 2.- LE DROIT REPRESSIF

84.- Le droit pénal

Le droit répressif a pour principal pilier le droit pénal, qui définit des comportements, qualifiés d'infractions et assortis de sanctions ayant un caractère punitif (v. *supra* n° 15).

Le droit pénal protège les mêmes valeurs que le droit civil, les personnes et les biens. Simplement, lorsque l'atteinte à ces valeurs est frontale, le droit pénal durcit le ton. Deux personnes peuvent décider d'en solliciter une troisième pour conclure une convention de gestation pour autrui. Ce contrat n'est pas conforme à la conception que le droit civil se fait de la personne de sorte que le contrat sera annulé (sanction civile). Le projet parental n'aboutira pas, mais nul ne ressent le besoin d'infliger une peine au couple qui a en quelque sorte tenté sa chance. La protection de nos valeurs se suffit d'une sanction civile, point n'est besoin d'une sanction pénale. La situation serait différente si le couple, par exemple, contraignait une femme d'origine étrangère à venir s'installer chez eux le temps de la grossesse, en prenant bien soin de ne lui rendre son passeport qu'après l'accouchement et la « restitution » de l'enfant au couple d'intention. Il y aurait dans cette seconde hypothèse des faits de séquestration et une telle atteinte à la personne même de cette femme privée de liberté que ce comportement justifierait une réprobation autrement plus forte que le simple prononcé d'une sanction civile. Le droit privé révèle que la société se porte garante *des personnes et des biens*. Le droit civil efface les atteintes à ses valeurs. *Le droit pénal se charge des atteintes les plus virulentes qui sont significatives, non seulement d'une méconnaissance de ces valeurs, mais plus encore d'un mépris de la société qui en assure la protection*. Les moyens sont révélateurs de la fin et la force de l'atteinte met en évidence sa portée réelle. A travers les valeurs que foule l'infraction, c'est la société même que frappe son auteur.

En considération de cette donnée première, le droit pénal hiérarchise la gravité des infractions, tout d'abord en posant qu'a priori, les atteintes aux personnes sont plus graves que les atteintes aux biens (comme on dit avec indulgence d'un politicien véreux pris les mains dans le pot de confiture, « il a tué personne »). Ensuite de quoi et en considération de ces deux valeurs, le droit pénal décline deux critères aux fins de situer les infractions sur une échelle de gravité :

- Le premier critère est matériel et il permet de considérer que plus la personne ou ses biens sont durement touchés, plus sérieuse est l'infraction : un meurtre est ainsi plus lourdement sanctionné que des coups et blessures, même observation pour un vol, comparé à de simples dégradations n'entraînant qu'un dommage léger ;
- Il faut cependant apprécier le comportement incriminé en combinant le premier critère avec un second, d'ordre moral et qui permet de tenir compte des intentions de l'auteur de l'infraction ; le meurtre qui suppose l'intention de tuer mérite ainsi une réprobation plus intense qu'un homicide involontaire ; il y a une gradation dans les intentions de sorte que mérite un traitement plus sévère celui qui a la volonté d'obtenir le résultat incriminé (le meurtrier) par comparaison à celui qui, intentionnellement, se montre indifférent aux conséquences éventuelles de sa dangerosité et provoque malgré lui le décès d'autrui (par ex., le « chauffard défoncé et/ou bourré » qui « tape » un cycliste en pleine nuit).

Telle est la logique du droit pénal mise en œuvre, nécessairement, dans le respect du principe de la légalité des délits et des peines (v. *supra* n° 15). Les infractions sont donc précisément définies par des textes de loi qui, pour les plus importantes d'entre elles, sont regroupés dans le code pénal. Le Livre premier du code pénal comporte des dispositions générales, parmi lesquelles, au premier article (art. 111-1), l'affirmation que « *les infractions pénales sont classées, suivant leur gravité, en crimes, délits et contraventions.* » Les critères substantiels de classement sont matériels et moraux, ainsi qu'il vient d'être dit. Mais la légalité criminelle impose d'en donner une traduction plus opératoire, ce que fait le code pénal en classant les infractions de manière plus formelle selon la gravité de la peine encourue :

- Sont des crimes, les infractions sanctionnées d'une peine d'emprisonnement de 10 ans ou plus (art. 131-1) ;
- Les délits sont plus diversement sanctionnés (un « *stage de citoyenneté* » peut suffire), mais en cas d'emprisonnement, la peine maximale est de 10 ans au plus (art. 131-3) ;
- En principe, les contraventions sont sanctionnées par des amendes (art. 132-12).

Puis le code pénal comporte deux livres, l'un sur « *les crimes et délits contre les personnes* », l'autre consacré aux « *crimes et délits contre les biens* ». Chacune de ces parties définit les infractions correspondantes. Il suffit d'une brève sélection pour comprendre que le classement formel des infractions (selon la gravité de la peine) correspond aux critères substantiels pointant les éléments matériels et moraux des comportements incriminés. Ainsi :

- Art. 221-1 : « *Le fait de donner volontairement la mort à autrui constitue un meurtre. Il est puni de trente ans de réclusion criminelle.* » ; c'est un crime (plus de 10 ans d'emprisonnement) constitutif d'une atteinte à la personne, de l'atteinte la plus grave, qui plus est volontairement commise ;
- Art. 221-6 : « *Le fait de causer (…) par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement,*

la mort d'autrui constitue un homicide involontaire puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende » ; c'est un délit (moins de 10 ans d'emprisonnement), constitutif d'une atteinte à la personne, certes grave mais sans aucune intention de la commettre ;
- Art. 311-1 et 311-3 : « *le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui.* » et « *le vol est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende* » ; c'est un délit (moins de 10 ans d'emprisonnement), caractéristique d'un comportement volontaire, mais néanmoins porteur d'une atteinte, certes frontale, à une valeur de second rang, les biens et non la personne ;
- Article R.621-2 : « *L'injure non publique envers une personne, lorsqu'elle n'a pas été précédée de provocation, est punie de l'amende prévue pour les contraventions de la 1re classe* » (i.e., selon l'art. 131-13, 38 €) ; c'est une contravention (peine d'amende), caractéristique d'une atteinte à la personne, certes, mais relativement mineure dès lors qu'elle n'entame ni l'intégrité du corps, ni même l'honneur, à défaut de publicité de l'injure.

Ici où là, on trouvera des infractions qui semblent ne pas s'intégrer parfaitement dans cette échelle de valeur. L'ensemble reste plutôt assez harmonieux.

85.- La matière pénale.

C'est une nouveauté, au moins au sens des juristes. Depuis une trentaine d'années, peut-être un peu plus, le droit privé consacre des sanctions qui, pour pointer ailleurs qu'en droit pénal, présentent bien plus un caractère pénal que civil. Par exemple, lorsqu'une entreprise se rend coupable de pratiques abusives au sens de l'article L. 442-1 du code de commerce (v. *supra* n° 85), l'article L. 442-4 prévoit que, devant une juridiction civile :

> « *Le ministre chargé de l'économie ou le ministère public (…) peuvent (…) demander <u>le prononcé d'une amende civile</u> dont le montant ne peut excéder le plus élevé des trois montants suivants :*
> *-cinq millions d'euros ;*
> *-le triple du montant des avantages indument perçus ou obtenus ;*
> *-5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre.* »

Certaines autorités de régulation, de nature administrative (v. *supra* n° 57), comme l'Autorité de la Concurrence ou l'Autorité des marchés financiers, peuvent prononcer des sanctions du même ordre. Celles-ci sont présentées comme ayant une nature civile et pourtant, elles ressemblent à s'y méprendre à des sanctions pénales. Le but n'est pas de restaurer la conformité d'une situation irrégulière, ce qui est le propre des sanctions civiles, mais de pénaliser la personne du contrevenant, en le mettant à l'amende.

La Cour EDH et le Conseil constitutionnel ne s'y trompent pas et la première considère que ces sanctions relèvent de la « *matière pénale* » tandis que le second y voit des « *sanctions ayant le caractère d'une punition* ». Pour être prévues par des textes qui ne sont pas partie intégrante du droit pénal, ces sanctions sont ainsi soumises par ces instances dotées d'une compétence supralégislative aux principes applicables en matière pénale. Comme en

décide le Conseil constitutionnel, à propos des sanctions que peut prononcer l'Autorité des marchés financiers,

> « *Selon l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ». Les principes énoncés par cet article s'appliquent non seulement aux peines prononcées par les juridictions répressives mais aussi à toute sanction ayant le caractère d'une punition. L'exigence d'une définition des manquements réprimés se trouve satisfaite, en matière administrative, dès lors que les textes applicables font référence aux obligations auxquelles les intéressés sont soumis en raison de l'activité qu'ils exercent, de la profession à laquelle ils appartiennent, de l'institution dont ils relèvent ou de la qualité qu'ils revêtent* »
> (Décision n° 2017-634 QPC du 2 juin 2017, considérant n° 6)

§ 3.- LE DROIT DES PROCEDURES

86.- Le droit des procédures comporte en premier lieu le droit processuel (v. *supra* n° 73), réceptacle des exigences communes aux différentes procédures destinées au traitement des situations conflictuelles. Pour autant, le règlement d'un litige privé et la poursuite d'une personne soupçonnée d'une infraction ne présentent pas le mêmes en enjeux et c'est la raison pour laquelle, l'un et l'autre font l'objet de dispositions spécifiques.

87.- Le droit judiciaire privé

Cette discipline conduit à étudier les règles applicables aux procédures entre personnes privées. Elle comporte trois parties :

- La première est consacrée aux institutions juridictionnelles (tribunal judiciaire, tribunal de commerce, conseil de prud'hommes, cour d'appel, cour de cassation, pour l'essentiel), la présentation de leur composition, leur organisation et de leur compétence, ainsi que de leurs personnels (les juges et les greffiers) et des auxiliaires de justice (principalement les avocats) sans lesquelles elles ne pourraient fonctionner ; les principales règles relatives à ces institutions sont logées dans le Code de l'organisation judiciaire (dans la pratique on dit le COJ, prononcer le « coge », c'est moche, mais çà se fait).
- La seconde est relative à la procédure civile, c'est-à-dire à l'ensemble des règles dont le respect est nécessaire à la conduite d'un procès devant l'une ou l'autre des institutions juridictionnelles. Ces règles sont exposées dans le code de procédure civile.
- La troisième est dédiée aux procédures civiles d'exécution, parfois encore appelées les voies d'exécution, dont l'objet est de permettre la mise en œuvre effective, au besoin avec le secours de la force publique, des décisions exécutoires (on dit aussi « titre exécutoire »), au premier rang desquelles les décisions de justice, obtenues à l'issue d'un procès civil. Il existe ainsi un code des procédures civiles d'exécution décrivant par le menu les démarches à accomplir aux fins d'obtenir l'exécution

forcée, notamment par la voie de saisies, sur les meubles ou les immeubles de la partie condamnée.

Quelques mots sur la procédure civile. La matière est dominée par le principe selon lequel nul ne peut se faire justice à soi-même. En contrepartie, les individus se voient reconnaître un droit que le code de procédure civile désigne à son article 30 comme l'action en justice ainsi définie : « *le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée* ». Ainsi, la victime d'un dommage qui prétend à une réparation d'un supposé responsable est en droit de s'en expliquer devant un juge ayant le devoir de lui exposer dans un jugement ce qu'il en est du bien ou du mal fondé de cette prétention. L'exercice de ce droit donne lieu à la présentation d'une demande en justice, dont l'auteur est le demandeur et le destinataire le défendeur. Il faut y mettre les formes et, en principe, laisser une trace écrite de cette demande. Les paroles ne suffisent pas, elles s'envolent et le juge doit savoir ce qu'il y a à juger, accessoirement, le défendeur savoir sur quoi défendre.

Cette exigence de mise en forme a pour conséquence que le procès civil est rythmé par l'échange d'*actes de procédure*, c'est-à-dire (et en simplifiant quelque peu) des écrits dans lesquels les parties, demandeur et défendeur, vont exposer leurs demandes et leurs défenses. Le premier acte, celui qui formalise la demande et permet le début du procès, prend généralement la forme d'une *assignation* (art. 56 du code de procédure civile, ci-après CPC) dont l'objet est essentiellement de préciser l'identité des demandeur et défendeur, la juridiction saisie de la demande, le contenu des *prétentions* du demandeur et leurs principales justifications (autrement appelées les « *moyens* »). Copie de cette assignation est remise à la juridiction saisie qui est ainsi informée du procès et de ce fait obligée, à terme, de rendre un jugement. Avant d'y venir, s'ouvre une phase, appelée *l'instance*, au cours de laquelle les parties vont s'échanger leurs argumentaires respectifs et les pièces (ou encore les preuves) permettant d'étayer et de documenter leur propos. Là comme ailleurs, l'écrit est la règle et les argumentaires sont exposés dans des actes qui prennent le nom de *conclusions*. Vient ensuite et en principe le temps de l'audience des plaidoiries au cours de laquelle les parties, en fait leurs avocats, synthétisent et explicitent les points essentiels de leurs conclusions.

Les juges entendent les plaidoiries puis se retirent pour délibérer. Celui-ci dure généralement quelques semaines, le temps de débattre entre juges, surtout de rédiger la décision rendue dès lors que celle-ci doit être *motivée* sur l'ensemble des moyens exposés par les parties dans leurs conclusions. Le jugement rendu, il produit en principe deux effets :

- L'*autorité de la chose jugée* dont le principal effet, dit négatif, interdit aux parties de réitérer leurs demandes une nouvelle fois en première instance ; les parties peuvent faire appel de la décision par laquelle elles succombent (i.e. perdent leur procès du fait du rejet de leurs prétentions), mais il leur est impossible de tenter leur chance une seconde fois devant des juges de même niveau que ceux qui ont été initialement saisis ; en clair, il n'y a pas de session de rattrapage, ce qui évite le renouvellement perpétuel du même procès, un tel évitement constituant une garantie de la paix civile ;
- La *force exécutoire* qui permet de mobiliser la force publique pour assurer l'effectivité des condamnations prononcées par le juge.

88.- La procédure pénale

Le procès civil est une affaire privée qui intéresse assez peu la société. Le principal point qui importe à cette dernière est le règlement pacifique du différend, peu importe au fond, le contenu de la décision de justice. Au travers de ses magistrats, la société figure au procès civil en situation d'arbitre. Dans le procès pénal, la configuration est bien différente dès lors que cette dernière est partie principale. La Société est en demande et elle exerce ce qu'il est convenu d'appeler l'*action publique*. Cette proposition peut paraître bien abstraite et elle autorise au moins deux questions :

- Comment sait-on que la Société, cette masse informe et a priori bien incapable de parler d'une seule voix, se sente à ce point atteinte qu'elle décide de poursuivre une ou plusieurs personnes privées ? C'est une excellente question. La réponse formelle est que le procès pénal s'achève par une décision permettant de reconnaître ou non l'existence d'une infraction pénale, donc d'un comportement qui porte un tort à la cohésion sociale. Mais cette réponse est insuffisante car elle n'explique pas pourquoi le corps social souhaite que dans certaines circonstances, et alors qu'il est trop tôt pour juger de la commission d'une infraction, sa parole porte contre telle ou telle personne. Par exemple, une tempête provoque des inondations meurtrières. On peut être fataliste et se dire que « c'est la faute à pas de chance ». Mais certains estiment qu'il est des responsables auxquels imputer l'étendue des dégâts. Ils n'ont pas nécessairement raison, mais la colère gronde, relayée par les médias, et elle suscite manifestation et mouvements de colère. Ainsi la société parle-t-elle.
- Qui pour la représenter ? Assurément quelqu'un car la foule est rarement maître d'elle-même. La tradition française est de confier ce rôle de porte parole à des *magistrats*, qui appartiennent au *Ministère public* et dont la fonction n'est pas de juger, mais de porter la parole de la Société, essentiellement dans la poursuite des infractions. Le Ministère public fonctionne sur un mode hiérarchique avec à sa tête, en première instance, le Procureur de la République, assisté de ses vice-procureurs et substituts, également et surtout des forces de police judiciaire dont il dirige l'action (Art. 12 du code de procédure pénale : « *La police judiciaire est exercée, sous la direction du procureur de la République, par les officiers, fonctionnaires et agents désignés au présent titre* »).

La procédure pénale met donc en conséquence en présence, la Société, représentée par le Ministère public, poursuivant l'action publique contre une ou plusieurs personnes privées. Le combat n'est pas des plus équilibré, alors que son issue peut conduire ces derniers à être privés de liberté. C'est la raison pour laquelle la procédure pénale se structure et doit toujours se structurer autour du *principe de la présomption d'innocence* qui implique deux choses :

- Tout d'abord, *ne pas traiter comme un coupable la partie poursuivie* et donc éviter que la recherche des preuves n'entraîne des mesures privatives de liberté ou attentatoires à ses droits et libertés fondamentaux à l'image de celles qui frappent les personnes condamnées ; pour dire les choses simplement, la détention provisoire d'une personne poursuivie, qui équivaut à son emprisonnement, doit demeurer une solution d'exception ;
- Ensuite, qu'à l'issue de la procédure, *le doute profite toujours à la partie poursuivie*, ce qui implique au préalable un relèvement des exigences dans la recherche de la vérité des faits. Il vaut mieux laisser libre un coupable que condamner un innocent,

mais cette proposition ne peut s'écrire à la légère. Le bénéfice du doute est acceptable par le corps social à la condition que la justice pénale et la police judiciaire aient déployés de puissants efforts d'instruction et d'enquête. Une *recherche exigeante de la vérité* est la contrepartie de la présomption d'innocence, prise en cette seconde acception. Cette exigence de vérité est d'ailleurs l'un des marqueurs de la procédure pénale, qui la distingue substantiellement du procès civil au cours duquel la recherche de la vérité, qui n'est pas une priorité, relève essentiellement de l'initiative des parties. C'est aussi ce qui en fait toute la difficulté car, les choses n'étant jamais simples, la quête de vérité s'accommode assez mal du strict respect de nos libertés. L'équilibre n'est pas simple à trouver.

A la différence du procès civil, qui débute lorsqu'un juge civil est saisi d'une demande, la procédure pénale démarre en pratique avant tout procès. La première phase est le plus souvent celle de l'*enquête*, c'est-à-dire cette séquence de police judiciaire (au sens fonctionnel, v. *supra* n° 59) au cours de laquelle les officiers habilités à cette fin recherchent l'éventuelle commission d'infractions et leurs hypothétiques auteurs. La question première est en quelque sorte : que peut la police ? Le principe est que la liberté l'emporte et qu'en conséquence tout acte d'enquête (par exemple, recueillir la déposition d'un témoin) qui emporte sollicitation d'un individu requiert son consentement. S'il n'y avait que le principe, les enquêtes n'iraient pas bien loin. Leur efficacité requiert donc un peu plus de pouvoir, ce qui suppose un peu plus de contrôle. L'équilibre se fait autour de l'idée que plus les mesures de police judiciaire sont attentatoires aux libertés — entendez par là, non seulement la liberté d'aller et de venir au sens propre, mais également les droits et libertés fondamentaux, comme le droit au secret de ses correspondances — plus les officiers de police judiciaire (ci-après OPJ) doivent rendre compte et au besoin solliciter des autorisations. Par exemple, un OPJ qui se rend sur les lieux de commission d'une infraction supposée se contente d'informer le procureur de la république. Si les forces de police estiment utiles de mettre en place des écoutes téléphoniques, il faudra que ce soit à la demande du procureur. Et s'il faut priver de liberté au sens propre et temporairement (hypothèse de la garde à vue) un individu afin qu'il soit à la disposition des enquêteurs, l'autorisation du procureur ne suffit plus. Il faut une autorisation d'un juge indépendant (non soumis à la hiérarchie du ministère public), le juge des libertés et des peines, pour y procéder.

Les résultats de l'enquête permettent au ministère public de décider s'il y a lieu au déclenchement de l'action publique. Le ministère public apprécie en conscience selon le système dit de *l'opportunité des poursuites*. La victime peut certes pallier le refus de poursuivre du ministère public en déclenchant elle-même cette action par l'effet d'un acte dit de constitution partie civile. Pour autant, l'action publique est ensuite relevée et conduite par le ministère public. La victime ne doit pas subir l'inaction du représentant de la société, mais elle n'est jamais qualifiée pour parler au nom de cette dernière. Une fois l'action publique déclenchée, elle doit se contenter de défendre ses intérêts civils, à savoir la réparation de son préjudice. Ensuite de quoi, de deux choses l'une :

- Ou bien l'affaire est suffisamment complexe et l'instruction du dossier, ce dernier en partie constitué par l'enquête, est confiée à un juge, le juge d'instruction, chargé d'instruire à charge et à décharge ; il se peut que ce juge sollicite de nouveau les enquêteurs en les missionnant au titre de commissions rogatoires ; naturellement, la présence d'un juge accroît sensiblement les pouvoirs coercitifs requis par l'instruction ; à l'issue de celle-ci, l'affaire est ou non renvoyée devant une

juridiction de jugement selon l'appréciation que le juge d'instruction se fait des charges qui pèsent contre la partie poursuivie ;

- Ou bien le dossier est suffisamment constitué et la partie poursuivie est directement citée devant la juridiction de jugement ; il est prévenu s'il est poursuivi pour un délit, accusé, s'il s'agit d'un crime ; que le procès ait été ou non précédé d'une instruction, le principal trait caractéristique du procès pénal est l'importance de l'oralité ; en principe, toutes les parties sont entendues et soumises à l'interrogatoire du juge et des conseils des parties ; cette séquence est décisive dans la recherche de la vérité et elle permet souvent de corriger les éventuelles erreurs de l'instruction.

*

TITRE II : LE DROIT CIVIL

91.- Le droit civil, droit commun.

La signification technique de l'expression « *droit commun* » a déjà été précisée (v. *supra* n° 83). C'est le droit qui s'applique à tous dès lors que les conditions d'application de ses règles sont réunies. Point n'est besoin de s'interroger sur les qualités de ceux à qui on l'applique. Qu'ils soient professionnels, particuliers ou commerçants et sauf règle spéciale et dérogatoire, ils relèvent toujours du droit civil. Comme il est le droit de tous, il est probablement l'un des meilleurs révélateurs des termes de notre pacte social. Sans doute pas dans tous ses détails, dont la technicité rend peu crédible l'idée d'un consensus implicite. Mais au moins dans ses principes essentiels et les valeurs qu'il protège. A cet égard, le droit civil dit principalement deux choses :

- La primauté de la personne, d'où il suit que cette dernière est la valeur éminente ;
- La protection du patrimoine, qui s'ajoute en valeur d'appui, avec la propriété pour point d'ancrage.

CHAPITRE 1 : LA PERSONNE

92.- Holisme et individualisme.

L'anthropologue Louis Dumont, dont l'œuvre fait autorité, a mis en évidence deux types d'organisation sociale (v. *Homo hierarchicus, le Système des castes et ses implications*, Gallimard 1979 ; *Homo aequalis, Genèse et épanouissement de l'idéologie économique*, Gallimard 1977 ; *Essais sur l'individualisme*, Le Seuil 1983 ; ces trois ouvrages sont régulièrement réédités en format poche). Il y a d'un côté des sociétés de type holistiques, dans lesquelles le tout l'emporte sur la partie. Des hommes y vivent, mais essentiellement à la place que leur assigne un ordre social hiérarchique, aux fins que celui-ci se maintienne, de génération en génération. On naît serf ou chevalier et on est prié de s'y tenir. Lorsque les chaînes se brisent, la société devient individualiste et la partie l'emporte sur le tout. L'égalité s'impose et la société doit permettre l'épanouissement de chacun, en tout cas la coexistence des libertés. Naturellement, holisme et individualisme sont des modèles théoriques qui, s'ils permettent une intelligence de la vie en société, ne se retrouvent jamais à l'état chimiquement pur. La réalité est toujours plus nuancée. Néanmoins, il suffit d'être français et de passer certaines frontières pour comprendre que nous vivons dans une société de type individualiste et que tel n'est pas le cas en bien d'autres régions du monde. Le groupe compte pour quelque chose, mais la liberté reste le principe. En droit, la marque de l'individualisme s'imprime dans le principe de la primauté de la personne. L'appartenance de cette dernière au groupe se traduit par la constitution d'un état des personnes.

*

Section 1 : LA PRIMAUTE DE LA PERSONNE

93.- L'article 16 du Code civil dispose ainsi que « *la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie.* » Le texte a été introduit dans le code par la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, l'une des lois portant sur la bioéthique (v. *supra* n° 28). S'il ne date pas de 1804, il sonne néanmoins comme le rappel d'un principe dont l'existence en droit positif préexistait à sa formulation. Cette dernière amène à examiner successivement :
- Le contenu de la primauté ;
- Les bénéficiaires de la primauté.

§ 1.- LE CONTENU DE LA PRIMAUTE

94.- Primauté, dignité, indisponibilité.

« *La loi assure la primauté de la personne* », nous dit l'article 16 du code civil. Vaste programme. Car qu'est-ce au juste que la primauté ? Probablement ne faut-il pas y voir plus, ce qui n'est déjà pas mal, que l'affirmation d'un primat. Pour le législateur civil, la personne est la valeur qui surclasse toutes les autres. Voilà ce qu'est la primauté. Ce qui donne du contenu à cette valeur première est l'interdiction de toute atteinte à la dignité de la personne. Celle-ci figure dans le Code civil, mais elle procède également d'une norme supralégislative, dès lors que le Conseil constitutionnel décide que « *la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle* » (décision n° 94-343/344 du 27 juillet 1994, cons. 2).

Le contenu de la primauté n'est donc rien d'autre que la dignité qui, pour être une notion juridique, est néanmoins d'une définition délicate (v. déjà *supra* n° 21 et 28). Il est permis de l'apparenter à l'identité de l'être humain, cette dernière comprise comme *l'irréductibilité du genre humain à tout autre élément de la nature* que le droit désigne uniformément comme des choses, qu'il s'agisse des minéraux, des végétaux ou des animaux. Cela ne signifie pas que le droit traite ces derniers de la même manière qu'il considère un petit tas de cailloux. Par exemple, l'article 521-1 du code pénal prévoit des peines de deux ans d'emprisonnement et 30.000 € d'amende « *le fait, publiquement ou non, d'exercer des sévices graves, ou de nature sexuelle, ou de commettre un acte de cruauté envers un animal domestique, ou apprivoisé, ou tenu en captivité* ». Parmi les choses, au sens juridique du terme, le droit fait donc des différences et c'est bien la raison pour laquelle, depuis une loi du 16 février 2015, le code civil comporte un article 515-14 qui, pour soumettre les animaux au régime des biens, les identifie comme « *des êtres vivants doués de sensibilité* ». Il reste que le concept de dignité marque une césure radicale entre l'être humain et le reste de la nature. Si dans un espace public, une personne en tient une autre en laisse, la première porte atteinte à la dignité de l'autre. La conclusion n'est pas la même si c'est un chien au bout de la laisse.

Bien qu'à propos de la primauté de la personne, le terme ne soit pas utilisé dans le code civil, l'*indisponibilité* surgit bien vite dans le langage des juristes lorsque ces derniers

développent le thème de la dignité. De quoi s'agit-il ? L'indisponibilité consiste littéralement dans l'impossibilité de disposer. Plus précisément elle est *le trait caractéristique d'une matière sur laquelle aucun acte juridique n'est permis* (v. *supra* n° 11). Dans les matières indisponibles, la volonté est en conséquence insusceptible de produire des effets de droit. Ainsi explicitée, l'indisponibilité semble bien parente de la dignité. Comme on dispose librement des choses, pour les vendre, les louer ou les donner, on ne dispose pas librement des personnes, précisément parce qu'elles sont irréductibles à des choses. Juridiquement, la traduction concrète de l'exigence de dignité serait donc l'indisponibilité des personnes. Ce n'est pas faux et jusqu'à la réforme du droit des contrats par l'ordonnance du 10 février 2016, le code civil comportait un article 1128 ainsi rédigé : « *il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions* », ce dont on déduisait qu'indisponible, en tout cas hors du commerce, la personne ne pouvait faire l'objet d'une convention. Formellement, la règle a disparu, mais elle demeure en substance, ne serait-ce qu'au titre de l'interdiction de déroger aux règles d'ordre public, inscrite à l'article 1162 du code civil, dans sa rédaction actuelle. Il est en effet d'entendement commun que contracter sur la personne, c'est en effet méconnaître cette interdiction. La présentation de l'indisponibilité comme une suite logique de l'exigence de dignité appelle néanmoins deux observations.

- Tout d'abord, on ne peut pas réduire l'exigence de dignité à l'indisponibilité car ce serait en limiter la portée au seul domaine des actes juridiques. Or, les atteintes à la dignité sont bien souvent le fait d'individus qui, pour agir volontairement, souvent sous forme de provocation, sont bien peu soucieux de produire des effets de droit. Lorsqu'à l'occasion d'une exposition « artistique », intitulée "*You are my mirror 1 ; L'infamille*", un auteur expose une œuvre, composite stylisé de plusieurs lettres aussi riantes que celle–ci :

  > « *Les enfants, nous allons vous enterrer vivants, vous êtes notre chair et notre sang, à plus tard, Papa et Maman. Nous allons baiser vos enfants et les exterminer, nous introduire chez vous, vous séquestrer, vous arracher la langue, vous chier dans la bouche, vous dépouiller, vous brûler vos maisons, tuer toute votre famille, vous égorger, filmer notre mort.* » (l'exemple est bien réel ; v. Cass. civ. 1ère 26 septembre 2018, Pourvoi n° 17-16.089, Publié au Bulletin)

  On comprend que la sauvegarde de la dignité de l'être humain justifie la sanction de cette initiative et que la notion d'indisponibilité n'y suffit pas.

- Ensuite, même dans son domaine de pertinence, celui des actes juridiques, l'indisponibilité n'est pas le produit nécessaire de la dignité. La première fait dire à la seconde que l'impuissance de la volonté est en quelque sorte de l'essence même de l'humanité. Ce qui, à bien y réfléchir, ressemble à un tour de passe-passe théorique. Si la dignité de l'être humain consiste dans l'affirmation de son irréductibilité aux choses, il est assez confondant d'en soustraire la puissance de la volonté. Si un homme n'est ni une pierre, ni une plante verte, c'est bien qu'il est capable de volonté, cette dernière au demeurant si ingénieuse que son exercice permet précisément de transformer les choses. Dans la nature, l'homme n'est pareil à nulle autre espèce en ce que sa liberté lui donne une aptitude inégalable. Qu'il en fasse des usages discutables est une certitude, d'où la nécessité d'une réflexion éthique (v. *supra* n° 28) et, plus sûrement encore, de règles impératives auxquelles il est interdit de déroger. Mais poser en termes généraux que

l'indisponibilité est intrinsèquement liée à l'exigence de dignité, c'est se satisfaire d'une contradiction dans les termes. La sauvegarde de la dignité interdit qu'un être humain dispose de son semblable car ce serait alors l'asservir. Mais en quoi peut-elle valoir prohibition de disposer de soi-même ?

Ce dernier paragraphe expose une analyse qui, chez les juristes, ne fait pas l'unanimité. En même temps, il est difficile d'en faire abstraction. Il s'ensuit qu'en droit deux conceptions de l'indisponibilité coexistent :

- La première met en avant l'*autonomie* de la notion. Elle s'inscrit dans la suite logique de ce qui précède et tient l'indisponibilité pour une qualité de l'être humain en vertu de laquelle, nul ne peut disposer de lui et pour lui. C'est en conséquence une marque de son autonomie, sous-entendu, à l'égard d'autrui. « *Je suis ce que je veux* », telle est alors la devise. La suite peut faire peur car cette conception met peu d'obstacles, sinon le consentement individuel, à la reconnaissance de pratiques qui, à tort ou à raison, heurtent nos consciences : suicide assisté, gestation pour autrui, commercialisation de parties de son corps, dopage organisé, etc.
- La seconde insiste sur l'*hétéronomie* de l'indisponibilité. Elle met en avant que la préservation de la dignité de l'être humain impose d'en borner la puissance et ajoute qu'il n'est pas propriétaire de la volonté que la nature lui a laissé en dépôt. Il ne peut donc pas plus disposer des autres que de lui-même et quoi qu'il veuille, il n'est donc pas sérieusement envisageable qu'il s'accepte comme l'objet de son propre commerce. « *Je suis ce que je suis* » et la volonté n'y peut rien. Ni la vie, ni la mort ne s'achète, ni le reste d'ailleurs, en tout cas tout ce avec quoi la nature nous demande de composer. Sauf que, et c'est bien la faiblesse de cette conception, la nature a doté l'homme d'une aptitude à en altérer le cours de sorte que poser l'hypothèse inverse comme une évidence revient en fait à souhaiter, par conviction, de lui interdire de le faire.

Le droit civil français fait en principe *prévaloir l'hétéronomie sur l'autonomie*. Mais la seconde progresse et le rôle de l'éthique est précisément d'en permettre une avancée raisonnée et acceptable par le corps social. L'hétéronomie repose sans doute sur une conviction, ce qui en fait sa fragilité, mais elle invite à la prudence, juridiquement souhaitable. Le fait que les capacités de l'être humain soient sans bornes connues n'a pas pour conséquence qu'en droit, il n'y ait pas lieu d'en poser. Pour cette élémentaire raison que le droit est distinct du fait.

95.- Primauté et protections.

Concrètement, la primauté de la personne, à laquelle l'exigence de dignité donne consistance, se traduit par une série de protections qui, de près ou de loin, tentent de préserver cette dernière.

a.- *La protection de l'espèce humaine* est ainsi assurée par l'article 16-4 du code civil :

> « *Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine.*
> *Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite.*

Est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée.
Sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne. »

L'eugénisme et le clonage n'ont donc pas droit de cité, tout comme les manipulations génétiques. L'hétéronomie a du bon, cependant que même à se déclarer partisan d'une autonomie de l'individu, il serait bien difficile de justifier pareille pratique. Pratiquer le clonage et l'eugénisme, c'est bien décider pour d'autres et donc disposer d'autrui.

b.- *La protection du corps* est également une suite nécessaire de l'exigence de dignité. Sauf nécessité thérapeutique, « *chacun a droit au respect de son corps* » et « *le corps humain est inviolable* », nous dit l'article 16-1 du code civil. Concrètement, la protection du corps humain est plutôt mieux assurée par le droit pénal que par le droit civil. C'est le premier qui sanctionne le plus sévèrement les atteintes faites au corps. Il reste que l'inscription du droit au respect du corps dans le code civil marque la prééminence de cette valeur au sein de notre société. Elle permet au texte de diffuser ses effets bien au-delà du droit civil et même dans la Constitution dont l'article 66-1 dispose que « *nul ne peut être condamné à la peine de mort* », ladite peine étant, comme cela n'aura échappé à personne, l'atteinte la plus radicale au corps, ainsi privé de vie. Le droit au respect du corps, c'est d'abord le droit à la vie, que consacre au demeurant l'article 2 de la Conv. EDH. L'inviolabilité du corps humain interdit également les traitements dégradants, dont les châtiments corporels qui, sauf légère correction d'usage, n'ont pas de place parmi les sanctions pénales (v. CEDH Aff. Costello-Roberts c. R.-U 25 mars 1993, Req. n° 13134/87, § 29 et s.). Le code civil ajoute que le corps humain n'est pas dans le commerce, ce qui, dans la conception promue de l'indisponibilité, révèle la prévalence de l'hétéronomie sur l'autonomie. Ainsi est-il disposé que :

- Art. 16-1 : « *Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial.* »
- Art. 16-5 : « *Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles.* »
- Article 16-7 : « *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle.* »

c.- *La protection de la personnalité* s'impose encore au titre de la sauvegarde de la dignité de l'être humain. Qu'est-ce que la personnalité ? Tout ce qui fait la personne, abstraction faite de son corps. Il est difficile d'être plus précis. Le caractère, les inclinations, la vie privée, et plus largement l'ensemble des traits qui permettent de saisir une individualité participent de la personnalité. De cette dernière, le droit dit deux choses : d'abord que chaque personnalité mérite une égale considération, ensuite que certains traits de la personnalité appellent une protection renforcée justifiant de les élever au rang de droits.

c.1.- L'égale considération procède d'une *égale dignité*. C'est qu'en effet, la définition de la dignité de l'être humain, à savoir son irréductibilité à toute autre chose, implique l'*unité* de l'espèce. Il n'est donc pas conforme à l'idée de dignité de faire des différences en considération de traits dont la diversité est le propre de l'homme. Retenir d'inégales dignités reviendrait à subvertir le concept de dignité, tel qu'il est consacré en droit. Il s'ensuit deux conséquences.

* Tout d'abord et principalement un *principe de non-discrimination* dont on trouve trace dans de nombreux textes :

- Article 6 de la Déclaration de 1789 : « *Tous les Citoyens (…) sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* » ;
- Articles 3 et 5 du Préambule de 1946 : « « *La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme* » ; « *Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances* » ;
- Article 14 de la Conv. EDH : « *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* » ;
- Plus copieux et de portée moins générale, l'article L. 1132-1 du code du travail : « *Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de nomination ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, (…) notamment en matière de rémunération (…), de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, ou en raison de son état de santé, de sa perte d'autonomie ou de son handicap, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français.* »

Il faut bien comprendre la portée du principe. Il ne s'agit pas de retenir, comme le faisaient les sans-culottes, que : « *tout le monde à la même hauteur, voilà le vrai bonheur* ». L'égalité n'est pas l'identité. Le principe signifie qu'il n'y a pas lieu de faire des différences compte tenu d'éléments qui se rattachent à la personnalité. Le principe n'interdit pas les distinctions en considération de données objectives. Si tous les étudiants qui souhaitent devenir avocat ne le deviennent pas, ce n'est pas qu'une discrimination est faite entre ceux qui en sont capables et ceux qui ne le sont pas, c'est que les compétences objectivement requises pour exercer cette profession supposent la réussite d'examens auxquels tout un chacun peut se présenter et que tout un chacun peut réussir, sans discrimination. Quand les hommes se mesurent à une épreuve, c'est cette dernière qui fait la distinction, ce n'est pas l'arbitre qui discrimine (d'où la nécessité d'un bon arbitre).

* Ensuite et de manière plus diffuse, l'égale considération autorise *la sanction de déclarations ou de comportements qui rabaissent et dégradent une partie de nos semblables* et les atteignent ainsi dans leur dignité. Il faut prendre garde à ne pas brandir cette dernière aux seules fins de brider les libertés d'autrui, spécialement la liberté d'expression. Cette dernière n'a de consistance qu'à la condition d'accepter largement la prose d'autrui, y compris la plus désagréable à recevoir. La liberté est d'ailleurs le principe et il faut normalement un texte spécial pour en limiter l'exercice. Ainsi la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse comporte-t-elle des dispositions qui répriment les provocations aux crimes et délits ou les diffamations, le tout dans les limites qu'impose la légalité pénale. Mais il importe qu'en matière civile, il existe en quelque sorte une limite permanente permettant aux juges de sanctionner les comportements les plus odieux. La « *réserve du respect de la dignité de la personne humaine* » atteint ainsi l'exercice de nos libertés (v. par ex. Cass. civ. 1ère 29 mars 2017, Pourvoi n° 15-28.813, Publié au Bulletin).

L'affaire déjà évoquée (v. *supra* n° 94) de l'exposition intitulée "*You are my mirror 1 ; L'infamille*", est à cet égard exemplaire (Cass. civ. 1ère 26 septembre 2018, Pourvoi n° 17-16.089, Publié au Bulletin). En termes orduriers et abjects, l'œuvre incriminée dénature un message biblique sur les liens qui unissent les enfants à leurs parents. C'est la famille chrétienne qui est visée, présentée comme une « *infamille* » ne méritant que le pire (allez voir l'arrêt, le texte est intégralement reproduit et vous jugerez par vous-même). Les juges du fond ont retenu que l'association qui dénonçait cette exposition ne faisait référence à aucun texte de loi qui aurait pu être enfreint. En gros, personne n'oblige ses membres à voir l'exposition et celle-ci permet à un « créateur » de librement s'exprimer. La Cour de cassation a justement censurés des juges du fond peu inspirés, au visa de l'article 16 du code civil et en rappelant que « *le principe du respect de la dignité de la personne humaine édicté par l'article 16 du code civil est un principe à valeur constitutionnelle dont il incombe au juge de faire application* ». La dignité ne peut être le paravent de la censure, mais dans les hypothèses les plus choquantes, elle reste une valeur sûre pour disqualifier l'inacceptable. Il y a eu quelques précédents. Par exemple,

- L'affaire Benetton qui a ainsi donné lieu à un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 28 mai 1996 (Aff. 95/12571) dont la motivation mérite d'être abondamment citée tant elle est exemplaire d'un maniement raisonné de la notion de dignité :

> « *La société Benetton Group a fait réaliser par le photographe Oliviero Toscani, pour sa campagne publicitaire de l'automne 1993, trois séries d'affiches montrant respectivement un torse, un pubis et un fessier nus, portant le tatouage « HIV POSITIVE». La diffusion dans la presse et sur des panneaux d'affichage en a été assurée par la société United Color of Benetton communications. (…)*
> *Considérant que, sauf à répondre d'un éventuel abus, toute entreprise est libre, pour promouvoir ses intérêts économiques, de recourir à une technique de communication axée sur des faits de société ou des problèmes contemporains, quelles qu'en soient la nature et la gravité et quand bien même le message ne serait porteur d'aucune information commerciale technique ou scientifique destinée à renseigner le public sur les productions ou services de sa marque ;*

Considérant que les photographies en cause montrant un bras, un fessier et le haut d'un pubis marqués des mots HIV, ne sont accompagnées d'aucune légende permettant de décrypter le message qu'elles sont censées véhiculer et d'alimenter le débat d'idées qu'il s'agirait d'instaurer ; que faute de les avoir assorties de la clé permettant de les déchiffrer et de leur ôter toute équivoque, les appelantes ne sauraient utilement soutenir qu'elles poursuivaient un but pédagogique en illustrant les modes possibles de contamination par le VIH, et en dénonçant la discrimination qui, tant en raison de leur état et de leur appartenance à certains groupes sociaux, frappe les personnes qui en sont infectées ;
Considérant qu'en imposant au regard, en des lieux de passage public forcé ou dans certains organes de presse, l'image fractionnée et tatouée du corps humain, les sociétés appelantes ont utilisé une symbolique de stigmatisation dégradante pour la dignité des personnes atteintes de manière implacable en leur chair et en leur être, de nature à provoquer à leur détriment un phénomène de rejet ou de l'accentuer ».

- Ou encore l'affaire dite du « lancer de nains » attraction d'une fête foraine semble-t-il conforme à des usages locaux. Le Conseil d'Etat a fait savoir aux organisateurs « sa façon de penser » et a ainsi jugé « *que l'attraction de "lancer de nain" consistant à faire lancer un nain par des spectateurs conduit à utiliser comme un projectile une personne affectée d'un handicap physique et présentée comme telle ; que, par son objet même, une telle attraction porte atteinte à la dignité de la personne humaine* » (CE 27 octobre 1995, Req. n° 136727). Dit en termes plus crus, on peut trouver « rigolo » de faire un « strike » avec un nain, mais ce qui est beaucoup moins drôle est que, dans le même temps, on dégrade l'humanité des personnes atteintes de nanisme.

c.2.- Certains traits de notre personnalité sont jugés si considérables qu'ils sont élevés au rang de droit. Tel est d'ailleurs l'un des principaux objets des déclarations de droits résultant de textes de portée supralégislative. Mais le droit civil en consacre plus spécifiquement deux, traditionnellement désignés comme *les droits de la personnalité*.

* Il s'agit du *droit à la présomption d'innocence* que consacre l'article 9-1 du code civil et qui interdit, avant toute condamnation, de présenter publiquement une personne comme étant coupable. Cela n'interdit pas de s'interroger sur la culpabilité éventuelle d'un individu, en témoigne cette espèce, somme toute assez savoureuse :

« *Attendu que le 22 décembre 2004 le journal Le Canard enchaîné a publié un article intitulé " l'éthique en toc du proc ", rédigé en ces termes : " Une conférence des procureurs généraux d'Europe, ce n'est pas toujours marrant. Après les débats, la conférence a le droit de s'amuser, non ? C'est ce qu'a pensé Pierre X..., procureur de la République de Bayonne, qui après un exposé sur " les principes fondamentaux d'éthique pour le ministère public " s'est offert une virée au bordel du coin. Ce qui n'est pas un délit... En revanche, payer ces dames avec une carte de crédit piquée à un autre magistrat est un exploit peu courant dans l'histoire de la justice. Ce qu'a fait le proc' de*

Bayonne, en mai dernier lors de ce colloque organisé en Allemagne. Révélée par le Parisien (20 / 12), l'affaire oblige aujourd'hui Y... et le Conseil supérieur de la magistrature à ouvrir une enquête en attendant un procès. " Les conduites observées dans la vie privée ont une incidence sur l'image du ministère public et sur la capacité de certains de ses membres à demeurer en son sein ", avait doctement exposé le proc' devant ses collègues européens avant de payer ses ébats avec la carte volée. Si le tribunal lui applique ces nobles principes, il est dans une mauvaise passe " ;
(...)
Cet écrit se plaisait à souligner la discordance entre le discours public de l'intéressé et le comportement rapporté tout en s'interrogeant sur le comportement des juges appelés à se prononcer, sans contenir de conclusions définitives manifestant un préjugé tenant pour acquise la culpabilité, » de sorte qu'il ne méconnaissait pas le droit à la présomption d'innocence de l'excellent magistrat s'estimant un peu vite outragé (Cass. civ. 1ère 20 mars 2007, Pourvoi n° 05-21.929, Publié au Bulletin).

* Il s'agit ensuite *du droit au respect de la vie privée*, tel qu'il résulte de l'article 9 du code civil. Il donne lieu à une jurisprudence abondante, des études savantes et approfondies, dont l'exposé ne peut être sérieusement conduit qu'à l'occasion d'un cours dédié au droit des personnes. Dans une introduction, la présentation de ce droit ne peut donner lieu qu'à un bref abrégé.

C'est le droit d'empêcher les immixtions de tiers, quels qu'ils soient, personnes privées comme puissance publique, dans la sphère de la vie privée, ainsi que celui d'interdire la révélation ou la divulgation des éléments qui la remplissent. Quels sont les éléments de la vie privée ? La réponse ne tombe pas comme un fruit mûr et la matière est débattue. Il y a néanmoins quelques certitudes.
- Font *objectivement* partie de la sphère privée, la vie sentimentale, l'intimité corporelle, le domicile. Au contraire, il est jugé que « *le respect dû à la vie privée de chacun n'est pas atteint par la publication de renseignements d'ordre purement patrimonial* » (Cass. civ. 1ère 28 mai 1991, Pourvoi n° 89-19.818, Publié au bulletin). Par ailleurs, dans des conditions mal définies, il semble que les personnes ayant une vie publique voient la sphère de leur vie privée quelque peu réduite.
- De manière plus *subjective*, l'individu qui prend l'initiative de révéler publiquement un élément de sa vie privée, par exemple un écrivain qui livre le récit intime de son enfance et de sa jeunesse, l'en fait nécessairement sortir de la sphère normalement protégée (la Cour EDH est ainsi d'avis que sur « *des informations librement divulguées et rendues publiques, notamment dans (une) autobiographie », il n'y a plus « espérance légitime » de voir sa vie privée effectivement protégée* », CEDH, 23 juillet 2009, Req. n° 12268/03, point 53). De manière plus générale, la Cour de cassation juge que « *le fait d'exercer une fonction publique ou de prétendre à un rôle politique expose nécessairement à l'attention du public, y compris dans des domaines relevant de la vie privée, de sorte que <u>certains actes privés de personnes publiques peuvent ne pas être considérés comme tels</u>, en raison de l'impact qu'ils peuvent avoir, eu égard au rôle de ces personnes sur la scène politique ou sociale et de l'intérêt que le public peut avoir, en conséquence, à en prendre connaissance* » (Cass. civ. 1ère 11 juillet 2018, Pourvoi n° 17-22.381, Publié

au bulletin). La situation est différente lorsque, sur la sollicitation d'un tiers, par exemple un journaliste, une personne accepte la divulgation d'une information relative à un élément de sa vie privée ; l'autorisation permet une exception au respect de la vie privée, mais elle n'a pas pour effet de publiciser l'élément ponctuellement divulgué.
Comme tous les droits issus de normes constituant des principes inconditionnés (v. *supra* n° 7), le respect de la vie privée souffre d'exceptions dès lors qu'il est mis en concurrence avec d'autres droits et principes de même nature, qu'il s'agisse, par exemple, de la liberté d'expression, de la liberté de la presse ou du droit à la preuve (v. infra). La méthode d'articulation de principes concurrents est encore et toujours celle qui se déduit du contrôle de proportionnalité (v. *supra* n° 44).

Voilà le minimum à retenir du droit au respect de la vie privée à l'issue d'un cours d'introduction au droit privé. Une dernière question, cependant, mérite un détour. Quel est le lien entre la sauvegarde de la dignité, contenu structurant le principe de la primauté de la personne, et le respect de la vie privée ? Il est évident tout en étant difficile à expliciter. Il faut probablement partir de l'idée simple que l'homme n'est pas une chose et que les choses n'ont pas de vie privée. Les animaux sont des êtres sensibles, ils ont un habitat et ils se cachent pour mourir. Mais à l'état sauvage, ils se promènent nus dans la nature et qui le veut peut saisir leur image. Leurs capacités ne sont pas telles qu'ils remplissent leur existence d'autant de choses que ce que nous y mettons, plus ou moins utilement du reste. Un poisson rouge et même un Chimpanzé n'auront vraisemblablement jamais les tourments de *la Princesse de Clèves*. C'est là une première considération justifiant que la sauvegarde de la dignité, donc de l'irréductibilité de l'être humain, appelle une protection de l'espace que celui-ci se donne à lui-même, cette sphère de vie privée, comme on dit si intuitivement et si justement. Il est une seconde considération qui conforte cette protection. Pour garantir l'épanouissement effectif des capacités et aspirations des individus, il est nécessaire de leur offrir un espace d'intimité. Pour prendre un exemple trivial, le jeune, ou le moins jeune d'ailleurs, qui apprend à jouer de la guitare préfère sortir ses premières fausses notes dans sa chambre plutôt que d'exhiber ses limites en public. L'*effectivité* de la dignité de l'être humain requiert en conséquence que celui-ci puisse échapper au regard d'autrui, à un contrôle social, plus encore à une tutelle d'Etat. Il faut cependant bien mesurer que ce prolongement de la dignité traduit la satisfaction d'une quête d'autonomie de l'individu. Celui-ci réclame ainsi la libre disposition des éléments qui composent sa vie privée car s'il interdit que quiconque y fasse immixtion, il ne comprendrait pas qu'on l'empêche d'en faire commerce, par exemple, en écrivant son autobiographie ou plus simplement encore, en louant son « chez-soi » pendant le temps des vacances. Pour ce qui est de sa personnalité, l'individu réclame ainsi l'autonomie et le droit lui donne le change. Il paraît dès lors plus difficile de décréter qu'en ses autres aspects de son humanité, spécialement son corps, l'individu doive tenir l'hétéronomie pour une évidence.

Le principe de la primauté de la personne est à l'image de cette dernière. L'être humain n'est pas à une contradiction près de sorte que la dignité de son rang est à géométrie variable. L'observation rend modeste et nous préserve de postures dogmatiques, en cette matière si sensible.

§ 2.- LES BENEFICIAIRES DE LA PRIMAUTE

96.- Les embryons, les vivants et les morts.

Tous les êtres humains bénéficient de la primauté dès lors qu'à faire des différences, la dignité n'a plus de sens. Mais qu'en est-il de ceux qui ne sont pas encore et de ceux qui ne sont plus ? Le principe est que *la primauté de la personne vaut pour les vivants*. Ce sont donc ces derniers et eux seuls qui bénéficient des conséquences que le droit attache à cette primauté.

Concernant les embryons, l'article 16 du code civil est sans équivoque. Il dispose que « *la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ». Jusqu'à présent, nous avons indifféremment parlé de la personne et de l'être humain, mais une simple lecture de ce texte révèle que le législateur fait une différence. La primauté est pour « *la personne* », l'« *être humain* », « *dès le commencement de la vie* », i.e. l'embryon, n'a droit qu'au « *respect* ». Il s'ensuit deux propositions : absence de primauté, nécessité d'un respect.

- *L'absence de primauté* signifie que l'embryon ne bénéficie pas du droit à la vie. Sous condition sans doute, l'interruption volontaire de grossesse est permise. Comme le rappelle l'article L.2212-1 du code de la santé publique, *« la femme enceinte qui ne veut pas poursuivre une grossesse peut demander à un médecin ou à une sage-femme l'interruption de sa grossesse. Cette interruption ne peut être pratiquée qu'avant la fin de la douzième semaine de grossesse* ». Cela signifie également qu'en droit pénal, il n'y a pas d'homicide d'un embryon ou d'un fœtus de sorte que, par exemple, ne commet pas d'homicide involontaire le médecin qui par la suite d'une confusion résultant d'une homonymie entre deux patientes enceintes, pratique une interruption volontaire de grossesse sur celle des deux qui ne le souhaitait pas (v. Cass. crim. 30 juin 1999, Pourvoi n° 97-82.351, Publié au Bulletin).
- *La nécessité du respect* résulte de ce que l'embryon est une personne en puissance et qu'assurément, s'il n'est qu'une promesse, il est déjà bien plus qu'une chose. Il mérite donc le respect qui est une sorte de diminutif de la primauté. S'il n'a pas le droit à la vie, il hérite des autres marqueurs de la dignité, spécialement de l'indisponibilité, ici conçue sur le mode de l'hétéronomie. Le Code pénal définit ainsi une série d'infractions (art. 511-15 et suivants) pour empêcher le commerce des embryons. S'il peut faire l'objet d'expérimentations, encore est-ce dans le respect de l'intégrité de l'espèce humaine (v. art. 16-4 du code civil) et des dispositions de l'article L.2151-5 du code de la santé publique qui prévoit un régime d'autorisation sous conditions, principalement la constitution d'un projet de recherche dont la pertinence scientifique est établie, ayant une finalité médicale et dont la conduite requiert nécessairement d'utiliser des embryons ou des cellules souches.

La personne décédée évolue sensiblement comme l'embryon dans cet espace que le droit dégage entre les personnes et les choses. Elle n'a pas la primauté et les droits qui accompagnent cette dernière ne valent pas pour les défunts. Ainsi a-t-il été jugé que « *le droit d'agir pour le respect de la vie privée s'éteint au décès de la personne concernée, seule titulaire de ce droit* » (Cass. Civ. 1ère 14 décembre 1999, P. n°97-15.756, Bull. civ. I n°345).

En même temps, le défunt poursuit son existence dans la mémoire des hommes. Sous cette forme désincarnée, la personne n'a plus la primauté, mais elle mérite le respect. Ce que prévoit l'article 16-1-1 du code civil en abordant le défunt sous l'angle de sa corporalité. Le texte dispose ainsi : « le *respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence*. » C'est à travers l'évocation du cadavre que le droit civil consacre ainsi le respect dû à la personne décédée qui conserve en quelque sorte les attributs de la primauté qui ont encore un sens lorsque la vie n'est plus. L'article 16-1-1 a donné lieu à une application dans une affaire qui a marqué les esprits. L'arrêt, d'une lecture aisée, mérite une citation de ses principaux extraits :

> *« Attendu que la société Encore Events (la société) avait organisé, dans un local parisien et à partir du 12 février 2009, une exposition de cadavres humains " plastinés ", ouverts ou disséqués, installés, pour certains, dans des attitudes évoquant la pratique de différents sports, et montrant ainsi le fonctionnement des muscles selon l'effort physique fourni ; que les associations " Ensemble contre la peine de mort " et " Solidarité Chine ", alléguant un trouble manifestement illicite au regard des articles 16 et suivants du code civil, L. 1232-1 du code de la santé publique et 225-17 du code pénal, et soupçonnant par ailleurs au même titre un trafic de cadavres de ressortissants chinois prisonniers ou condamnés à mort, ont demandé en référé la cessation de l'exposition, ainsi que la constitution de la société en séquestre des corps et pièces anatomiques présentés, et la production par elle de divers documents lui permettant de justifier tant leur introduction sur le territoire français que leur cession par la fondation ou la société commerciale dont elle prétendait les tenir ;*
>
> *Attendu que la société fait grief à l'arrêt attaqué (Paris, 30 avril 2009) d'avoir dit y avoir lieu à référé et de lui avoir fait interdiction de poursuivre l'exposition des corps et pièces anatomiques litigieuse* (il faut savoir qu'en France, il est rarissime qu'une manifestation artistique soit interdite),
> …
> *Mais attendu qu'aux termes de l'article 16-1-1, alinéa 2, du code civil, les restes des personnes décédées doivent être traités avec <u>respect, dignité et décence</u> ; que <u>l'exposition de cadavres à des fins commerciales méconnaît cette exigence</u> ; Qu'ayant constaté, par motifs adoptés non critiqués, que l'exposition litigieuse poursuivait de telles fins, les juges du second degré n'ont fait qu'user des pouvoirs qu'ils tiennent de l'article 16-2 du code civil en interdisant la poursuite de celle-ci ; que le moyen n'est pas fondé.* »
>
> (Cass. Civ. 1ère 16 septembre 2010, Pourvoi n° 09-67.456, *Bull. civ*. I n° 174).

*

Section 2 : L'ETAT DES PERSONNES

97.- L'individuel et le collectif.

Le droit ne connaît d'autres personnes que celles qui vivent en société. L'insertion dans un groupe est inévitable. Aussi bien, même à prendre le parti de l'individualisme, il faut bien concéder que le collectif est aussi de l'essence de l'individu. Le droit ne peut se contenter d'affirmer la primauté de la personne, il doit aussi l'appréhender en considération de cette dimension collective, ce qu'il fait en déterminant ce qu'il est convenu d'appeler l'état des personnes. Il est traditionnellement admis que cet état est indisponible (v. *supra* n° 94). La proposition se comprend dès lors que l'indisponibilité se déduit de la dignité, cette dernière s'imposant en quelque sorte comme le propre de l'homme. Comme il est aussi propre à ce dernier de ne pas vivre à l'état isolé, il est somme toute logique que les règles construites autour de cette donnée s'attachent à l'individu comme tout ce qui tient à sa dignité. A ceci près que, comme il a été dit, même là où elle semble la plus nécessaire, l'indisponibilité peut se présenter sous une version (l'autonomie) laissant une large part à la volonté des individus. Lorsqu'il s'agit de définir comment l'individu se situe par rapport à la collectivité, on conçoit que cette contrainte pèse encore un peu moins lourd. L'individualisme est le principe et il n'y a aucune raison que les contraintes du collectif aillent au-delà du nécessaire.

L'état des personnes comprend deux types de dispositifs, les uns pour identifier les personnes, les autres pour marquer leur appartenance.

§ 1.- LES DISPOSITIFS D'IDENTIFICATION

98.- Résumé

L'objectif est de reconnaître l'individu au sein de la société et accessoirement d'éviter de le confondre avec autrui. C'est l'« *état civil* » au sens propre du terme, c'est-à-dire l'ensemble des traits caractéristiques que retient le droit civil pour permettre d'individualiser les personnes. En principe, trois éléments déterminent cet état civil : le nom, le domicile et le sexe. Ils sont consignés dans ce que l'article 34 du code civil désigne comme les actes de l'état civil, lesquels répercutent d'ailleurs, non seulement les traits distinctifs de l'individu, mais encore bien d'autres éléments caractéristiques de la personne (sa naissance et son décès) et de son état (son mariage ou sa filiation).

Le nom, au sens de l'état civil, c'est un nom de famille et un prénom.
Sur le nom de famille, il y a principalement lieu de retenir deux textes :

- Le premier est l'article 311-21 du code civil qui détermine en ces termes les conditions d'attribution du nom :

  > « *Lorsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard de ses deux parents au plus tard le jour de la déclaration de sa naissance ou par la suite mais simultanément, ces derniers choisissent le nom de famille qui lui est dévolu : <u>soit le nom du père, soit le nom de la mère, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux.</u>*

En l'absence de déclaration conjointe à l'officier de l'état civil mentionnant le choix du nom de l'enfant, celui-ci prend le nom de celui de ses parents à l'égard duquel sa filiation est établie en premier lieu et le nom de son père si sa filiation est établie simultanément à l'égard de l'un et de l'autre. En cas de désaccord entre les parents, signalé par l'un d'eux à l'officier de l'état civil, au plus tard au jour de la déclaration de naissance ou après la naissance, lors de l'établissement simultané de la filiation, l'enfant prend leurs deux noms, dans la limite du premier nom de famille pour chacun d'eux, accolés selon l'ordre alphabétique ».

- Le second est l'article 61 qui autorise en ces termes le changement de nom :

  « *Toute personne qui justifie d'un intérêt légitime peut demander à changer de nom.*
  La demande de changement de nom peut avoir pour objet d'éviter l'extinction du nom porté par un ascendant ou un collatéral du demandeur jusqu'au quatrième degré.
  Le changement de nom est autorisé par décret. »

Sur le prénom, les deux textes pertinents sont l'article 57 et l'article 60 du code civil, le premier sur le choix du prénom, le second sur le changement. Dans leur rédaction actuelle, issue d'une loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, ils sont la marque d'une plus grande souplesse qu'auparavant. Les parents choisissent le prénom et il faut une décision de justice pour leur interdire le choix d'un prénom qui serait jugé contraire « *à l'intérêt de l'enfant* ». Par ailleurs, « *toute personne peut demander à l'officier de l'état civil à changer de prénom* », avec une opposition possible du Procureur de la République dans l'hypothèse d'une contrariété à l'intérêt de l'enfant. L'idée générale est que, sauf la borne nécessaire que constitue l' « *intérêt de l'enfant* », les individus font un peu ce qu'ils veulent avec leur prénom, pourvu que l'état civil soit informé et qu'il reste ainsi possible de les identifier.

Le *domicile* est de première importance à ce dernier égard dès lors que les homonymies sont fréquentes. Il suffit de vouloir s'inscrire sur n'importe quel réseau social avec ses seuls nom et prénom pour s'apercevoir qu'en quelque sorte, on n'est pas vraiment le premier. Les textes du code qui précisent les règles relatives à l'établissement du domicile sont principalement les articles :

- 102 : « *Le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement* » ;
- 103 : « *Le changement de domicile s'opérera par le fait d'une habitation réelle dans un autre lieu, joint à l'intention d'y fixer son principal établissement » ; précision étant faite que, selon l'article 104, « la preuve de l'intention résultera d'une déclaration expresse, faite tant à la municipalité du lieu que l'on quittera, qu'à celle du lieu où on aura transféré son domicile* ».

Les critères de détermination du domicile réalisent un équilibre entre la nécessité de respecter la liberté d'aller et de venir, qui suppose le libre choix du lieu où l'on s'établit, et celle de pouvoir individualiser les personnes, ce qui requiert un minimum de fixité. D'où deux critères pour déterminer le domicile : le critère matériel que fait ressortir la notion de « principal établissement » et qui reflète le besoin de permanence, le critère intentionnel, qui marque le fait qu'en principe, le domicile est choisi par celui qui l'habite.

Le *sexe* est traditionnellement considéré comme faisant partie de l'état civil dès lors que, selon l'article 57 du code civil, « *l'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant, les prénoms qui lui seront donnés, le nom de famille* ». Il n'est

pas sûr qu'il faille lui accorder cette place de premier plan dans la mesure où le Code civil ne l'évoque finalement que par incidence et qu'au demeurant, eu égard au principe de non-discrimination, le féminin et le masculin sont deux traits auxquels le droit n'accorde pratiquement plus d'effets spécifiques. Il en est d'autant plus ainsi que le mariage entre personnes de même sexe est désormais admis et qu'il est possible d'obtenir la modification du sexe indiqué dans l'acte de naissance, sous certaines conditions fixées par l'article 61-5 du code civil. Pourtant, la question du genre continue de passionner. On se demande un peu pourquoi dès lors qu'a priori, dans l'effacement des différences et au moins sous un angle juridique, il semble difficile d'aller au-delà d'un maximum d'ores et déjà atteint.

§ 2.- LES DISPOSITIFS D'APPARTENANCE

99.- Statut personnel.

Les individus appartiennent à au moins deux communautés : la nation et la famille. Dans certains cas, la profession donne une troisième communauté aux individus. Mais cette hypothèse est l'exception dès lors que les activités professionnelles relèvent d'un principe de liberté et que leur exercice n'est pas censé interférer dans la vie personnelle. Même si elle peut compter pour beaucoup, la profession ne fait pas l'individu. Au contraire, la nation et la famille en sont indissociables. Certains naissent apatrides et de parents inconnus. Cette situation reste exceptionnelle et de toute façon, elle est juridiquement temporaire. L'apatride trouvera une nationalité, l'enfant abandonné fera l'objet d'une adoption. La double appartenance à une nation et à une famille sont donc consubstantielles à l'individu. Elles définissent ce qu'il est convenu d'appeler un *statut personnel*, c'est-à-dire un ensemble de droits et d'obligations ayant pour seul fondement l'appartenance à une communauté. En droit, il est d'ailleurs d'usage de distinguer les obligations statutaires des obligations volontaires, ces dernières issues d'actes juridiques dans lesquels leurs auteurs s'engagent librement. Par exemple, les enfants (devenus adultes) doivent assurer la subsistance de leurs parents si ces derniers sont dans le besoin ; c'est une obligation statutaire qui a pour cause l'appartenance des enfants et des parents à la même communauté familiale. Autre exemple, les parents qui se portent caution pour garantir le paiement par leur enfant de son premier loyer le font, certes pour aider ce dernier (et ils font bien, au moins au début), mais au titre d'un engagement pris à l'égard du bailleur et qui donne naissance à une obligation volontaire.

100.- La nationalité

La nationalité se définit comme l'appartenance juridique et politique d'une personne à la population d'un Etat. Sous l'angle des droits civils, le principal avantage lié à la nationalité tient à l'exercice de la liberté d'aller et de venir, laquelle comporte le libre choix de son établissement. Un Français choisit librement son domicile sur le territoire français. L'étranger qui s'établit en France doit en principe justifier d'un titre de séjour. De surcroît et même si le principe de non-discrimination limite les différences de traitement, les droits économiques et sociaux des français et des étrangers ne sont pas exactement les mêmes (par ex., pour l'assurance chômage).

La matière est sensible et elle est régulièrement l'objet d'un débat public. Plusieurs *conceptions* circulent. La première peut être qualifiée d'identitaire et part de l'idée que la nation précède l'individu de sorte que la nationalité doit être réservée à ceux qui reçoivent la culture française en héritage. Cette conception conduit à donner la priorité au droit du sang ou *jus sanguinis* comme critère d'attribution de la nationalité. On naît français pour avoir des parents français. La deuxième conception est dite élective pour voir dans la nation un « *plébiscite permanent* » (l'expression est de Renan) de telle sorte que, sans méconnaître le droit du sang, elle conduit à y ajouter la volonté comme source d'acquisition de la nationalité française. Des personnes nées avec la qualité d'étranger peuvent ainsi devenir françaises si elles expriment une volonté forte en ce sens, par ex. en demandant leur naturalisation. La conception française de la nationalité est en fait d'une troisième eau. Elle n'exclut ni la filiation, ni l'élection, mais elle se caractérise depuis toujours par une forme de pragmatisme. On peut dire qu'elle est objective en ce sens qu'elle agrège une multiplicité de critères, filiation, résidence, volonté, acculturation, pour faire en sorte que la nationalité française soit attribuée à tous ceux qui vivant en France, s'y sentent chez eux, ou qui vivant ailleurs, s'estiment encore français.

Le droit français de la nationalité distingue ainsi les conditions *d'attribution* de la nationalité, c'est-à-dire le fait de réputer une personne française dès sa naissance, des conditions *d'acquisition*, qui permettent le passage de la qualité d'étranger à celle de français.

Concernant l'attribution de la nationalité française, les principes sont les suivants :

- Article 18 du code civil : « *Est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français* » (droit du sang ou *jus sanguinis*) ;
- Article 19-3 du code civil : « *Est français l'enfant né en France lorsque l'un de ses parents au moins y est lui-même né* » (droit du sol ou *jus soli*) ; cette règle est la meilleure illustration de la conception objective de la nationalité ; la France est un pays d'immigration (c'est quand même mieux que d'être un terre d'émigration) et le droit français considère qu'à la troisième génération, les liens (même s'ils peuvent être conflictuels) qui se sont nécessairement tissés entre l'individu et la France justifient l'attribution de la nationalité française.

L' acquisition de la nationalité française peut intervenir de trois manières différentes :

- De plein droit, c'est-à-dire sans avoir à accomplir de démarches en ce sens, notamment dans l'hypothèse (la plus emblématique) « *de l'enfant né en France de parents étrangers (qui) acquiert la nationalité française à sa majorité si, à cette date, il a en France sa résidence et s'il a eu sa résidence habituelle en France pendant une période continue ou discontinue d'au moins cinq ans, depuis l'âge de onze* » (article 21-7 du code civil) ; là comme ailleurs, le droit français fait preuve de pragmatisme : la deuxième génération, élevée à l'Ecole de la République, a naturellement vocation à devenir française ;
- Par déclaration (à l'Administration), ce qui suppose donc une démarche positive, et si l'auteur de la déclaration justifie d'une acculturation suffisante ; par exemple, et alors qu'il est de principe que « *le mariage n'exerce de plein droit aucun effet sur la nationalité* » (article 21-1 du code civil), « *l'étranger (...) qui contracte mariage avec un conjoint de nationalité française peut, après un délai de quatre ans à compter du mariage, acquérir la nationalité française par déclaration à condition*

qu'à la date de cette déclaration la communauté de vie tant affective que matérielle n'ait pas cessé entre les époux depuis le mariage » et de « *justifier d'une connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue française* » (article 21-2) ;

- Enfin, par décision de l'autorité publique et il s'agit alors d'une naturalisation, dont les conditions sont fixées aux articles 21-15 et suivants du code civil : un âge minimal de 18 ans, une résidence d'au moins 5 ans en France, une « *assimilation à la communauté française, notamment par une connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue, de l'histoire, de la culture et de la société françaises (…) et des droits et devoirs conférés par la nationalité française ainsi que par l'adhésion aux principes et aux valeurs essentiels de la République* » (art. 21-24).

La nationalité française se perd, notamment en cas de *déchéance* (art. 25), sanction qui frappe les individus ayant acquis la nationalité française, et non ceux à qui elle est attribuée. L'article 25 du code civil dispose ainsi que :

> « *L'individu qui a acquis la qualité de Français peut, par décret pris après avis conforme du Conseil d'Etat, être déchu de la nationalité française, sauf si la déchéance a pour résultat de le rendre apatride :*
> *1° S'il est condamné pour un acte qualifié de crime ou délit constituant une atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation ou pour un crime ou un délit constituant un acte de terrorisme ;*
> *2° S'il est condamné pour un acte qualifié de crime ou délit prévu et réprimé par le chapitre II du titre III du livre IV du code pénal ;*
> *3° S'il est condamné pour s'être soustrait aux obligations résultant pour lui du code du service national ;*
> *4° S'il s'est livré au profit d'un Etat étranger à des actes incompatibles avec la qualité de Français et préjudiciables aux intérêts de la France.* »

Les débats si vifs qui ont eu lieu autour de la question de la déchéance de la nationalité portait, notamment, sur l'extension de cette sanction à des individus de nationalité française, par attribution. La question posée était donc la suivante : fallait-il, pour des faits de terrorisme, retirer la nationalité à des individus français depuis leur naissance ? Finalement, la question a été retirée du débat public faute d'un consensus politique sur la réponse à apporter (sur ce débat, v. Paul Lagarde, *Le débat sur la déchéance de nationalité, essai de clarification*, JCP, éd. G., 2016, 105, p. 197). Il est somme toute bienvenu que le législateur ait renoncé à l'extension de la déchéance de nationalité. Il vaut bien mieux que la France ait le courage de savoir qu'elle compte en son sein des individus qui « divergent », qu'elle les juge et les sanctionne, qu'elle tente de comprendre d'où vient la dérive, plutôt qu'elle ne pratique l'art de la défausse devant une réalité qui a bien surgi sur son propre territoire. Les grandes nations doivent savoir faire face.

101.- La famille.

La famille est un *ensemble de personnes unies par des liens d'alliance ou de parenté*. Les liens de parenté ou liens du sang sont ceux qui existent entre deux personnes qui descendent l'une de l'autre ou qui ont en partage un ascendant commun, dont elles descendent l'une et l'autre. Dans le premier cas, les parents sont en ligne directe et sont descendants ou ascendants les uns des autres, tandis que dans le second, les parents sont en ligne collatérale et sont entre eux des collatéraux, frères et sœurs ou encore cousins. Chaque génération marque un degré. Pour savoir combien de degrés séparent des

collatéraux, il faut compter le nombre de générations qui les séparent en passant par leur ascendant commun. Les cousins germains sont ainsi des collatéraux au 4ème degré car il faut deux générations pour remonter à l'ascendant commun (grand-père ou grand-mère) et deux autres encore pour redescendre au cousin. Les liens d'alliance se nouent par le mariage et s'établissent entre chaque époux et les parents de l'autre. Aujourd'hui, ils ne concernent guère plus que les ascendants au premier degré du conjoint (v. art. 206 du code civil).

Le droit s'intéresse à la famille, pour des raisons de fait et de droit.

- Pour *des raisons de fait*. La famille est une instance coutumière que le droit ne peut ignorer. Les liens familiaux s'inscrivent de surcroît dans l'intimité de chacun de sorte que, même dans une société individualiste, la protection de l'individu implique encore celle de la famille. D'ailleurs, de manière significative, l'article 8 de la Conv EDH lie respect de la vie privée et de la vie familiale. Un individu n'est pas réductible à sa famille, mais celle-ci est une partie de lui-même. Il reste que l'intensité du lien familial justifie qu'à certains égards, le droit le tienne en respect. La famille est une petite société qui doit se soumettre à la grande. Le principe d'égalité devant la loi et plus généralement devant la règle de droit ne doit pas être méconnu prétexte pris d'une préférence familiale (sinon, cela s'appelle du « piston », qui n'est pas sanctionné en tant que tel, mais qui peut l'être, sous la forme de diverses infractions, par exemple l'article 432-14 qui punit le délit de favoritisme dans l'attribution des marchés publics). Il n'y a que de rares exceptions et tout spécialement, dans les conditions strictes qu'il fixe, l'article 414-1 du code pénal pour admettre que, même dans l'hypothèse d'un crime, on ne soit pas tenu de dénoncer ses proches.
- Pour des *raisons de droit* dès lors que le groupe familial, qu'il faut certes maintenir à sa juste place, est un indispensable point d'appui de la cohésion sociale. Cette dernière ne peut exclusivement compter sur le droit. Il faut qu'en partie, les choses aillent de soi dans l'ordonnancement de nos pratiques sociales. Les mœurs et les usages naturels permettent cette harmonie et ils s'apprennent essentiellement au sein de la cellule familiale, qui est le premier lieu de l'apprentissage d'autrui et du collectif, des valeurs et des solidarités. En 1804, Portalis concluait en ces termes son Discours préliminaire : « *Notre objet a été de lier les mœurs aux lois et de propager l'esprit de famille, qui est si favorable, quoiqu'on en dise, à l'esprit de cité. Les sentiments s'affaiblissent en se généralisant : il faut une prise naturelle pour pouvoir former des liens de convention. Les vertus privées peuvent seules garantir les vertus publiques et c'est par la petite patrie, qui est la famille, que l'on s'attache à la grande* ». Ce n'est pas d'hier, cela sonne un peu « vieille France », mais çà n'a pas beaucoup vieilli et que celui qui a trouvé mieux lève la main.

Ces raisons conduisent le droit civil à configurer les liens familiaux de telle sorte que leur développement s'inscrivent dans la trame sociale que celui-ci dessine (sur l'esprit du droit civil, v. *supra* n° 82). Concrètement, il existe donc un régime juridique des liens d'alliance et des liens de parenté qui, pour l'essentiel, se concentre sur les deux institutions qui en sont la matrice respective : le mariage et la filiation.

a.- Le mariage est une union de deux personnes. Comme l'énonce l'article 146 du code civil, « *il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement* », ce qui on l'a compris, vaut exclusion des mariages forcés. Mais il ne faut pas se méprendre sur la portée de cette

règle. Elle ne dispose pas, comme c'est le cas pour n'importe quel contrat, que le consentement fait tout. La personne est indisponible de sorte qu'en principe, elle ne peut être la matière d'un contrat. Si l'union consentie de deux personnes fait l'objet d'une consécration juridique, c'est en ce que le mariage est l'acte constitutif d'une famille. De ce point de vue, il n'est pas sérieusement contestable que l'admission du mariage pour tous, vaut, dans le même temps, reconnaissance des familles homoparentales. La nature du mariage pèse naturellement sur les conditions de sa formation comme sur ses effets.

Le mariage est une consécration. Il suppose en conséquence une *célébration* au cours de laquelle un officier d'état civil recueille le consentement des époux (article 165 du code civil). Il faut bien comprendre la symbolique. Les époux ne passent pas contrat devant le maire. Ils se disent « oui » par un tiers interposé, qui n'est autre que l'officier d'état civil et qui, recueillant leur consentement, marque la reconnaissance par le corps social de l'union ainsi créée par les époux. La célébration est la séquence au cours de laquelle la « grande société » reconnaît la « petite » que constituent les jeunes mariés. La « *petite patrie* », pour reprendre la formule de Portalis, doit porter des vertus qui pour être privées, préfigurent les vertus publiques. Il y a donc « *des conditions requises* » à la constitution d'une famille qui sont révélatrices :
- D'une valeur d'altérité, d'où la *prohibition de l'inceste* qui, pour être de portée universelle, comporte néanmoins des variantes. Voici ce qu'en dit le code civil :

> *Art. 161 : En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne.*
> *Art. 162 : En ligne collatérale, le mariage est prohibé, entre le frère et la soeur, entre frères et entre sœurs.*
> *Art. 163 : Le mariage est prohibé entre l'oncle et la nièce ou le neveu, et entre la tante et le neveu ou la nièce.*

Où l'on comprend que rien ne s'oppose à un mariage entre cousins germains.
- D'une valeur d'égalité, d'où *la prohibition de la polygamie*, que rappelle en ces termes et sobrement l'article 147 du code civil : « *on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier* ». Le principe est écrit dès 1804 et Portalis, en bon disciple de Montesquieu (*De l'esprit des lois*, Livre XVI), le défend en ces termes : « *on a pu dire que, sous certains climats et dans certaines circonstances, la polygamie est une chose moins révoltante que dans d'autres circonstances et sous d'autres climats. Mais, dans tous les pays, elle est inconciliable avec l'essence d'un engagement par lequel on se donne tout, le corps et le cœur. Nous avons donc posé la maxime que le mariage ne peut être que l'engagement de deux individus (…)* » (*Fenet*, tome 1, p. 484). Et de fait, si le « tout » de deux personnes vaut le tout de celui avec qui elles contractent mariage, c'est qu'en réalité, le tout des deux premières vaut moitié moins que le tout du second, ce qui n'est pas conforme à l'égale considération des personnes qu'implique l'exigence de dignité (v. *supra* n° 95.c.1).

Le mariage fonde une communauté qui se structure essentiellement autour de deux axes :
- La communauté de vie (art. 215) entre les époux qui, de surcroît se doivent « *respect, fidélité, secours, assistance* » (art. 212) et s'obligent à contribuer « *aux charges du mariage à proportion de leurs facultés respectives* » (art. 214) ;
- La « *direction morale et matérielle de la famille* » qui implique de pourvoir « *à l'éducation des enfants* » et de préparer « *leur avenir* » (art. 213) ; les époux sont parfois sans enfants, parce qu'ils ne peuvent en avoir ou ne le souhaitent pas ; pour autant, c'est bien en considération de cette potentialité que le droit consacre le mariage et il est donc attendu que l' « *éducation des enfants* » soit juridiquement présentée comme une suite nécessaire.

Le mariage n'est pas indissoluble. De leur vivant, les époux peuvent donc se séparer et le faire acter juridiquement en obtenant le prononcé de leur *divorce*. Certes, il est plus facile de divorcer aujourd'hui qu'en 1804. La forme la plus simple est le « divorce devant notaire » qu'autorise désormais la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016. Les principales dispositions du Code civil sont les suivantes :

- Art. 229-1 : « *Lorsque les époux s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets, ils constatent, assistés chacun par un avocat, leur accord dans une convention prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par leurs avocats (...)*
Cette convention est déposée au rang des minutes d'un notaire (il est déposé chez le notaire)*, qui contrôle le respect des exigences formelles prévues aux 1° à 6° de l'article 229-3. Il s'assure également que le projet de convention n'a pas été signé avant l'expiration du délai de réflexion prévu à l'article 229-4.*
Ce dépôt donne ses effets à la convention en lui conférant date certaine et force exécutoire. »

Art. 229-3 : « *Le consentement au divorce et à ses effets ne se présume pas.*
La convention comporte expressément, à peine de nullité :
1° Les nom, prénoms, profession, résidence, nationalité, date et lieu de naissance de chacun des époux, la date et le lieu de mariage, ainsi que les mêmes indications, le cas échéant, pour chacun de leurs enfants ;
2° Le nom, l'adresse professionnelle et la structure d'exercice professionnel des avocats chargés d'assister les époux ainsi que le barreau auquel ils sont inscrits ;
3° La mention de l'accord des époux sur la rupture du mariage et sur ses effets dans les termes énoncés par la convention ;
4° Les modalités du règlement complet des effets du divorce conformément au chapitre III du présent titre, notamment s'il y a lieu au versement d'une prestation compensatoire ;
5° L'état liquidatif du régime matrimonial, le cas échéant en la forme authentique devant notaire lorsque la liquidation porte sur des biens soumis à publicité foncière, ou la déclaration qu'il n'y a pas lieu à liquidation ;
6° La mention que le mineur a été informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge dans les conditions prévues à l'article 388-1 et qu'il ne souhaite pas faire usage de cette faculté. »

Art. 229-4 : « *L'avocat adresse à l'époux qu'il assiste, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, un projet de convention, qui ne peut être signé, à peine de nullité, avant l'expiration d'un délai de réflexion d'une durée de quinze jours à compter de la réception.*
La convention a force exécutoire au jour où elle acquiert date certaine. »

Même en cette forme simplifiée, le divorce n'est donc pas une « simple formalité ». Il met fin à une union de deux personnes et il est normal qu'il soit juridiquement contraint. On célèbre le mariage, on prononce le divorce. La principale préoccupation, outre le consentement des époux, est le règlement des effets de la séparation dès lors que l'union à laquelle le divorce met fin laisse nécessairement des traces, et même un peu plus, lorsque l'éducation des enfants n'est pas encore achevée.

b.- La filiation est le lien du sang, ou assimilé, qui unit une personne à son père et à sa mère. *Elle s'établit par l'effet de la loi* à l'égard la mère par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant (art. 311-25 du code civil). Il en va de même à l'égard du père lorsque le couple est marié. La règle est pratiquement inchangée depuis 1804,

« *l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari* » (article 312). En l'absence de mariage, il faut une manifestation de volonté du père de se reconnaître comme tel. C'est la « *reconnaissance* » que vise l'article 316 du code civil et qui peut être faite tout simplement devant l'officier d'état civil lors de la déclaration de la naissance de l'enfant. Telles sont les deux voies habituelles d'établissement du lien de filiation. Il en est d'autres, notamment lorsque la filiation est contentieuse ou encore lorsqu'elle procède d'une adoption. L'étude de ces questions, difficiles, relève du droit de la famille.

Il faut à présent retenir qu'une fois établi, *le lien de filiation est indéfectible*. Il est ainsi juridiquement institué que pour être soi-même, on est toujours issu d'un autre. De cet état, la personne ne peut se défaire volontairement et il y a là une indisponibilité pour ainsi dire absolue. Sur cet état, se greffe un complexe de droits et d'obligations :

- Tant que l'enfant est mineur, il relève de l'autorité parentale, forme d' « administration », au sens fonctionnel du terme, de ses intérêts par ces deux parents (art. 371-1 du code civil) ;
- A sa majorité, l'enfant s'émancipe ; pour autant, « *à tout âge, (il) doit honneur et respect à ses pères et mères* » (art. 371) ; par ailleurs, mais à charge de réciprocité (art. 207), il pourvoit à la subsistance de ses parents dans le besoin (art. 205) ; les liens d'alliance font ici ressentir leurs effets dès lors que les gendres et belles-filles sont également liés par cette obligation, dite alimentaire (art. 206).

*

CHAPITRE 2 : LE PATRIMOINE

102.- Patrimoine et patrimoine.
La conception commune du patrimoine amène à y voir un ensemble de richesses ou un actif net. Par exemple, le particulier qui achète une maison en contractant un emprunt a un patrimoine équivalent à la valeur de sa maison déduction faite des sommes empruntées. En droit, le terme patrimoine se décline sous la forme d'un adjectif et d'un substantif :

- Le droit retient ainsi qu'est patrimonial, ce qui est appréciable en argent, plus précisément en unités monétaires ; ce qui permet une classification des droits subjectifs en droits extrapatrimoniaux (par ex., les droits de la personnalité) et droits patrimoniaux (droits de créances ou droits personnels, droits réels ou droits sur les choses) ;
- Pris comme substantif, le patrimoine se comprend juridiquement comme un contenant qui accueille l'ensemble de ses éléments et fait le lien entre eux : ceux-ci forment un tout, que le droit désigne comme une universalité.

Section 1 : LES ELEMENTS DU PATRIMOINE

103.- Les éléments du patrimoine ou ses composants sont les obligations et les biens.

§ 1.- LES OBLIGATIONS

104.- Notions élémentaires

Le terme « obligation » est polysémique. Dans un sens général, une obligation est une contrainte de comportement. En ce sens, on dira, par exemple, que les automobilistes ont l'obligation de porter une ceinture de sécurité. En droit privé et sous un angle patrimonial, le terme a un sens précis et *une obligation (ou encore un rapport d'obligation) se définit comme un lien de droit en vertu duquel une personne, appelée le créancier (ou encore sujet actif), peut exiger d'une autre, appelée le débiteur (ou encore sujet passif), une prestation ou une abstention*. Pour le sujet actif, l'obligation est une *créance* qui figure à l'actif de son patrimoine. Pour le sujet passif, c'est une *dette*, à mettre au passif de son patrimoine.

On classe ainsi les obligations :

- Les obligations de faire qui consistent, soit dans l'accomplissement d'une prestation (*praestere*, dit-on parfois), soit dans la délivrance d'une chose ; par exemple, alors que l'entrepreneur, mais aussi le consultant (en tout ce que vous voulez), accomplit une prestation, le vendeur s'oblige à délivrer une chose, celle qu'il vend.
- Les obligations de ne pas faire qui, comme sa désignation le laisse entendre, obligent le débiteur à une abstention ; par exemple, une obligation de non-

concurrence, stipulée dans un contrat de travail, liant le salarié même après la rupture de ce dernier et assortie d'une contrepartie financière.

- Les obligations monétaires, libellées en unités monétaires, qui contraignent le débiteur à remettre une somme d'argent à son créancier ; par exemple, l'obligation de l'acheteur de payer le prix de la chose ou celle de l'emprunteur de rembourser le prêt consenti.

L'exécution d'une obligation s'appelle un *paiement* et ce dernier terme, en droit, n'est pas seulement réservé aux obligations monétaires. Le paiement peut être volontaire, il peut également être forcé lorsque le débiteur s'abstient. Il passe alors par des procédures civiles d'exécution (ce qu'on appelle communément les saisies). Celles-ci requièrent un titre exécutoire, qui résulte d'un jugement ou, si les parties ont été prévoyantes, d'un acte notarié (v. *supra* n° 70).

Le paiement emporte *extinction* de l'obligation. Mais il arrive que la créance s'éteigne sans paiement, par le seul effet du temps qui passe. C'est le mécanisme de la *prescription*. Lorsque le créancier ne réclame pas paiement pendant cinq ans (article 2224 du code civil), il perd le bénéfice du droit de demander l'exécution de l'obligation. L'inaction créée une situation acquise et pour des raisons de préservation de la paix civile, le droit s'aligne sur le fait.

L'article 1100 du code civil dispose que « *les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi.* » Les actes et les faits juridiques sont donc les deux sources d'obligations. Les obligations qui naissent « *de l'autorité seule de la loi* » peuvent être considérées comme étant issues de faits juridiques.

105.- Les actes juridiques

a.- *Définitions*

La réforme du droit des contrats par l'ordonnance du 10 février 2016 a été l'occasion d'inscrire dans le code civil des définitions issues de la doctrine. L'article 1100-1 dispose ainsi :

> « *Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux.*
> *Ils obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats.* »

Les actes *unilatéraux* sont généralement le fait d'un seul (par ex. : un testament). Il arrive, rarement certes et il s'agit alors d'une figure juridique assez complexe, qu'ils soient le fait de plusieurs. L'unilatéralisme tient alors dans le fait que l'acte juridique porte une unité d'intérêts. Par exemple, si plusieurs consommateurs se réunissent pour exercer une action collective contre un professionnel, ils formeront une demande en justice, qui est un acte juridique (certes dans le domaine de la procédure et pas du droit substantiel, v. supra n° 89), unilatéral dès lors que pour être le fait de plusieurs, il porte une unité d'intérêts (tous les consommateurs ont des intérêts de même nature à l'encontre du professionnel défendeur).

Les actes juridiques *bilatéraux* ou *conventionnels* résultent de manifestations de volonté qui expriment des intérêts distincts. Par ex., dans un contrat de vente, l'intérêt du vendeur est de percevoir le prix de la chose, celui du vendeur de recevoir le bien acquis, l'un veut l'argent et l'autre la chose. Parmi les actes conventionnels, on trouve une sous-catégorie qui en constitue de fait la matière principale. Ce sont les contrats que l'article 1101 du code civil définit en ces termes :

> « *Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations.* »

Quelle différence faire entre « contrat » et « convention » ? Ainsi qu'on va le voir, tous les actes juridiques ne produisent pas les mêmes effets et, spécialement, tous ne donnent pas naissance à des obligations. Les actes juridiques sont des sources d'obligations, mais ils peuvent produire d'autres effets de droit et seules les conventions qui sont relatives à des obligations, au sens patrimonial du terme (v. *supra* n° 104), prennent le nom de contrat. C'est une subtilité de langage, pas nécessairement d'une utilité première, mais qu'il faut connaître ; c'est à ce type de petit détail qu'on reconnaît le vrai juriste…

Pour simplifier le tout (mais là, c'est important), l'article 1106 du code civil dispose que :

> « *Le contrat est <u>synallagmatique</u> lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres.*
> *Il est <u>unilatéral</u> lorsqu'une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres sans qu'il y ait d'engagement réciproque de celles-ci.* »

Synallagmatique vient de « *synallagma* », terme grec qui désigne l'échange. La définition que donne l'article 1106 appelle assez peu de commentaires, sauf à observer que ce type de contrat correspond à l'idée première qu'on se fait d'un contrat. Lorsque l'on contracte, on paie pour quelque chose et, de fait, la plupart des contrats conclus sont synallagmatiques, qu'il s'agisse d'acheter un bien, de louer une voiture ou de payer son avocat… Mais l'article 1106 évoque la possibilité d'un contrat unilatéral. La figure est plus rare, mais elle est importante en pratique. En premier réflexe, il faut se garder de confondre « acte unilatéral », le fait d'un seul (ou une unité d'intérêts), et contrat unilatéral, qui procède d'un accord de volontés. En seconde analyse, il importe de comprendre que deux personnes peuvent vouloir que seule l'une des deux s'obligent. Par exemple, le propriétaire qui loue son bien souhaite être payé de son loyer. Le locataire n'est pas sûr et il veut qu'un tiers s'engage, par exemple un parent. Le propriétaire et le parent se mettent d'accord pour que ce dernier règle le loyer au cas où le locataire ferait défaut. C'est ce qu'on appelle un contrat de cautionnement, auquel le créancier (ici, le propriétaire) a évidemment intérêt puisque ce contrat consolide ses chances de paiement. Celui (la caution) qui s'engage à régler la dette (ici, le loyer) en cas de défaut du débiteur (ici, le locataire) a également intérêt à le faire puisqu'ainsi, il permet à ce dernier de conclure le contrat espéré (ici, le bail). Pourtant, le contrat de cautionnement est unilatéral, car il fait naître une seule obligation, celle de payer la dette aux lieu et place du débiteur en cas de défaut de celui-ci, sur la seule tête de la caution.

b.- *Formation*

Les actes juridiques produisent des effets de droit et c'est à ce titre qu'ils constituent des normes individuelles. Comme ils confèrent aux personnes privées une aptitude à créer d'elles-mêmes de la norme, ils sont naturellement soumis à des conditions de formation dont le respect conditionne leur validité. Au titre de ces conditions, le droit civil tend à s'assurer de deux choses :

- Le caractère libre et éclairé du consentement donné par les auteurs de l'acte juridique. Si on peut ce qu'on veut, encore faut-il que la volonté soit intègre, ce qui requiert une absence de contrainte et un engagement en connaissance de cause. C'est pourquoi, les articles 1130 et 1131 du code civil sanctionnent ce qu'il est convenu d'appeler les vices du consentement : « *L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes*. » L'erreur et le dol empêchent un consentement éclairé, cependant que la « violence », au sens juridique du terme, contraint le consentement qui, du coup, perd en liberté.
- La licéité du contenu de l'acte juridique dès lors que les normes individuelles issues de l'acte sont en-deçà des normes générales et spécialement de celles qui sont impératives (v. *supra* n° 18) ; d'où l'article 1162 du code civil : « *le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties* » ; le texte parle seulement des contrats, mais il vaut pour tous les actes juridiques, car, rappelez-vous, c'est quelques lignes plus haut, l'article 1100-1 dispose que les actes juridiques « *obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats* »

c.- *Effets*
Ils sont à comprendre à la lumière de l'article 1103 (ex-1134) du code civil, le désormais célèbre « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ». Le texte pose le principe de l'effet obligatoire qui signifie que l'acte a la valeur d'une norme juridique, donc contraignante, qu'en conséquence, le non-respect de celle-ci emportera le prononcé de sanctions civiles, exécution ou responsabilité (*supra* n° 14). Cet effet obligatoire est le même pour tous les actes. En revanche, la teneur des effets varie d'un acte à l'autre. Il est d'usage de distinguer :
- L'effet créateur : naissance d'une ou de plusieurs obligations, au sens patrimonial du terme ; les contrats se singularisent en cela qu'ils ont un effet créateur ;
- L'effet translatif : le transfert de la propriété d'un bien d'un patrimoine à un autre ; par exemple, une vente dès lors que la chose vendue passe du patrimoine du vendeur à celui de l'acheteur ;
- L'effet extinctif ou abdicatif : la perte d'un droit ; par exemple, la renonciation, acte juridique par lequel son auteur abandonne un droit, comme celui de venir à la succession d'une personne décédée (ce que fait l'héritier lorsque la succession est déficitaire).

En principe, seuls les contrats ont un effet créateur. Les actes juridiques unilatéraux ne peuvent avoir qu'un effet translatif (par ex., le testament qui opère transfert de propriété des biens de son auteur pour le temps où il ne sera plus) ou abdicatif (la renonciation).

106.- Les faits juridiques

a.- *Définition et question*.
L'article 1100-2 du code civil définit ainsi les faits juridiques : « *des agissements ou des événements auxquels la loi attache des effets de droit* ». Cette définition appelle une précision et une question :
- Le fait juridique peut être volontaire, mais la volonté n'est pour rien dans l'effet de droit produit. Celui-ci procède de la loi et si le fait est volontaire, l'effet de droit qui

s'attache au fait peut même être contraire à l'effet voulu par celui à qui le fait est imputé. L'auteur d'une faute peut agir volontairement, par exemple un commerçant qui se livre à des pratiques de concurrence déloyale, mais l'effet de droit, la responsabilité du commerçant, qui découle de cette faute est au rebours de ce que souhaitait son auteur. La volonté qui accompagne éventuellement le fait juridique n'est donc pas créatrice et il faut une règle générale qui déduit une obligation du fait juridique. En pratique et afin que l'obligation déduite de la survenance d'un fait juridique pèse sur la tête d'une personne désignée, un jugement sera nécessaire pour poser la norme individuelle (v. *supra* n° 10) donnant une force contraignante à cette obligation.

- Pourquoi la loi attache-t-elle des effets de droit à des « *des agissements ou des événements* » ? Le cours normal des choses est une succession d'agissements et d'événements et il n'y a priori pas lieu de s'inquiéter de tout ce qui se passe. Pourtant, certains d'entre eux retiennent plus l'attention que d'autres. C'est qu'ayant entre autre pour finalité la cohésion sociale, le droit s'intéresse aux faits qui peuvent la troubler, essentiellement aux faits qui cause un tort à autrui. Et comme il ne s'accommode pas de la vengeance, il lui revient, précisément et en conséquence du dommage subi, de prévoir des effets de droit.

Les faits juridiques sont ainsi pour l'essentiel des faits dommageables. Principalement, ce sont ceux pour lesquels il est permis d'identifier un responsable. Mais que décider lorsqu'il n'y a pas de responsable ? Ou encore lorsque le responsable n'est autre que la victime ?

b.- *Les faits ayant un responsable*

Ils sont désignés comme *les faits générateurs de responsabilité*, cette dernière est une responsabilité civile, désignée comme une *responsabilité délictuelle* ou *quasi-délictuelle*. Attention, les mots employés sont ici de faux amis. Il n'est pas question de délit au sens pénal, mais de délit au sens civil. Par exemple, si une erreur médicale est un délit civil, i.e. un fait générateur de responsabilité civile, ce n'est en principe pas un délit pénal. Toutes les infractions pénales sont des délits civils et sont de la sorte sources de responsabilité civile de l'auteur de l'infraction à l'égard de la victime. Pour autant, l'inverse n'est pas vrai et il y a de nombreux faits qui sont source de responsabilité délictuelle, au sens du droit civil, et ne constituent pas pour autant des infractions pénales. Il y a deux types de faits générateurs de responsabilité :

- Les fautes que vise l'article 1240 du code civil. Qu'est-ce qu'une faute ? La violation d'une norme. Ce peut être une règle écrite, mais plus souvent, la faute s'apprécie en considération des usages, notamment professionnels, et plus généralement encore du comportement attendu d'un homme raisonnable. C'est à la jurisprudence qu'il revient de fixer cette norme de comportement et c'est bien elle qui constitue la principale source d'information pour se faire une idée du caractère fautif ou non d'un comportement à l'origine d'un dommage. En principe et en droit civil, la gravité de la faute n'a pas d'incidence sur le principe de la responsabilité. Elle importe essentiellement en droit pénal (v. *supra* n° 86) ;
- *Les faits non fautifs* à l'origine de responsabilités, dites sans fautes ou objectives (art. 1242 du code civil : « *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* »). Ce sont les faits des choses dont on a la garde, ou encore des personnes dont on doit répondre (i.e., ceux sur lesquels on a autorité : les enfants, dont les parents répondent, les salariés, dont les employeurs assument les responsabilités).

c.- *Les faits sans responsables*
Que décider lorsque le dommage causé, « *c'est la faute à pas de chance* » ? L'inondation, la tempête, la grève dans les transports, voire les trois à la fois… Le droit civil désigne le fait dommageable qui demeure sans responsable comme un *événement de force majeure* ou un *cas fortuit*, les deux termes peuvent être tenus pour synonymes. C'est le fait imprévisible (i.e. qu'on ne pouvait raisonnablement prévoir) et irrésistible (i.e. dont il est impossible, au moins lorsqu'il survient, de parer aux conséquences dommageables). En principe, il exonère de toute responsabilité, ce qui ne choque personne, mais ne laisse à la victime que ses yeux pour pleurer. En droit civil et c'est bien là l'un des révélateurs de son esprit individualiste, chacun doit faire face aux malheurs de l'existence. D'où d'autres branches du droit (v. *supra* n° 83) qui assure un traitement collectif de ces dommages :

- L'assurance qui permet l'indemnisation des conséquences dommageables de ces événements ; la survenance de l'événement, qui devient alors un « sinistre », pour parler le langage de l'assurance, fera ainsi naître une obligation à la charge d'un assureur ; il faudra avoir préalablement conclu un contrat d'assurance ; où l'on voit que les actes juridiques permettent de pallier les insuffisances du traitement civiliste des faits juridiques ;
- La solidarité nationale qui permet la prise en charge de la maladie et de ses conséquences (perte de revenus) ; c'est ici le statut personnel (v. *supra* n° 99), lié à la nationalité, qui permet ainsi la prise en charge du dommage subi ; comme quoi, l'appartenance à un groupe n'a pas que du mauvais…

d.- *Les faits ayant la victime pour responsable*
En principe, la victime peut ne s'en prendre qu'à elle-même. Si Hugo chute à vélo, çà s'appelle un bobo ; juridiquement, ce n'est rien. En certaines occurrences, il arrive qu'un tiers tire avantage du dommage que la victime s'inflige à elle-même. Celle-ci vient en aide à autrui et c'est elle qui souffre le préjudice qu'elle a évité à autrui. L'hypothèse la plus dramatique survient l'été lorsque sur la plage, un bon nageur périt pour avoir porté secours à un nageur imprudent pris par les courants. Moins dramatique, mais d'une nature similaire, l'hypothèse dans laquelle, après de sévères intempéries, une personne engage des dépenses pour faire réparer à ses frais la toiture d'un voisin absent. Le droit civil, dont l'esprit solidaire se manifeste ici (v. *supra* n° 83.b), ne laisse pas ses bienfaiteurs sans recours. Il leur offre un dispositif original, désigné comme les « *quasi-contrats* » et ainsi définis par l'article 1300 du code civil : « *des faits purement volontaires dont il résulte un engagement de celui qui en profite sans y avoir droit* ». Le dispositif repose sur l'idée suivante : de manière fictive, il sera considéré qu'entre l'auteur du fait volontaire et celui qui en a profité, un contrat s'est noué de telle sorte que sur le fondement de ce contrat (qui n'existe pas en réalité, d'où l'expression « quasi-contrat »), le premier peut être indemnisé par le second. Il n'y a jamais eu de contrat dès lors qu'aucun accord de volontés n'est intervenu entre les parties, mais on fait comme si. Dans l'hypothèse de la noyade, le droit considérera ainsi qu'entre le bon nageur et le nageur imprudent, il s'est conclu un contrat d'assistance bénévole. Quant à la toiture, elle aura été réparée au titre de ce que l'article 1301 du code civil désigne comme une « gestion d'affaires », c'est-à-dire un quasi-contrat de mandat aux termes duquel le propriétaire de la maison endommagée aurait missionné son voisin pour lui demander de procéder aux premières réparations.

107.- La preuve des obligations

La question de la preuve des obligations se pose principalement dans le contexte d'un litige. Pour les obligations prenant leur source dans un fait juridique, la question est dès lors incontournable. Le plus souvent, le fait juridique ne produit concrètement ses effets qu'à la condition que, préalablement, un juge se soit prononcé. Il faudra donc lui apporter la preuve de la réalité des faits dont l'obligation se déduit. La même observation s'impose pour les obligations issues d'actes juridiques. Certes, ces derniers sont consentis et il y a lieu d'espérer qu'ils s'exécuteront spontanément. C'est au demeurant l'hypothèse la plus fréquente. Il arrivera de temps à autre et même assez souvent que l'exécution de l'acte suscite des difficultés et des contestations. Pour obtenir le prononcé des sanctions civiles de l'inexécution, il faudra donc apporter la preuve de l'acte. Et, en droit, comme le dit l'adage, *idem est non esse aut non probari*, c'est une et même chose que de ne pas être et ne pas être prouvé.

En droit civil et plus généralement en « droit substantiel » (le droit privé moins le droit pénal), la *preuve est privatisée* en ce sens que c'est aux parties de convaincre le juge de leurs allégations (les propositions qu'elles avancent à l'appui de leurs prétentions ; v. *supra* n° 89). A elles d'établir les faits et les actes dont se déduisent les obligations. Le juge peut bien les aider, mais il le fait assez peu. C'est au reste une différence majeure entre le procès civil et le procès pénal. Ce dernier est en effet préparé par un travail d'enquête mené par les forces de police judiciaire. Alors que la puissance publique se met au service de la recherche de la vérité dans le procès pénal, elle se tient sur la réserve dans les procès civil (ce qui peut somme toute se comprendre, les enjeux et les parties ne sont pas les mêmes dans ces deux types de procès ; v. *supra* n° 89 et 90). La preuve des obligations pose essentiellement trois questions. Les réponses qu'on y apporte sont d'un contenu qui diffuse d'ailleurs au-delà du droit des obligations.

a.- *La charge de la preuve*

Puisque la preuve est à la charge des parties, la première question est celle de savoir si l'une des parties, le demandeur ou le défendeur, la supporte plus qu'une autre. Pour répondre à cette question, il faut distinguer entre deux tâches qu'implique la charge de la preuve :

- La première est celle dite de *l'administration de la preuve*, i.e. la réunion des preuves et leur production en justice. Elle incombe aux deux parties.
- La seconde est en réalité la charge de la preuve au sens strict, présentée parfois comme le « *risque de la preuve* » ou la « *charge de la conviction* ». Il s'agit alors de désigner de la partie qui doit plus que l'autre emporter la conviction du juge et qui, de la sorte, succombera dans ses prétentions si le juge n'est pas convaincu ou s'il demeure incertain sur la véracité des allégations en présence.

Sur cette seconde question, l'article 1353 du code civil pose les deux principes suivants :

- Alinéa premier :« *celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver* » ; c'est donc à celui qui réclame l'exécution d'une obligation ou les sanctions de son inexécution d'établir la preuve du fait ou de l'acte juridique dont l'obligation se déduit ;
- Alinéa second : « *Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation* ». Si le demandeur rapporte la preuve de l'obligation, c'est au défendeur d'établir les causes d'extinction de cette dernière, par exemple le paiement, ou encore la prescription.

La charge de la preuve, au sens strict, peut être allégée par le jeu de présomptions. L'article 1354 du code civil dispose ainsi que :

> « *La présomption que la loi attache à certains actes ou à certains faits en les tenant pour certains dispense celui au profit duquel elle existe d'en rapporter la preuve.*
> *Elle est dite simple, lorsque la loi réserve la preuve contraire, et peut alors être renversée par tout moyen de preuve ; elle est dite mixte, lorsque la loi limite les moyens par lesquels elle peut être renversée ou l'objet sur lequel elle peut être renversée ; elle est dite irréfragable lorsqu'elle ne peut être renversée* »

La présomption peut être « directe » (par ex. : la bonne foi se présume) ou conditionnée (le fait présumé est déduit d'un fait connu, par ex., l'acquisition d'un bien pendant le mariage fait présumer que le bien est commun aux deux époux). On dit que les présomptions sont simples (qui souffrent la preuve contraire), mixtes (la preuve contraire est admise, mais sous condition, ex. : art. 1402 du code civil), irréfragables (qui n'admettent pas la preuve contraire ; ex. : art. 911 du Code civil).

b.- *le droit à la preuve*

Parce que la preuve est une charge pour les parties au procès civil, elle est aussi un droit. Les parties ont le droit d'être entendu sur le fond de leurs prétentions (v. *supra* n° 89), ce qui implique le droit de présenter les preuves nécessaires à la démonstration de la justesse de sa cause. Mais l'exercice de ce droit rencontre de nombreux obstacles :

- Tout d'abord, le droit à la preuve butte sur les secrets professionnels. v. par ex. : Cass. civ. 1ère 4 juin 2014, Pourvoi n° 12-21.244, Publié au Bulletin : « *le droit à la preuve découlant de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ne peut faire échec à l'intangibilité du secret professionnel du notaire, lequel n'en est délié que par la loi, soit qu'elle impose, soit qu'elle autorise la révélation du secret* ». Il faut ajouter le secret des affaires, qui est sans doute moins péremptoire, mais qui mérite protection ; v. par ex. Cass. civ. 1ère 22 juin 2017, Pourvoi n°15-27.845, Publié au bulletin : nécessité de « *rechercher si cette mesure d'instruction (expertise), confiée à un tiers soumis au secret professionnel, n'était pas proportionnée au droit des sociétés Allianz d'établir la preuve d'actes de concurrence interdite ou déloyale attribués à l'agent général et à la préservation des secrets des affaires des sociétés GAN* » ; v. Cass. civ. 1ère 3 novembre 2016, Pourvoi n° 15-20.495, Publié au bulletin).
- Le droit à la preuve butte encore sur d'autres droits fondamentaux comme le droit au respect de la vie privée. Les incertitudes sont nombreuses qu'elles portent sur ce qu'il y a lieu de tenir pour la « vie privée » et sur les légitimités des atteintes.
    - Certes tout ne relève pas de la vie privée. Ainsi la Chambre commerciale juge que « *les messages écrits ("short message service" ou SMS) envoyés ou reçus par le salarié au moyen du téléphone mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail sont présumés avoir un caractère professionnel, en sorte que l'employeur est en droit de les consulter en dehors de la présence de l'intéressé, sauf s'ils sont identifiés comme étant personnels ; qu'il en résulte que la production en justice des messages n'ayant pas été identifiés comme étant personnels par le salarié ne constitue pas un procédé déloyal au sens des articles 9 du code civil et 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales rendant irrecevable ce*

mode de preuve » (Cass. com. 10 février 2015, Pourvoi n°13-14.779, Publié au bulletin). Dans le même temps, la Chambre sociale a jugé qu'en tout état de cause, "*une filature organisée par l'employeur pour contrôler et surveiller l'activité d'un salarié constitue un moyen de preuve illicite dès lors qu'elle implique nécessairement une atteinte à la vie privée de ce dernier, insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur*", alors pourtant que la surveillance s'exerçait pendant le temps de travail (Cass. soc. 26 novembre 2002, P. n° 00-42.401, Bull. civ. V n° 352 ; antérieurement, la position était moins dogmatique, v. Cass. soc. 22 mai 1995, P. n° 93-44.078, Bull. civ. V n° 164. Pour une solution plus souple lorsque la surveillance est le fait d'un service interne à l'entreprise, v. Cass. soc. 5 novembre 2014, P. n° 13-18.427, Publié au bulletin : "*le contrôle de l'activité d'un salarié, au temps et au lieu de travail, par un service interne à l'entreprise chargé de cette mission ne constitue pas, en soi, même en l'absence d'information préalable du salarié, un mode de preuve illicite*").

- Le respect de la vie privée n'est pas insurmontable, mais il faut en passer par le contrôle de proportionnalité, dont l'appréciation est toujours aléatoire. La formule est récurrente et la Cour de Cassation énonce ainsi pour principe « *que le droit à la preuve ne peut justifier la production d'éléments portant atteint à la vie privée qu'à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi* » (Cass. civ. 1ère 25 février 2016, pourvoi n° 15–12.403, publié au bulletin, D. 2016, 884, note Saint-Pau).Dans cet arrêt, la Cour de Cassation retient qu'une compagnie d'assurances ne peut s'appuyer sur des rapports établis par les enquêteurs privés aux fins d'établir qu'un assuré se plaint de manière injustifiée de trouble de la locomotion (« *les investigations, qui s'étaient déroulées sur plusieurs années, avaient eu une durée allant de quelques jours à près de deux mois et avaient consisté en des vérifications administratives, un recueil d'informations auprès de nombreux tiers, ainsi qu'en la mise en place d'opérations de filature et de surveillance à proximité du domicile de l'intéressé et lors de ses déplacements, ce dont il résultait que, par leur durée et leur ampleur, les enquêtes litigieuses, considérées dans leur ensemble, portaient une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de M. X..* »).

– En tout état de cause, il pèse sur les parties une exigence de loyauté dans la recherche de la preuve. De manière générale la Cour de cassation a posé un principe de loyauté de la preuve en vertu duquel toute preuve (par exemple une communication téléphonique) collectée "*à l'insu de l'auteur constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve*" (Cass. Ass. Plén. 7 janvier 2011, P. n° 09-14.667, rapport et avis disponibles sur www.courdecassation.fr). La fin ne justifie pas les moyens et il est normal que pèse sur l'administration de la preuve une exigence de loyauté. Mais il faut aussi mesurer que la tentation de la déloyauté est d'autant plus forte que les outils font défaut et que les parties savent ne pas pouvoir compter sur l'aide du juge. L'insuffisance des moyens fait baisser l'exigence morale.

c.- *Les moyens de preuve*

La preuve des faits juridiques est libre. Sauf à respecter les exigences qui contraignent le libre exercice du droit à la preuve, tout peut être exploité pour emporter la conviction du juge : des mails, des SMS, des captures d'image, des témoignages, le rapport d'un enquêteur privé, un constat d'huissier. Il y a certes une pratique de la preuve qui s'apprend avec l'expérience du Palais. Mais il faut bien avoir à l'esprit qu'en ce domaine, l'imagination est au pouvoir et qu'a priori, tout mérite attention.

La preuve des actes juridiques est en première lecture plus corsetée.

- *Le principe* posé à l'article 1359 du Code civil est que pour les actes juridiques d'un montant supérieur à une somme fixée par décret (auj. 1500 €), l'acte juridique doit être passé par écrit. On parle de *préconstitution* de la preuve ou de *preuve préconstituée* en ce sens que les parties doivent dresser un écrit de leur acte au moment où elle le passe. La preuve est ainsi constituée avant tout procès. L'écrit est parfois appelé acte, mais il faut bien distinguer l'écrit de la manifestation de volonté qu'il explicite, l'acte instrumentaire et l'acte juridique, l'*instrumentum* et le *negotium*, dit-on aussi et très utilement dès lors qu'ici, les locutions latines permettent une économie de langage. Il y a deux types d'écrits possibles :
    - *L'acte sous seing privé*, qui est un acte instrumentaire rédigé par les parties elles-mêmes et peut prendre une forme numérisée (pas besoin de tremper la plume dans le fond d'un vieil encrier) ; s'il est passé par leurs avocats, on parle d'acte d'avocats. Il doit être établi en double exemplaire s'il constate un contrat synallagmatique (1375), en un seul exemplaire s'il comporte l'engagement d'une seule personne de payer une somme d'argent. En cette dernière hypothèse, l'article 1376 prévoit une indication en chiffres et en lettres de la quantité et qu'en cas de divergence, la lettre prévaut. L'acte fait foi et il est impossible de prouver contre et outre sauf par un autre écrit. Il est possible de dénier son écriture ou sa signature, auquel cas, le juge procède à une vérification de l'écriture, au besoin en missionnant un expert. L'acte contresigné par avocat fait foi jusqu'à inscription de faux (procédure de contestation beaucoup plus lourde)
    - *L'acte authentique*, c'est-à-dire celui qui est reçu, avec les solennités requises par un officier public. Il fait foi jusqu'à inscription de faux (ce qui suppose une procédure particulièrement lourde pour en démontrer la fausseté) et il est doté de la force exécutoire, ce qui en fait son principal intérêt.
- Les *exceptions* au principe sont tellement nombreuses qu'en pratique, le principe est finalement d'application assez rare. L'exigence de préconstitution est tout d'abord écartée en matière commerciale. En matière civile, elle l'est également dans les hypothèses suivantes :
    - En cas d'aveu judiciaire, c'est-à-dire de reconnaissance de l'obligation qui permet de suppléer l'absence d'écrit ; il faut aussi mentionner l'hypothèse du serment décisoire, mais elle est franchement marginale.
    - En cas de commencement de preuve par écrit, par quoi il faut entendre tout écrit émanant de celui à qui on l'oppose et qui rend vraisemblable le fait allégué ; la définition n'est pas très exigeante à telle enseigne qu'un simple courriel a la valeur d'un tel commencement de preuve (v. Cass. Civ. 1ère 25 novembre 2015, Pourvoi n° 14-25.217) ; pour pallier l'absence d'écrit, il faut cependant que le commencement de preuve soit

corroboré par un autre moyen de preuve ; là encore, cette exigence est surmontable car n'importe quelle autre preuve peut suffire.

- Enfin, l'article 1360 admet qu'il n'y a plus lieu à préconstitution, « *en cas d'impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit, s'il est d'usage de ne pas établir un écrit, ou lorsque l'écrit a été perdu par force majeure* ». Par exemple, il y a « *impossibilité morale* » à préconstituer un écrit lorsque des parents contractent entre eux ; il est par ailleurs « *d'usage* » de n'en pas rédiger lorsqu'un achat est réalisé sur un marché à ciel ouvert.

Lorsqu'il est fait exception à l'exigence d'une preuve préconstituée, la preuve est libre, comme elle l'est pour les faits juridiques.

§ 2.- LES BIENS

108.- Les livres II et III du code civil

Les livres II et III du code civil, ses deuxième et troisième parties, sont ainsi intitulés : « *des biens et des différentes modifications de la propriété* », « *des différentes manières dont on acquiert la propriété* ». Les intitulés sont un peu trompeurs en ce sens que ces parties ne traitent pas uniquement des biens et du régime de la propriété. Le droit des obligations y occupe également une place de premier plan. Mais les intitulés révèlent l'importance que le droit civil accorde aux choses, spécialement sous l'angle de leur appropriation. Il n'est pas spécialement environnementaliste et part de l'idée qu'a priori, toutes les choses, autrement dit tout ce qui n'est pas la personne, sont potentiellement des biens pour elle.

109.- Les choses et les biens.

Les *choses*, au sens juridique, sont des choses matérielles. Elles ont donc une corporalité. Considérées sous l'angle de leur utilité pour l'homme, et surtout l'utilité de se l'approprier, elles sont désignées comme des *biens*.

Toutes les choses ne sont cependant pas appropriables. L'air, l'eau, toutes ces choses dont la nécessité est la même pour tous sont considérées comme des *choses communes* dont nul n'est propriétaire et n'a vocation à le devenir. Il y a lieu de les distinguer des « *res nullius* » qui apparaissent sans propriétaire, mais qui sont appropriables (par ex. le gibier) et des choses qui sont appropriées par la collectivité publique et placées hors du commerce.

Parmi les choses appropriables, les biens donc, la principale distinction est celle que fait l'article 516 du code civil entre les *immeubles* et les *meubles*. C'est ce qu'on appelle une *summa divisio* en ce que tous les biens entrent nécessairement dans l'une ou l'autre de ces catégories, meuble ou immeuble. Les immeubles sont les biens dont la situation est fixe (ils sont immobiles) de telle sorte qu'on ne peut les déplacer sans en altérer la substance : la terre et les constructions fixées aux sols. Les meubles sont les choses qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, les choses mobiles en quelque sorte. Ils constituent aussi une catégorie résiduelle en ce sens que tout ce qui n'est pas immeuble est nécessairement meuble. L'intérêt de la distinction concerne essentiellement les modalités d'acquisition de

ces biens. Par exemple, chacun sait qu'on ne conclut pas une vente immobilière comme une vente mobilière, qu'on ne fait pas l'acquisition d'une maison comme on achète une pomme.

Il est d'autres catégorisations, pas inutiles à connaître, au moins à moyen terme :
- Les *choses frugifères*, qui produisent des fruits, comme les arbres, mais aussi l'argent, « qui fait des petits », c'est-à-dire des biens qui naissent périodiquement de la chose sans en altérer la substance. On oppose les fruits aux produits qui altèrent la substance de la chose (par ex. les produits pétroliers, qui, au lieu sur lequel on les extrait, s'épuisent un jour ou l'autre).
- Les *choses consomptibles*, qui se consomment par le premier usage, c'est-à-dire qui se détruisent (aliments) ou se perdent (argent) par le premier usage.
- Les *choses fongibles ou choses de genre* (par ex. l'argent, encore lui, « qui n'a pas d'odeur »), substituables pour l'exécution d'une obligation, par opposition aux choses non fongibles ou corps certains qui sont individualisées.

110.- Le droit de propriété

L'homme entretient un rapport aux choses qu'au moins sur partie d'entre elles, il ambitionne une exclusivité. Il aspire à être propriétaire et le droit lui donne satisfaction en érigeant le droit de propriété au rang de droit fondamental et en lui attribuant le caractère d'un droit absolu. Ce trait caractéristique n'exclut pas une certaine socialisation de ce droit.

a.- *Un droit fondamental*
Le droit de propriété est défini par l'article 544 du Code civil comme « *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* ». C'est un droit fondamental dès lors qu'il est consacré par des normes de portée supralégislative. Il est ainsi constitutionnellement garanti dès lors que l'article 17 de la Déclaration de 1789 énonce que « *la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ». Qui plus est, l'article premier du Protocole additionnel à la Conv. EDH, intitulé « *protection de la propriété* » énonce que « *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international* ».

Il peut paraître assez paradoxal que le droit de propriété occupe une position si éminente alors qu'il est au fond synonyme d'inégalité et qu'à ce titre, il a toujours fait l'objet de critiques. Dès 1804, Portalis se croit tenu de le défendre bec et ongles car l'époque révolutionnaire a déjà mis à mal l'idéal propriétaire. La conjuration des Egaux, emmenée par Babeuf, a déjà préconisé l'abolition de la propriété privée et proposé d'attribuer à chaque citoyen un lopin de terre à charge pour lui de le cultiver et d'apporter le fruit de sa récolte à un magasin communal. Les individus sont ensuite servis, selon leurs besoins. Malgré toutes ces critiques, Babeuf ayant eu de nombreux successeurs, Proudhon, Marx, entres autres, la France n'a jamais sérieusement envisagé l'abandon de la propriété. Notre vieille nation a le sens du collectif et il y a beaucoup de choses communes (les services publics, par ex.). Mais la propriété privée fait office d'impératif catégorique. On n'imagine

pas la supprimer. Outre ses avantages économiques et moraux supposés, il semble qu'elle vaille en quelque sorte « en soi ». Elle est le prolongement patrimonial de la personne. « *J'ai donc je suis* », c'est un peu l'idée.

b.- *Un droit absolu*
L'absolu de la propriété, c'est le droit de faire ce qu'on veut de la chose sans contrôle extérieur. On décline trois prérogatives qui s'exercent totalement librement : se servir de la chose (*usus*), la faire fructifier (*fructus*), la transformer, la détruire ou la céder (*abusus*).
L'absolu de la propriété, c'est aussi sa *perpétuité*. Le droit d'user librement de la chose, c'est aussi la liberté de ne pas en user et ce aussi longtemps qu'on le souhaite. On ne perd pas la chose par le non usage. Comme en, dispose l'article 2227 du code civil : « *Le droit de propriété est imprescriptible* ».
L'absolu de la propriété, c'est enfin son exclusivisme ou encore dit-on parfois, son opposabilité à l'égard de tous (*erga omnes*). Le droit du propriétaire d'exclure que tout autre que lui use sur la chose de ses prérogatives de propriétaire. Le propriétaire peut ainsi faire expulser ceux qui occupent son bien sans droit ni titre.

c.- *Un droit socialisé*
Le propriétaire doit pouvoir s'isoler du reste du monde, mais il n'est pas seul au monde. Il doit tenir compte d'autrui dans l'exercice de ses prérogatives. Il y a une sociabilité de proximité et une socialisation d'intérêt général :

- La socialibilité de proximité tient d'abord à la présence de voisins. Ainsi, chaque propriétaire foncier peut imposer à son voisin le bornage du terrain, c'est-à-dire la limite de la propriété et la signalisation de cette limite (646). Il peut également imposer une clôture (art. 663). Mais la sociabilité de proximité impose aussi de tenir compte de son voisinage, d'où l'application de la théorie de l'abus de droit au droit de propriété pour sanctionner l'exercice de celui-ci dans l'intention de nuire à autrui, mais aussi et surtout, la théorie des troubles de voisinage. Sous l'angle des sources du droit et de l'étude du pouvoir prétorien, cette théorie présente un intérêt de premier plan dès lors qu'elle prend appui sur un principe que vise la Cour de cassation sans le support d'aucun texte. Elle juge ainsi « *Vu le principe selon lequel nul ne doit causer à autrui un trouble excédant les inconvénients normaux du voisinage* » (v. Cass. Civ. 3ème 11 mai 2017, Pourvoi n°16-14.339, Publié au Bulletin). En milieu urbain, mais pas seulement, la jurisprudence est abondante. Elle n'est pas fondée sur l'idée de faute de celui qui cause le trouble. Elle repose sur un principe implicite de coexistence des propriétés. Il s'ensuit qu'on ne peut se comporter comme propriétaire d'une manière telle que les voisins ne soient plus en mesure de jouir effectivement de leur bien. Si je tiens un bar bruyant, mes voisins ne peuvent plus dormir chez eux et donc se servir de leur bien.
- La socialisation d'intérêt général est liée aux contraintes environnementales qui pèsent sur les propriétaires. Elle se traduit notamment par atteinte très nette à l'abusus à travers la contrainte du permis de construire, nécessaire pour quiconque veut « construire » sur son terrain. Le permis permet ainsi de vérifier que la construction s'insère correctement dans l'environnement, qu'elle respectera un certain nombre de contraintes d'urbanisme et de construction…

111.- Les variantes de la propriété

Le droit de propriété a été conçu sur le modèle : une chose, un propriétaire. Il se peut cependant qu'il y ait légitimement plusieurs personnes intéressées à la propriété de la chose, en tout cas à ses utilités. D'où des variantes, essentiellement deux : la propriété peut se démembrer, elle peut se partager.

a.- *La propriété démembrée*
Il s'agit ici de se partager les utilités, donc les prérogatives, du droit de propriété : *usus, fructus et abusus*. En principe, cette situation n'est pas normale en ce sens qu'elle heurte le caractère absolu de la propriété. Elle peut cependant être bien utile, pour des raisons personnelles ou économiques. L'équilibre que propose le droit est le suivant : les démembrements sont possibles, mais ils sont normalement temporaires, la propriété ayant vocation un jour vocation à retrouver son unité. Les formes de démembrement sont les suivantes :

- L'*usufruit* est la forme la plus classique et se définit comme un droit réel (droit sur une chose) temporaire qui confère à une personne, appelée l'usufruitier, l'usus et le fructus, sur une chose appartenant à autrui, appelée le nu-propriétaire qui reste titulaire de l'abusus. Le droit réel s'éteint en principe au décès de l'usufruitier. Il y a donc, sur une même chose (en principe, un immeuble) une répartition des prérogatives du propriétaire entre l'usufruitier et le nu-propriétaire. L'usufruit est un dispositif utile car il est des situations dans lesquelles sur une même chose, plusieurs personnes peuvent avoir des intérêts divergents. Lorsqu'une personne décède, le conjoint survivant a intérêt à rester dans les lieux, cependant que les héritiers ont intérêt à la pérennité de l'héritage. Il est alors utile de permettre au conjoint survivant de jouir de la chose, cependant que les héritiers conservent la nue-propriété du bien. En clair, le conjoint survivant ne peut pas disposer de la chose, c'est-à-dire la vendre. Le danger de l'usufruit est que l'usufruitier, dont le droit est temporaire, manque de diligence pour entretenir le bien. La pérennité de ce dernier, au moins à long terme n'est naturellement pas sa première préoccupation. C'est la raison pour laquelle il est légalement obligé de conserver la chose et en préserver la substance.
- *Le droit d'usage et d'habitation* est également un droit réel et constitue un diminutif de l'usufruit en ce sens que le bénéficiaire a seulement le droit d'user de la chose et d'en jouir en l'habitant. Il ne peut la donner en location. Le dispositif présente une utilité, notamment si le conjoint survivant qui occupe le domicile conjugal n'est plus en situation d'en assurer une gestion correcte.
- *L'emphytéose et le bail à construction* sont également des droits réels issus d'un démembrement du droit de propriété. Le dispositif s'inscrit dans le cadre d'activités économiques. Par exemple, une entreprise a besoin des utilités du foncier (le foncier, c'est le terrain ; ses utilités : exploiter une carrière, construire un bien), mais n'a que faire de la propriété du bien. Exploiter une carrière, gérer un centre commercial sont des métiers sans grands rapports avec la gestion immobilière et, dans le monde des affaires, les entreprises sont souvent soucieuses de concentrer leurs forces vives sur leur cœur de métier. Simplement, lorsque tel est le dessein de l'entreprise qui entend exploiter le foncier, il faut souvent un peu plus qu'un usufruit : usus et fructus ne suffisent pas et l'entreprise a besoin pour partie de l'abusus, notamment si elle entend exploiter le sol ou le tréfonds (par ex. une carrière ou un puits de gaz naturel) ou encore édifier une construction ; la

durée d'un usufruit (30 ans maximum dans l'hypothèse envisagée) ne suffit pas à rentabiliser l'exploitation et ne permet pas de la céder utilement. Il faut donc trouver une formule plus adaptée qui permet d'octroyer un droit réel d'une durée assez longue et permettant d'empiéter sur une part de l'abusus. Ce droit réel, c'est l'emphytéose (de 18 à 99 ans) et dans l'hypothèse d'une construction, le bail à construction (prévu par le Code de la construction et de l'habitation).

b.- *La propriété collective*

Là encore, c'est une situation dérogatoire, qui constitue cependant une nécessité dans certaines hypothèses, et même une nécessité durable. Les deux formes les plus usuelles sont l'indivision et la copropriété. Elles ont l'une et l'autre pour trait commun qu'elles permettent que, sur un même bien, plusieurs personnes exercent en même temps l'ensemble des prérogatives du propriétaire. On dit qu'elles ont des *droits réels concurrents sur une même chose*. Par opposition aux démembrements, il n'y a pas de répartition des prérogatives, mais un exercice commun de l'ensemble de celles-ci par plusieurs propriétaires de la même chose. Cela suppose, on s'en doute, une certaine organisation, d'autant plus forte que la situation est durable.

- Le premier cas de propriété collective est *l'indivision* qui a pour trait principal d'être temporaire. Les propriétaires des mêmes biens sont appelés des indivisaires. L'hypothèse la plus fréquente est celle d'une succession dans laquelle il y a plusieurs héritiers. Le défunt laisse des biens (une masse successorale) qu'il faut répartir entre les héritiers. Cette répartition n'intervient pas de manière sauvage, il y a des règles pour aboutir au partage de cette masse successorale entre les héritiers, c'est-à-dire à l'individualisation des biens qui seront attribués à tel et tel héritier. En attendant, c'est une propriété collective que l'on appelle une indivision. En présence de plusieurs propriétaires sur une même masse de biens et dont les intérêts ne sont pas toujours convergents, que faire ? Prévoir l'unanimité dans la gestion de la masse indivise risque d'aboutir à des situations de blocage et donc au dépérissement, en tout cas une dévalorisation, des biens. En même temps, on ne peut laisser à chaque indivisaire le droit de faire ce qu'il veut de tel ou tel bien. Le point d'équilibre repose sur des règles de gestion et de durée de l'indivision :
    - La gestion de l'indivision : schématiquement, chaque indivisaire est titulaire de l'usus, à condition de permettre aux autres un même usage (si c'est une maison de vacances, l'un s'y rend en février et l'autre à Pâques, ce qui peut déjà susciter d'âpres discussions, pas toujours très brillantes…) ; une majorité des 2/3 est requise pour les prérogatives qui relèvent du fructus (par exemple, la mise en location d'un bien de l'indivision) ; l'unanimité s'impose pour l'abusus (par ex., la mise en vente d'un bien).
    - La durée de l'indivision ; en principe, chaque indivisaire a le droit de provoquer le partage (demande en justice) ; il existe une possibilité pour les autres de donner sa part au sortant et de rester dans l'indivision.
- Le second cas de propriété collective est la *copropriété*, applicable aux immeubles divisés par étages et par appartements. La différence significative avec l'indivision est que la copropriété est durable. La situation est la suivante :
    - Chaque copropriétaire est sans doute propriétaire exclusif de son appartement, mais son appartement, c'est en fait bien peu de choses.

C'est essentiellement le « cube d'air » qui se trouve entre les murs (d'où il suit que le prix du m2, çà ne veut en fait pas dire grand chose, c'est plutôt le prix du m3…), les fenêtres, quelques tuyaux, les portes, les cloisons. On parle d'ailleurs de « *lot* » de copropriété Le reste, c'est-à-dire les murs, le terrain, le toit, (i.e. le foncier) et le gros œuvre (la construction) sont la propriété commune des copropriétaires. Ce sont les parties communes. Et cela aussi longtemps que l'immeuble tient debout.

- Il faut une organisation assez serrée, dont l'objectif est somme toute assez simple : gérer les parties communes dans l'intérêt commun. La difficulté est que tous les copropriétaires n'ont pas la même conception de l'intérêt commun. Les uns veulent embellir et pas les autres, ceux du dernier étage souhaitent un ascenseur quand les habitant du premier s'en passent volontiers… Le droit de la copropriété résulte en France d'une loi du 10 juillet 1965, maintes fois réformée. Cette loi prévoit un dispositif d'organisation assez complexe comprenant l'élaboration d'un règlement de copropriété, une contribution aux charges communes, une assemblée de copropriétaire avec des règles de quorum et de majorité… C'est l'une des disciplines du droit immobilier et une illustration de ce que celui-ci ne peut être traité par le seul droit civil dont la logique reste individualiste.

112.- Devenir propriétaire

Les articles 711 et 712 du code civil rendent bien compte des modes d'acquisition de la propriété :

- Article 711 : « *La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations* » ; dit en langage courant, cela veut dire que pour devenir propriétaire (sous-entendu d'un bien immobilier ; un téléphone portable, tout le monde peut), soit on hérite, soit on travaille (ce qui permet de souscrire un emprunt et grâce à ses « obligations », de devenir propriétaire) ;
- Article 712 : « *La propriété s'acquiert aussi par accession ou incorporation, et par prescription* » ; là, c'est un peu plus subtil, mais aussi un peu plus rare, surtout en ville.

Plus techniquement, l'article 711 vise les hypothèses dans lesquelles on acquiert d'autrui (on peut parler de modes d'acquisition dérivée ; encore que le terme n'est pas toujours ainsi compris). Tandis que l'article 712 vise les hypothèses (encore que de manière incomplète) dans lesquelles on acquiert par soi-même.

a.- *L'acquisition d'autrui*

L'article 711 trahit bien la réalité sociologique de l'accession à la propriété. Pour devenir propriétaire, on hérite ou on achète. On tient son droit de propriété d'autrui, soit d'une personne décédée, soit d'une personne vivante, qui auparavant était propriétaire. D'un point de vue terminologique, on dit qu'il y a un auteur (l'ancien propriétaire) et un ayant cause (celui qui le devient).

- L'héritage

La matière donne lieu à un enseignement semestriel qu'on appelle successions et libéralités (parcours obligé pour un privatiste). Elle est au carrefour des personnes et du patrimoine et fait partie de ce qu'on appelle le droit patrimonial de la famille.

On retiendra qu'en France, l'héritier est ainsi censé continuer la personne du défunt. L'ayant-cause prend la place de son auteur. Ainsi devient-il propriétaire, précision étant faite que, ce faisant, il recueille également les dettes de son auteur.

Une personne peut disposer librement de ses biens par voie de testament, mais elle cependant contrainte par ses liens d'appartenance, famille et nation. De deux choses l'une en effet :

  - Ou bien le défunt décède sans faire part de ses intentions sur la dévolution de ses biens ; on parle alors de succession *ab intestat* ; dans ce cas, les biens sont transmis aux membres de la famille (descendants et conjoints ; collatéraux et ascendants) ; à défaut, la succession est dite en déshérence et elle est transmise à l'Etat ;
  - Ou bien le défunt décède en faisant part de ses dernières volontés : il fait alors un testament qui comporte ce qu'on appelle des libéralités, appelés legs ; il peut avoir fait de son vivant des donations, qui sont considérés comme des legs anticipés ; il est libre de le faire, mais dans le respect de la famille, les descendants ayant la qualité d'héritiers réservataires (une partie de la succession leur est réservée) ; par ailleurs, l'Etat réapparaît, à travers une très forte taxation des libéralités en-dehors du cadre familial.

- Le contrat

Le contrat qui permet d'acquérir la propriété est essentiellement la vente. On dit que le contrat est translatif de propriété. En principe le transfert s'opère *solo consensu*, ce qui signifie que le simple échange des consentements opère transfert de la propriété. Il faut distinguer le transfert du droit de la remise matérielle de la chose, qui s'appelle la délivrance. Dans la vente au comptant, il y a concordance entre la conclusion du contrat et son exécution. Le transfert du droit se fait en même temps que la délivrance. En revanche, il est fréquent que les deux soient dissociés, par exemple quand on achète à distance.

L'une des difficultés de l'acquisition par la vente est qu'on reçoit d'un seul quelque chose qui doit être opposable à tous. Il faut donc permettre que tous les tiers à la vente puissent avoir connaissance de celle-ci et ce afin que la propriété du vendeur puisse pleinement s'épanouir. Ce qui n'est pas simple dès lors que la vente se déroulé entre deux personnes et qu'il n'y a aucune raison que les parties lui donnent une large publicité (parfois même une certaine discrétion : achat de biens immobiliers de grande valeur, d'œuvre d'art…). Il faut donc assurer un système de publicité. Pour les biens mobiliers corporels, c'est la possession qui tient lieu de publicité. L'article 2276 (ex 2279) reprend la formule d'un vieil adage « *En fait de meubles, possession vaut titre* ». Le fait de posséder (c'est-à-dire, de se comporter comme un propriétaire au vu et au su de tous) fait présumer la propriété à l'égard des tiers. C'est une présomption irréfragable. Pour les

biens immobiliers, il existe un registre national qui est le registre de la Publicité foncière, registre qui assure à la fois l'archivage et la publicité des actes ayant pour objet la propriété immobilière. Il suffit donc de prendre connaissance des indications du registre pour reconstituer la chaîne des transferts et savoir qui est propriétaire. Le système du registre est également utilisé pour certains biens mobiliers de valeur et pour lesquels le critère de la possession serait trop risqué.

b.- *L'acquisition par soi-même*

On parle parfois d'acquisition originaire (par opposition à l'acquisition dérivée), mais l'expression a une signification trop restreinte. Elle vise l'hypothèse d'une acquisition d'un bien qui, préalablement, n'appartenait à personne. Ce mode d'acquisition existe, c'est *l'occupation* qui consiste à prendre possession d'une chose n'appartenant à personne avec l'intention de s'en rendre propriétaire (par ex., le gibier). C'est assez marginal. Outre la chasse et la pêche, il y a l'occupation des choses abandonnées (le chiffonnier), ou encore la découverte d'un trésor (meuble enfoui ou caché dans un autre bien ; répartition par ½ entre l'inventeur et le propriétaire de la chose contenant le trésor ; art. 716).

L'autre mode est *l'accession*. Le propriétaire d'une chose devient propriétaire de tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose. L'accessoire suit le principal. Intérêt principal : les choses plantées ou construites sur un terrain sont la propriété du propriétaire du terrain.

Enfin, la *prescription*. Attention, il s'agit de la prescription acquisitive (différente de la prescription extinctive). La prescription permet au possesseur de devenir propriétaire. Pour les biens mobiliers, c'est une acquisition immédiate. Pour les immeubles, c'est un peu plus long : 30 ans en cas de possession, même de mauvaise foi, 10 ans si le possesseur est de bonne foi et dispose d'un « *juste titre* » (un acte translatif de propriété). On parle d'*usucapion*.

*

Section 2 : l'UNIVERSALITE DU PATRIMOINE

113.- La conception personnaliste du patrimoine

L'universalité du patrimoine est la caractéristique par laquelle se signale le particularisme juridique de la notion. En considérant les éléments du patrimoine, nous avons identifié des dispositifs qui sont la résonnance de données économiques élémentaires : un patrimoine, ce sont des actifs et des passifs. En droit, le patrimoine est cependant plus qu'une addition de ces éléments. Le patrimoine considère que ces éléments forment un tout, appartiennent à un ensemble à l'intérieur duquel se crée une interdépendance entre les éléments. Le patrimoine est ainsi le contenant qui accueille les biens et les dettes et à l'intérieur duquel les biens répondent des dettes. C'est en ce sens qu'il est une *universalité* dite *de droit*. Deux précisions

- Le principe selon lequel les biens répondent des dettes est inscrit à l'article 2284 (ex 2092) du Code civil (« *Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir* »).
- On dira de manière plus précise que *le patrimoine est une universalité de droit au sein de laquelle les biens actuels et futurs d'un individu répondent de ses obligations actuelles et futures*. De manière plus imagée, c'est un contenant dans lequel s'agrègent les biens et les dettes.

On comprend que cette conception du patrimoine est fondée sur un principe de responsabilité de la personne. Le principe de primauté de la personne a pour conséquence que, dès sa naissance, toute personne est sujet de droit, c'est-à-dire qu'elle est dotée de l'aptitude à être titulaire de droits, de droits extrapatrimoniaux comme de droit patrimoniaux (créance et propriété). Le principe de primauté a aussi pour contrepartie un principe de responsabilité. Tout un chacun répond de ses actes et de ses engagements. Et comme on ne répond pas sur sa personne (la primauté empêche les atteintes à la personne), on répond sur ses biens. Cela révèle une conception personnaliste ou subjective du patrimoine rattachée à deux auteurs classiques AUBRY et RAU. Le patrimoine (compris comme un contenant dans lequel les biens répondent des dettes) est la représentation matérielle, économique de la personne. Il est indissociable de la personne en ce qu'il est l'expression de sa primauté et de sa responsabilité.

Toute personne a donc un patrimoine, c'est à dire un contenant dans lequel s'agrège les droits et les dettes, ou encore, dit plus juridiquement, une aptitude à acquérir des biens et à contracter des dettes. Il n'y a que les personnes qui ont un patrimoine, ce qui a deux conséquences :

- *L'unité* du patrimoine. Le patrimoine ne peut pas être divisé comme la personne ne peut l'être.
- *L'intransmissibilité* du patrimoine entre vifs. Le patrimoine est indissociable de la personne de sorte qu'on ne peut céder l'une sans l'autre. La seule transmission possible est au décès du titulaire et encore, il s'agit moins d'une transmission du patrimoine que d'un remplacement à la tête de celui-ci. On dit en effeet que les héritiers continuent la personne du défunt et c'est pourquoi ils répondent en principe des dettes du défunt (d'où l'intérêt de pouvoir renoncer).

Cette conception personnaliste pose deux problèmes :

- Le patrimoine est rattaché à la personne de sorte que c'est à elle qu'il revient de le gérer ; que faire si elle en est incapable, parce que mineur, parce que malade, parce qu'en situation de handicap ? C'est le problème du patrimoine que le droit désigne comme des « *incapables* » ;
- Quid des *entreprises* ? Par définition, un entrepreneur prend des risques. Mais l'entrepreneur n'est pas un joueur et il souhaite maitriser le risque qu'il prend. La méthode consiste à définir l'étendue de son investissement, c'est-à-dire ce qu'il est prêt à apporter à l'entreprise et à perdre, mais pas au-delà. Or, le principe de personnalité l'empêche de contenir son engagement, au moins s'il développe seul son entreprise. C'est le problème du patrimoine des entreprises.

114.- Renvoi

Sur le patrimoine des incapables, on procèdera par renvoi au cours de droit des personnes. Il y a pour l'heure simplement lieu de retenir qu'on distingue :

- *La capacité de jouissance*. Elle est de principe et les incapacités de jouissances sont exceptionnelles et spéciales (impossibilité de recevoir des libéralités de l'article 909 du code civil, interdiction d'exercer librement certaines professions réglementées).
- *La capacité d'exercice*. Elle est également de principe, mais certaines personnes sont jugées incapables de prendre seules les actes (sauf les actes de la vie courante) nécessaires à la gestion du patrimoine. En droit, ces personnes sont désignées comme les « *incapables* » (insuffisance mentale ou intellectuelle qui ne permet pas une saine mise en œuvre de la capacité d'exercice). La suite ne concerne que les incapacités d'exercice. L'idée générale est que l'incapable soit accompagné ou substitué par un proche ou un professionnel pour les actes les plus lourds de conséquences sur le patrimoine.

Quelques repères sur le patrimoine des entreprises.
L'entreprise peut se définir comme un groupement réunissant des moyens en vue de réaliser certaines fins. Pour séparer les biens mis au service de l'entreprise du patrimoine de ceux qui l'animent et protéger ces derniers des risques de l'entreprise, la solution consiste à reconnaître l'entreprise comme une personne juridique autonome ayant son propre patrimoine. C'est ce qu'on appelle la personnalité morale. Il existe d'autres dispositifs de protection du patrimoine d'une personne physique qui s'engage dans une activité entrepreneuriale. Il n'en reste pas moins que la « voie royale », en quelque sorte, consiste à donner naissance à une nouvelle personne, sans corporalité certes, d'où le nom de « personne morale », mais qui a pour principal atout, d'avoir son propre patrimoine, distinct de celui des personnes physiques qui la constituent.
Les personnes morales à but lucratif sont les sociétés, celles sans but lucratif, les associations, mais également certaines entreprises mutuelles, également les copropriétés organisées en « syndicat des copropriétaires ». Les principes de gouvernance des personne morale présentent des constantes : une assemblée générale des membres, une direction opérationnelle et une structure de contrôle et de nomination (un conseil d'administration ou un conseil de surveillance).

CONCLUSION GENERALE :
L'APPLICATION DE LA LOI DANS LE TEMPS
(LE DROIT TRANSITOIRE)

115.- Chorale.

L'étude de *l'application de la loi dans le temps* — on parle aussi des *conflits de lois dans le temps* ou encore du *droit transitoire* — est un passage obligé du cours d'introduction au droit privé. L'usage est de s'y livrer dès la présentation de la loi, dans la première partie du cours (pour une première esquisse, v. *supra* n° 39 et 40). Ce n'est pas nécessairement la meilleure méthode dès lors que la présentation de cette matière délicate est d'autant plus accessible qu'elle peut prendre appui sur des exemples et que, surtout, les solutions peuvent varier en considération du contenu des règles qu'il y a lieu d'appliquer dans le temps. Par exemple, en matière d'état des personnes, les principes ne sont pas les mêmes qu'en matière contractuelle. Mieux vaut donc avoir une idée des contenus du droit privé avant d'apprendre comment les règles qui le composent s'appliquent dans le temps.

L'opportunité de conclure le cours sur ce dernier thème tient également au fait que celui-ci est à une introduction au droit privé ce qu'est la dernière scène à un film chorale, une séquence emblématique au cours de laquelle tous les participants se retrouvent.

Tout d'abord, l'application de la loi dans le temps pose des questions dont les caractéristiques sont exemplaires de celles qu'en toute occurrence, la technique juridique conduit à traiter. Elle pose en premier lieu une question éminemment pratique : *lorsqu'une règle entre en vigueur, comment s'applique-t-elle aux situations juridiques en cours,* c'est-à-dire à celles qui se déroulent à proximité de la date d'entrée en vigueur de la règle nouvelle ? Par exemple, lorsque le législateur a réformé le droit des contrats, d'abord par l'ordonnance du 10 février 2016, puis par la loi de ratification du 20 avril 2018, la question s'est posée de l'application de cette réforme aux contrats en cours d'exécution lors de son entrée en vigueur. Dit en termes plus familiers, lorsqu'une loi nouvelle est votée, tout le monde se demande à quelle sauce il va être mangé. Le moins qu'on puisse dire est que c'est du concret. C'en est tellement qu'en certains cas, la teneur de la réponse n'est pas neutre politiquement. La réforme des retraites est illustrative et le citoyen s'en accommode d'autant mieux qu'individuellement, il sait ne pas être concerné. Comme le juriste n'est pas censé faire de politique et que son rôle est en premier lieu de réfléchir à la cohérence et à la permanence des solutions qui, pour être issues d'une initiative politique, s'inscrivent un jour ou l'autre dans l'ordre juridique, il lui revient, sur ses questions sensibles, de clarifier les rapports qu'entretiennent le temps et le droit. Saisi d'une question pratique, voire prosaïque (la loi et moi et moi…), le juriste ne peut donc faire l'économie de considérations plus théoriques. Sans doute n'est-ce pas un hasard si Roubier, qui a le mieux rendu compte des solutions du droit positif sur l'application de la

loi dans le temps (*Le droit transitoire*, 2ème éd. 1960), est aussi l'auteur d'une *Théorie générale du droit*, dont la 1ère édition date de 1946 et qui a encore fait l'objet d'une réimpression aux éditions Dalloz en 2005 (préface D. Deroussin). Pratique, politique et théorique, tels sont les trois traits qui marquent l'étude technique du droit transitoire.

Ensuite, toutes les composantes du droit et tous les thèmes majeurs d'une introduction au droit privé s'invitent à l'étude. Il faut parler de sécurité juridique, d'idéal de justice, des différents types de normes, de leur hiérarchie, de la jurisprudence et de la doctrine, des différentes branches du droit, des personnes et de leur état, de leurs biens et de leurs obligations. Tout y passe et l'analyse de cet ultime sujet est l'occasion d'une belle revue d'effectifs.

Il est entendu que la suite concerne l'application de la loi dans le temps. Il faut ici prendre le terme « loi » au sens de norme générale. Pour les normes individuelles, il n'y a pas de règles communes. Chaque catégorie a son propre régime et il n'en va pas de même de la durée d'un contrat et des effets d'un acte administratif individuel ou d'un jugement. Ces régimes spécifiques s'étudient lors des enseignements ayant pour objet ces différents types de normes (droit des contrats, droit administratif et procédure civile, essentiellement). Il reste qu'une théorisation de l'application dans le temps des normes individuelles mériterait d'être tentée, mais çà, c'est pour plus tard, s'il vous prend un jour l'idée saugrenue d'écrire une thèse…

Sur l'application des normes générales dans le temps, il y a des principes, relativement simples à énoncer, plus difficiles à mettre en œuvre. Deux références doctrinales, en complément des développements qui suivent :

- J. Ghestin, H. Barbier, avec la collab. De J.-S. Bergé, *Introduction générale*, (in *Traité de droit civil*, sous la dir. de J. Ghestin, tome 1), 5ème éd., LGDJ 2018, n° 549 à 614, pp. 498-559 ;
- F. Terré, N. Molfessis, *Introduction générale au droit*, 11ème éd., Dalloz 2019, n° 564 à 574 (et les renvois), pp. 627-650.

*

I.- LES PRINCIPES

116.- Le domaine

Il s'agit en premier lieu de déterminer si toutes les normes générales reçoivent uniformément les mêmes règles d'application dans le temps ou si, au contraire, il y a lieu d'opérer des distinctions par catégories. La réponse est nuancée.

Pour les *normes de valeur législative*, il n'y a en principe pas lieu de faire de différences. L'origine de la norme n'a pas d'incidence sur le droit transitoire qui lui est applicable. Que la norme soit issue d'une loi soit votée par le Parlement, d'une ordonnance ou d'une loi référendaire, les principes ne varient pas et s'il y a des variantes, elles tiennent éventuellement à leur contenu, mais une fois encore, pas à leur provenance.

Pour les *normes de valeur supralégislative*, il faut distinguer entre les textes qui énoncent des principes et ceux qui édictent des règles.

- Les premiers sont les grandes déclarations de droits, la Déclaration de 1789, le Préambule de 1946, la Conv. EDH, et les principes qu'elles consacrent sont censés valoir depuis toujours dès lors que ceux-ci tous plus ou moins liés à notre conception de la dignité de la personne humaine. Ainsi qu'il a été dit, l'impératif de dignité fait figure d'invariant de l'idéal de justice sur lequel s'appuie notre droit positif (v. *supra* n° 21). Il n'y a pas lieu de s'interroger sur son application dans le temps dès lors qu'il a l'éternité pour lui. En pratique, au demeurant, la question se pose assez peu dès lors que ces textes, même à ne considérer que la date de leur élévation au rang de norme supralégislative, sont maintenant assez anciens et que les situations auxquelles il y a lieu de les appliquer leur sont pour la plupart postérieures dans le temps.
- Les seconds sont essentiellement issus du droit de l'Union européenne riche en Règlements et Directives qui portent les uns et les autres plus de règles que de principes. En principe, il faut considérer qu'il revient en priorité au droit de l'Union européenne de fixer le régime d'application dans le temps des règles constituant le droit dérivé. Avec deux observations : si le texte européen ne prévoit rien, il est permis d'appliquer les principes du droit français ; il y a du reste une convergence des solutions entre droit national et droit de l'Union européenne, notamment sur la non-rétroactivité de la loi nouvelle.

Pour les *normes générales infralégislatives*, essentiellement les actes réglementaires de l'Administration, les nuances à apporter peuvent tenir à l'ordre juridictionnel qui en fait application. Si la norme a vocation à être appliquée à des personnes privées par une juridiction de l'ordre judiciaire, les principes de son application dans le temps sont les mêmes que si elle était issue d'une loi. En effet, ces principes sont très largement issus de la jurisprudence de la Cour de cassation et cette dernière ne fait pas de différence entre les lois et les règlements. Si la norme administrative est appliquée à une personne publique par une juridiction de l'ordre administratif, il faudra alors puiser dans la jurisprudence du Conseil d'Etat afin de trouver la solution de droit transitoire. Cela s'apprend en étudiant le droit administratif. Pour autant, là comme ailleurs, il y a des convergences et la jurisprudence administrative consacre « *le principe en vertu duquel les règlements ne disposent que pour l'avenir* » (CE 25 juin 1948, *Société du journal l' « Aurore »*). C'est un

« principe général du droit », au sens du droit administratif, ce qui signifie que dans la hiérarchie des normes, il s'insère entre la loi et le règlement ; on dit aussi, mais ce n'est pas d'une élégance extrême que le « PGD » a une valeur à « supradécrétale » et infralégislative.

Pour les *normes de la société civile*, il faut bien reconnaître que la Doctrine se pose rarement la question et qu'en fait on ne sait pas trop. La coutume est censée venir du fond des âges et la question n'a pas vraiment de pertinence. Elle reste incontournable pour les normes issues de l'activité professionnelle, par exemple, les conventions collectives en droit social. Il y a lieu de retenir qu'elles ne peuvent a minima échapper au principe de non rétroactivité de la règle nouvelle, qui a rang de principe général du droit, et qu'en tout état de cause, appliquées par des juridictions de l'ordre judiciaire (ce peut être le cas pour une convention collective), le droit transitoire est celui qui découle de la jurisprudence de la Cour de cassation. Il en va alors de ces normes comme de celles issues des lois et des règlements. Le terme de « loi » sera désormais utilisé pour désigner uniformément toutes les normes générales soumises aux principes issus de cette jurisprudence.

117. Le contenu ; les dispositions transitoires.

Il est de plus fréquent que les lois nouvelles comportent des *dispositions transitoires*. Intuitivement, chacun comprend de quoi il s'agit. La loi prévoit un ou deux articles pour organiser la transition entre le régime ancien et le nouveau qu'elle instaure. Il reste que l'expression est ambiguë car ce type de dispositions peut avoir deux objets qu'il faut bien distinguer.

a.- Tout d'abord, les dispositions transitoires peuvent fixer la date d'entrée en vigueur de la loi nouvelle, ce qui permet alors d'échapper à la règle supplétive de l'article 1er du code civil qui prévoit l'entrée en vigueur au lendemain de la publication de la loi au Journal Officiel. Par exemple, l'article 16 de la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations dispose que « *la présente loi entre en vigueur le 1er octobre 2018* ». Il faut ici bien retenir que cette « disposition transitoire » ne règle pas un problème de « droit transitoire » ou d'application de la loi dans le temps. En effet, si elle fixe la date d'entrée en vigueur de la loi nouvelle, elle ne règle pas la question de son application aux situations en cours, notamment aux contrats conclus avant cette date et qui continuent de s'exécuter après. Or, c'est bien cette question qui est à proprement parler celle de l'application de la loi dans le temps.

b.- Il arrive ensuite et aussi que les dispositions transitoires soient plus ambitieuses et règlent authentiquement cette question. Par exemple, l'article 9 de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrat dispose d'abord que « *les dispositions de la présente ordonnance entreront en vigueur le 1er octobre 2016* », ce en quoi elle se contente de fixer sa date d'entrée en vigueur, pour ensuite ajouter que « *les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne* », ce qui constitue une authentique disposition de droit transitoire dès lors qu'il est ainsi énoncé que les contrats encore en cours au jour de la date d'entrée en vigueur restent soumis aux règles anciennes.

L'expression « dispositions transitoires » peut donc renvoyer à deux types de règles qu'il y a lieu de ne pas confondre, celles qui se contentent de fixer la date d'entrée en vigueur de la loi nouvelle et celles qui déterminent l'application de celle-ci dans le temps aux situations juridiques en cours. Pour éviter la confusion, mieux vaut désigner ces dernières comme des « *dispositions de droit transitoire* ». Elles seules règlent la question de l'application de la loi dans le temps.

Lorsqu'il existe des dispositions de droit transitoire, donc, celles-ci s'appliquent en priorité. Ce n'est qu'à défaut, qu'il y a lieu de suivre les principes issus de la loi et de la jurisprudence.

118.- Le contenu ; le principe de non-rétroactivité de la loi nouvelle

Le principe est connu et sa signification connue (v. *supra* n° 40). Les effets de droit découlant de l'application de la règle ancienne ne peuvent être empêchés ou anéantis dès lors que les conditions de celle-ci s'étaient toutes réalisées avant la date d'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Par exemple, si un contrat a été valablement conclu au regard des règles applicables lors de sa formation, la loi nouvelle qui modifie les conditions de validité du contrat ne peut avoir pour effet d'invalider rétroactivement celui-ci. Le contrat valablement conclu continue de tenir lieu de loi à ceux qui l'ont fait, même après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

En droit civil, le principe de non-rétroactivité de la loi nouvelle n'a qu'une valeur législative de sorte que le législateur peut prévoir des dérogations. Il est trois techniques possibles :

* La première consiste à introduire une disposition de droit transitoire dans la loi nouvelle aux fins de préciser que celle-ci est *expressément rétroactive*. Par exemple, la loi du 5 juillet 1985 relative aux accidents de la circulation, dont l'objet principal était d'en simplifier l'indemnisation et de mettre un terme à un contentieux de masse, aussi coûteux qu'inutile, contenait un article 47, ainsi rédigé :

> « *les dispositions des articles 1er à 6 s'appliqueront dès la publication de la présente loi, même aux accidents ayant donné lieu à une action en justice introduite avant cette publication, y compris aux affaires pendantes devant la Cour de cassation. Elles s'appliqueront également aux accidents survenus dans les trois années précédant cette publication et n'ayant pas donné lieu à l'introduction d'une instance* »

La loi du 5 juillet 1985 posait un certain nombre de règles ayant pour condition la survenance d'un accident de la circulation. En disposant que celles-ci s'appliqueraient à des accidents survenus avant son entrée en vigueur, qu'ils aient ou non donné lieu à une action en justice, la loi nouvelle les a ainsi rendues rétroactives. La rétroactivité s'expliquait par les motifs même de la réforme. Il s'agissait de réussir une mesure d'économie procédurale, au bénéfice des justiciables et de l'institution judiciaire. Or, par principe, une mesure d'économie est d'autant plus efficace qu'elle est à effet immédiat. D'où son application immédiate par les tribunaux et conséquemment son application rétroactive à des accidents survenus antérieurement à son entrée en vigueur.

* La seconde passe le recours à des *lois interprétatives*. En pareille hypothèse, le législateur intervient parce qu'à la suite de l'entrée en vigueur d'une loi, la jurisprudence ou la doctrine se partagent entre deux interprétations. Le législateur tranche et retient une nouvelle rédaction de la règle significative de l'interprétation consacrée. Comme pour la jurisprudence lorsqu'elle interprète un texte préexistant, la loi interprétative s'incorpore au texte interprété et elle est censée être en vigueur depuis la même date que ce dernier. La loi interprétative est donc susceptible de s'appliquer à des faits antérieurs à sa date de publication et à ce titre, elle a une portée rétroactive. Le législateur ne doit pas instrumentaliser cette technique. La Cour de cassation juge ainsi qu'« *une loi ne peut être considérée comme interprétative qu'autant qu'elle se borne à reconnaître, sans rien innover, un droit préexistant qu'une définition imparfaite a rendu susceptible de controverses* » (V. Cass. Civ. 3ème 27 février 2002, Pourvoi n°00-17.902, Publié au bulletin) ; elle relève d'ailleurs et ensuite dans cette espèce l' « *abondant contentieux* » suscité par la dispositions interprétées. Si le caractère interprétatif de la loi nouvelle n'est pas avéré, il faut considérer que celle-ci pose une nouvelle règle dont l'application interviendra dans le respect du principe de non-rétroactivité.

* La troisième technique est celle des *lois de validation*. Ce sont des lois expressément rétroactives dont l'objet est de déclarer certaines pratiques ou certains actes passés conformes à l'état du droit positif. L'affaire dite du *tableau d'amortissement* est toujours donnée en exemple, A juste titre du reste. L'article L. 312-8 du code de la consommation, dans sa rédaction issue d'une loi du 13 juillet 1979, prévoyait que les offres de crédit immobilier, adressées à des consommateurs, comprennent un « *échéancier des amortissements* ». Un consensus de place s'était formé autour de l'idée que cette expression requérait des prêteurs qu'ils indiquent dans l'offre de crédit, le montant de chaque échéance de remboursement, sa périodicité, le nombre des échéances ou la durée du prêt. La Cour de cassation s'est montrée plus exigeante et a retenu « *que l'échéancier des amortissements, joint à l'offre préalable, doit préciser, pour chaque échéance, la part de l'amortissement du capital par rapport à celle couvrant les intérêts, et que le non-respect de ces dispositions d'ordre public est sanctionné non seulement par la déchéance du droit aux intérêts pour le prêteur, mais encore par la nullité du contrat de prêt* » (Cass. civ. 1ère 20 juillet 1994, Pourvoi n° 92-19.187, Bull. civ. n° 262 ; v. déjà, mais moins net, Cass. civ. 1ère 16 mars 1994, Bull. civ. I n° 100). Les banques recevaient bien mal cette interprétation dès lors que cette dernière avait mécaniquement pour effet de rendre non conformes l'intégralité des crédits immobiliers dispensés aux particuliers. Le coût de la non-conformité était au demeurant élevé dès lors que celle-ci se traduisait par la perte du droit aux intérêts, donc la gratuité du crédit. Une loi n° 96-314 du 12 avril 1996 réglait la difficulté par une loi de validation des offres de crédit distribuées avant le 31 décembre 1994. Son article 87.I était ainsi rédigé :

> « *les offres de prêts (...) émises avant le 31 décembre 1994 sont réputées régulières au regard des dispositions relatives à l'échéancier des amortissements prévues par le 2o de l'article L. 312-8 du même code, dès lors qu'elles ont indiqué le montant des échéances de remboursement du prêt, leur périodicité, leur nombre ou la durée du prêt, ainsi que, le cas échéant, les modalités de leur variations* »

Le législateur a de manière rétroactive déclaré conforme à l'état du droit positif l'ensemble des offres émises avant telle date, en l'espèce le 31 décembre 1994. Il n'est de meilleure illustration d'une loi de validation.

Si l'affaire du *tableau d'amortissement* a tant fait parler d'elle, c'est en raison des suites qu'elle a connues. On comprenait que la loi de validation, intervenue à propos de l'ensemble des crédits immobiliers accordés aux particuliers, servait les intérêts des banques et qu'elle constituait un sérieux démenti législatif de l'interprétation jurisprudentielle (même si la loi de 96 a intégré celle-ci pour l'avenir dans le code de la consommation, mais c'est un autre sujet). Politiquement, l'affaire était sensible si bien que, sans grande surprise, la loi a été déférée au Conseil constitutionnel, appelé à se prononcer précisément sur la constitutionnalité du dispositif de validation. Par une décision du 9 avril 1996 (96-375 DC), le Conseil a retenu la constitutionnalité de la loi de validation et en relevant notamment « *qu'en déclarant régulières les offres de prêts ayant méconnu les dispositions relatives à l'échéancier des amortissements prévues par le 2° de l'article L. 312-8 du code de la consommation, le législateur a entendu éviter un développement des contentieux d'une ampleur telle qu'il aurait entraîné des risques considérables pour l'équilibre financier du système bancaire dans son ensemble et, partant, pour l'activité économique générale* ». Mais certains juges du fond ont également rechigné à faire application de cette loi de validation et pour en éluder les termes, ont considéré qu'elle était contraire à la Conv. EDH. D'où une jurisprudence de la Cour de cassation à cet égard, dont l'arrêt rendu le 29 avril 2003 est caractéristique (Pourvoi n°00-20.062, Publié au bulletin) :

> « *Vu l'article 6,1 , de la Convention Européenne des droits de l'homme, ensemble l'article 87-1 de la loi du 12 avril 1996 ;*
> *Attendu que, statuant dans un litige afférent à un prêt immobilier consenti le 14 avril 1988 par la société anonyme Le Comptoir des Entrepreneurs (présentement société Entenial) aux époux X..., lesquels soutenaient que l'offre de prêt était irrégulière en ce qui concernait les indications portées sur le tableau d'amortissement qui leur avait été remis, l'arrêt attaqué a refusé de faire application de l'article 87-1 de la loi du 12 avril 1996 réputant régulières, sous réserve des décisions passées en force de chose jugée et sous certaines conditions, les offres de crédit émises avant le 31 décembre 1994 ; qu'au soutien de cette décision, la cour d'appel a énoncé que l'application de ce texte, aux instances en cours porte atteinte aux principes de l'égalité des droits et à l'exigence du procès équitable prévus par l'article 6 de la Convention Européenne des droits de l'homme en ce qu'elle modifie une donnée fondamentale du litige au détriment d'une des parties ;*
> *Attendu, cependant, qu'obéit à d'impérieux motifs d'ordre général l'intervention du législateur destinée, par l'adoption de la loi du 12 avril 1996, à aménager les effets d'une jurisprudence de nature à compromettre la pérennité des activités bancaires dans le domaine du crédit immobilier ; que dès lors, en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé les textes susvisés, le premier, par fausse application, et le second, par refus d'application* ».

Pour autant, l'affaire est remontée jusqu'à la Cour EDH et cette dernière n'a pas été du même avis que la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel réunis. Dans un dossier *Lecarpentier c./ France* (CEDH. 14 février 2006, Req n° 67847/01), elle sanctionne en ces termes l'Etat français pour avoir validé rétroactivement des offres de crédit établies en contrariété avec les termes d'une interprétation jurisprudentielle :

> « *43. La Cour estime que, grâce à une connaissance directe de leur société et de ses besoins, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge*

international pour déterminer ce qui est « d'utilité publique ». Dans le mécanisme de protection créé par la Convention, il leur appartient par conséquent de se prononcer les premières sur l'existence d'un problème d'intérêt général justifiant des privations de propriété. Dès lors, elles jouissent ici d'une certaine marge d'appréciation, comme en d'autres domaines auxquels s'étendent les garanties de la Convention.

44. De plus, la notion d'« utilité publique » est ample par nature. En particulier, la décision d'adopter des lois portant privation de propriété implique d'ordinaire l'examen de questions politiques, économiques et sociales. Estimant normal que le législateur dispose d'une grande latitude pour mener une politique économique et sociale, la Cour respecte la manière dont il conçoit les impératifs de l'« utilité publique », sauf si son jugement se révèle manifestement dépourvu de base raisonnable (Pressos Compania Naviera S.A. et autres, précité, § 37 ; Broniowski c. Pologne [GC], n° 31443/96, § 149, CEDH 2004-V).

45. En l'espèce, le Gouvernement affirme que l'article 87 de la loi du 12 avril 1996 procède d'un motif d'intérêt général : sauvegarder l'équilibre financier du système bancaire, afin de ne pas mettre en péril l'activité économique en général.

46. S'agissant de la décision du Conseil constitutionnel, la Cour rappelle qu'elle ne saurait suffire à établir la conformité de l'article 87 de la loi du 12 avril 1996 avec les dispositions de la Convention (Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c. France, arrêt du 28 octobre 1999, CEDH 1999-VII, § 59). Elle note toutefois que le Conseil constitutionnel, s'inspirant de la jurisprudence de la Cour, exige désormais un intérêt général « suffisant » (cf. notamment sa décision no 2004-509 DC du 13 janvier 2005).

47. La Cour rappelle également qu'en principe un motif financier ne permet pas à lui seul de justifier une telle intervention législative (voir, notamment, Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres, précité, même §). En tout état de cause, dans les faits de l'espèce, aucun élément ne vient étayer l'argument selon lequel l'impact aurait été d'une telle importance que l'équilibre du secteur bancaire et l'activité économique en général auraient été mis en péril. Les sénateurs eux-mêmes, semble-t-il, n'ont pas reçu d'informations précises à ce sujet (paragraphe 25 ci-dessus). Outre l'absence d'évaluation crédible du coût virtuel des procédures en cours et futures, lesquelles n'ont pas davantage été recensées, force est de constater que la question ne concernait que certaines banques, à savoir celles qui n'avaient pas respecté l'obligation prévue par l'article L. 312-8 du code de la consommation. Par ailleurs, lesdites banques n'étaient pas directement exposées à un paiement de dommages-intérêts ou de pénalités, mais principalement à un remboursement de sommes préalablement perçues de leurs clients. De fait, si les bénéfices des établissements concernés auraient pu souffrir de l'absence de la loi, il n'est pas établi que leur survie et, a fortiori, l'équilibre général de l'économie nationale, auraient été menacés.

48. Compte tenu de ce qui précède, l'intervention législative litigieuse, qui réglait définitivement, de manière rétroactive, le fond du litige opposant des particuliers devant les juridictions internes, n'était pas justifiée par d'impérieux motifs d'intérêt général, ainsi que l'exige, notamment, le principe de la prééminence du droit (Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres, précité, § 57).

49. Dans ces conditions, la Cour a des doutes sur le point de savoir si l'ingérence dans les biens des requérants servait une « cause d'utilité publique ».

50. En tout état de cause, la Cour rappelle qu'une mesure d'ingérence dans le droit au respect des biens doit ménager un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu (voir, parmi d'autres, Sporrong et Lönnroth c. Suède,

arrêt du 23 septembre 1982, série A no 52, p. 26, § 69) et qu'un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé par toute mesure privant une personne de sa propriété doit exister (Pressos Compania Naviera S.A. et autres, précité, § 38).
51. Or, dans les circonstances de l'espèce, l'article 87 de la loi du 12 avril 1996 a définitivement réglé le fond du litige en donnant raison à l'une des parties, privant les requérants d'une « valeur patrimoniale » préexistante et faisant partie de leurs « biens », dont ils pouvaient légitimement espérer obtenir le remboursement.
52. De l'avis de la Cour, la mesure litigieuse a fait peser une « charge anormale et exorbitante » sur les requérants (voir, mutatis mutandis, Lallement c. France, arrêt du 11 avril 2002, § 24) et l'atteinte portée à leurs biens a revêtu un caractère disproportionné, rompant le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux des individus.
53. Partant, il y a eu violation de l'article 1er du Protocole no 1. »

Cette séquence, rappelée en détail, est riche d'enseignements de portée générale. En effet, cette affaire permet de tracer *les limites de la rétroactivité* en matière civile. Il faut bien comprendre qu'elle est contrenature, non seulement pour les atteintes à la sécurité juridique qu'elle implique (v. *supra* n° 40), mais encore et surtout parce qu'elle conduit le législateur à se faire décisionnaire en édictant des normes quasi-individuelles (v. *supra* n° 56). Quelle que soit la technique utilisée, une loi rétroactive a pour trait caractéristique de s'appliquer à des situations passées, en nombre nécessairement limité. La règle rétroactive est donc sans généralité et elle ressemble de ce fait à une décision collective. Certes, elle conserve une part d'abstraction en ce que ses conditions d'application, même historiquement circonscrites, restent définies de manière abstraite. Par exemple, l'article 87 de la loi du 12 avril 1996 valide les offres de crédit antérieures au 31 décembre 1994 (condition historique) à la condition, abstraitement définie, qu'elles indiquent « *le montant des échéances de remboursement du prêt, leur périodicité, leur nombre ou la durée du prêt, ainsi que, le cas échéant, les modalités de leur variations* ». Il reste que le législateur est en zone grise et pour limiter les dérives, la Cour EDH le met sous surveillance. Elle considère que son intervention rétroactive est de nature à constituer une immixtion dans l'exercice de l'autorité judiciaire et partant une atteinte potentielle au droit au procès équitable que consacre l'article 6 de la Conv. EDH. Elle estime également qu'en s'appliquant à des faits passés, la loi rétroactive est susceptible de remettre en cause des créances (par exemple, dans l'affaire du tableau d'amortissement, la créance de restitution des intérêts versés en exécution d'un crédit immobilier irrégulier) et qu'en conséquence, il existe une atteinte potentielle à des biens, dont la Cour EDH retient une acception extensive, d'où une violation possible de l'article 1er du Protocole additionnel. La mécanique est toujours un peu la même et la mise sous surveillance du législateur passe en conséquence par un contrôle de proportionnalité. La loi rétroactive ne passe donc la rampe de la conventionnalité qu'à la condition qu'a minima, il soit justifié d'impérieux motifs d'intérêt général, ces derniers nécessitant une mesure rétroactive. L'affaire du *tableau d'amortissement* a révélé que le pari de l'intérêt général n'est pas gagné d'avance…

119.- Le contenu ; l'application de la loi nouvelle aux situations en cours.

L'hypothèse techniquement la plus délicate à résoudre est celle dans laquelle les conditions d'application de la loi nouvelle s'étalonnent dans le temps, les unes réalisées avant sa date d'entrée en vigueur, les autres après. Par exemple, une loi nouvelle vient modifier les effets juridiques des contrats, ou de certains types d'entre eux. Que décider de son application aux contrats en cours d'exécution ? Ces contrats ont été conclus avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, mais ils continuent d'être exécutés après et il ne va pas de soi qu'ils relèvent plus d'une législation que d'une autre. Autre exemple, au hasard : une loi vient modifier l'âge légal du départ à la retraite. Faut-il l'appliquer immédiatement à toutes les personnes en activité ou faut-il considérer qu'elle concerne seulement ceux qui vont entrer en activité postérieurement à son entrée en vigueur ? Dans ce second exemple, la question est politiquement si sensible qu'elle sera réglée par une disposition expresse de droit transitoire. Mais à défaut de telles dispositions, il faut un principe de solution. Deux systèmes sont envisageables : l'application immédiate de loi nouvelle ou la survie de la loi ancienne.

L'application immédiate de la loi nouvelle présente deux avantages :

- L'uniformité en ce que toutes les situations juridiques de même nature se trouvent alors soumises au même régime juridique quelle que soit leur date de constitution. Cet avantage est à relativiser dans la mesure où, comme l'écrivait Montesquieu, « *l'uniformité est un genre de perfection qui saisit parfois les grands esprits, mais infailliblement les petits* ». En réalité, l'indifférence au temps des situations juridiques est inégalement ressentie par les individus. Lorsque le législateur autorise en 2013 le mariage entre personnes du même sexe, personne n'imagine une autre solution que l'application immédiate de la loi nouvelle ; quoique l'on pense de cette loi, il n'est pas question d'en réserver l'application aux personnes nées ou devenues majeures après sa date d'entrée en vigueur. Au contraire, pour la réforme des retraites, une majorité des actifs, pas tous, s'accommodent fort bien d'une application différée de la loi nouvelle. En fait, les choses sont assez simples. Quand une règle nouvelle offre de nouveaux droits, tout le monde souhaite son application immédiate. Quand elle impose de nouvelles contraintes, l'uniformité perd soudainement son charme.
- La simplicité, spécialement pour les juges, en ce qu'elle les dispense d'avoir à s'interroger sur cette date, pour décider de l'application de la loi nouvelle et surtout en ce qu'elle leur permet le plus souvent de faire application des textes en vigueur au jour où ils statuent, sans avoir à faire application d'une législation ancienne dont la connaissance et l'interprétation s'effacent au fil du temps. Cet avantage est certain, à tel point que même en cas de survie de la loi ancienne, il arrive à la Cour de cassation d'interpréter cette dernière à la lumière « *de l'évolution du droit* » et donc en considération des dispositions nouvelles (v. Cass. ch. Mixte 24 février 2017, Pourvoi n° 15-20.411, Publié au Bulletin).

La survie de la loi ancienne consiste à en faire application dès lors que l'une de ses conditions d'application s'est réalisée avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Elle est respectueuse des « attentes légitimes » des individus, on disait autrefois de leurs « droits acquis ». Par exemple, deux parties qui concluent un contrat qui s'exécutera sur une période de 9 ans se mettent d'accord en considération du contexte législatif et réglementaire en vigueur. Elles raisonnent à droit constant et comptent sur la stabilité de

l'environnement juridique, au moins jusqu'au terme de leur contrat. La survie de la loi ancienne sert cette espérance. Elle offre à ceux qui en bénéficient une sécurité juridique renforcée, précision étant faite que l'exigence de sécurité juridique (v. *supra* n° 8) implique le principe de non-rétroactivité, sans nécessairement imposer une solution aussi protectrice que la survie de la loi ancienne.

Le choix de la jurisprudence est relativement simple à énoncer :

- « *Sauf si elle en dispose autrement, une loi nouvelle s'applique immédiatement aux situations juridiques non contractuelles en cours au moment de son entrée en vigueur* » (v. par ex. Cass. civ. 1ère 15 janvier 2014, Pourvoi n°12-28.378, Publié au bulletin) ; le principe est donc celui de l'application immédiate de la loi nouvelle ;
- Par exception et comme le rappelle l'ordonnance du 10 février 2016, « *les contrats conclus avant cette date* (i.e. la date d'entrée en vigueur de la réforme) *demeurent soumis à la loi ancienne* » ; pour les situations juridiques contractuelles, la solution retenue est donc la survie de la loi ancienne, ce qu'énonce explicitement la dispositions de droit transitoire que contient l'ordonnance de 2016, mais ce que retient également la jurisprudence de manière générale à propos des lois qui régissent tel ou tel contrat (v. par ex. Cass. Com. 10 mai 2005, Pourvoi n° 03-17.618, Publié au bulletin).

La mise en œuvre de ces solutions est parfois délicate et elle appelle une étude plus approfondie.

*

II.- LA MISE EN ŒUVRE

120.- La « doctrine Roubier »

Sauf dispositions expresses de droit transitoire, les solutions et leur mise en œuvre résultent d'une construction prétorienne largement encadrée par la doctrine d'un auteur, le Doyen Roubier (*op. cit. supra* n° 1), qu'il est permis de désigner par son seul nom propre, comme il est d'usage pour les auteurs lorsqu'ils sont décédés. L'application de la loi dans le temps est un thème pour illustrer parfaitement que la jurisprudence de qualité procède toujours d'une coproduction associant la doctrine. Certes et à juste titre, l'observation sera faite que la doctrine de Roubier ne rend qu'imparfaitement compte de la jurisprudence. Il n'en reste pas moins qu'elle permet de poser les bons repères de sorte que si la jurisprudence s'en écarte, elle le fait de manière raisonnée. C'est bien parce que la charpente est solide qu'il est permis de s'autoriser des variantes.

La doctrine part de l'observation que les situations auxquelles une règle de droit s'applique, les situations juridiques, donc, ont comme toute séquence, un début, un milieu et une fin. Dit de manière un peu plus technique, il est retenu que les situations juridiques se constituent, produisent des effets, puis s'éteignent (par ex. un contrat). Le début et la fin, la constitution et l'extinction, s'observent le plus souvent en un instant, et il serait malvenu que la loi nouvelle revienne sur les instants passés ; le principe de non-

rétroactivité s'y oppose. Au contraire, le milieu, les effets peuvent constituer une séquence qui s'insère dans une durée. Les parties intéressées par cette situation juridique en cours ont donc intégré sa temporalité et, de la sorte, les possibles variantes qu'implique celle-ci. Dans cette configuration, les hésitations sont donc permises entre application immédiate de la loi nouvelle et survie de la loi ancienne. D'où la proposition doctrinale suivante :

- La constitution et l'extinction d'une situation juridique sont exclusivement régies par la loi en vigueur à leur date. Le principe de non rétroactivité commande que la loi nouvelle, qu'elle porte sur la constitution ou l'extinction d'une situation juridique, ne permet pas de remettre en cause la constitution et l'extinction passées. Par extension, ces solutions s'appliquent également aux effets passés de la situation juridique objet de la loi nouvelle.
- Les effets en cours d'une situation juridique sont soumis à l'application immédiate de la loi nouvelle, sauf survie de la loi ancienne pour les situations juridiques contractuelles, dans la limite cependant des dispositions impératives. Par extension, on retient les mêmes solutions pour les hypothèses, a priori rares, dans lesquelles la constitution ou l'extinction d'une situation juridique s'étalent dans le temps et qu'elles sont l'une ou l'autre en cours au moment de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

Le système est équilibré puisqu'il élève en principe la solution qui a pour elle le plus d'arguments (uniformité et simplicité), et qu'il retient à titre d'exception la solution respectueuse des attentes légitimes des contractants qui ont pour trait caractéristique d'avoir anticiper l'avenir et qui, sauf règle impérative impérieuse, peuvent espérer une sécurité juridique renforcée.

121.- La notion de situation juridique

La doctrine Roubier a les faiblesses de ses qualités. Avec le recul (c'est toujours plus facile), on peut considérer que simple d'accès, elle demeure un peu rustique. En fait, sa mise en œuvre butte sur l'incertitude que suscite la notion qui en constitue pourtant le pivot. Qu'est-ce au juste qu'une « situation juridique » ? C'est un beau sujet de dissertation (Roubier y a consacré un livre *Droits subjectifs et situations juridiques*, Sirey 1963, réédité en 2005 aux éditions Dalloz, préface A. Deroussin), mais il faut cependant fournir une réponse à peu près opératoire dès lors que la notion doit être utile à la résolution d'une question pratique. On peut retenir assez simplement qu'une situation juridique est *une situation dont la constitution, les effets et l'extinction sont appréhendés par une règle de droit*. La définition peut paraître paradoxale, mais c'est probablement la seule qui soit praticable. Lorsque Roubier pose qu'il faut distinguer entre constitution, effet et extinction d'une situation juridique, il sous entend que le droit a pour objet des situations à propos desquelles il est pertinent d'identifier un début, un milieu et une fin. Cette proposition implicite, pour être simple, est néanmoins riche de sens.

- Par exemple, le droit pose un certain nombre de règles sur l'attribution du sexe à une personne. Pour autant, à part dire que l'on naît féminin ou masculin et qu'à certaines conditions, il est possible de faire modifier la mention de son sexe à l'état civil, le droit n'envisage pas ce trait caractéristique de la personne comme une situation ayant un début, une durée et une fin. La personne naît, vie et décède, mais son genre est un trait permanent et ne vaut pas comme une situation juridique. Au contraire, bien d'autres éléments de l'état des personnes sont

considérés par le droit au travers de ces trois séquences : le mariage, la filiation, la nationalité, par exemple.

- La matière patrimoniale permet également de tester le caractère opératoire de la notion de situation juridique ainsi définie. Un fait juridique se produit et il s'ensuit des effets de droit déterminés par la loi. Il n'a cependant pas de fin, le fait est advenu et il ne s'efface pas. Au contraire, l'obligation délictuelle qui découle possiblement du fait juridique peut être considérée comme une situation juridique dès lors qu'elle naît du fait juridique, qu'elle s'impose aux parties aussi longtemps qu'elle n'a pas été exécutée et qu'elle prend fin une fois son exécution pleinement achevée. Le contrat, la propriété (qui ne s'éteint pas, à proprement parler, mais peu se perdre, ce qui revient un peu au même pour le propriétaire) peuvent aussi être appréhendées au moyen du triptyque « constitution, effet, extinction ».

Même si elle est opératoire (i.e. utilisable en pratique), la notion de situation juridique présente une certaine plasticité. Par exemple, si l'obligation contractuelle est une situation juridique, on peut en dire autant du contrat dont elle est issue. Ainsi est-il permis d'exposer que le contrat participe de la naissance de l'obligation, que celle-ci produit des effets puis s'éteint par l'effet d'un paiement. Mais il est également acceptable de retenir que la situation juridique est le contrat qui naît d'un accord de volontés, produit des effets en donnant naissance à des obligations et s'éteint lorsque les obligations sont exécutées ou lorsque l'on obtient l'anéantissement du contrat du fait de son inexécution. Les juristes s'accommodent de cette incertitude qui donne au juge les marges de manœuvres nécessaires dans une matière au confluent de considérations techniques, politiques et théoriques. Par ailleurs, un peu de pratique permet de se mettre au fait des raisonnements d'usage, en jurisprudence et en doctrine. Par exemple, à propos du contrat et de l'obligation qui en est l'effet, l'usage est d'identifier comme situation juridique plutôt le contrat que l'obligation. Au reste, les incertitudes ne sont pas telles qu'elles empêchent le suivi d'une méthode, aux résultats suffisamment fiables.

122.- La méthode

Pour déterminer s'il y a lieu d'appliquer une règle nouvelle et en l'absence de dispositions spéciales de droit transitoire dans la loi d'où la règle est issue, il faut raisonner en trois temps.

1er temps. il faut identifier la situation juridique (le mariage, la propriété, le divorce…) que régit la règle nouvelle et examiner si celle-ci appréhende sa constitution, ses effets ou son extinction. Par exemple, l'article 50 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, entrée en vigueur au 1er janvier 2017, a introduit dans le code civil un article 229-1 ainsi rédigé : « *Lorsque les époux s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets, ils constatent, assistés chacun par un avocat, leur accord dans une convention prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par leurs avocats (…)* ». La loi dispose encore que la convention est ensuite déposée chez un notaire, ce qui lui confère force exécutoire. On comprend donc que cette loi introduit une règle nouvelle qui donne aux époux le droit d'obtenir le divorce devant notaire et les dispense d'un recours au juge. Trois analyses sont concevables :

- En première lecture et c'est l'analyse a priori la plus exacte, la règle nouvelle vise comme situation juridique le mariage et a pour objet l'extinction de cette situation juridique par l'effet d'un divorce ;

- Il n'est cependant pas absurde de soutenir que si la situation juridique visée est bien le mariage, elle a pour objet, moins l'extinction de cette situation que l'un de ses effets en ce qu'elle donne le droit aux deux époux d'obtenir le divorce sans soumettre leur accord en ce sens au contrôle préalable d'un juge ; c'est un peu tiré par les cheveux, mais c'est soutenable et comme on dit, « *çà se plaide* » ;
- In fine, il peut être avancé que la règle nouvelle vise le divorce comme situation juridique ; en effet, un divorce ne se réalise pas en un instant et qu'il procède d'un consentement mutuel ou d'une faute, une procédure est nécessaire pour y aboutir ; de la sorte, dans un divorce, il y a bien un début, un milieu et une fin et il est acceptable d'envisager la procédure de divorce comme une situation juridique ; il est plus difficile ensuite d'indiquer si la règle nouvelle modifie la constitution, les effets ou la fin de cette situation juridique ; on peut retenir, soit qu'elle porte sur sa constitution en ce qu'elle vise en quelque sorte l'acte 1 de la procédure, soit, plus probablement, qu'elle porte sur ses effets en ce qu'elle définit le processus à suivre dès lors que les époux se sont mis d'accord sur le principe et les effets de leur rupture.

Des trois analyses, laquelle retenir ? Si vous êtes avocat, celle qui est dans l'intérêt de votre client. Si vous êtes étudiant, l'idéal est d'être capable de poser les trois hypothèses et d'affiner le résultat de son raisonnement après les avoir éprouvées lors des deuxième et troisième temps de la méthode. Si vous retenez l'une seulement de ces trois hypothèses et de préférence la première, c'est déjà pas mal…

2ème temps. Il faut ensuite dater la situation concrète à propos de laquelle on cherche à savoir s'il y a lieu d'appliquer la règle nouvelle. La situation peut se dérouler en un instant ou dans la durée, sur une période, dont il faut alors identifier le début et la fin. Par exemple s'il s'agit des effets d'un contrat, la datation de cette situation correspond à une période qui va de la conclusion à l'extinction du contrat.
L'exercice intellectuel qu'impose ce deuxième temps de la réflexion est néanmoins un peu plus subtil en ce sens qu'il y a souvent lieu d'établir plusieurs dates qui marquent les différents temps de la situation juridique concrète que vient régir la loi nouvelle. Dans l'exemple du « divorce devant notaire », il faut imaginer qu'avocat, vous êtes consultés par un époux qui souhaite divorcer selon cette nouvelle procédure. La date à laquelle il y a lieu de fixer le point de départ de la procédure est a priori le jour où vous êtes consulté, en tout cas quelques temps plus tard. Mais il faut aussi interroger votre client sur la date de son mariage, que, pour la suite de la réflexion, on fixera antérieurement à la date d'entrée en vigueur de l'article 50 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016. Enfin, il faut aussi demander si les deux époux n'ont pas déjà engagé une procédure de divorce devant un juge et si tel est le cas, identifier la date du premier acte de la procédure (qui dans ce cas et lorsque les époux sont d'accord pour divorcer, l'acte s'appelle une requête). En un mot, il faut mettre des dates en face de tous les termes (situation juridique, constitution, effet ou extinction) identifiés lors du premier temps de la réflexion.

3ème temps. Il y a lieu d'appliquer la doctrine Roubier telle qu'elle a été adoptée et adaptée en jurisprudence. Ce qui conduit à isoler trois hypothèses.

> *Première hypothèse* : la constitution, les effets, l'extinction de la situation concrète sont passés ou, dit-on aussi, acquis avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Le principe de non rétroactivité interdit que celle-ci ne les remette en cause. On s'en

doutait un peu, mais c'est une valeur sûre et la jurisprudence confirme, comme l'attestent les extraits de ces deux arrêts :

- « *Qu'ayant exactement retenu que la loi nouvelle ne s'applique pas, sauf rétroactivité expressément stipulée par le législateur, aux* <u>*conditions de l'acte juridique conclu antérieurement*</u> *et que cette loi, même si elle est d'ordre public, ne pouvait pas frapper de nullité les actes définitivement conclus avant sa promulgation, la cour d'appel, n'avait pas, en l'absence de disposition expresse de rétroactivité de la loi du 3 janvier 1972, à réputer non écrite une clause qui était valable au regard de la loi en vigueur lors de la conclusion du bail* » (Cass. Civ. 3ème 17 février 1993, Pourvoi n°91-10.942, Publié au bulletin) ; il n'y a donc pas de remise en cause possible de la constitution (dans l'arrêt les « conditions » de l' « acte conclu » passée d'un acte juridique (la situation juridique dont la constitution est affectée par la loi nouvelle) ;
- « *Si la loi nouvelle s'applique immédiatement aux effets à venir des situations juridiques non contractuelles en cours au moment où elle entre en vigueur, elle ne peut remettre en cause des obligations régulièrement nées à cette date* » (Cass. Com. 3 mai 2012, Pourvoi n° 11-14.820, Publié au bulletin) ; les effets passés d'une situation juridique, ici un contrat, ne sont donc pas affectés par l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

Deuxième hypothèse : la constitution, l'extinction, les effets de la situation concrète sont en cours. En principe, l'application de la règle nouvelle est immédiate, précision étant faite que la situation la plus fréquente en pratique est celle où les effets sont en cours. C'est là encore ce que confirme la jurisprudence en des termes très proches de ceux qu'utilise la doctrine :

- « *Une loi nouvelle s'applique immédiatement aux effets à venir des situations juridiques non contractuelles en cours au moment où elle entre en vigueur, même lorsque semblable situation fait l'objet d'une instance judiciaire* » (Cass. Civ. 3ème 23 mars 2017, Pourvoi n° 16-11.081, Publié au bulletin) ; cet arrêt rappelle le principe de l'application immédiate de la loi nouvelle ;
- « *Qu'après avoir rappelé, à bon droit, par motifs tant propres qu'adoptés, que, sauf si elle en dispose autrement, une loi nouvelle s'applique immédiatement aux situations juridiques non contractuelles en cours au moment de son entrée en vigueur, la cour d'appel en a exactement déduit qu'à défaut de dispositions contraires, l'article 815-5-1 du code civil, dans sa rédaction issue de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, était applicable aux effets à venir d'une indivision existante au jour de l'entrée en vigueur de cette loi* » (Cass. Civ. 1ère 15 janvier 2014, Pourvoi n°12-28.378, Publié au bulletin) ; la situation juridique est ici l'indivision, un cas de « propriété collective » (v. *supra* n° 111 ;b), et la règle nouvelle concerne les effets de cette situation ; les effets de l'indivision auxquels on applique la règle nouvelle sont en cours de sorte que les effets passés ne sont pas remis en cause, tandis que les effets futurs sont soumis au principe d'application immédiate de la loi nouvelle ;
- « *Qu'après avoir énoncé que lorsque les pratiques relevées sont constitutives d'une pratique continue commencée antérieurement et terminée postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, il y a lieu de l'appliquer à cette infraction unique et continue, c'est à bon droit, dès lors qu'il n'était pas justifié que la société D… s'en était publiquement désolidarisée, que la cour d'appel a fait application de la loi du 15 mai 2001 pour sanctionner l'adhésion*

de cette société à un système de partage de marchés et à un pacte de non-agression mis en œuvre en Basse-Normandie, qui a débuté en 1998 et a pris fin en février 2002, et dont le Conseil de la concurrence, devenu l'Autorité, a été saisi en 2005 » (Cass. Com. 18 février 2014, Pourvoi n° 12-27.697, Publié au bulletin) ; ce troisième exemple est révélateur de l'approximation de la notion de situation juridique ; on comprend ici que la situation considérée est une « infraction », donc, au sens du droit civil, une faute et que cette dernière étant en cours de constitution au moment de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, il en est fait immédiatement application ; le raisonnement se tient, mais une faute est un fait juridique dont les caractéristiques ne sont pas celles d'une situation juridique (le triptyque « constitution, effet, extinction ») ; où l'on voit que, même dans ses séquences a priori les rigoureuses intellectuellement, le droit n'est pas une science exacte ;

Troisième hypothèse. La situation juridique est contractuelle et en principe la loi ancienne survit, même pour régir les effets futurs d'un contrat conclu avant la date d'entrée en vigueur de la loi nouvelle (v. par ex. Cass. Com. 10 mai 2005, Pourvoi n° 03-17.618, Publié au bulletin). Il est fait exception lorsque, dit-on, la règle nouvelle est d'ordre public. Il est plus exact de rendre compte de cette exception en exposant qu'il y a lieu de faire une application immédiate des dispositions impératives relatives aux effets légaux des contrats. Les contrats se singularisent par leur effet créateur, c'est-à-dire par le fait qu'ils donnent naissance à des obligations dont la teneur est déterminée par les parties qui l'ont conclu. Mais à certains contrats, en fait à beaucoup d'entre eux, la loi attache des effets légaux qui viennent s'ajouter aux obligations définies par les parties. Par exemple, le contrat de travail fait naître des obligations qui sont définies par les parties (quel type de travail, quel salaire, essentiellement) , mais produit également des effets qui sont en large déterminés de manière impérative par la loi (durée, congés, droits sociaux, etc.). La même observation peut être faite pour contrat de bail lorsqu'il porte sur un immeuble à usage d'habitation ou encore un local commercial. Dans ces configurations et lorsque la loi nouvelle édicte une règle impérative portant sur les effets légaux d'un contrat, cette dernière s'applique immédiatement. De cette solution, voici quelques illustrations :

- « *Qu'ayant retenu à bon droit que, la loi nouvelle régissant les effets légaux des situations juridiques ayant pris naissance avant son entrée en vigueur et non définitivement réalisées, il en résultait que l'article 15 Ill de la loi du 6 juillet 1989, dans sa rédaction issue de la loi du 24 mars 2014, était applicable et relevé que la locataire était âgée de 66 ans et disposait de ressources inférieures au plafond en vigueur pour l'attribution des logements locatifs conventionnés, la cour d'appel en a exactement déduit que le congé, qui n'avait pas été assorti d'une offre de relogement, devait être annulé* » (Cass. Civ. 3ème 23 novembre 2017, Pourvoi n° 16-20.475, Publié au bulletin) ; la règle impérative protectrice du locataire en situation de précarité s'applique immédiatement quand bien même le bail a été conclu antérieurement à son entrée en vigueur ;
- « *Pour écarter la règle du plafonnement au loyer du bail renouvelé, l'arrêt retient que la loi du 6 janvier 1986, ne comportant aucune disposition transitoire, ne peut s'appliquer dans le cas d'un renouvellement qui a pris effet avant sa promulgation ; Qu'en statuant ainsi, alors que la loi nouvelle régit immédiatement les effets des situations juridiques non définitivement réalisées*

ayant pris naissance, avant son entrée en vigueur, non en vertu du contrat mais en raison des seules dispositions légales alors applicables, la cour d'appel a violé les textes susvisés. » (Cass. Civ. 3ème 8 février 1989, Pourvoi n° 87-18.046, Publié au bulletin) ; il faut comprendre que la règle nouvelle de plafonnement du loyer en cas de renouvellement d'un bail s'applique, non pas dès le jour du renouvellement si celui-ci est intervenu antérieurement à son entrée en vigueur (le principe de non-rétroactivité s'y oppose), mais à compter de la date de cette dernière, même pour un renouvellement passé ;

– « *L'action directe instituée par l'article 12 de la loi du 31 décembre 1975 trouve son fondement dans la volonté du législateur et non dans les contrats conclus entre les parties, contrats desquels il n'était résulté pour elles aucun droit acquis ; que, l'article 2 du Code civil ne faisant pas obstacle à l'application immédiate des lois nouvelles, aux situations juridiques établies avant leur promulgation si elles n'ont pas encore été définitivement réalisées, la Cour d'appel a exactement décidé que l'action directe était ouverte au sous-traitant dès l'entrée en vigueur de la loi du 31 décembre 1975, bien que le contrat de sous-traitance eût été conclu antérieurement* » (Cass. Ch. Mixte 13 mars 1981, Pourvoi n° 80-12.125, Publié au bulletin) ; lorsque l'on commande des travaux à un entrepreneur, il n'est pas rare que celui-ci les sous-traite en partie en s'adressant, comme il est dit dans l'arrêt, à un « sous-traitant ». Pour protéger les intérêts de ce dernier, la loi du 31 décembre 1975 lui alloue le bénéfice d'une « action directe » qui lui permet d'exiger le paiement de ses propres travaux directement à celui qui a sollicité l'entrepreneur ; cette règle nouvelle s'applique immédiatement aux contrats de sous-traitance conclus antérieurement à son entrée en vigueur dès lors qu'elle se contente de réglementer impérativement les effets légaux de la sous-traitance ; cet arrêt de principe vaut une citation dès lors qu'il met en évidence le fait que l'application immédiate de la loi nouvelle écarte la survie de la loi ancienne, mais n'emporte aucune rétroactivité.

Et le « divorce devant notaire » ?, Revenons sur l'exemple pour mettre en œuvre le troisième temps de la réflexion en tenant compte des différentes possibilités évoquées lors des deux premiers temps de celle-ci.

Première configuration : les époux se sont mariés en 2010 et demandent conseil en 2019, alors que la loi nouvelle est entrée en vigueur (le 1er janvier 2017). La question pratique est la suivante : le fait de s'être mariés avant le 1er janvier 2017 les empêchent-ils de bénéficier de cette nouvelle procédure de divorce ? La réponse est négative quelle que soit l'analyse retenue :

– La règle nouvelle vise comme situation juridique le mariage et a pour objet l'extinction de cette situation juridique par l'effet d'un divorce ; le divorce a vocation à intervenir en 2019 de sorte que « l'extinction » du mariage n'est pas même en cours et qu'en conséquence, la loi nouvelle s'applique ;

– La situation juridique visée est le mariage, mais la règle nouvelle a pour objet, moins l'extinction de cette situation que l'un de ses effets en ce qu'elle donne le droit aux deux époux d'obtenir le divorce sans soumettre leur accord en ce sens au contrôle préalable d'un juge ; les effets de la situation juridique régis par la loi nouvelle sont en cours et il y a lieu d'en faire une application immédiate ;

- La règle nouvelle vise le divorce comme situation juridique et elle porte sur ses effets en ce qu'elle définit le processus à suivre dès lors que les époux se sont mis d'accord sur le principe et les effets de leur rupture ; là comme ailleurs, les effets de la situation juridique régis par la loi nouvelle sont en cours et il y a lieu d'en faire une application immédiate.

Seconde configuration : les époux se sont mariés en 2010 et demandent conseil en mars 2017, alors que la loi nouvelle est entrée en vigueur (le 1er janvier 2017), mais que cependant, dès janvier 2017, ils ont engagé une procédure judiciaire, qui traine en longueur. Ils souhaitent abréger les échanges et utiliser la nouvelle procédure. Il est certain que la troisième analyse est pour eux la plus porteuse. Elle conduit à retenir que la situation juridique est en cours, sa constitution ou ses effets, ce dont on peut déduire l'application immédiate de la loi nouvelle. Les époux se désistent donc de leur procédure judiciaire et règlent leur divorce devant notaire. Si l'on doit considérer que la règle nouvelle modifie le régime d'une situation juridique qui est le mariage (son extinction ou ses effets), ce résultat est moins sûr. Certes, on peut soutenir que l'extinction ou les effets sont « en cours » et qu'il y a lieu de faire une application immédiate. Mais le raisonnement est un peu biaisé car ce qui est proprement « en cours », c'est le mariage. Une fois la procédure de divorce engagée, c'est elle qui est « en cours » et plus vraiment le mariage. Raisonner de la sorte, c'est en fait changer de situation juridique de référence en cours de raisonnement et c'est donc manquer de rigueur… Comme l'affaire est complexe, le législateur n'a pas voulu prendre de risque et a posé une règle de droit transitoire à l'article 114 de la loi du 18 novembre 2016 excluant l'application immédiate de la règle nouvelle lorsqu'en présence d'enfants mineurs, une procédure judiciaire a été engagée avant son entrée en vigueur. Mais dans les autres cas, le raisonnement reste possible.